



**eunomia**  
Revista en Cultura de la Legalidad

**Número 18**

*abril 2020 – septiembre 2020*

[www.uc3m.es/eunomia](http://www.uc3m.es/eunomia)

**uc3m** | Universidad  
**Carlos III**  
de Madrid

# EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

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

2253-6655

## Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España  
JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España  
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  
HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania  
VICTORIA CAMPS CERVERA, Universitat Autònoma de Barcelona, España  
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  
MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia  
TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

## Consejo de Edición

GERMÁN J. ARENAS ARIAS, Universidad de Alcalá, España  
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España  
ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELÁEZ, 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  
RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad Complutense de Madrid, España  
DIGNO JOSÉ MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España  
MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España  
CLARA NAVARRO RUIZ, Universidad Complutense de Madrid, España  
ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Universidad Complutense de Madrid, España  
NOEL VILLALBA LÓPEZ, 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>Igualdad, diferencia y teoría feminista</i> Natalina Stamile	9
--	---

<i>Conflict of Ethics: Indigenous Americans and Settler Colonists</i> Jürgen Poesche	29
---	----

<i>El pluralismo como propuesta desreificadora de las subjetividades para el derecho</i> Gastón Puccetti	48
---	----

<i>El concepto de guerra justa. Especial atención a su doctrina en la China contemporánea</i> Borja García Vázquez	64
---	----

### Foro y ágora

<i>A propósito de la oposición formal/material: cuatro aproximaciones interdisciplinares sobre un mismo tema</i> Oliver Roales Buján	83
---	----

<i>Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi</i> Elena Pineros Polo	104
--	-----

<i>Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas</i> Sara Turturro Pérez de los Cobos	130
---	-----

<i>Más que palabras: libertad de expresión y discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> Ana Ximena Jacoby	148
---	-----

### Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Obligación contractual</i> Ricardo Gutiérrez Aguilar	164
--	-----

<i>Justicia ecológica</i> Digno José Montalván Zambrano	179
--	-----

<i>Género</i> Begoña Marugán Pintos	199
--	-----

<i>Constitucionalismo cosmopolita</i> Constanza Núñez Donald	214
<i>Buen gobierno (Altos cargos)</i> Antonio Descalzo González	239
<i>Secreto de Estado</i> José Antonio Sendín Mateos	258
<i>Norma internacional</i> Ruth Martínón Quintero	274
<i>Rebelión (Delito de)</i> Nicolás García Rivas	285
<i>Progresividad fiscal (España)</i> Rafael Sanz Gómez	311
<i>Datos abiertos</i> Edgar A. Ruvalcaba Gómez	327

#### Releyendo a...

<i>Derecho popular versus derecho de juristas. La querrela alemana entre las Escuelas romanista y germanista</i> Joaquín Garrido Martín	335
<i>Crítica del derecho popular y derecho de juristas</i> Georg Friedrich Puchta	359

#### Rincón de lecturas

##### DEBATIENDO

<i>Democracia y derecho a decidir</i> Josep M. Vilajosana	375
--	-----

##### BOOK FORUM

Lieselotte Viaene (2019). *Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas* (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 93). Universidad de Deusto: Bilbao.

<i>Pueblos indígenas y justicia transicional en Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas</i> Pedro Garzón López	392
---	-----

*Una aproximación antropológica a la justicia transicional y los pueblos indígenas: El caso de Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas* 397  
Javier Dorado Porras

*Justicia transicional, el diálogo y la reflexividad crítica: tejiendo pensamientos* 416  
Lieselotte Viaene

#### RECENSIONES

*Gabriel Moreno González, Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea* 424  
Pedro García Guijarro

*Pablo de Lora, Lo sexual es político (y jurídico)* 430  
Jesús Ignacio Delgado Rojas

*Juan Trías Vejarano, Del antiguo régimen a la sociedad burguesa* 437  
Victoriano Martín Martín

*Martha C. Nussbaum, La monarquía del miedo: una mirada filosófica a la crisis política actual* 449  
Emanuela Cardoso Onofre de Alencar

*Douglas Webber, European disintegration? The Politics of Crisis in the European Union* 452  
Manuela Sánchez Gómez

# Presentación

## Foreword

José María Sauca  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*Director de Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5260>

Escribo esta presentación en situación de confinamiento en Madrid, bajo la incertidumbre de no saber si este número de la revista -que figuradamente pudiera representar su mayoría de edad- será publicado en tiempo y forma. En cierto sentido, son momentos para la épica... Una épica ciudadana, una épica de servicio público, una épica de corresponsabilidad y de solidaridad. Los miembros de esta pequeña comunidad que está detrás de *Eunomía* han intentado que la entrega llegue puntualmente al lector como venimos haciendo desde hace más de nueve años. El trabajo se ha realizado en términos de aislamiento físico y coordinación solo posible mediante el uso de la tecnología. Autores, evaluadores, editores, traductores, revisores de estilo, informáticos y demás *staff* de la revista han trabajado coordinadamente para ofrecer esta nueva entrega. Durante el año pasado se hicieron casi trescientas mil descargas de la revista. Sea esta una buena ocasión para agradecerles la recepción de nuestro trabajo y de manifestar satisfacción por el mismo, especialmente, en estas ocasiones en las que las dificultades parecen ponerse de frente.

En este contexto de pandemia global y de los efectos sociales de las medidas adoptadas para evitar su propagación, quisiera exponer cuatro consideraciones que estimo relevantes en el contexto de una revista en *cultura de la legalidad*. En primer lugar, quisiera destacar la ambivalencia que caracteriza el que podría denominarse como modelo chino de lucha contra el Covid-19. Los informes reportados por los expertos de la Organización Mundial de la Salud han concluido que «el cordón sanitario impuesto en Wuhan y las localidades cercanas desde el 23 de enero de 2020, ha prevenido efectivamente la exportación de personas infectadas al resto del país»<sup>1</sup> y los datos posteriores han ratificado la definitiva relevancia de dichas medidas. Indudablemente, existe una enorme complejidad en la articulación de medidas y políticas, disposición de recursos e identificación de objetivos sociales que quizá puedan sintetizarse en la denominada *guerra del pueblo*; alocución con la que el presidente chino Xi Jinping llamó a la lucha contra la enfermedad. Sin embargo, quisiera destacar que estos éxitos en los resultados no convalidan la adopción de graves medidas de restricción de las libertades individuales. Más allá de las restricciones en la libertad de movimientos de los ciudadanos que han sido adoptadas,

---

<sup>1</sup> *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*. 16-24 February, 2020, p. 10 (Accesible en <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf> (14/03/2020)).

en China se han aplicado de manera generalizada sistemas de vigilancia mediante recursos de inteligencia artificial, control mediante monitorización de aparatos electrónicos, habilitados por las propias empresas de telecomunicaciones; uso de drones de seguimiento, sistemas de reconocimiento facial y de control de los datos médicos personales, amén de los tradicionales sistemas de control social de carácter vecinal complementarios a los policiales. Todo este conjunto de medidas supone, probablemente, el mayor antecedente de vigilancia masiva de una población sin sometimiento, a su vez, a sistemas de limitación y control. Los estados de alarma y excepción prevén la limitación de derechos individuales por razón de interés general<sup>2</sup>. Sin embargo, y por graves que puedan resultar las circunstancias, son estos supuestos en los que la defensa de los valores de los derechos individuales adquiere su más trascendental significación.

El segundo aspecto se refiere a cómo estos procesos ejemplifican la perseverancia en confundir coordinación y concentración del poder. Probablemente, en el contexto europeo, la coordinación entre autoridades multinivel debiera adquirir una relevancia fundamental en este tipo de crisis globales. Sin embargo, más allá de los discursos públicos, los movimientos fundamentales se traducen en un redimensionamiento estatal de la autoridad, angostando el horizonte de la acción pública europea y laminando la distribución interna de competencias infraestatales.

El tercer aspecto que quisiera destacar es la centralidad del valor de la transparencia informativa en cuanto a la publicación de los datos epidemiológicos disponibles, la valoración de la situación sanitaria y las expectativas de acción pública. Quizá, a diferencia de la política informativa desarrollada por el Gobierno chino –y en alguna dimensión también por los de Hong Kong, Singapur y Taiwán–, la gran mayoría de los estados de la Unión Europea se han destacado por una política informativa abierta, regular y contrastable sobre la crisis sanitaria. Esta dimensión, nuclear desde la perspectiva de la cultura de la legalidad, resulta una precondition esencial para la generación de confianza en momentos en que se agudiza la importancia de la corresponsabilidad social.

Y este último sería el cuarto aspecto a destacar en este contexto. Más allá de la adopción de disposiciones legislativas extraordinarias, de resoluciones interdictales y de la previsión de sanciones, el núcleo central del éxito de las medidas de combate contra la transmisión de la enfermedad radica, precisamente, en la predisposición generalizada de la población al cumplimiento voluntario de las medidas adoptadas. Esta adhesión espontánea al cumplimiento de las normas adquiere, en estas ocasiones excepcionales, una trascendencia definitiva y ello comporta un componente central en los objetivos de investigación en la materia. Como agudamente ha señalado Green en su estudio introductorio a Hart: «la manera en que las formas del Derecho interactúan con el poder social, tanto de forma represiva como provechosa, es algo sobre lo que necesitamos mucho más trabajo»<sup>3</sup>.

El número que se presenta ahora obedece a la estructura ordinaria de la revista. La sección de *Estudios* recoge cuatro trabajos de autores no españoles que versan sobre temáticas nominalmente diferentes pero que se corresponden con los presupuestos metodológicos de la línea editorial de la revista. Natalina Stamile aborda la cuestión de dialéctica de igualdad y diferencia en la teoría feminista; Jürgen

---

<sup>2</sup> Véase como ejemplo idóneo de ello el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en España, extremo que, sin embargo, no tiene un equiparable soporte constitucional explícito en el caso italiano con el Decreto de 11 de marzo de 2020 del Presidente del Consejo de Ministros.

<sup>3</sup> Leslie Green, «The Concept of Law Revisited», en *Michigan Law Review*, vol. 94; May 1996, p. 1704.

Poesche desarrolla un análisis de las exigencias éticas del reconocimiento de los pueblos indígenas; Gastón Puccetti ensaya, en una trayectoria jalonada por Dubar, Agamben y Weber, la proyección del valor del pluralismo como agente desreificador de las identidades. Finalmente, Borja García Vázquez recrea la temática de la guerra justa en el contexto contemporáneo de China.

La sección de *Foro y ágora* ha adquirido también un enfoque monográfico sobre el tratamiento de diferentes dimensiones de los derechos humanos en distintos contextos institucionales. En primer lugar, con una perspectiva comparada e interdisciplinar, Oliver Roales vuelve sobre la cuestión del debido proceso significando su carácter sustantivo. Elena Pineros aborda una perspectiva internacional para el estudio de un caso innovador de la Corte Penal Internacional. Sara Turturro estudia los tratos degradantes en las cárceles europeas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, Ana X. Jacoby vuelve sobre la tensión entre libertad de expresión y discurso del odio a luz de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sección de *voces de cultura de la legalidad* recoge diez nuevas entregas. Las aportaciones de Ricardo Gutiérrez Aguilar, Digno Montalván, Begoña Marugán y Constanza Núñez tienen un carácter teórico básico: *Obligación contractual; Justicia ecológica; Género y Constitucionalismo cosmopolita*. Las contribuciones de Antonio Descalzo, José Antonio Sendín, Ruth Martín y Nicolás García Rivas revisten un carácter jurídico y se enuncian como *Buen Gobierno (Altos cargos); Secretos de Estado; Norma internacional y Delito de Rebelión*. Las dos últimas colaboraciones vienen de la mano de Rafael Jesús Sanz y Edgar Ruvalcaba Gómez y se formulan, respectivamente, como *Progresividad Fiscal* y *Open data*.

La sección de *Releyendo a...* recoge la contestación de Georg Friedrich Puchta a un trabajo de Georg Beseler en el que se expone, con manifiesta claridad, la denominada controversia entre romanistas y germanistas en la configuración de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX. La pertinencia de esta traducción parece indudable, más aún cuando tomamos en consideración que las fuentes de un autor tan relevante como Puchta están desatendidas en español. Este trabajo de traducción, así como el excelente estudio introductorio que le precede, corresponden a Joaquín Garrido.

Finalmente, la sección del *Rincón de lecturas* presenta sus tradicionales subsecciones. El *Debatiendo*, como corresponde a los números pares, presenta una ponencia base que aborda una cuestión fundamental desde el punto de vista teórico, constitucional y político. Me refiero a la cuestión catalana y responde a la pluma de mi estimado colega Josep Maria Vilajosana. El *Book fórum* recoge los comentarios de Javier Dorado y Pedro Garzón sobre el libro de Lieselotte Viaene, publicado el pasado año, sobre estudios de antropología jurídica en Guatemala. La última subsección, *Reseñas*, recoge los comentarios de Pedro García Guijarro; de Jesús Ignacio Delgado; de Victoriano Martín; de Emanuela Cardoso Onofre de Alencar, y de Manuela Sánchez a diversos trabajos monográficos publicados recientemente.

Concluyo reservando un par de líneas para dar la bienvenida a Alfredo Sánchez, Clara Navarro, Elena Escobar, Germán Jair Arenas, Noel Villalba y Ricardo Gutiérrez, que se han incorporado al Consejo de Edición de *Eunomía* y agradecerles muy sincera y profundamente su compromiso y trabajo con este proyecto.

José M<sup>a</sup> Sauca  
Director



# Igualdad, diferencia y teoría feminista\*

## Equality, Difference and Feminist Theory

Natalina Stamile  
 Universidad de Bérgamo (Italia)  
 ORCID ID 0000-0002-7201-8539  
[natalinastamile@yahoo.it](mailto:natalinastamile@yahoo.it)

### Cita recomendada:

Stamile, N. (2020). Igualdad, diferencia y teoría feminista. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 9-28. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5261>

Recibido / received: 01/10/2018  
 Aceptado / accepted: 20/11/2019

### Resumen

Uno de los principales propósitos de este trabajo es analizar la compatibilidad entre la igualdad y la diferencia, dentro de la teoría feminista. En particular me interesa discutir el argumento desarrollado por algunas teóricas y feministas quienes afirman que la igualdad es compatible con las diferencias en el ámbito jurídico. Se acentuará el análisis a partir de la relación entre las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la condición de la mujer, buscando verificar si, a raíz de esta relación, ésta última sufre mudanzas considerables. En esta perspectiva, la introducción de la diferencia parece ser indispensable para alcanzar la igualdad y hacerla efectiva. Finalmente, se intentará defender que la contraposición teórica entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia, podría superarse proponiendo una forma de lectura que intenta conciliar las dos alternativas.

### Palabras clave

Principio de igualdad, Estado de Derecho, diferencia, teoría feminista, TICs, conocimiento y desarrollo local.

### Abstract

*One of the main aims of this study is to analyze the compatibility between equality and difference in feminist theory. In particular, I am interested in discussing the argument of some theorists and feminists who affirm that equality and difference are compatible in the legal field. My analysis will focus on the relationship between Information and Communication Technologies (ICT) and the condition of women, verifying if, as a result of this relation, women suffer considerable changes. In this context, the introduction of difference seems to be indispensable to achieve equality and its effectiveness. I conclude that the juxtaposition of feminism of equality and feminism of difference could be overcome, and a form of lecture that tries to conciliate the two alternatives may be proposed.*

\* Un agradecimiento especial para Cleide Margareth Horban por revisar el texto y por los consejos sobre estilo además de su preciosa ayuda. También agradezco a Thomas Casadei, Ana Marcela Montanaro, Guadalupe Martín Dasso, así como a los revisores anónimos de este trabajo por haberlo leído y comentado y especialmente a Yarina Amoroso y a todos los organizadores y participantes del XV Congreso Internacional de Información, Info'2018, del 5 al 9 de marzo de 2018, celebrado en La Habana, Cuba, bajo el lema general: «Información y Conocimiento: desafíos para el Desarrollo Sostenible», por desarrollar reflexiones y debatir sobre el tema.

**Keywords**

*Equality principle, Rule of law, difference, feminist theory, ITC.*

SUMARIO. 1. Introducción: Principio de Igualdad. 2. Teoría feminista. 2.1. El feminismo de la igualdad. 2.2. Entre igualdad y diferencia. 2.3. Feminismo de la diferencia. 3. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la condición de la mujer. 4. Conclusiones.

## 1. Introducción: Principio de Igualdad

El principio de igualdad es un tema clásico de la reflexión política y jurídica, que recién parece ser vuelto nuevamente de gran actualidad. Esto porque, en general, los últimos años se distinguen por una fuerte explosión de desigualdades sin precedentes en la historia. Esto, sin duda, pone en peligro no solo el principio de igualdad como fue formulado en todas las Constituciones, sino también la forma del Estado de Derecho y de la misma democracia. Desde siempre el principio de igualdad es considerado uno de los más importantes porque atrae en la lógica de su funcionamiento otras cláusulas generales de la Constitución. Ello explicaría por qué, este principio, fue definido como «uno de los momentos decisivos en el que hoy se manifiesta la pesadilla de las democracias»<sup>1</sup>.

El siempre mayor crecimiento de la discriminación y de la desigualdad parece ser influenciado por varios y diferentes factores. Por ejemplo, se piensa en la crisis del Estado social y de la esfera pública frente de la siempre más dominante globalización de la economía y de las finanzas o de los flujos migratorios y de las catástrofes ambientales que caracterizan cualquier lugar del mundo, sin considerar los innumerables ataques terroristas o todo lo que hace referencia al desplazamiento de un conflicto que toma el ciberespacio y las tecnologías de la información como campo de operaciones (guerra informática, guerra digital o ciberguerra).

Durante los últimos años, parece que, en un contexto particularmente teórico-jurídico y no solamente social, el término crisis casi siempre está relacionado con el de emergencia, mejor con el concepto de Estado de emergencia (Cuono y Gargiulo, 2017, p. 17). Así, el binomio que los «espacios de crisis» requieren siempre «respuestas de emergencia» parece haberse convertido en una operación automática. En este contexto, propio el principio de igualdad, en toda su complejidad y pluralidad, asumiría un papel fundamental, mientras incluye las diferencias personales y al mismo tiempo excluye las diferencias sociales. En palabras de Pérez Luño,

Desde un punto de vista *lógico*, el concepto de *igualdad* significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la *identidad*, que entraña la coincidencia absoluta de un ente consigo mismo, y de la *semejanza*, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes (2007, p. 17 [las cursivas son del autor]).

Así, se deduce que el principio de igualdad exigiría una pluralidad de personas, o de situaciones o de objetos, que pueden relacionarse y compararse entre ellos incluso a través un *tertium comparationis*. En otras palabras, y de manera sencilla,

<sup>1</sup> Véase Volpe (1977, p. X). La expresión es de Lambert.

esto significa que el principio de igualdad puede asumir dos caras, es decir una formal y otra sustancial o una política y otra social. En el primer sentido, la igualdad consiste en atribuir un igual valor a todas las diferentes identidades que caracterizan un individuo como único y al mismo tiempo igual a los demás. En general, eso se podría traducir en el principio de no discriminación, dicho de otra manera, de tratar todos de manera igual, es decir sin discriminación y sin distinción, por ejemplo, en base al sexo, a la raza, a la lengua, a las opiniones políticas, a las condiciones personales y sociales. Por ejemplo, en su análisis Luigi Ferrajoli señala que

En este sentido, igualdad y diferencias no sólo no son antinómicas sino que se implican recíprocamente. [...] Y por eso vale para individualizar los confines tanto de la tolerancia, que reside en el respeto de todas las diferencias que forman las diversas identidades de las personas, como de lo que, al revés, reside en la inadmisibilidad de sus violaciones (1995, p. 906).

En la segunda acepción, la igualdad incluye la eliminación de todos los obstáculos, tanto de orden económico como social, que, de hecho, limitan la libertad y la misma igualdad y consecuentemente impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Así, siempre en las palabras de Ferrajoli:

En este segundo sentido las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en privilegios o discriminaciones sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquellas, perjudicando al mismo tiempo su igual valor. Por eso, conforme al propio principio de igualdad, son intolerables más allá de ciertos límites. Sólo que el confín entre tolerancia e intolerancia es en este caso bastante más problemático e incierto (1995, p. 906).

Sin embargo, la igualdad formal considera todas las personas como iguales mientras que la igualdad sustancial tiene en cuenta las diferencias, por ejemplo, sociales y económicas. Por ello, el principio de igualdad se caracteriza por ser un principio normativo y no descriptivo que implica necesariamente un juicio de valor y no un juicio de hechos. De acuerdo a este esquema, en el caso de la igualdad formal se generan diferencias y en el otro de la igualdad sustancial se producen desigualdades, de manera que

Unas deben ser reconocidas para ser respetadas y garantizadas; las otras deben serlo igualmente, pero para ser removidas o compensadas lo más posible. En todos los casos, la igualdad jurídica, tanto formal como sustancial, puede ser definida como *igualdad en los derechos fundamentales*. Los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos asegurada o perseguida; y es la diversa naturaleza de los derechos sancionados en los dos casos lo que permite explicar su diverso modo de relación con las desigualdades de hecho (Ferrajoli, 1995, p. 907 [las cursivas son del autor]).

Por lo tanto, la igualdad formal afirmarí una igualdad en las diferencias convirtiendo la diversidad como un valor a garantizar. Por otro lado, la igualdad sustancial se basaría en la posibilidad de compensar las desigualdades y en este caso la diversidad se caracteriza con un desvalor a oponerse y eliminar. Además, es importante subrayar que la relación entre la igualdad y los derechos fundamentales se caracteriza para ser biunívoca, es decir que tanto la igualdad es constitutiva de los derechos fundamentales cuanto los derechos fundamentales son constitutivos de la igualdad (Ferrajoli, 1995, p. 908). Así, el problema de la igualdad en los derechos fundamentales radica en mostrar que existen diversas maneras alternativas de cumplir esa función normativa del principio de igualdad. Por ello, el propio principio de igualdad se ligaría, tal vez casi a confundirse, con el principio de razonabilidad. Por ejemplo, la igualdad sería violada todas las veces que una disciplina prescriba un tratamiento diferente o prevea diferencias que se caracterizan por ser totalmente

irrazonables o sin ninguna base racional. Sin embargo, a pesar de la intuitiva importancia de esta función existe un profundo desacuerdo acerca del papel que la razonabilidad desempeña en nuestros sistemas jurídicos y normativos o, en general, en el derecho. Sin duda, una revisión exhaustiva de la igualdad y la razonabilidad daría lugar a una obra de considerable extensión y complejidad. Entre otras cosas, esto significa que aquí dejaré abierto el problema de qué tipos de relaciones y vinculaciones y, si existen diferencias significativas entre el principio de igualdad y la razonabilidad que se producen en el marco de un sistema jurídico (Stamile, 2015, pp. 11-24). Por ello, en este trabajo, restringiré el análisis a algunos problemas vinculados a la compatibilidad entre la igualdad y la diferencia, dentro de la teoría feminista. En la primera parte, en particular me interesa discutir el argumento desarrollado por algunas teóricas y feministas quienes afirman que la igualdad es compatible con las diferencias en el ámbito jurídico. Esta tesis se basa en la concepción del «dilema de la diferencia»; es decir, el «dilema de la diferencia», como momento crítico en la teoría del derecho, parte del surgimiento de la diferencia como un nuevo elemento en un proceso de problematización de la condición social de la mujer. En la segunda parte, se acentuará el análisis a partir de la relación entre las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la condición de la mujer, buscando verificar si, a raíz de esta relación, ésta última sufre mudanzas considerables. El mundo de hoy parece siempre más dominado por internet y la tecnología. Es bastante habitual y frecuente utilizar dispositivos que nos permiten acceder a internet. Sin embargo, por diferentes razones, no todas las mujeres tienen la misma posibilidad de acceder a las TIC. En esta perspectiva, la introducción de la diferencia parece ser indispensable para alcanzar el corazón de la igualdad (también y no solo a partir del conocimiento que incluye a las TIC), y consecuentemente hacerla efectiva. Finalmente, se intentará defender que la contraposición teórica entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia, que surgió principalmente en América, podría superarse proponiendo una forma de lectura que intenta conciliar las dos alternativas, puesto que el extremismo de las dos tesis solo funcionaría en el nivel teórico, ciertamente no en el nivel práctico-real.

## 2. Teoría feminista

El feminismo se caracteriza por lo que comúnmente se llaman las «olas feministas». Por ello, se distingue una primera ola, basada en el pensamiento de igualdad, una segunda ola<sup>2</sup> sobre el pensamiento de la diferencia y, finalmente, una tercera ola definida como el feminismo posmoderno (Cavarero y Restaino, 2002). En otras palabras, es frecuente referirse a un feminismo liberal, a un feminismo cultural y a un feminismo radical (Grant Bowmany Schneider, 1998); o a un feminismo liberal o de la igualdad o de la paridad, —porque el objetivo principal es la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley—, a un feminismo anarquista y libertario y, en último, a un feminismo radical (Facchi, 2007). Las diferentes etiquetas del feminismo, así como las diferentes demarcaciones temporales de las varias olas han creado y continúan alimentando un animado debate que parece destinado a no alcanzar una posición unívoca. Pero, a partir de lo que sostiene Kymlicka, que también plantea como premisa que la política feminista contemporánea es extremadamente variada, sería posible identificar algunas variaciones principales del feminismo, es decir: el feminismo liberal, el socialista y el libertarista (Kymlicka, 1995, pp. 259-315). Además, de particular importancia es la clasificación formulada por Moira Gatens (1991) que se basa en la relación entre el feminismo y algunas de las otras teorías socio-políticas

---

<sup>2</sup> Nicholson (1997). Ya desde el título de la obra, está claro cómo la autora sea la primera en referirse a una segunda ola de feminismo que se centra en cuestiones relacionadas con la sexualidad y la esfera de la reproducción.

como el igualitarismo, el liberalismo, el utilitarismo, el existencialismo, el marxismo y el psicoanálisis. Más aún, independientemente de las diferentes clasificaciones, según Alison Jaggar (1983), la base común del feminismo debe reducirse al objetivo de eliminar la subordinación de las mujeres; sin embargo, esta convergencia se disolvería si se prestara atención a las diversas articulaciones y concepciones de las mismas y a las relativas soluciones a su eliminación<sup>3</sup>. Por ello, al comentar este aspecto, Kymlicka señala que, aunque no falta una parte de la filosofía política que ha tolerado, defendido y aceptado la discriminación en razón del sexo, también es importante subrayar que «un amplio número de teorías políticas contemporáneas comparte una “plataforma igualitaria”, un compromiso con la idea de que todos los miembros de la comunidad deberían ser tratados como iguales» (1995, p. 259).

## 2.1. El feminismo de la igualdad

La primera ola del feminismo se caracteriza por plantear el problema de la igualdad entre los dos sexos. El objetivo es, por tanto, eliminar todas las formas de discriminación entre hombres y mujeres basadas en razón del sexo. Tradicionalmente a las mujeres se les atribuían características que las colocaban en una clara subordinación e inferioridad en relación a los hombres, esto llevó a su exclusión de algunos contextos, ya que se les consideraba inadecuadas. Así, la afirmación de estas primeras feministas gira en torno a conceptos como igualdad y emancipación. Los hombres y las mujeres deben tener los mismos derechos, pero esto es poco probable que suceda en una sociedad patriarcal en la que el papel dominante pertenece al hombre mientras que a la mujer se reserva el de inferioridad, con la consecuencia de que no se pueden reconocer la igualdad de derechos y oportunidades si no hay igualdad entre las diversas posiciones mantenidas. El pensamiento feminista, por lo tanto, reclama la paridad, por ejemplo, en el nivel de educación y de derechos civiles fundamentales, comenzando a denunciar aquellas situaciones en las cuales surge una diferencia injustificada entre hombres y mujeres.

Como emblema de esta lucha puede considerarse el trabajo de Mary Wollstonecraft, *Vindicación de los derechos de la mujer*, publicado en 1792 con el título original en inglés *A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects*. La estrategia argumentativa utilizada es la del pensamiento liberal y democrático que será la base de toda la primera ola de feminismo que intenta contrastar la visión de la inferioridad natural de las mujeres respecto a los hombres. Por ejemplo, en Italia, y especialmente en Francia, la igualdad se percibe como un principio ético-político que debe superarse, ya que puede borrar las diferencias y ocultar la exclusión femenina de la ciudadanía (Mancina, 2002, p. 6). Desde este punto de vista, se comprende mejor por qué el sufragismo, en el reclamo de la emancipación feminista, a través del sufragio universal, inicia la discusión sobre la renovación de los fundamentos morales de la sociedad. Así, el debate de esa época se concentraba acerca de la cuestión de que el derecho al voto debía reconocerse solo a quienes tenían una conducta moral responsable. Las sufragistas, entonces, argumentaron basándose en la diferencia femenina, es decir, que el derecho al voto también debería ser reconocido a las mujeres por su superioridad moral dada por la función materna y su compromiso humanitario en contra de los vicios y la corrupción moral (Evans, 1977). Por lo tanto, el primer feminismo se ha construido también alrededor y con referencia a la diferencia sexual (Facchi, 2004, p. 237). Según Susan Moller Okin (1989), sin embargo, la igualdad no debe confundirse con la identidad

---

<sup>3</sup> Jaggar (1983). La autora distingue un feminismo liberal, socialista y radical.



(*sameness*) y debe oponerse a las desigualdades y no a las diferencias<sup>4</sup>. En esta perspectiva, la raíz de la desigualdad entre hombres y mujeres en la sociedad se radica en la distribución desigual del trabajo dentro de la familia, considerada como un lugar privilegiado para la reflexión política. De hecho, los niños comenzarían a aprender en sus hogares que la interacción entre las personas no ocurre de acuerdo con modelos de igualdad y reciprocidad, sino a través de un esquema basado en la dependencia y la subordinación. Por ello, que tanto Susan Moller Okin (1989) como Martha Nussbaum (2002) enfatizan un aspecto relevante en este enfoque, es decir, que la familia patriarcal enseña a los niños la naturalidad (*naturalness*) de la subordinación que daña ciertos ideales liberales como, por ejemplo, el de la educación moral y de la democracia<sup>5</sup>. Las dos estudiosas coinciden en que la mayoría de los estudios llevados a cabo por destacados teóricos y académicos adoptan, como punto de partida, una perspectiva no neutral sino masculina, asumiendo que la institución de la familia se presenta como «justa». Por ello, al comentar este problema, Susan Moller Okin señala una consideración más: la familia perpetúa la desigualdad de género que se extiende por toda la sociedad. De acuerdo con este análisis, los niños adquirirían los valores y las ideas sexistas en el ambiente familiar en el que crecen, y terminando casi con seguridad, manteniéndolos en su vida adulta.

Esta es la base desde la cual Susan Moller Okin comienza a criticar la teoría de la justicia formulada por Rawls, que no estaría completa porque no incluiría a las mujeres y no tendría en cuenta adecuadamente las desigualdades de género originadas en la familia.

Es interesante notar que la familia en los estudios con perspectiva de género asume una posición central, porque es considerada el lugar por excelencia de la educación cultural y social de las generaciones futuras y consecuentemente es el lugar concreto de intervención. Entre otras cosas, esto significa, también que es el punto de partida de los varios procesos de reelaboración cultural de la sociedad y la fuente de cualquier hipótesis normativa dirigida a la reconstrucción de la justicia social en general. Así, la familia ha sido definida por las feministas como un sinónimo de la esfera doméstica y privada en la que a las mujeres se les ha atribuido tradicionalmente características sociales de inferioridad, determinadas solo por una diferencia sexual. Una de las causas se individúa en la estructura de las relaciones sociales y económicas familiares, concebidas para crear dependencia de algunos miembros, las mujeres, respecto a otros, los hombres. Sin embargo, la familia podría considerarse el lugar originario para plantear la cuestión de género, mientras no puede existir una sociedad justa si, en general, la familia como ámbito puramente privado no venga reconducida también a un problema político. En otras palabras, se debería considerar la familia como parte integral y lógicamente prioritaria de la teoría de la justicia en la sociedad, porque una familia injusta produce una sociedad injusta y hace que las personas, sean inadecuadas a formar una sociedad justa.

## 2.2. Entre igualdad y diferencia

Muchas teóricas feministas han intentado analizar el problema de la esfera política y luego abordar el tema de la justicia en relación con las mujeres, abriendo la discusión sobre las relaciones complejas que surgen entre el feminismo y la justicia, las perspectivas de género y las diferencias culturales. Es interesante notar que el modelo

---

<sup>4</sup> La posición de Susan Moller Okin, parece ser compartida también por Scott (1988), la cual argumenta que el antónimo apropiado de la igualdad es la desigualdad, no la diferencia, y el de la diferencia es identidad, no igualdad.

<sup>5</sup> Nussbaum (2002, pp. 409-500), en particular, afirma que «the patriarchal family may teach children a lesson in the «naturalness» of subordination that undermines other liberal ideals such as moral education and democracy».

de igualdad liberal opera dentro del paradigma jurídico liberal, permaneciendo así involucrado en todas las críticas que se dirigen a este último. Por lo tanto, es fuertemente criticada la mera igualdad nominal, garantizada dentro del liberalismo más tradicional, y se sostiene la necesidad de garantizar una igualdad, que sea real para las mujeres, posible solo mediante la revisión de ciertos valores a la luz de consideraciones de género<sup>6</sup>. Por ello, al comentar este problema, Stein es más incisiva y señala que

this vision wholly ignores the sexual oppression that leads to unwanted pregnancy, oppression that takes many forms from rape to the social conditioning that makes women unable to say no, or, worse, unable even to want to say no (1993, p. 1166),

con la consecuencia de que todo lo que es concerniente al mundo femenino parecería ser totalmente ignorado. De la misma posición es Carol Gilligan (1982), que elabora la expresión *different voice* con el objetivo de destacar cómo las mujeres resuelven, de forma completamente diferente de los hombres, algunos de los principales dilemas morales. Así, el razonamiento moral masculino hace referencia a los derechos abstractos o a una ética de la justicia —*ethic of justice*—, mientras que lo de las mujeres se desarrolla acerca del concepto de responsabilidad de sí mismo y de los demás, es decir una ética del cuidado (*ethic of care*). Además, Gilligan precisa que, por un lado, la ética de la justicia se basa en el concepto de igualdad y de equidad del juicio, es decir reconociendo el igual respeto para todos y buscando una forma de equilibrio entre las exigencias de los otros y las propias. Por otro lado, la ética de la responsabilidad se funda acerca del concepto de justicia distributiva, implicando el reconocimiento y la comprensión de la diversidad de las necesidades que dan lugar a una compasión y al cuidado (Gilligan, 1982, p. 166).

Por lo tanto, la pregunta que debe hacerse es qué significa realmente la igualdad y si reconocer el valor de las diferencias puede afectar negativamente a la misma. Algunas teóricas feministas se concentraron en el análisis de la relación, no siempre unívoca, entre la igualdad y las diferencias. Luego de una inicial pretensión de no discriminación e igualdad, el pensamiento feminista parece vivir un cambio en términos de libertad de las mujeres, es decir que

punto crucial de esta inflexión es la idea de que las mujeres no obtendrán la libertad adhiriéndose al modelo tradicional de sujeto libre, pensado neutro pero en la realidad masculina, sino que para ganar libertad sea necesario repensar las mismas estructuras de pensamiento, para que puedan permitir a las mujeres la libertad de dar forma a sí misma de acuerdo a todas las diferencias que cada una encuentra significativas<sup>7</sup>.

Por lo tanto, en la segunda ola del feminismo, el debate parece enfocarse en la diferencia sexual, que ya no se considera un mero dato natural, sino que se convierte en un concepto que debe justificarse, para combatir una forma persistente de discriminación. De esta manera, se empieza a construir las bases para el desarrollo del concepto de género (*gender*) y a estructurar la dicotomía entre sexo y género. Sin duda, el feminismo liberal parece cerrarse en sí mismo y entra en crisis cuando no va

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Fineman (2005, p. 19) que señala: «this model focuses on ensuring that women are afforded genuine equality as opposed to the nominal equality often given them in the traditional liberal framework and seeks to achieve this either by way of a more thorough application of liberal values to women's experiences or the revision of liberal categories to take gender into account». Véase, además, las obras y reflexiones desarrolladas por H. T. Mill, J. S. Mill y B. Friedan, entre otras.

<sup>7</sup> C. Ботти, Etica e differenza di genere en: [http://www.treccani.it/scuola/tesine/maschile\\_e\\_femminile/2.html](http://www.treccani.it/scuola/tesine/maschile_e_femminile/2.html). La autora utiliza entre comillas una afirmación de G. Bock, S. James (1992), *Beyond Equality and Difference*, Routledge, London-New York, p. 7.

más allá de la igualdad formal (Morondo Taramundi, 2004, p. 28). Por ello, al comentar este problema, Dolores Morondo Taramundi señala que, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, el feminismo liberal luchaba por la igualdad de derechos para las mujeres, la igualdad de acceso a las profesiones y a la participación política. Estas pretensiones se basaban en la igual capacidad de las mujeres de ocuparse de esas actividades, así como en su naturaleza igualmente racional y razonable (2004, pp. 28-29). A pesar de esto, no faltaron argumentos para sostener que la igualdad es compatible con las diferencias en el ámbito jurídico (Gianformaggio, 1993). Por ejemplo, Joan W. Scott notaba que, especialmente en los años setenta, el feminismo consideraba la diferencia como «el instrumento analítico más creativo» (1995, p. 271). Así que, recién dentro de la teoría feminista se está comenzando a desarrollarse la concepción del dilema de la diferencia, es decir, como momento crítico en la teoría del derecho, parte del surgimiento de la diferencia como un nuevo elemento en un proceso de problematización de la condición social de la mujer (Morondo Taramundi, 2004, p. 7). En esta perspectiva, la introducción de la diferencia parece ser indispensable para alcanzar el corazón de la igualdad —también y no solo a partir del conocimiento que incluye a las TIC como se verá luego—, y consecuentemente hacerla efectiva. La contraposición teórica, entonces, entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia, que surge principalmente en los Estados Unidos, podría superarse proponiendo una clave de lectura que pueda conciliar las dos alternativas<sup>8</sup>.

Punto de partida es considerar la igualdad y la diferencia no como dos conceptos en real oposición normativa porque:

when equality and difference are paired dichotomously, they structure an impossible choice. If one opts for equality, one is forced to accept the notion that difference is antithetical to it. If one opts for difference, one admits that equality is unattainable (Scott, 1995, p. 271).

De manera que el feminismo no puede abandonar, por una parte, la diferencia, porque como se decía antes es el instrumento analítico más creativo, y por otra parte la igualdad, porque todas las feministas necesitan de la igualdad para comunicar en modo inteligible con los principios y valores de nuestras sociedades (Morondo Taramundi, 2004, p. 83). Por lo tanto, la oposición igualdad-diferencia habría generado un dilema solo en el nivel lingüístico. Por ejemplo, según la lectura de Letizia Gianformaggio, la igualdad y la diferencia deben considerarse complementarias, como dos caras de la misma moneda (Gianformaggio, 1993, 1995 y 1996). Su tesis se basa en que se puede predicar la igualdad o la diferencia en tres niveles: (i) descriptivo, (ii) prescriptivo y (iii) evaluativo (Gianformaggio, 1993, p. 218). Sin embargo, la identificación de (i) un nivel descriptivo y (ii) de un nivel prescriptivo ciertamente no es una novedad, ya que, desde Aristóteles, se afirmó que la igualdad y la diferencia son conceptos relacionales. En las palabras de Letizia Gianformaggio el problema sería el siguiente:

[...] se refieren a la relación de dos elementos distintos según un estándar de comparación. La igualdad, descriptiva o prescriptiva, es una relación transitiva y recíproca. La diferencia, descriptiva o prescriptiva, es recíproca pero no transitiva. La igualdad es recíproca porque si A es igual a B, entonces B es igual a A. Es transitivo porque si A y B son iguales y A y C son iguales, entonces B y C también son iguales. Por el contrario, la diferencia es recíproca, porque si A es diferente de B, entonces B es diferente de A; no es pero transitiva. Si A y B son diferentes, y A y C son diferentes, no es necesariamente cierto que B y C son diferentes (1993, p. 218ss.).

<sup>8</sup> Véase, para una mayor profundización las varias obras de Martha Minow y Joan W. Scott.



De esto sigue, que la igualdad puede atribuirse solo a dos elementos iguales en el sentido de que pueden ser diferentes y similares en algunos aspectos, mientras que la identidad solo puede realizarse en referencia a sí misma, es decir, A es idéntica a A con referencia al carácter (iii) evaluativo, la autora subraya que: decir que «A es diferente de B» no es lo mismo que decir «B es diferente de A» o decir «A y B son diferentes» (Gianformaggio, 1993, p. 221). Esto, porque A y B no se consideran iguales o diferentes según tengan o no una característica común, como ocurre a nivel (i) descriptivo y (ii) predicativo, sino que A y B se comparan entre sí asumiendo B como el estándar de la misma comparación. Además, Letizia Gianformaggio elabora el concepto evaluativo de la igualdad y de la diferencia. Por una parte, la igualdad no está acompañada de la idea de relación de acuerdo con una cierta medida, sino por la idea de valer cuanto y de ser tan bueno como. Por otra parte, la diferencia evaluativa está marcada por las connotaciones negativas de no alcanzar el estándar de, es decir, por la inferioridad (Gianformaggio, 1993, p. 222). En esta última (iii) dimensión evaluativa, la comparación se realiza mediante un *tertium comparationis* que es interno a la misma relación entre igualdad y diferencia y no es un elemento externo, como ocurre en la dimensión (i) prescriptiva y (ii) descriptiva. Sin embargo, a pesar de la intuitiva importancia de esta estrategia, existen críticas formuladas por las feministas y un profundo desacuerdo acerca del papel que desempeñan como presupuesto lo que comúnmente se define como «norma de comparación masculina o estándar masculino de excelencia» (Morondo Taramundi, 2004, p. 108). Desde este punto de vista, el derecho sería neutral solo aparentemente, en cuanto compuesto de normas masculinas se convertiría solo en un instrumento adicional de dominación de la sociedad machista. Por ello se señala que:

por ejemplo, cuando las mujeres piden iguales derechos o paridad de tratamiento, la referencia implícita son los hombres (o un determinado grupo de hombres). Pero también cuando sostienen ser diferentes y piden derechos diferenciados, las mujeres están usando a los hombres como un estándar implícito: son diferentes de los hombres y quieren derechos diferenciados de los derechos de los hombres (Morondo Taramundi, 2004, p. 112)<sup>9</sup>.

Según otra perspectiva de análisis, parece que las feministas de la diferencia cuestionan no tanto el valor de la igualdad en sí misma (porque la igualdad y/o el universalismo no es algo separado y aislado respecto a la diferencia sexual) sino la concepción de igualdad desarrollada dentro de la tradición liberal. Por ejemplo, Luigi Ferrajoli, en su análisis teórico del significado del principio de igualdad y su relación con la diferencia de género, precisa que es necesario tener en cuenta que

la igualdad [...] es un principio complejo, estipulado para proteger las diferencias y en contra de las desigualdades. Diferencias y desigualdades son términos que designan conceptos diversos, pero ambos dotados de un estatus diferente y asimétrico con respecto al del término igualdad (2015, p.1).

Por lo tanto, se podría afirmar que cada diferencia, así como aquellas sexuales, «consisten en la diversidad de identidades personales que hacen que cada uno sea diferente del otro» (Ferrajoli, 2015, p. 1). Esta definición se referiría a la igualdad formal, es decir que todas las personas deben ser tratadas igualmente ante la ley; mientras que las desigualdades, entendidas como todas aquellas diferencias que se derivan de las condiciones económicas y materiales de cada individuo, formarían a la igualdad sustancial. Entonces, el principio de igualdad sería, sin duda, un principio normativo compuesto de dos niveles: uno dirigido a proteger y mejorar

<sup>9</sup> La autora subraya que a este respecto la literatura no es solo enorme, sino que tampoco se presenta de manera unívoca ni desarrollada adecuadamente desde una perspectiva puramente normativa y de la teoría del derecho.

las diferencias, incluso las de género, y el otro, dirigido a reducir y/o eliminar las desigualdades. Por ejemplo, en su análisis del principio de igualdad en la relación con la diferencia de género, Luigi Ferrajoli señala que:

el principio de igualdad en este primer significado como *el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen a cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona como cualquier otra* (2015, p. 1)<sup>10</sup>,

y además,

en el igual valor asociado a las diferencias, la igualdad consiste *también en el desvalor asociado a todas las desigualdades materiales y sociales de las cuales el igual valor de las diferencias y la igual dignidad de las personas son de hecho limitadas o, lo que es peor, negadas* (2015, p. 2)<sup>11</sup>.

De esta manera, igualdad y diferencia no serían en contraposición, sino dos principios complementarios. En este sentido, el argumento desarrollado por Luigi Ferrajoli se condensa de la siguiente manera:

la contradicción es solo entre igualdad y desigualdad. La igualdad, en resumen, es un principio complejo que impone la protección de las diferencias y la reducción de las desigualdades y que realiza esta su dúplice valencia normativa gracias a su nexo lógico con el universalismo de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad para proteger a los iguales valores de las diferencias; de los derechos sociales contra las desigualdades materiales y sociales (2015, p. 3).

A efectos de lograr la mayor claridad posible, hay que subrayar que Ferrajoli identifica cuatro formas de entender el tratamiento jurídico de las diferencias y entonces también el de la igualdad: (i) indiferencia jurídica para las diferencias; (ii) la diferenciación jurídica de las diferencias; (iii) la homologación jurídica de las diferencias, y (iv) la valoración jurídica de las diferencias (Ferrajoli, 1993, pp. 50-53). Esta estrategia permitiría alcanzar la conclusión que la igualdad es igualdad en los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2015, p. 6).

Esta interpretación, —especialmente en Francia e Italia— ciertamente no está entre las más comunes; porque en estos países el feminismo de la diferencia está más firme y adopta una definición tradicional de igualdad en un sentido descriptivo (la igualdad es un hecho) en lugar de considerar la igualdad en un sentido normativo (es decir, como un valor)<sup>12</sup>.

### 2.3. Feminismo de la diferencia

Las reflexiones sobre la diferencia, sin duda, abren nuevos escenarios para el feminismo (Cavarero y Restaino, 1999). Por ejemplo, en los Estados Unidos, tales reflexiones encuentran terreno fértil, especialmente en aquellos movimientos feministas que tienden a valorizar las diferencias agregándolas a la igualdad. Por ejemplo, Iris Marion Young, considerada una de las pioneras del pensamiento de la diferencia, señala que:

<sup>10</sup> (Cursiva del autor).

<sup>11</sup> (Cursiva del autor).

<sup>12</sup> Para un análisis del feminismo de la diferencia, véase, por ejemplo: Lonzi (1974); Irigaray (1974); Libreria delle donne di Milano (ed.) (1987); Cavarero (1987); Muraro (1991); Bono y Kemp (1991); Restaino (1999); Cavarero y Restaino (1999) en particular las págs. 73-81 y 101-110; Boccia (2002).

Apruebo esta política de la diferencia, y sostengo que lo que está en cuestión es el propio significado de diferencia social. La política tradicional que excluye o desvaloriza a algunas personas por sus atributos de grupo asume un significado esencialista de la diferencia; define a los grupos como portadores de naturalezas diferentes. Una política igualitaria de la diferencia, en cambio, define la diferencia de manera más fluida y relacional, como el producto de procesos sociales. Una política emancipatoria que afirme la diferencia de grupo conlleva la recepción del significado de igualdad. El ideal de asimilación asume que la igual categoría social de todas las personas requiere tratar a todas ellas de acuerdo con los mismos principios, reglas y criterios. Una política de la diferencia sostiene, en cambio, que la igualdad como participación e inclusión de todos los grupos requiere a veces un tratamiento diferente para los grupos oprimidos o desaventajados (2000, p. 266).

En particular, en esta etapa, las feministas se centran en demostrar la carencia de fundamento de la tesis de la universalidad y de la neutralidad de la concepción liberal-democrática de la justicia basada, aunque solo parcialmente, en una concepción masculina. Por ejemplo, una crítica eficaz está basada en contra de la falsa neutralidad que las sociedades liberales presentarían. En general, en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos y en la elaboración de normas, la referencia es, por ejemplo, a un sujeto neutral, sin raza, sexo, clase social, etcétera, por lo menos desde que la igualdad se ha impuesto como principio universal. Pero, este sujeto, en la realidad, tiene características precisas que normalmente corresponden a las del grupo dominante; así tomarlo como modelo implica la exclusión o, en cualquier caso, la discriminación de los otros individuos (Facchi, 1999, p. 131). Esta perspectiva de análisis parece estar influenciada por los distintos estudios sobre el sexo y el género. Por un lado, con el primer término, (es decir, sexo) se determina la diferencia biológica entre un hombre y una mujer. Por otro lado, el género indica los papeles sociales impuestos por la dominación patriarcal o machista, respectivamente, a las mujeres (subordinación en todos los campos) y al hombre (dominio en todos los campos) (Abbagnano, 2012, p. 471). Hay que subrayar que este aspecto se releva determinante porque permite destacar cómo el feminismo liberal, desarrollado especialmente en los años sesenta y setenta, lucha por los derechos individuales de las mujeres, pero no a través de una perspectiva de género. Además, es importante añadir que el feminismo liberal no tiene como objetivo cambiar la estructura social, sino que simplemente se limita de proponer a implementar las acciones positivas y la igualdad de las oportunidades para eliminar la discriminación entre mujeres y hombres. Por lo tanto, el objetivo es dar visibilidad a las mujeres, pero en el mismo sistema o en la misma estructura de poder, a pesar de sus limitaciones y deficiencias. Tal vez esto sería uno de los límites del feminismo liberal: la reivindicación del papel de la mujer pasa por la no ruptura del modelo existente de la sociedad o de la familia que crea un sujeto-mujer falsamente universal y neutral. Por ello, al comentar este problema, Catherine MacKinnon (1993) señala que la culpa del feminismo liberal es que ha protegido los derechos de las mujeres de manera demasiado abstracta, es decir, que no existe en su interpretación y aplicación alguna perspectiva de género. En sus palabras:

La doctrina dominante de la ley de discriminación sexual, que resulta de ellos es, en mi opinión, en gran medida responsable de que la ley de igualdad sexual haya sido tan escandalosamente ineficaz para darnos a las mujeres lo que necesitamos y socialmente se nos impide tener sobre la base de una condición de nacimiento: la posibilidad de tener vidas productivas con la seguridad física razonable, autoexpresión, individuación y un mínimo de respeto y dignidad (MacKinnon, 2014, p. 57).

Así, la discriminación sexual es descrita como una forma de desigualdad, porque en la perspectiva liberal, faltando la visión que la sexualidad es una forma de poder que define las relaciones de género, la propia sexualidad se traduce en

relaciones de poder. De la misma manera, como analiza Kymlicka, las cosas quedan equivalentes y no cambian mucho, ni siquiera con referencia al feminismo de la diferencia, que tiene entre sus objetivos garantizar el acceso de las mujeres en contextos considerados típicamente masculinos, por ejemplo en las actividades manuales y militares, en el empleo público y etcétera, es decir en todos los lugares en los que las mujeres por su propia naturaleza estaban consideradas poco aptas para las tareas políticas y económicas fuera del hogar. En sus palabras:

Sin embargo, el éxito de este planteamiento ha sido limitado, porque desatiende las desigualdades que tienen su asiento en la misma definición de las posiciones mencionadas. La consideración de la diferencia ve la igualdad sexual en términos de la capacidad de las mujeres para competir, en un marco de reglas neutrales en lo tocante al sexo, por roles que han sido definidos por los hombres [...] (Kymlicka, 1995, p. 262).

En este enfoque, incluso si se ignora el sexo de los candidatos, a la hora de decidir quién podrá desempeñar un papel de prestigio y ocupar tales posiciones en las instituciones, será imposible alcanzar concretamente la igualdad si, en cualquier caso, se crean instituciones sociales que sean funcionales y conformes a los intereses de los hombres. Por ello, al comentar este problema, Kymlicka señala concluyendo que «el problema es que estos papeles pueden estar definidos de modo tal que los hombres resulten más aptos para ellos, incluso en un marco de reglas de competencia neutrales en materia de sexo» (1995, p. 263).

Entonces, el paradigma de la diferencia, parece declinarse en una doble forma. Por un lado, ha funcionado como un importante instrumento analítico para casi todos los grupos feministas pertenecientes a la segunda ola, incluidas las feministas de la igualdad. Por otro lado, ha funcionado, aunque de una manera más controvertida, como instrumento de reivindicación. Sin embargo, el contenido de las reivindicaciones de la diferencia o de las diferencias varía para cada uno de esos grupos que podríamos definir en general como feminismo de la diferencia (Morondo Taramundi, 2004, p. 4).

### 3. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la condición de la mujer

El análisis que desarrollaré a continuación asume ciertos presupuestos, a partir de las discusiones hasta aquí presentadas (aunque de manera sucinta), acerca del argumento desarrollado por quienes afirman que la igualdad es compatible con las diferencias en el ámbito jurídico. En particular, me interesa acentuar el análisis a partir de la relación entre las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la condición de la mujer, buscando verificar si, a raíz de esta relación, ésta última sufre mudanzas considerables<sup>13</sup>.

El mundo de hoy parece siempre más dominado por internet y la tecnología. Es bastante habitual y frecuente utilizar dispositivos como *netbooks*, *tablets*, *smartphones*, que nos permiten acceder a internet y múltiples aplicaciones para

<sup>13</sup> Esto significa que, en el presente estudio, no trataré lo que ha aportado el desarrollo a nivel nacional e internacional del derecho antidiscriminatorio, considerado este último como una de las claves para centrar la tensión igualdad/diferencias y para comprobar la evolución significativa que a nivel jurídico se ha producido en el contenido del principio de igualdad. Tampoco me centraré en el derecho antidiscriminatorio desarrollado por los Estados y las políticas públicas de igualdad. A este respecto véase: Casadei (2015).

informarnos, comunicarnos, trabajar de forma totalmente nueva y al mismo tiempo más eficiente. Sin embargo, por diferentes razones, no todas las mujeres tienen la misma posibilidad de acceder a las TIC. Por ejemplo, Betty Friedan señala que algunos obstáculos que han limitado la participación de la mujer son las cualidades femeninas atribuidas por la sociedad. En general, las mujeres son reconocidas por una mayor capacidad de escucha, de comunicación, de empatía, de consenso y consecuentemente menor seguridad, que los hombres (Friedan, 2009). En esta perspectiva, la introducción de la diferencia parece ser indispensable para alcanzar el corazón de la igualdad, (y no solo se lograría a partir del conocimiento que incluye a las TIC), y consecuentemente hacerla efectiva.

En primer lugar, hay que evidenciar que los estudios y las aportaciones desde una perspectiva de género, que plantean unas cuestiones en relación a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), son, sin dudas, recientes. En general e inicialmente, en muchas ocasiones, las teorías feministas se caracterizaron por mostrar un profundo escepticismo ante la histórica masculinidad inherente a la tecnología<sup>14</sup>. Solamente a partir de los años noventa comienza a surgir un interés de las mujeres por la tecnociencia en consideración de su potencial para transformar las relaciones de género tanto en una era digital y globalizada como en una sociedad de la información<sup>15</sup>. Por ejemplo, Donna Haraway, autora del *Cyborg Manifesto* (1991), elabora la metáfora del *cyborg*, definido como

un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo, una criatura de realidad social y también de ficción [...]. La ciencia ficción contemporánea está llena de ciborgs - criaturas que son simultáneamente animal y máquina, que viven en mundos ambiguamente naturales y artificiales (1991, p. 2),

para argumentar que las máquinas pueden dar sus contribuciones a cambios relevantes en contra de las tradiciones de un capitalismo racista y de una sociedad dominada por los ideales masculinos y patriarcales. En este sentido Donna Haraway comenta que la personificación femenina parecía ser algo dado, orgánico, necesario así como la expresión de lo femenino parecía significar el disponer de habilidades maternas o en sentido estricto o metafórico. Solo estando fuera de lugar las mujeres pueden lograr un placer intenso con las máquinas y, entonces, con la excusa de que al fin y al cabo se trata de una actividad orgánica después de todo (Haraway, 1991).

En general, las ciberfeministas describen la era digital como un espacio donde las diferencias sexuales se diluyen, donde las mentes se liberan de sus cuerpos, donde su identidad no está sujeta ni determinada por su físico (Martínez Álvaro, 2016, p. 440). Así, la transformación de las relaciones entre las mujeres y las tecnologías se caracteriza por ser alcanzable y real y sobretodo como reacción al sistema patriarcal en las relaciones tecnológicas.

La sociedad ha cambiado y esta nueva sociedad ha provocado nuevas formas de producción, difusión y consumo del conocimiento y la cultura (Area, Gros y Marzal 2008). Así, es importante subrayar que

el conocimiento, es el capital de la sociedad y las TICs, las herramientas que nos ayudan a acceder y producir la información, por lo tanto, las TICs son unas herramientas que deben considerarse como algo más que soportes físicos transmisores de información, canales por los que vehicula información o contenedores

<sup>14</sup> Por ejemplo, véase: Martínez Álvaro (2016), esp. p. 440; Harding (1998) la cual afirma que hay la existencia de múltiples investigaciones que han demostrado que la exclusión de las mujeres de la tecnología ha sido una consecuencia de la especialización de los oficios por hombres durante la revolución industrial. A este respecto véase también: Cockburn (1983); Stamile (2017).

<sup>15</sup> Véase por ejemplo Manuel Castells.



de información, ya que al ser usadas por un individuo, existen variables inherentes a los sujetos que interaccionan con la información, variables del contexto de los usuarios y el método de enseñanza en el que se integran las TICs que tienen influencia en la información (Area 2009)<sup>16</sup>.

Algunos estudiosos distinguen tres dimensiones de las TIC: pedagógicas, de inclusión social y cultural (Area, 2009, p. 299); porque las TIC transformaron y siguen transformando de manera significativa nuestro lenguaje, nuestras formas de pensar, aprender, comunicarnos, trabajar, decidir y,

en fin, se caracterizan por su capacidad de modificar el curso y funcionamiento de las relaciones y las actividades humanas. Es justamente esa potencia disruptiva y sistémica lo que torna complejo, y al mismo tiempo decisivo, el proceso de la integración de las TICs en la educación (Area, 2009, p. 305).

Así que parece útil recordar la postura de Sheyla Benhabib que adhiere a una sociedad democrática deliberativa que permita un diálogo complejo entre varias culturas dentro de una esfera pública, es decir,

nacemos en redes de interlocución o redes narrativas, desde relatos familiares y de género hasta relatos lingüísticos y los grandes relatos de la identidad colectiva. Somos conscientes de quiénes somos aprendiendo a ser socios conversacionales en estos relatos (2006, p. 45).

Entonces las condiciones normativas serán reciprocidad igualitaria, autoadscripción voluntaria y libertad de salida y asociación con el fin de expresarse en una democracia deliberativa. Consecuentemente, adoptando esta perspectiva, las TIC dejan de ser simplemente un solo medio para convertirse en un sistema comunicativo que parece favorecer nuevas formas de subjetividades y relaciones. Por esa razón es importante tener siempre en cuenta que la discriminación de género está presente en un gran número de ámbitos (por ejemplo, laboral, educativo, acceso a la salud y participación política), con repercusiones profundamente perjudiciales para las sociedades en su conjunto. Además, cuando se discute específicamente sobre TIC, parece también relevante considerar que si

por un lado, es importante incrementar el uso de las TICs por las mujeres en términos cuantitativos, disminuyendo la brecha digital tanto de género como de ingreso, por el otro es necesario admitir que el mero acceso a las TICs no significa necesariamente que las tecnologías tengan un impacto positivo o empoderen las mujeres. Las TICs pueden ser una herramienta de apoyo y un instrumento de incentivación para crear o consolidar formas de diálogo, asociacionismo y cooperación para llevar al debate público on-line y off-line<sup>17</sup>.

Por mucho tiempo, el trabajo de la mujer en estos sectores ha sido clasificado como sub-profesionales, tanto por una cuestión de género como también para reducir los costos laborales. Y este problema parece persistir también ahora, si bien con intensidad diferente según la cultura y el país<sup>18</sup>. Por lo tanto, en los países más industrializados,

---

<sup>16</sup> Además, es importante subrayar que unas de las líneas de actuación prioritarias de la UE, tal como indica la *Digital Agenda for Europe*, es educar a los usuarios en las TIC y priorizar la alfabetización en las nuevas tecnologías.

<sup>17</sup> V. Vilardo, Mujeres, TIC y transparencia - Tecnología - publicado en Mujeres en Red, <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1762>.

<sup>18</sup> Véase Castells (2004), especialmente el 4 capítulo «El fin del patriarcado: movimientos sociales, familia y sexualidad en la era de la información», pp. 159-270.

aunque el acceso a la tecnología y el uso de sus aplicaciones es cada vez más fácil e intuitivo, sigue existiendo una brecha digital de género que es «un problema» ya que la habilidad para utilizar Internet es cada día más necesaria, tanto para obtener mejores resultados académicos como para conseguir mejores puestos de trabajo y realizar mejor nuestra actividad laboral (Sosa, 2013).

Así que se distingue una primera brecha digital, es decir el acceso al ordenador y a la conexión de internet, que con el tiempo y en países desarrollados, ha ido desapareciendo. Una segunda brecha que afecta a los usos de las tecnologías de la información y comunicación, y está determinada por las capacidades y habilidades de los individuos para utilizar ordenadores (Castaño, 2008). Hay que subrayar que varios estudios demuestran que esta segunda brecha aflige sobre todo a las mujeres, mientras persistiría una preocupante ausencia de mujeres en algunos importantes ámbitos relacionados con las nuevas tecnologías<sup>19</sup>. Los factores pueden ser diferentes aunque relacionados con el concepto de patriarcado y de sub alteridad que aún también influyen sobre la elección de la mujer en este específico ámbito de la tecnología. Así, según algunos estudios es posible esquematizar estos factores de la siguiente manera:

la idea equivocada de la informática y de los estilos de vida de las personas de este ámbito, considerándose como ámbito que no es para mujeres, que consiste solo en programación, es muy difícil y hay poca interacción humana. La imagen estereotipada de los informáticos y del tipo de trabajo que desarrollan. Las pocas referencias femeninas en el ámbito. La poca confianza de las mujeres en sus destrezas con los ordenadores. Las familias, hacen que las chicas se sientan poco atraídas por estos estudios y no la consideren como carrera profesional a tener en cuenta (Fernández Sánchez, 2006, p. 466).

Es evidente como una cierta idea de sub alteridad y de modelo de sociedad patriarcal continúa reproduciéndose, aunque con diversas variantes. Así que surge la exigencia de establecer si el patriarcado, ante los distintos recursos de las tecnologías de la información y de la comunicación, dentro de una sociedad globalizada, todavía persiste o se podría hablar, aunque con debida cautela y prudencia de fin del patriarcado (por lo menos en algunas zonas más desarrolladas<sup>20</sup>), además teniendo

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el Consejo de Europa, Conclusiones del Consejo de 5 de mayo de 2003 sobre los niveles de referencia del rendimiento medio europeo en educación y formación (Puntos de referencia) (2003/C 134/02) se afirma que «El equilibrio entre los sexos es un reto particularmente importante en esta área. El número de mujeres que optan por cursar estudios de licenciatura en matemáticas, ciencias y tecnología es relativamente menor que el de los hombres, y aún menos son las que se deciden por las carreras de investigación. Por lo tanto, el número total de licenciados en matemáticas, ciencias y tecnología [...] en la Unión Europea debería aumentar al menos en un 15 % para 2010, al tiempo que debería disminuir el nivel de desequilibrio en la representación de hombres y mujeres», en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:134:0003:0004:ES:PDF>. Además, véase: Fernández Sánchez (2016, p. 465): «[...] el ministerio de educación [...] y el instituto de la mujer [...] señalan que las mujeres representan el 17% y el 26.59 % de los estudiantes de informática e ingeniería de telecomunicaciones respectivamente. Esta infrarrepresentación de mujeres en las áreas científicas ya está presente durante la educación secundaria y postobligatoria, ya que los chicos muestran un mayor interés y elección de las materias de física y química y tecnología, mientras que las chicas por biología y sanidad [...], afirman que conocer los factores que determinan las elecciones de estudios es muy útil para el sistema educativo, los individuos y la sociedad, ya que esto ayuda a orientar mejor los objetivos de auto-realización personal y social de los estudiantes». Sobre este último aspecto véase, por ejemplo: Sáinz (2011); Manassero y Vázquez (2010).

<sup>20</sup> Esta cuestión es planteada también por Castells, (2004, pp. 159-270). El autor intenta contestar a la pregunta ¿El fin del patriarcado? (es también el título de uno de los párrafos del capítulo 4) a través un análisis de como las mujeres han sido incorporadas en el mundo laborales y al trabajo remunerado. Castells nota que «la entrada masiva de las mujeres en la mano de obra remunerada se debe, por una parte, a la informacionalización, la interconexión y la globalización de la economía y, por la otra, a la segmentación por géneros del mercado laboral, que aprovecha las condiciones sociales específicas de las mujeres para incrementar la productividad, el control de gestión y, en definitiva, los beneficios» (p. 182).

en cuenta los resultados presentados en el informe de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible acerca de la igualdad de género.

Más allá de esta consideración, las TIC tienen un papel importante en el proceso de educación sobre cuándo afectan y/o benefician a la sociedad con la inserción de nuevos escenarios, formas de relación y aprendizajes (Vivanco, 2015, p. 305)<sup>21</sup>. Así que ¿cómo el género influye en el uso de las nuevas tecnologías y en la percepción que uno tiene sobre las mismas?

Es interesante indicar que esta última consideración abre las puertas a reflexionar acerca de los objetivos sobre la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Aquí mi intención no es, puntualmente, tratar de la enorme discusión sobre este documento ni de tratar los estudios y los datos producidos en el informe en su totalidad<sup>22</sup>. Mis propósitos principales, en esta parte del trabajo, son establecer de manera sencilla y sin pretensión alguna una evidencia de conexión con el tema de la igualdad de género, el desarrollo sostenible y el empoderamiento a partir de conocimiento lo que incluye a las TIC. Por ello, para impulsar la plena realización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 desde el pensamiento<sup>23</sup>, parece necesario dotar a la educación de un nuevo sentido y significado pedagógico. Sin embargo, el nivel de cualificación de las personas requerido con referencia a las TIC es superior pero son las propias TIC que hoy en día asumirían un papel determinante en la creación del conocimiento social. Sin duda, para realizar las demandas de la sociedad de la información, el sistema educativo no puede quedarse al margen de esta nueva sociedad y debe adaptarse a los nuevos cambios sociales, económicos y tecnológicos. Sin duda, la tecnología juega un papel determinante en la sociedad actual, y por ello, al comentar este problema, cabe señalar que «para tener éxito en el mundo actual, marcado y dominado por la tecnología, parece necesario que cada individuo adquiera conocimientos y desarrolle competencias tecnológicas, por lo tanto las mujeres no deberían quedarse atrás» (Papastergiou, 2008, p. 595).

Esta afirmación se coloca perfectamente en línea con lo previsto, por ejemplo, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 y en particular con el Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas donde se afirma que la igualdad entre los géneros no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible<sup>24</sup>.

Así, definir la igualdad como derecho fundamental, nos conduce a lo ya argumentado, es decir que la igualdad se caracteriza por ser un principio normativo, compuesto, por un lado, de un contenido formal y por otro lado de un contenido substancial, perfectamente compatible con la diferencia. De esta manera sigue, por ejemplo, que

Si se facilita la igualdad a las mujeres y niñas en el acceso a la educación, a la atención médica, a un trabajo decente, y una representación en los procesos de adopción de

<sup>21</sup> La autora reflexiona críticamente sobre la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en la educación, cuestionando la posibilidad de valorar la diversidad en la actual tendencia homogeneizadora de las políticas educacionales y se propone contribuir con una perspectiva cultural para abordar el aprendizaje escolar con tecnologías digitales, dentro del marco de igualdad democrática, pero con orientación a la diversidad cultural.

<sup>22</sup> Véase: <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/post-2015>

<sup>23</sup> <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

<sup>24</sup> <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>



decisiones políticas y económicas, se estarán impulsando las economías sostenibles y las sociedades y la humanidad en su conjunto se beneficiarán al mismo tiempo<sup>25</sup>.

Esto no es una mera utopía, incrementar la presencia femenina en los varios sectores, así como en el sector TIC, es posible solamente que requiere un importante esfuerzo transformador desde el pensamiento de considerar la igualdad no solo como un principio descriptivo y/o un juicio de hechos sino también como un principio que implica necesariamente un juicio de valor. En fin, también en la relación entre las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la condición de la mujer emerge que la dicotomía entre igualdad y diferencia aumenta la discriminación de género y en vez de solucionar el problema lo complica.

#### 4. Conclusiones

Mediante el análisis de la primera ola del feminismo he procurado mostrar en qué sentido se caracteriza con referencia a la igualdad. En particular, se centra en lograr importantes resultados en relación con el derecho al voto, el acceso al empleo, la educación y la libertad de elección en caso de aborto, es decir, en todos los campos en los que es posible lograr la igualdad formal o eliminar la falta de igualdad formal. Más allá de las discusiones acerca de las funciones que cumple la igualdad formal, he subrayado también que las reformas en el derecho laboral y familiar se han basado en la identidad del tratamiento sin tener en cuenta las condiciones reales de las mujeres y las relaciones de poder dentro de la familia, por lo que ignoran las diferencias y tratar a todas las personas de manera igual puede dar lugar a discriminaciones inesperadas (Gianformaggio, 1993; Ferrajoli, 1993; Gerhard, 1997). Así,

el feminismo de la igualdad se ha traducido en la exigencia de tratamiento igual, en el sentido, por un lado, de la eliminación de las discriminaciones manifiestas entre mujeres y hombres, por otro lado, de la constitución de las mujeres como sujetos dotadas de plena autonomía que rechazan las normas proteccionistas; el feminismo de la diferencia se manifestó en las solicitudes de tratamiento especial, que lograra una igualdad sustancial a través de la valorización de las diferencias, destacando la falsa neutralidad del derecho (Facchi, 1999, p. 135).

Sin embargo, también en contra del feminismo de la diferencia es posible formular algunas críticas. En primer lugar, la afirmación de los tratamientos especiales basados en el género podría abrir nuevamente las puertas a las políticas de protección de la mujer que han caracterizado aquella propia sociedad conservadora, que reconoce una cierta propensión (naturaleza) de las mujeres por una actividad en lugar de otra, combatida por el feminismo en sus primeras manifestaciones. Pero esto no significa que el feminismo de la diferencia no tenga el mérito de subrayar de manera más evidente que el derecho es un instrumento masculino y por ello, no ser capaz de ofrecer una protección adecuada a las mujeres. Por tanto, ha construido un constante debate sobre la utilidad y la oportunidad de usar el derecho, comparando tanto en un nivel teórico como en un nivel concreto, por un lado, la desconfianza en el derecho como una técnica sexuada, y por otro lado la búsqueda de un derecho femenino (Facchi, 1999, p. 139). Finalmente, hay también que subrayar que dentro del feminismo que se origina en la exaltación de las diferencias entre la mujer y el hombre, se destaca un pensamiento feminista más radical que apoya las diferencias dentro de la diferencia, con la consecuencia que las teorías elaboradas por una parte del feminismo —por ejemplo la parte blanca del feminismo— no son aceptables para los otros grupos étnicos (como por ejemplo por las mujeres de color) cuyos problemas se refieren a condiciones sociales y económicas además que culturales radicalmente

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

diferentes (Abbagnano, 2012, p. 471). En conclusión, aunque sencillamente, mediante este análisis emerge que la dicotomía igualdad-diferencia ha empantanado para un largo tiempo el debate dentro del feminismo que será superado tal vez definitivamente solo con la tercera ola, es decir con el feminismo radical, que tiende a subvertir aquellas relaciones sexuales y sociales en las que hay una opresión de los hombres en contra de las mujeres. Por ejemplo, Catherine MacKinnon, una de las principales exponentes de esta ola del feminismo, no plantea la cuestión de si el derecho debería tratar a las mujeres y a los hombres de manera igual o diferente, sino que el propio derecho no se convierta en un instrumento de opresión y subordinación. Así en ese sentido parece claro que la contraposición teórica entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia, que surgió principalmente en América, podría superarse proponiendo una forma de lectura que intenta conciliar las dos alternativas; puesto que el extremismo de las dos tesis solo funcionaría en el nivel teórico, ciertamente no en el nivel práctico-real.

## Bibliografía

- Abbagnano N. (2012). *Dizionario di filosofia*. Torino, Italia: Utet.
- Area M. (2009). *Introducción a la tecnología educativa*. Universidad de la Laguna, España: Creative Commons.
- Area M., Gros B. y Marzal M. A. (2008). *Alfabetizaciones y tecnologías de la información y la comunicación*. Madrid, España: Editorial Síntesis S. A.
- Benhabib S. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era de la globalización*. Buenos Aires, Argentina: Katz.
- Boccia M. L. (2002). *La differenza politica. Donne e cittadinanza*. Milano, Italia: Il Saggiatore.
- Bock G., James S. (1992). *Beyond Equality and Difference*. London-New York, UK-USA: Routledge.
- Bono P., Kemp S. (1991). *Italian Feminist Thought*. Oxford, UK: Blackwell.
- Botti C., *Etica e differenza di genere*. Recuperado de [http://www.treccani.it/scuola/tesine/maschile\\_e\\_femminile/2.html](http://www.treccani.it/scuola/tesine/maschile_e_femminile/2.html).
- Casadei T., (ed). (2015). *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Castaño C. (2008). *La segunda brecha digital*. Madrid, España: Cátedra.
- Castells M. (2004). *La era de la información. Economía Sociedad y Cultura, El poder de la identidad*, vol. II. Ciudad de México, México: Siglo XXI Editores.
- Cavarero A. (1987). *Per una teoria della differenza sessuale, in Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*. Milano, Italia: La Tartaruga.
- Cavarero A. y Restaino F. (1999). *Le filosofie femministe*. Torino, Italia: Paravia.
- Cavarero A. y Restaino F. (2002). *Le filosofie femministe*. Milano, Italia: Mondadori.
- Cockburn C. (1983). *Brothers: Male dominance and technological change*. Londres, UK: Pluto Press.
- Cuono M. y Gargiulo E. (2017). Emergenza, crisi, sicurezza. Decisioni extra-ordinarie tra governo centrale e amministrazioni locali, *Diritto&Questioni Pubbliche, volumen 17* (núm. 2), 15-36.
- Evans J. R. (1977). *The feminists: women's emancipation movements in Europe, America, and Australia, 1840-1920*. Londres, UK: Routledge.
- Facchi A. (2004). Diritti delle donne tra universalismo e particolarismo. Introducción, *Ragion Pratica, volumen 23*, (núm. 2), 325-338.
- Facchi A. (2007). *Breve storia dei diritti umani*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Facchi A., (1999). Il pensiero feminista, sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. En G. Zanetti, *Filosofi del diritto contemporaneo*, (pp. 129-153). Milano, Italia: Raffaello Cortina Editore.
- Fernández Sánchez A. (2016). La dirección escolar ante el reto de implantar un plan

- TIC con perspectiva de género. En M. Blanco, R. San Segundo, *Investigación joven con perspectiva de género*, Libro de Actas del I Congreso de jóvenes investigadorxs con perspectiva de género celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 16 y 17 de junio de 2016. Getafe, España: Instituto de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid.
- Ferrajoli L. (1993). La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza, *Democrazia e Diritto*, (núm. 2), 50-53.
- Ferrajoli L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli L. (2015). Il principio di uguaglianza e la differenza di genere, *Giudicedonna.it*, (núm.3), pp. 1-14.
- Fineman M. A. (2005). Feminist Legal Theory, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, volumen 13, (núm. 1), 13 - 23.
- Friedan B. (2009). *La mística de la feminidad*. Madrid, España: Ediciones Cátedra.
- Gatens M. (1991). *Feminism and Philosophy. Perspectives on Difference and Equality*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Gerhard U. (1997). Femminismo e diritto: verso una concezione femminista e contestualizzata dell'uguaglianza, *Ragion Pratica*, (núm. 8), 53-62.
- Gianformaggio L. (1993). Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?. En G. Bonacchi, A. Groppi (ed.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, (pp. 214-240). Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Gianformaggio L. (1993). Identity, Equality, Similarity and the Law, *Rechtstheorie*, volumen 15, 121-134.
- Gianformaggio L. (1995). *Filosofia e Critica del Diritto*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Gianformaggio L. (1996). Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco, *Il Foro Italiano*, (núm. 1), 1961-1976.
- Gilligan C. (1982). *In a Different Voice*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press.
- Grant Bowman C., Schneider E. M. (1998). Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking and the Legal Profession, *Fordham Law Review*, volumen 67, (núm. 2), 249-271.
- Haraway D. (1991). *Manifiesto Ciborg. El sueño irónico de un lenguaje común para las mujeres en el circuito integrado*. Santa Cruz, California, USA: University of California.
- Harding S. (1998). ¿Existe un método feminista? En Barta, Eli, (coord.), *Debates en torno a una metodología feminista*. Xochimilco, México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Irigaray L. (1976). *Speculum. L'altra donna (1974)*. Milano, Italia: Feltrinelli.
- Jaggar A. (1983). *Feminist Politics and Human Nature*, Rowman and Allanheld. New Jersey, USA: Rowman&Allanheld.
- Kymlicka W. (1995). *Filosofía política contemporánea: una introducción*, trad. R. Gargarella. Barcelona, España: Ariel.
- Libreria delle donne di Milano (ed.) (1987). *Non credere di avere diritti*. Torino, Italia: Rosenberg e Sellier.
- Lonzi C. (1974). *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale, Rivolta femminile*. Milano, Italia: Editorial.
- Mackinnon C. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: toward feminist jurisprudence, *Signs*, volumen 8, (núm. 4), 635-658.
- Mackinnon C. (2014). *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Manassero M. A, Vázquez A. (2010). Perfiles actitudinales de la elección de ciencias en secundaria según el sexo y el tipo de educación, *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, volumen 9, (núm. 1), 242-260.
- Mancina C. (2002). *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*. Bologna, Italia: Il Mulino.

- Martínez Álvaro L. (2016). Patriarcado 2.0: Retención del talento femenino en las empresas tecnológicas. En M. Blanco, R. San Segundo, *Investigación joven con perspectiva de género*, Libro de Actas del I Congreso de jóvenes investigadorxs con perspectiva de género celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 16 y 17 de junio de 2016. Getafe, España: Instituto de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid.
- Morondo Taramundi D. (2004). *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*. Pesaro, Italia: Aras Edizioni.
- Muraro L. (1991). *L'ordine simbolico della madre*. Roma, Italia: Editori Riuniti.
- Nicholson L. (1997). *Second Wave: A Reader in Feminist Theory*. New York, USA: Routledge.
- Nussbaum M. (2002). *Rawls and feminism*. En S. Freeman, *The Cambridge companion to Rawls* (pp. 488-520). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Okin S. M. (1989). *Justice, Gender, and the Family*. New York, USA: Basic Books.
- Papastergiou M. (2008). Are computer science and information technology still masculine fields? High school students' perceptions and career choices, *Computers & Education*, volumen 51, (núm. 2), 594-608.
- Pérez Luño E. (2007). *Las dimensiones de la igualdad*. Madrid, España: Dykinson.
- Restaino F. (1999). Il pensiero femminista. Una storia possibile. En F. Restaino y A. Cavarero. *Le filosofie femministe* (pp. 3-54). Torino, Italia: Paravia.
- Sáinz M. (2011). Factors which influence girls' orientations to ICT subjects in schools. Evidence from Spain, *International Journal of Gender, Science and Technology*, volumen 3 (núm. 2), 387-406.
- Scott J. W. (1988). Deconstructing Equality Versus Difference: or the Uses of Poststructuralist Theory of Feminism, *Feminist Studies*, volumen 14, (núm. 1), 32-50.
- Scott J. W. (1995). Deconstructing Equality Versus Difference: or the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism. En: Frances Olsen (ed.), *Feminist legal theory*, (pp. 261-280). New York, USA: New York University Press.
- Sosa T. (21 junio, 2013). Las mujeres y las TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación a su servicio. Recuperado de <https://palabrademujer.wordpress.com/?s=TIC>
- Stamile N. (2015). Uguaglianza e ragionevolezza. En L. R. Corrado (ed.), *Le uguaglianze: diritti, risorse, sfide per il futuro* (pp. 11-24). Milano, Italia: Hòrisma, Editore, Ledizioni.
- Stamile N. (2017). *Una misteriosa amistad: la relación de las mujeres con la Tecnologías de la Información y Comunicación*, ponencia presentada al XI Conferencia Internacional de derecho e informática de La Habana 2017 - VII Congreso iberoamericano de investigadores y docentes de derecho e informática (CIIDDI) celebrado los días 15-19 de mayo de 2017 en La Habana (Cuba).
- Stein L. W. (1993). Living with the Risk of Backfire: A Response of the Feminist Critiques of Privacy and Equality, *Minnesota Law Review*, volumen 77, (núm. 1), pp. 1153-1191.
- Vilardo V. (8 Octubre, 2008). Mujeres, TIC y transparencia - Tecnología - publicado en Mujeres en Red. Recuperado de <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1762>.
- Vivanco G., (2015). Educación y tecnologías de la información y la comunicación. ¿es posible valorar la diversidad en el marco de la tendencia homogeneizadora?, *Revista Brasileira de Educação*, volumen 20, (núm. 61), pp. 297-315.
- Volpe G. (1977). *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Young M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid, España: Ediciones Cátedra.

# Conflict of Ethics: Indigenous Americans and Settler Colonists

## Conflicto de ética: Los pueblos indígenas y los colonos en las Américas

Jürgen Poesche  
ORCID ID 0000-0003-3571-9157  
[jurgen.poesche@hotmail.com](mailto:jurgen.poesche@hotmail.com)

### Cita recomendada:

POESCHE, J. (2020). Conflict of Ethics: Indigenous Americans and Settler Colonists. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 29-47.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5262>

Recibido / received: 27/11/2019  
Aceptado / accepted: 08/03/2020

### Abstract

The objective of this paper is to develop and present a novel approach to the conflict of ethics on the foundation of legal theory, particularly the legal rules governing conflict of laws. The focus is on the conflict of ethics impacting Indigenous Americans in the context of Occidental settler colonialism in the Americas. This paper contains three major contributions. First, the interplay between Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics in a settler colonial context was assessed. Second, Occidental concepts in Roman Law and Saint Thomas Aquinas' natural law was used to determine the precedence of Indigenous American equivalents to ethics vis-à-vis Occidental ethics in the Americas. Third, rules-based solutions synthesized from conflict of laws in international law were applied to conflict of ethics in the settler colonial context in the Americas.

### Keywords

Cultural and epistemic racism, decoloniality, indigenous Americans, settler colonialism, *sumak kawsay*, *wakohtowin*.

### Resumen

*El objetivo de este artículo es desarrollar y presentar un enfoque novedoso del conflicto de ética sobre la base de la teoría legal, particularmente las reglas legales sobre el conflicto de leyes. La atención se centra en el conflicto de ética que afecta a los indígenas en el contexto del colonialismo en las Américas. Este artículo contiene tres contribuciones principales. Primero, se evaluó la interacción entre los conceptos de los indígenas categorizados como ética en el occidente en el contexto colonial. Segundo, los conceptos occidentales en la ley*





*romana y la ley natural de Santo Tomás de Aquino se usaron para determinar la procedencia de los equivalentes indígenas en las Américas. Tercero, las soluciones basadas en reglas sintetizadas a partir del conflicto de leyes en el derecho internacional se aplicaron al conflicto de ética en el contexto colonial en las Américas.*

### **Palabras clave**

*Racismo cultural y epistémico, descolonialidad, indígenas en las Américas, colonialismo, sumak kawsay, wakohtowin*

SUMMARY. 1. Introduction. 2. Conflict of laws. 2.1. Roman law and Occidental legal families. 2.2. International private and public law. 2.3. Indigenous American equivalent of law. 3. Indigenous American Concepts. 4. Navigating Conflict of Ethics. 5. Conclusion. References.

## **1. Introduction**

The objective of this paper is to develop and present a novel approach to the conflict of ethics on the foundation of legal theory, particularly the legal rules governing conflict of laws. The need to address the conflict of ethics stems from the increasing importance of particularly the Indosphere and Sinosphere with their respective cultures and epistemes on the one hand, and recognition of Indigenous cultures and epistemes in intrastate law –highlighted by legal pluralism– and interstate law –epitomized by the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. The need for addressing the conflict of ethics is further underlined by problems associated with the legality and legitimacy of settler colonial states’ sovereignty claims.

The focus of this paper is on the conflict of ethics impacting Indigenous Americans. This paper fills a gap in the literature by bringing together legal concepts used in solving conflicts of laws in international law, and cultural and epistemic racism in the context of a clash of Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics. The characteristics and dynamics of the settler colonialism Indigenous Americans have been subjected to cannot be assumed to be same as in the colonialism in Africa and Asia. In the context of the colonial experience of Indigenous Americans, the terms “internal colonialism” and “settler colonialism” have been used by, e.g., Churchill (1985, p. 35). The idiosyncrasies of settler colonialism impact the choice of literature in this paper.

The term “Occident” is used instead of “the West”, because the latter needs to be rejected: “The West” is both ahistorical and ambiguous. E.g., “the West” ( لمغرب ) refers to the Maghreb countries in Arabic, and “the West” ( 西域 ) has historically referred to Central Asia in Chinese. In this paper, the term “Occident” refers to societies that are founded on the Greco-Roman Heritage –including Roman Law– and Occidental Christianity –Roman Catholicism and Protestantism. Occidental ethics is understood to be ultimately founded on ancient Greek philosophical ethics that has been influenced by, e.g., Saint Augustine of Hippo on the basis of Occidental Christian theology.

Although discrimination generally and discrimination directed against individual groups in particular have been studied in, e.g., Montargot and Peretti (2014, p. 187), and Coelho (2019, pp. 1993-1995), conflict of ethics as it relates to the incompatibility

of Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics with their Occidental equivalents has received limited attention. The foundations of Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident are the different Indigenous American cosmovisions (León-Portilla, 1983, p. 22). The original foundation of Occidental ethics was ancient Greek ethical philosophy (Gérard, 2012, p. 205), but it was reformulated and reinterpreted on the basis of Occidental Christian theology.

The incompatibility of Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics are exemplified by two legitimations. First, ethics derived from Occidental Christianity was used to legitimize the destruction of Indigenous American cultures (Estrada, 2006, pp. 8-9). Second, ethics derived from Occidental Christianity was used to legitimize the enslavement of Indigenous Americans in the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries (Mayer, 2014, pp. 1128-1129). The terms “ethics” and (religious) “morals” are considered a purely nominalist issue, and consequently they are used interchangeably in this paper.

The development of concepts dealing with conflict of ethics does not need to start from nothing. In international private and public law, concepts dealing with conflict of laws have been developed over the centuries, e.g., Salah (2010, p. 31). Two caveats are in place. First, the categories “ethics” and “law” are of Occidental origin and are thus not meaningful outside of the Occident. Second, the concepts dealing with conflict of laws have been developed within the confines of the Occidental legal families –and ultimately Roman Law– and are therefore inapplicable outside of these confines. Nevertheless, the concepts dealing with conflict of laws are a useful starting point.

A search for the universal may effectively put pressure on Indigenous Americans to adopt and emphasize factors congruent with the dominant ethics –the Occidental ethics. This would reduce conflicts of ethics, but it also contains the seed of racism, and cultural and epistemic racism.

Recognizing the multiplicity of descriptions of racism, Memmi’s (2000, p. 169) description is adopted for the purposes of this paper: “Racism is the generalized and final assigning of values to real or imaginary differences, to the accuser’s benefit and at his victim’s expense, in order to justify the former’s own privileges or aggression” (Grosfoguel, 2004, p. 315) has raised the issue of the problems with (cultural) ethnicity versus (biological) race. A narrow definition of racism as being about the biological race alone would effectively legitimize cultural (and epistemic) racism. Cultural and epistemic racism is about the negation (Orellana F., 2005, p. 87) or peripheralization (Pachón Soto, 2012, p. 47) of another culture and episteme.

Remedying eurocentrism involves decolonial and intercultural dialogues between different cultures and epistemes, including the Indigenous American cultures and epistemes (Quijano, 2007, pp. 106-107). The phenomenon of cultural genocide –ethnocide means that Indigenous Americans are prevented from using, developing and teaching their own cultures– taking advantage of the institutional and legal power structures of the state has been connected to the settler colonialism found in the Americas (Mako, 2012, pp. 176-180).

This conceptual paper is divided into five sections. In order to set the stage for a synthesis for handling conflict of ethics, the second section addresses conflict of laws. In the three subsections of the second section, Roman Law and the Occidental legal families, international private and public law, and current force of Indigenous American equivalents of law are studied. In the third section, Indigenous American

concepts categorized as ethics in the Occident are investigated. In the fourth section, ways to navigate fundamentally incompatible Indigenous American and Occidental concepts in the field referred to as ethics in the Occident are synthesized. Additionally, the first section contains the Introduction and the fifth section the Conclusion.

## 2. Conflict of laws

In the aftermath of 1492, the Occident took measures that effectively prevented the possibility of conflict of laws by destroying the Indigenous American nations. The conquest and hence all subsequent actions were not only illegal and illegitimate from an Indigenous American perspective, but also from an Occidental Natural Law perspective. The efforts of Bartolomé de las Casas and Francisco de Vitoria to limit the encroachments on the rights of Indigenous Americans are well known albeit the former argued that the Indigenous Americans were inferior to the Occidentals (Rosa, 2015, p. 260). Another person deserves to be mentioned: Alonso de la Vera Cruz, the first professor of theology at the *Real y Pontificia Universidad de México* after the Spanish conquest, admitted in *De dominio infidelium et justo bello* that was founded on Natural Law developed by Saint Thomas Aquinas and *ius gentium* –both of Occidental pedigree– that the conquest of the Americas was a *fait accompli* in spite of being illegal (Westra, 2011, pp. 100-107). A *fait accompli* is a problematic legal argument in Roman Law, because theft prevents *usucapio*, and thus an establishment of a *fait accompli*.

A challenge in an attempt to reduce cultural and epistemic racism is Pfordten's (2012, p. 456) argument that concepts are more important in laws than norms. On the one hand, concepts are not universal and the use of Occidental concepts to study Indigenous American equivalents to ethics and law is bound to result in failure, a failure that could be misused in calls for universal validity of Occidental ethics and law. On the other hand, a focus on concepts requires scholars to understand the cultural context of laws.

The work of Saint Thomas of Aquinas was founded on an Occidental understanding of Natural Law (Roca, 1997, p. 883), and hence his scholarship was limited by the Greco-Roman Heritage and Occidental Christianity. This intercultural critique of Saint Thomas of Aquinas' scholarship is fundamentally different from the intracultural critique in, e.g., Massini-Correas (2019, p. 12). Ary (2014, pp. 542-543) has propounded that law both constructs and reflects the ethics in a historically evolved society. Saint Thomas of Aquinas' Natural Law thus arguably had and has some force in the Occident and an Occidental state's deportment vis-à-vis Indigenous American nations, but it had and has no legitimacy in Indigenous American nations.

Because the criteria used for statehood were modelled on European ideas on political and social organization, it was difficult for Indigenous American political entities to be recognized as states after the Peace of Westphalia in 1648. The resulting lack of statehood is ontologically problematic when solutions for conflict of ethics are developed founded on the example of conflict of laws. To circumnavigate this problem, Indigenous American political entities –in a wide sense– are referred to as nations and Occidental political entities as states in this paper.

Whereas the manifold Indigenous American conceptions and interconnections of what is categorized as ethics and law in the Occident differ from those found in the Occident concepts– including international private and public law– any assessment and synthesis of conflict of laws and conflict of ethics is a complex undertaking. Ollero's (2002, pp. 270-271) rejection of the separation of ethics and law that has occurred in Occidental legal positivism suggests that Occidental categorizations are



not considered optimal even in the Occident. Furthermore, Estrada Ochoa (2009, pp. 190-192) shows the complexity flowing from different categorizations.

The failure of the Occident to submit to the –arguably only legal and legitimate– Indigenous American concepts of what are categorized as ethics and law in the Occident in the Americas in the aftermath of 1492 raises the issue of possible faults in the Occidental conceptualization of equality. A fundamental rejection of Indigenous American concepts by the settler colonists effectively prevents reciprocity between the Indigenous Americans and settler colonists, and this casts doubt on the settler colonists' willingness to consider the Indigenous Americans as equals on the basis of Aristotle (Perrin, 2007, pp. 279-280). Occidentals considered the Indigenous American inferior using Aristotle's conceptualization –as epitomized by Bartolomé de las Casas– thus purportedly legitimizing an appalling treatment of Indigenous Americans, and the destruction of Indigenous American cultures and epistemes in the Americas.

The Weberian view of formal rationality that legitimizes unequal treatment when this is appropriate and proportionate against the backdrop of a recognized objective (Renner, 2010, p. 163) can result in the legitimization of racism. A recognized objective may very well be racist, and culturally and epistemically racist as demonstrated by the objectives recognized by the Occidentals in the aftermath of 1492. The Weberian view is ethically troubling, because it suggests that racism, and cultural and epistemic racism can be considered rational by the Occident.

Because of the fragmentation of critical legal studies (Oberkofler, 2006, pp. 210-211), critical theory does not offer a promising path forward in the study of conflict of laws, and conflict of ethics. However, the scholarship of Bartolomé de las Casas, Alonso de la Vera Cruz and Francisco de Vitoria indicates that the Occident is not necessarily hostage to racism, and cultural and epistemic racism perpetrated against Indigenous Americans. To identify Occidental ethics that have not been tainted by political expediency and religious fanaticism, it is necessary to go back in history –to the Roman Empire. The principles found in Roman Law are used as an approximation of Occidental substantive ethics.

## 2.1. Roman law and Occidental legal families

To begin with, it is warranted to consider the influence of Roman Law in the Occident today. This is complicated by the historical development that gave rise to two Occidental legal families. The division into the common law family that encompasses the former of the British Empire on the one hand and the Civil Law family on the other hand is consequential, because only the latter unequivocally descends from Roman Law (Guénaire, 2001, p. 49). Common law is found in Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, British Virgin Islands, most of Canada, Cayman Islands, Dominica, Grenada, Jamaica, Saint Kitts and Nevis, Saint Vincent and the Grenadines, and most of the USA in the Americas. The other countries in the Americas belong to the Civil Law family with its roots in Roman Law.

Although the nexus between common law and Roman Law is tenuous, common law has been influenced by Roman Law particularly in four ways. First, there was an attempt to create a uniform canon and laic law that prevented any clear demarcation between the two in the Middle Ages (Müller, 2006, pp. 1-16) –at a time when England still recognized the ecclesiastical supremacy of the Pope. Second, a significant influence of the *Decretum Gratiani* (about AD 1140) extended to the Anglican Church. Third, the Court of Chancery of England was established in the context of a wider reception of Roman Law in the Occident albeit this reception was

limited in England (Macnair, 2007, p. 663). Fourth, the broader classical culture and philosophical reception impacted also English society.

There is disagreement in the literature regarding the strength of the influence of Roman Law on contemporary law in the Civil Law family. On the one hand, Villey (2002, p. 113), among others, has argued that there is a significant influence. On the other hand, Gaviria Gil (2013, p. 53) has even questioned the contemporary existence of a Civil Law family because of ongoing changes –among them the incorporation of a legal pluralism that allows for the recognition of Indigenous American laws. In the civil law family, there has been a significant interaction between canon law and secular law in addition to a nexus between ethics and Roman Law (Zimmermann, 2007, p. 9). The –at least initial– discussion regarding ethics versus law goes back to the beginnings of the Greco-Roman Heritage, specifically Aristotle (Winkel, 2015, pp. 343-345). Later, Aristotle’s work formed the intellectual foundation for Saint Thomas of Aquinas and the Spanish natural law scholars in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries (Kohler, 1917, p. 235) –among them was Bartolomé de las Casas.

Exclusivity is not a trait that can be associated with Roman Law. Although still controversially debated, there seem to have been provincial laws differing from each other and differing from Roman Law in the Roman Empire, and with the disintegration of the Roman Empire there was some degree of dynamically changing ethnic legal particularism in the Germanic kingdoms (Le Goff, 2008, pp. 25-28). As the Roman Empire disintegrated in the 4<sup>th</sup> and 5<sup>th</sup> centuries, Germanic *foederati* established effectively independent realms on (former) Roman territory. Parallel legal systems existed for the Germanic migrants (*foederati*) and Romans living in the same territory –a system focussing on the person– to be replaced eventually by a territorial system (Olivier-Martin, 2010, pp. 26-27).

Why did the Occidentals not submit themselves to the –arguably only legal and legitimate– Indigenous American concepts which are categorized as law in the Occident in the aftermath of 1492? Apart from Occidental religious zealotry, an explanation can be sought in the association of legal particularism with the Occidental weakness that resulted in the Occident’s defeat in the Crusades and the rejection of legal particularism as the Renaissance gathered pace.

Going forward, the historical template of legal particularism in and after the disintegration of the Roman Empire legitimizes ethical particularism from an Occidental perspective. Legal particularism engenders the need to devise ways to deal with conflict of laws. Solutions have been developed in international private and public law.

## 2.2. International private and public law

Emanuelli (2010, p. 2) has observed that the philosophical foundation of international relations has its roots in the Greco-Roman Heritage. Gschwend (2009, p. 52) has noted that the foundation of human rights law can be found in the work done in the Faculty of Law at the University of Salamanca in the 15<sup>th</sup> century. The refusal to grant sovereignty to Indigenous nations (Emanuelli, 2010, pp. 245-247) –a stance that has been criticized in the literature (Fox-Decent and Dahlman, 2015, pp. 532-533)– may be interpreted as corroboration for cultural and epistemic racism in extant international public law. Ingrained in human rights law is a discriminatory cognitive elitism that contains the view that cultures and epistemes are unequal, because the place of humans in Nature follows the Occidental view that is fundamentally incompatible with, e.g., *Sumak Kawsay*.

An attempt to address cultural and epistemic racism in international private law and international public law within the Occidental confines needs to consider legal history and legal theory. Hans Kelsen's legal positivism effectively renders enforceable law a product of the extant societal power structures. If these societal power structures are illegal or illegitimate for, e.g., historical reasons, then the enforceable law becomes a tool of injustice and oppression, including cultural and epistemic racism. If an exploitation of law for injustice and oppression is to be avoided, then one of four stratagems can be pursued within the confines of the Occidental culture and episteme. First, positive law tainted by injustice and oppression is quashed, and the *status quo* prior to the subversion is reinstated –the year 1492 would represent a tentative watershed. Second, Natural Law could be resorted to– the year 1492 would again represent a tentative watershed. Third, Customary Law could be broadened to encompass Indigenous American concepts categorized as law in the Occident. Fourth, the focus could be on processual norms particularly in the forms of democratic, Habermasian and Rawlsian processes instead of substantive norms –the issue here would be that this would encourage genocide and cultural genocide as a way to achieve democratic legitimation.

From the standpoint of legal history and particularly legal theory, international private law and international public law are distinct. It is ultimately impossible to delineate international private law from international public law as the result of international private law relying heavily on attributes of the legal systems in question that are (also) part of public law, e.g., interstate treaties governing matters governing matters related to private law.

In spite of the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, the influence of the Indigenous nations in international law has not significantly increased, because the legal theory used in its interpretation is still the same with its roots in Roman Law. Albeit it is accurate that Indigenous American nations have gained some jurisdictional ground in international private law as a result of legal pluralism in several Latin America states (Díaz Ocampo and Antúnez Sánchez, 2018, p. 59), and in international public law (Díaz Ocampo and Antúnez Sánchez, 2018, p. 47), this is taking place against the backdrop of a continued predominance of Occidental law. The refusal to recognize the sovereign status of Indigenous American nations deprives them of a meaningful participation in the enforcement and formulation of international public law in particular. In this context, reading, e.g., Becerra Ramírez (2017, *in toto*) is interesting for what is missing: The current Occidental dominance in international law is not seriously questioned.

Indigenous collective rights have received attention in international public law only relatively recently –the first generation of human rights law dealt with civil and political rights, the second with economic and social rights, and the third with collective rights (Quintana Osuna and Góngora Maas, 2017, pp. 1-2). The 2007 *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* creates the foundation in international law for the recognition of Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident. A conceptual challenge is that international law was founded on the dichotomy of state and individual, but groups –among them Indigenous American nations– were recognized only in the aftermath of the bulk of decolonization in Africa and Asia in the 1960s –i.e., two continents with relatively limited experiences with settler colonialism.

Problems persist. Occidental political expediency is epitomized by the 1948 *United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* –a convention substantively contrived by the Occidental colonial powers. The protection of individual and group rights have long been contradictory as they

relate to cultural and epistemic diversity in international (public) law, because the Occident has prioritized individual rights while many Indigenous Nations have emphasized rights as a part of Nature –Nature encompasses spirits, animate beings, among them humans, and inanimate “objects”. The Occidental term “group rights” does therefore not grasp this fundamental contradiction. This failure suggests moreover that there has been a retrograde development in the Occident, because the Roman Empire and Roman Law accepted legal pluralism: Non-Roman legal orders were tolerated in the provinces (Lepelley, 1998, pp. 84-85).

Cultural genocide targeting Indigenous American nations may include Indigenous American customs categorized as Customary Law in the Occident. A prime difference between ethics and law is that ethics can be equated with customs, and customs –or Customary Law– are only one source in Occidental law. Whether a similar difference exists in Indigenous American nations is doubtful. If such a difference does not exist, then any imposition of Occidental law is also an ethical issue when Occidental categorizations are used.

In international private law, Soft Law (Pereznieta Castro, 2015, pp. 795-797) may contain cultural and epistemic racism, but Soft Law could also offer an avenue to incorporate Indigenous concepts (Bermúdez Abreu and Quintero, 2007, p. 45). Realistically, this must be doubted. In view of the extant economic power structures in addition to asymmetries in judicial enforcement in the Americas, Soft Law favours Occidental laws and disadvantages Indigenous American concepts categorized as law in the Occident. An avenue to strengthen the position of Indigenous American concepts categorized as law in the Occident is the adoption of legal pluralism in addition to granting sovereignty to Indigenous American nations.

The available space does not allow for a comprehensive assessment of conflict of laws in international private and public law. Therefore, the assessment is limited to the principles of nationality versus territoriality, judicial restraint, transnationalism, *ordre public*, act of state, *renvoi*, *proximité*, and *ius cogens*.

In international law, the status of international law vis-à-vis domestic law is a contentious issue. The old-fashioned assumption that conflicts of laws solely occur in the context of international private law as a result of states having only one domestic legal system, e.g., Silva Alonso (1972, pp. 362-363), is problematic in states characterized by settler colonialism. Effectively, the old-fashioned assumption means that Indigenous American equivalents of law have been ignored by the settler colonists in the Americas. Theoretically, two extreme positions on a continuum are represented by the strict dualists and the monists with the former arguing that international law and domestic law are rigorously separated, and the latter maintaining that the two form a unity (Tuori, 2013, p. 11). Strict dualism applied to settler colonial states in the Americas raises challenging issues regarding nationality versus territoriality, because there would be one or several Indigenous American concepts categorized as law in the Occident in addition to Occidental law to be enforced in the same territory. In a situation characterized by international law, one settler colonial state law, and at least one Indigenous American nation’s equivalent of law, the assumptions underpinning strict dualism would be invalid. This leaves issues relating to the determination of the applicable procedural and substantive law open.

Extant monism is problematic, because monism would introduce Occidental law into Indigenous American equivalents of law when the former is applied as a result of extant international private and public law having Greco-Roman roots (Giesen, 2013, pp.411-438). Implementing monism on the foundation of Indigenous American

concepts categorized as law in the Occident would probably cause resistance among the settler colonists.

A path forward would be that Indigenous American nations' concepts categorized as law in the Occident are recognized in international private law and international public law irrespective of settler colonial state boundaries. In intrastate cases, conflicts of law between an Indigenous American nation's concepts categorized as law in the Occident and a settler colonial state would be resolved on the foundation of the conflict of law rules found in international private law and international public law.

A challenge in international private law is the determination of the applicable law. This determination may be founded on, e.g., domicile, habitual residence or nationality. It is thus an issue of nationality versus territoriality. Nationality versus territoriality is one of the most vexing challenges when Indigenous American equivalents of law are granted legal force in states. It is warranted to emphasize two points. First, both nationality and territoriality are compatible with the history of Roman Law, and thus legitimate in the Occident. Second, the illegality and illegitimacy of the conquest of the Americas by the Occidentals determined by Alonso de la Vera Cruz and Francisco de Vitoria in association with Roman Law means that territoriality would result in Indigenous American equivalents of law being the only valid law in their respective territories –as the territories stood before 1492.

The challenges associated with nationality versus territoriality are highlighted in Bolivia: The use of Indigenous American equivalents of law have been restricted to Indigenous American territories (Camacho Negrete, 2012, p. 173). This means that Indigenous Americans living in the cities outside of their national territory are subjected to Occidental law. This effectively creates two classes of Indigenous Americans. Another challenge is that territoriality can be used to cement coloniality outside of current Indigenous American territories.

Although legal coloniality has received attention in the literature (Garzón López, 2018, pp. 210-212), the incorporation of Indigenous American concepts categorized as law in the Occident into Occidental procedural and substantive law has proven challenging (Romero Seguel, 2012, pp. 821-823). This is not all. Because Occidental judges are products of the Occidental culture and episteme, it must be questioned, whether they possess the capabilities to apply and comprehend the Indigenous American concepts categorized as law in the Occident. This results in the phenomenon that could already be observed in the Roman Empire: The Roman *legati Augusti*, prefects, proconsuls and procurators resorted to Roman Law when called to adjudicate in the provinces. A complete separation of the courts is thus necessary to eliminate a continuation of coloniality.

The principle of *judicial restraint or abstention* means that a court in Country A does not adjudicate matters arising in Country B when these matters are of sovereign, international or interstate nature. This principle could be extended to the relationship between states and nations thus creating firewalls between Indigenous American jurisdictions and Occidental jurisdictions.

The somewhat ambiguous principle of *ordre public* (public policy doctrine) limits the application of the laws of Country B relating to Country B when adjudicated by courts in Country A, when the laws of Country B run counter to the accepted societal norms –including ethics– in Country A (Salah, 2010, p. 31). This would allow Indigenous American equivalents of courts to refuse to apply Occidental laws violating Indigenous American concepts categorized as ethics and laws in the Occident. The



principle of *ordre public*, i.e., the ethical societal values underpinning a legal system, is a two-edged sword. On the one hand, it limits the application of Indigenous American concepts categorized as law in the Occident to Indigenous American nationals or nations. On the other hand, it prevents the use of Occidental law on Indigenous American nationals or nations.

The doctrine of *act of state* holds that a court in Country A does not necessarily refuse the adjudication of matters the government of Country A has undertaken in other countries (Mcinerney, 2002, p. 82). This principle safeguards that an Indigenous American nation does not engage in activities outside of its territory that run counter to the Indigenous American nation's concepts categorized as law in the Occident. However, it would create an opening for settler colonial states to undermine an Indigenous American nation's concepts categorized as law in the Occident in the Indigenous American nation's territory thus maintaining existing coloniality.

Transnationalism may be required to create a foundation of citizenship and political legitimacy of Indigenous American nations extending into several states as the result of colonial borders. However, e.g., Kymlicka (2004, pp. 110-111) has rejected transnationalism as a foundation of citizenship and political legitimacy.

The principle of *renvoi*, i.e., the use of the law of Country B by a court in Country A, can result in (additional) unpredictability. This underlines the need for equal and separate Indigenous American equivalents to courts, and Occidental courts.

The principle of *le principe de proximité*, i.e., the principle of the most significant relationship, allows for finding a solution when both Indigenous American concepts categorized as law in the Occident and Occidental law can be considered applicable. In the case of equal and separate courts, a way to resolve a jurisdictional dispute needs to be devised. Considering Alonso de la Vera Cruz' and Francisco de Vitoria's determination of the illegality of the conquest of the Americas, a reasonable solution would be to establish an Indigenous American precedence.

An issue scarcely addressed in assessments of *ius cogens*, i.e., a part of international public law establishing ethical boundaries and from which derogation is forbidden, is that the procedures and substance of *ius cogens* are of Occidental origin, e.g., Virally (1966, p. 7). Whereas *ius cogens* can be considered the emergency break in international law, decolonial modifications are needed to prevent that *ius cogens* becomes a tool of a colonial fifth column. The importance of decolonial modifications is underlined by Eller's (2014, pp. 191-192) finding that sovereignty and territoriality in law have declined as a result of globalization.

### 2.3. Indigenous American equivalent of law

A conundrum emerges when an Occidental legal scholar endeavors to study Indigenous American law, because the scholar erroneously presupposes that the criteria of what constitutes law in the Occident are also valid in Indigenous American nations (Barrera Rosales, 2018, pp. 328-330). Even within the Occident, problems arise from linguistic and terminological differences (López Rodríguez, 2018, p. 182). Such incompatibilities are more severe in a cross-cultural context. The concept of critical and discursive legal pluralism provides the foundation for the argument that there is a diverse authorship in law that makes Indigenous American, among others, authorship of law cogent (Barrera Rosales, 2018, p. 329; Díaz Ocampo and Antúnez Sánchez, 2018, p. 57).

A contentious issue between Indigenous Americans and Occidentals is the legality and legitimacy of the current landownership and resource ownership in the Americas. Alonso de la Vera Cruz' and Francisco de Vitoria's determination that the conquest of the Americas by Occidentals was illegal is key in the assessment of the current situation. There are three fundamental issues. First, Indigenous Americans – contrary to Roman Law– historically do not recognize private landownership. In keeping with Immanuel Kant, the absence of the institution of landownership does not mean that the land would not belong to Indigenous Americans (Kleingeld, 1997, p. 340). Second, Roman Law recognizes *ab initio*, i.e., something without owner becomes the finder's property. *Terra nullius* has been claimed by the Occident to create the prerequisite for *ab initio* –a claim that was patently absurd in the Americas in 1492 and later. Third, ownership is established via possession after two years in the case of land (*usucapio*), but this is not the case if the land was stolen (Adame Goddard, 2017, pp. 83-91). As a result, Indigenous Americans still own – in the Occidental sense of the term –all of the Americas. A *fait accompli* as tried to argue by Alonso de la Vera Cruz' is not a legal argument.

The combination of Alonso de la Vera Cruz' and Francisco de Vitoria's determination that the conquest of the Americas by Occidentals was illegal in combination with limitations to *usucapio* in Roman Law also raises the question of the legal status of Occidentals in the Americas since 1492. It can be argued that Occidentals have been illegals. If this were the case, then it would have far-ranging implications in the context of settler colonialism in the Americas. E.g., all laws passed by settler colonists would be null and void *ex tunc* on the grounds that the settler colonists did not have legal authority to pass them. Democratic, Habermasian and Rawlsian processes would not change such a conclusion for two reasons. First, as illegals Occidentals would have no legal authority to participate in democratic, Habermasian and Rawlsian processes in the Americas. Second, Occidentals being in the majority in several states means that democracy would be illegitimate as it would cement an unethical situation –this is an instance of different outcomes caused by colonialism in Africa and Asia on the one hand, and settler colonialism in the Americas on the other hand. Thus, the settler colonial legal system as a societal power system, and ethics and Roman law part ways in spite of having the same historical roots. The settler colonial legal systems attempt to defend the societal *status quo* even in the face of being ethically and legally problematic.

Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident do not prohibit conquests and military action *per se*. The wars conducted by the Aztecs in Mesoamerica before 1492 (Hernández Vaca, 2005, p. 117) provide evidence for this. The difference between Indigenous Americans and Occidentals was that the Indigenous Americans did not engage in significant cultural and epistemic racism as evidenced by the cultural and epistemic continuity evident in Mesoamerica prior to 1492 (Hernández Vaca, 2005, p. 141-142), and the Occidentals' cultural and epistemic racism –as exhibited by the destruction of the Aztec *amoxcalli* (libraries) (Armendáriz Sánchez, 2009, p. 85) –in the aftermath of 1492. The Romanization of particularly the societal elites in the Roman Empire (Kotula and Michalak, 1976, p. 342; Andrades Rivas, 2017, p. 62) can be interpreted to have laid the foundation for the Occidental cultural and epistemic racism that proved detrimental to Indigenous American cultures and epistemes in the aftermath of 1492. Simultaneously, the classical Roman Empire scrupulously respected the cultures and religions in the provinces (Kotula and Michalak, 1976, p. 342) evidencing a significant degree of tolerance. It is therefore possible to legitimize cultural and legal pluralism on the foundation of the Occident's Greco-Roman Heritage.

The concept of critical and discursive legal pluralism provides a foundation for the assessment and finding solutions in the context of incompatible Indigenous American and Occidental concepts of what is categorized as ethics in the Occident. This can be denominated critical and discursive ethical pluralism.

### 3. Indigenous American Concepts

Which Indigenous American concepts call for critical and discursive pluralism? This cannot be conclusively answered in a journal paper, because there are hundreds of Indigenous American nations in the Americas –e.g., González Galván (1997, p. 525) has pointed to the resulting complexity. The historical influence of the Chichimeca and Toltecs in addition to the interrelationships between the Mexica nations in the 15<sup>th</sup> century epitomizes the complex dynamics giving rise to the Mesoamerican cultures and epistemes (Navarrete Linares, 2017, p. 106). When the manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident are studied, it is warranted to recall that the point is not the individual differences but totally different premises, and this makes them impossible to study with Occidental concepts (incommensurability) (González Galván, 1997, pp. 527-529). Potential incommensurability, fear and bias need to be taken into account when 16<sup>th</sup> century written sources are considered –issues not fully recognized in, e.g., León-Portilla (2017, pp. 26-51).

Descola (2005, pp. 402-422) has presented four ontological categories influencing what is categorized as ethics in the Occident: Analogism, animism, naturalism and totemism. Analogism –found in Mesoamerica and the Andean world– entails according to Descola (2005, pp. 351-401) that all beings are singular thus there being no meaningful distinction between different species, and that comparisons between beings are based on analogy. Animism –found in northern North America and tropical South America– holds that all beings have a spirit in spite of appearing in different corporealities thus gainsaying a distinction between humans and other beings. Naturalism –found in the Occident– presupposes that externally all beings descend from the same ancestor, but only humans possess ethics and souls. Totemism –found in North America– engenders that beings are considered on the basis of their physical, psychic, and moral characteristics. Descola (2005, pp. 254-301) has concluded that solely naturalism is founded on the dichotomy humans versus other beings, and that analogism, animism and totemism do not give humans ontological exclusivity. Kawaguchi and Guimarães (2019, pp. 375-396) have concluded that Indigenous Americans view all beings to be part of the same culture with different beings having dissimilar perspectives –this is referred to as perspectivism. Occidentals consider nonhuman beings as exploitable objects and threats (Kawaguchi and Guimarães, 2019, pp. 375–396). The premises of what is categorized as ethics and law in the Occident are therefore different among Indigenous Americans and Occidentals.

It has been concluded that –contrary to the Occidentals– Indigenous Americans do not focus on economic growth, and consider land communal property (Barrera Rosales, 2018, pp. 515-522). The notion of non-human co-essence –referred to as *nahualli* in Mesoamerica (Martínez González, 2017)– underlines the symbiosis of humanity and Nature among Indigenous American nations. For the Maya, the human body and Nature are both part of a sacred single territory (Morales Damián, 2010, p. 279). It is warranted to recall that broad categories have a tendency of not being nuanced.

An obstacle in Occidental research into Indigenous American thinking is that building the necessary relationships needed in the research of oral traditions is more



challenging than validation of research on the foundation of Occidental theory (Gaudet, 2014, pp. 81-83). It has been argued that Occidental journals act as gatekeepers defending the *status quo* characterized by Occidental dominance (Mihesuah and Wilson, 2002, p. 148) –this discourages research into, e.g., the manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident. The resulting scholarly asymmetry has a tendency to effectively legitimize extant racism, and cultural and epistemic racism directed against Indigenous Americans. Now, some examples of Indigenous American concepts are discussed.

From among the disparate Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident, concepts of the North American Cree, and South American Aymara, Quechua and U'wa are discussed. Instead of thinking along philosophical and religious lines like in the Occident, the Indigenous American U'wa, among others, think along spiritual and symbolic lines (Gómez Pardo, 2006, pp. 15-18). The spiritual and symbolic foundation of U'wa thinking effectively translates into holism of humans and Nature. Oil extraction cannot realistically be reconciled with, e.g., U'wa thinking – oil is the blood of Mother Earth and its extraction kills Mother Earth (Gómez Pardo, 2006, p. 16). The Aymara and Quechua consider humans to be parts of a holistic network of connections encompassing humanity and Nature (Púa Mora, 2006, pp. 53-54). The Cree equivalent to Occidental ethics contains the concept of *wakohtowin* –a concept founded on the thought of a circle that reflects the equality of all people, and their capability to care for, heal, nurture and protect the land and the people (Settee, 2011, pp. 441-447). The holism in Indigenous American thinking is effectively incompatible with the Occidental exploitative attitude vis-à-vis Nature.

The equality expressed in *wakohtowin* is developed further in *pimatisiwin*. The Cree foreground community life, sharing of values and wellbeing –this is reflected in the Cree concept of *pimatisiwin*– in addition to the emphasis on good relationships within an extended community –this is reflected in the Cree concept of *miyo-wichihtowin* (Settee, 2011, pp. 437-438). *Miyo-wichihtowin* and *pimatisiwin* are effectively diagonally opposite to Occidental individualism.

The claim of the existence of globally valid human rights in, e.g., Meyer (1995, pp. 189-194) is problematic on two counts. First, the concept of “rights” has its own Occidental history and does not necessarily have any meaning outside of the Occident. Second, the issue of individuals versus nations has been solved in fundamentally incompatible ways in, e.g., Cree *wakohtowin* and Occidental ethics. This underlines the need for the equality of Indigenous American and Occidental concepts categorized as ethics in the Occident.

Indigenous American analogism, animism, perspectivism and totemism effectively contain a significant degree of equality between human and other beings. An equality of all beings contributes to four far-reaching conflicts of ethics. First, human and other beings have equal rights to the use of the land. This renders, e.g., the erection of fences limiting the movement of non-human beings unacceptable. Second, human and non-human beings have equal rights to the yield of the land. Any human scheme reducing the yield of the land as a result of, e.g., environmental damage is thus unacceptable. Third, human and other beings have concurrent, equal and parallel ownership rights to the land –sole human ownership is an Occidental concept. Depriving the land from non-human beings would amount to an unacceptable confiscation, because human beings cannot unilaterally impose their will on non-human beings. Fourth, the lives and wellbeing of human and non-human beings are protected making any human scheme that endangers the lives and wellbeing of non-human beings unacceptable. Conflicts of ethics arise not only in the context of the extraction of natural resources and the emission of compounds with detrimental effects

on human and non-human beings either directly or indirectly, but conflicts of ethics also arise in the context of the desirability of material growth. The inequality of human and non-human beings implicitly contained in the Occidental concept of sustainable development renders it a candidate for conflict of ethics.

The concept of integration of Indigenous Americans (Salinas Burgos, 1986, p. 504) is called into question by research into cultural and epistemic racism. When does integration factually become cultural and epistemic racism? Of particular concern are situations when Indigenous American thinking clashes with Occidental natural resource extraction (Gómez Pardo, 2006, p. 17). There is thus no common ground needed for Habermasian or Rawlsian processes.

#### 4. Navigating Conflict of Ethics

The settler colonialism in the Americas creates the challenge that there oftentimes is no clear territorial demarcation. This adds an additional layer of complexity. How can the clash between manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident on the one hand and Occidental ethics and law on the other hand be navigated? There are two alternative responses. First, one of the two is determined superior with all the associated ethical pitfalls. Considering the illegality of the conquest of the Americas determined by Alonso de la Vera Cruz and Francisco de Vitoria, and the obvious absurdity of any *terra nullius* claim, it is founded to give Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident precedence. From an Occidental perspective, this solution is legitimate in view of the arrangements in the Roman Empire.

Second, both manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident, and Occidental ethics and law are considered equal. If clashes between the two arise, then the conflict of ethics is resolved with the use of principles modelled on the legal principles used in the case of conflict of laws, particularly nationality versus territoriality, judicial restraint, transnationalism, *ordre public*, crown act of state, *renvoi*, *proximité*, and *ius cogens*. From an Occidental standpoint, this solution is legitimized by the arrangements in the Germanic kingdoms.

In order to work, the equality of manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident, and Occidental ethics and law requires that the equality is accepted as *ius cogens* on all sides. Because of the lack of clear territorial boundaries between Indigenous Americans and Occidentals in settler colonies, territoriality is unworkable. This means equality but not sameness of indigenous Americans and Occidentals. The principles of judicial restraint and *renvoi* require in ethics and law that Occidentals refrain from attempts to influence ethical and legal assessments by Indigenous Americans. The application of the principle of *proximité* in ethics and law may be effectively limited to negotiations between Indigenous American nations and Occidental government bodies.

The discourse on Indigenous Americans is different from minority rights in one important point according to d'Errico (1999, p. 9): Indigenous Americans are claiming a separate domain thus making the discourse into one on sovereignty. There is no fundamental ground to reject the division of sovereignty within a state (Robbins, 2010, pp. 258-261). This would allow the formation of more or less sovereign Indigenous American nations within a state. Such a solution contains three flaws. First, Indigenous Americans have legal and legitimate claims to all of the Americas. Second, an establishment of Indigenous American nations within a state would create the challenge with the associated discrimination against Indigenous Americans not living within the boundaries of these entities –e.g., reserves. Third, the colonial boundaries

separate Indigenous American nations, e.g., the Aymara live in Bolivia, Chile and Peru, and the Maya live in Belize, Guatemala, Honduras, Mexico and El Salvador. Therefore, sovereign Indigenous American nations and Occidental states exist interlocked and simultaneously in the Americas.

To wrap up: In settler colonialism, decoloniality means added complexity in the navigation of ethical and legal issues. Firms cannot rely on democratic, Habermasian and Rawlsian processes to yield outcomes that are congruent with Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident because of settler colonialism. Firms' compliance with Occidental law may be unethical if this violates Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident. Decoloniality in settler colonies requires from firms complex analyses as to what is acceptable by both Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics. Firms need to deal with interlocked sovereign Indigenous American nations and sovereign Occidental states in the Americas. An increasingly important ethical challenge is to incorporate the interlock and simultaneity into artificial intelligence.

## 5. Conclusion

The objective of this paper is to develop and present a novel approach to the conflict of ethics on the foundation of legal theory, particularly the legal rules governing conflict of law. The focus of this paper is the conflict of ethics impacting Indigenous Americans. Whereas the Indigenous American experience is characterized by settler colonialism, the dynamics of racism, and cultural and epistemic racism are different from those found in Africa and Asia.

This paper contains three major contributions. First, the interplay between Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident and Occidental ethics in a settler colonial context is assessed. Second, Occidental concepts in Roman Law and Saint Thomas Aquinas' natural law are used to determine the precedence of Indigenous American concepts categorized as ethics in the Occident. Third, rules-based solutions derived from conflict of laws in international law are applied to conflict of ethics in the settler colonial context are synthesized.

Additional research is required on four issues. First, research into manifold Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident are still in their infancy and require more attention in ethics and legal research. Second, research into Indigenous American oral traditions has received limited attention in ethics and legal research, and needs to be developed. Third, corruption and violence undermining Indigenous American concepts categorized as ethics and law in the Occident have received insufficient attention in ethics and legal research. Fourth, the divergent Indigenous American nations' concepts on solving territorial conflicts and joint use need to be studied.

Determining that the conquest of the Americas was illegal and legitimizing the resulting *status quo* as a *fait accompli* as done by Alonso de la Vera Cruz and Francisco de Vitoria raises ethically troubling issues. It is incumbent on ethics and legal research to find ways to eliminate the racism, and cultural and epistemic racism directed against Indigenous American nations by settler colonialism.

## Bibliography

- Adame Goddard, J. C. (2017). *Curso de derecho romano clásico*. México DF, México: Porrúa.
- Andrades Rivas, E. (2017). La transformación de la ciudadanía romana en el fin del Imperio. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (39), pp. 61-83.
- Armendáriz Sánchez, S. (2009). Los códigos y la biblioteca prehispánica y su influencia en las bibliotecas conventuales en México. *Biblioteca Universitaria*, 12(2), pp. 83-103.
- Ary, A. (2014). Ética e direito: Que diálogo? *Revista Portuguesa de Filosofia*, 70(2/3), pp. 539-552.
- Barrera Rosales, P. (2018). El elemento indígena en la relación entre el *ius Constitutionale Commune* en América Latina y el derecho económico internacional. En A. von Bogdandy, P. Salazar Ugarte, M. Morales Antoniazzi y F. C. Ebert (eds.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional* (pp. 311-330). México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Battcock, C. (2016). Las guerras y las conquistas en la Crónica mexicana. *Estudios de Cultura Náhuatl*, (52), pp. 169-192.
- Bazán, V. (2004). Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional. *Estudios Constitucionales*, 2(1), pp. 37-98.
- Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bermúdez Abreu, Y. y Quintero, Y. (2007). La “declaración” de los derechos indígenas. *Revista de Derecho*, (28), pp. 43-70.
- Camacho Negrete, R. A. (2012). Jurisdicción de equidad. *Revista Boliviana de Derecho*, (13), pp. 169-174.
- Churchill, W. (1985). The situation of Indigenous populations in the United States: A contemporary perspective. *Wicazo Sa Review*, 1(1), pp. 30-35.
- d'Errico, P. (1999). Native Americans in America: A theoretical and historical overview. *Wicazo Sa Review*, 14(1), pp. 7-28.
- Descola P. (2005). *Par-delà nature et culture*. Paris, Francia: Gallimard.
- Díaz Ocampo, E. y Antúnez Sánchez, A. (2018). El constitucionalismo en América Latina: La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. *Pensamiento Jurídico*, (47), pp. 43-76.
- Eller, K. H. (2014). Rechtskritik durch Vertrag: Zu den Semantiken des transnationalen Rechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 97(3), pp. 191-216.
- Emanuelli, C. (2010). *Droit international public*. Montréal, Canadá: Wilson & Lafleur.
- Estrada, J. A. (2006). Por un cristianismo inculturado en una Iglesia autóctona. *Revista Iberoamericana de Teología*, (3), pp. 5-26.
- Estrada Ochoa, A. C. (2009). Naturaleza, cultura e identidad: Reflexiones desde la tradición oral maya contemporánea. *Estudios de Cultura Maya*, 34, pp. 181-201.
- Fox-Decent, E. and Dahlman, I. (2015). Sovereignty as trusteeship and Indigenous peoples. *Theoretical Inquiries in Law*, 16(2), pp. 507-534.
- Garzón López, P. (2018). Colonialidad (jurídica). *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (14), pp. 206-214.
- Gaudet, J. C. (2014). Rethinking participatory research with Indigenous peoples. *Native American and Indigenous Studies*, 1(2), pp. 69-88.
- Gaviria Gil, M. V. (2013). El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica. *Revista de Derecho*, 39, pp. 30-57.
- Gérard, G. (2012). Hegel, lecteur de la métaphysique d'Aristote. *Revue de métaphysique et de morale*, 74(2), pp. 195-223.
- Giesen, K.-G. (2013). La philosophie. En T. Balzacq y F. Ramel (eds.), *Traité de relations internationales* (pp. 411-438). Paris, Francia: Presses de Sciences Po.



- Gómez Pardo, R. (2006). Los U'wa y la "Ética de Hegel": Un ensayo "deconstructivo" sobre el punto de vista del otro. *Franciscanum: Revista de las ciencias del espíritu*, (144), pp. 11-29.
- Grosfoguel, R. (2004). Race and ethnicity or racialized ethnicities? Identities within global coloniality. *Ethnicities*, 4, pp. 315-336.
- Gschwend, L. (2009). La conquista española y la idea de los derechos humanos en la obra de Bartolomé de Las Casas (1484-1566). *Pensamiento Jurídico* (24), pp. 39-78.
- Guénaire, M. (2001). La common law ou l'avenir d'une justice sans code. *Le Débat*, 115(3), pp. 49-54.
- Hernández Vaca, J. (2005). La administración comunitaria del pueblo azteca. *Estudios Políticos*, 8(6), pp. 113-144.
- Kawaguchi, D. and Guimarães, D. S. (2019). Is everybody human? The relationship between humanity and animality in Western and Amerindian myth narratives. *Culture & Psychology*, 25(3), pp. 375-396.
- Kleingeld, P. (1997). Kants politischer Kosmopolitismus. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5, pp. 333-348.
- Kohler, J. (1917). Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 10(3), pp. 235-263.
- Kotula T. And Michalak M. (1976). Les Africains et la domination de Rome. *Dialogues d'histoire ancienne*, 2, pp. 337-358
- Kymlicka, W. (2004). Le mythe de la citoyenneté transnationale. *Critique internationale*, (23), pp. 97-111.
- Le Goff, J. (2008). *La civilisation de l'Occident medieval*. Paris, Francia: Flammarion.
- León-Portilla, M. (1983). *Antología: De Teotihuacán a los aztecas*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Léon-Portilla, M. (2017). *La filosofía náhuatl estudiada en sus fuentes*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lepelley, C. (1998). L'Afrique. En C. Lepelley (ed.), *Rome et l'intégration de l'Empire* (pp. 71-112). Paris, Francia: Presses universitaires de France.
- López Rodríguez, A. M. (2018). Operating across national and linguistic borders. *Journal of Private International Law*, 14(1), pp. 182-192.
- Macarón, P. M. (2017). *Propiedad indígena: Reivindicación de tierras ancestrales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Macnair, M. (2007). Equity and conscience. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(4), pp. 659-681.
- Mako, S. (2012). Cultural genocide and key international instruments: Framing the Indigenous experience. *International Journal on Minority and Group Rights*, 19(2), pp. 175-194.
- Martínez González, R. (2017). *El nahualismo*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Massini-Correas, C. I. (2019). Sobre iusnaturalismo y validez del derecho. *Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 28(1), pp. 7-34.
- Mayer, A. (2014). El pensamiento de Bartolomé de las Casas en el discurso sobre el indígena: Una perspectiva comparada en las colonias Americanas. *Historia Mexicana*, 63(3), pp. 1121-1179.
- Mcinerney, T. (2002). The regulation of bribery in the United States. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 73(1), pp. 81-107.
- Memmi, A. (2014). *Racism*. Minneapolis, EE.UU: University of Minnesota Press.
- Meyer, W. H. (1995). Toward a global culture: Human rights, group rights and cultural relativism. *International Journal on Minority and Group Rights*, 3(3), pp. 169-195.
- Mihesuah, D. A. y Wilson, A. C. (2002). Indigenous scholars versus the status quo. *American Indian Quarterly*, 26(1), pp. 145-148.
- Montargot, N. and Peretti, J.-M. (2014). Regards de responsables sur les notions d'égalité, non-discrimination et diversité. *Revue Management et Avenir*, (68), pp.

183-200.

- Morales Damián, M. A. (2010). Territorio sagrado: Cuerpo humano y naturaleza en el pensamiento maya. *Cuicuilco*, 17(48), pp. 279-298.
- Müller, W. G. (2006). Medieval Church law as a field of historical inquiry. En W. P. Müller y M. E. Sommar (eds.), *Medieval Church law and the origins of the Western legal tradition* (pp. 1-16). Washington, EE.UU: Catholic University of America Press.
- Navarrete Linares, F. (2017). *Los orígenes de los pueblos indígenas del valle de México*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Oberkofler, A. (2006). Richterliche Tätigkeit im US-amerikanischen Rechtssystem aus dem Blickwinkel der Critical Legal Studies. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 92(2), pp. 209-222.
- Olivier-Martin, F. (2010). Histoire du droit français. Paris, France: CNRS.
- Ollero, A. (2002). Rawls' politischer Liberalismus, Moral und Recht. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 88(2), pp. 269-278.
- Orellana, F. C. (2005). Concepciones eurocéntricas: Negación del otro y exclusión social como imposibilidad de desarrollo. *Sociedad Hoy*, (8-9), pp. 87-94.
- Pachón Soto, D. (2012). Historiografía, eurocentrismo y universalidad en Enrique Dussel. *Ideas y Valores*, 61(148), pp. 37-58.
- Pereznieto Castro, L. (2015). El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15, pp. 773-816.
- Perrin, C. (2007). Egalité et réciprocité. *Le Philosophoire*, 29(2), pp. 259-280.
- Pfordten, D. von der (2012). Über Begriffe im Recht. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98(4), pp. 439-456.
- Púa Mora, F. G. (2006). Antropología filosófica amerindia. *Franciscanum: Revista de las ciencias del espíritu*, (144), pp. 47-58.
- Quijano, A. (2007). Coloniality and modernity/rationality. *Cultural Studies*, 21(2-3), pp. 168-178.
- Quintana Osuna, K. I. y Góngora Maas, J. J. (2017). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*. México DF, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Renner, M. (2010). Paradigmen des Antidiskriminierungsrechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 93(2), pp. 161-167.
- Robbins, J. (2010). A nation within? Indigenous peoples, representation and sovereignty in Australia. *Ethnicities*, 10(2), pp. 257-274.
- Roca, M. J. (1997). Eine europäische Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. *Juristenzeitung*, 52(18), pp. 881-886.
- Romero Seguel, A. (2012). La adecuación de procedimiento en materia de derecho indígena. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), pp. 819-828.
- Rosa, F. M. S. C. Da. (2015). A invenção do índio. *Espaço Ameríndio*, 9(3), pp. 257-277.
- Salah, M. M. (2010). Droit économique et droit international privé. *Revue internationale de droit économique*, 24(1), pp. 9-36.
- Salinas Burgos, H. (1986). Las poblaciones indígenas en el derecho internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 13(3), pp. 503-523.
- Settee, P. (2011). Indigenous knowledge: Multiple approaches. *Counterpoints*, 379, pp. 434-450.
- Silva Alonso, R. (1972). La norma de conflicto como regla instrumental. *Revista Española de Derecho Internacional*, 25(1/4), pp. 361-367.
- Tuori, K. (2013). Vers une théorie du droit transnational. *Revue internationale de droit économique*, 27(1), pp. 9-36.
- Villey, M. (2002). *Le droit romain*. Paris, France: Presses Universitaires de France.
- Virally M. (1966). Réflexions sur le "jus cogens". *Annuaire français de droit*



- international*, 12, pp. 5-29.
- Westra, H. (2010). The defense of Native title and dominion in sixteenth-century Mexico compared with Delgamuukw. En L. A. Knafla y H. Westra (eds.), *Aboriginal title and Indigenous peoples: Canada, Australia, and New Zealand* (pp. 100-107). Vancouver, Canadá: UBC Press.
- Winkel, L. (2015). Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité. *Revue historique de droit français et étranger*, 93(3), pp. 341-350.
- Zimmermann, R. (2007). Römisches Recht und europäische Kultur. *Juristenzeitung*, 62(1), pp. 1-12.

# El pluralismo como propuesta desreificadora de las subjetividades para el derecho

## Pluralism as a proposal to the dereification of subjectivities according to law

Gastón Puccetti  
 Universidad Carlos III de Madrid  
[100344641@alumnos.uc3m.es](mailto:100344641@alumnos.uc3m.es)

### Cita recomendada:

Puccetti, G. (2020). El pluralismo como propuesta desreificadora de las subjetividades para el derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 48-63.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5263>

Recibido / received: 04/11/2019  
 Aceptado / accepted: 03/03/2020

### Resumen

En el presente trabajo se tematiza el problema de la reificación como consecuencia de la atribución de subjetividades por el orden jurídico. Desde el punto de vista de las «teorías nominalistas», se califica al derecho como un conjunto de dispositivos que tiene la virtualidad de generar formas de subjetividad mediante la atribución de ciertas categorías a las personas. Por otro lado, se identifican las tendencias del proceso de racionalización weberiano y se subraya la manera en que la racionalidad-formal se presenta como la forma jurídica legítima que sustenta una determinada construcción privilegiada de sujetos —el *homo economicus*—, con apoyo del paradigma de la modernidad en tanto modelo negador de la diversidad. Finalmente, se señala al pluralismo como propuesta orientadora de acciones sociales y de las vías institucionales capaces de gestionar la diversidad radical en sociedad con un sentido desreificador.

### Palabras clave

Subjetividad, identidad, reificación, desreificación, modernidad, pluralismo, dispositivo, objetivación, sujeto.

### Abstract

*This paper analyses the problem of reification as a consequence of the attribution of subjectivities by legal orders. From the point of view of «nominalist theories», Law is qualified as a set of devices which possesses the ability to generate forms of subjectivity by means of the attribution of certain categories to people. On the other hand, the tendencies of the Weberian process of rationalisation are identified in order to underline the way in which formal rationality allows Law to construct a specific subject —homo economicus— under the paradigm*



*of Modernity as a model which denies diversity. Finally, pluralism is indicated as a proposal which can orientate social actions and the institutional channels capable of managing radical diversity in society towards de-reification.*

### **Keywords**

*Subjectivity, identity, reification, dereification, modernity, pluralism, apparatus, objectivation, subject.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La atribución de identificaciones por el derecho. 3. Las tendencias de la racionalidad moderna en el derecho y en las acciones individuales según Max Weber. 3.1. La racionalidad como propiedad de los sistemas sociales. 3.2. La racionalidad como propiedad de las acciones individuales. 3.3. La conexión entre la racionalidad de los sistemas y la de las acciones individuales. 4. El pluralismo como propuesta desreificadora. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción**

Uno de los desafíos para los Estados contemporáneos consiste en posibilitar la coexistencia de distintos grupos sociales y de sus intereses diversos. En dichos contextos, se ha señalado, la participación genuina en la vida social exige una vinculación concreta entre las normas y los intereses de las personas, de manera que éstas sientan que sus intereses y propósitos se encuentran contemplados en aquellas<sup>1</sup>. Así, es necesario que los individuos conozcan los fundamentos de las normas que rigen en sociedad para que pueda tener lugar una relación consciente con las mismas en términos de libertad o autonomía. Además, al obrar de tal modo, afirman las bases de la creación de una personalidad autónoma, condición de su propia libertad (Hernández y Herzog, 2016, p. 20 y ss.).

Se puede decir que existe entonces una vinculación entre los órdenes normativos vigentes –dentro de ellos, el jurídico–, las acciones sociales y la construcción de las subjetividades. Y que, según cómo se relacionen dichas esferas entre sí, se producirán distintas formas de sujetos. En este trabajo se sostiene la idea según la cual el paradigma de la modernidad, que da sustento a una función legitimadora del derecho basada en el denominado universalismo racionalista, orienta normas y conductas que confluyen en formas de subjetividad negadoras y marginadoras de la diversidad humana y que son capaces de generar el efecto de su reificación en los miembros de la sociedad. A ello se contraponen el paradigma del pluralismo, en cuyo interior radican las bases para el reconocimiento de la complejidad en tanto realidad empírica, y que se encamina a procurar la gestión de los conflictos y de las relaciones entre las distintas formas de identidad en la sociedad.

A fin de sostener dichas ideas se debe tomar como punto de partida la negación de los «esencialismos» como forma de comprender la relación entre las identidades y los individuos. Con ello se posibilita, por un lado, la distinción entre las identificaciones atribuidas por las normas de derecho y aquellas que son reivindicadas por las personas; por el otro, el entendimiento de que la mecánica de atribución de

<sup>1</sup> Como afirman Hernández y Herzog, Honneth retoma la tarea *hegeliana* de mostrar las razones básicas de las instituciones y plantea que, al no haberse desplegado las mismas en nuestras sociedades –lo que resulta en el desconocimiento de sus fundamentos normativos–, se producen patologías en dichos órdenes que socavan el desarrollo personal y social, y amenazan incluso a las sociedades globales (2016, p. 22).

identificaciones por los órdenes jurídicos se vale del aparato legitimador del derecho para su imposición.

Finalmente, debe reflexionarse acerca de la manera en que la racionalidad anima distintos tipos de normas y de acciones sociales. Para ello, la comprensión del proceso de racionalización moderno señalado por Weber resulta de utilidad debido a que condensa los distintos puntos de conexión y de desequilibrio entre el derecho y las acciones. Y, con ello, sienta las bases que posibilitan la reflexión acerca de las modalidades que debe asumir la conducta humana para influir en la construcción dialéctica de la propia subjetividad desde una perspectiva desreificadora a partir del pluralismo.

## 2. La atribución de identificaciones por el derecho

La reflexión acerca de las identidades en las ciencias sociales se encuentra marcada por la existencia de dos posicionamientos antagónicos. Por un lado, la perspectiva de las denominadas «teorías esencialistas» postula que la identidad presupone la existencia de sustancias inmutables, originales, compartidas y transmitidas, que son permanentes y atemporales y que reciben el nombre de «esencias». Desde este enfoque «la identidad de los seres empíricos es lo que permanece a pesar de los cambios, su similitud a sí mismos, fuera del tiempo, lo que permanece idéntico» (Dubar, 2002, p. 10). Toda posibilidad de cambio, en consecuencia, se relega a elementos no constitutivos de aquellas, lo que supone que las identidades, conceptualmente, no pueden ser modificadas. Como correlato, éstas garantizan que los seres existentes «permanezcan idénticos, en el tiempo, a su esencia» (Dubar, 2002, p. 10).

Por el contrario, el posicionamiento de las «teorías nominalistas» supone la negación de las esencias eternas y la afirmación de que las identidades se encuentran sujetas al cambio. Desde esta aproximación se asigna relevancia al lenguaje y a las palabras como constitutivas de categorías o modos de identificación, que presentan el rasgo de su variabilidad a lo largo del tiempo. Es por ello que, a diferencia de lo postulado por el esencialismo, la identidad no es aquello que permanece necesariamente idéntico, sino la consecuencia de una «identificación contingente» (Dubar, 2002, p. 11)<sup>2</sup>. Tales formas de identificación pueden tener su origen tanto en reivindicaciones del sujeto mismo –lo que Dubar llama «identidades para sí»–, como también en la atribución de ellas por parte de otros –según el autor, «identidades para los otros»–. Desde lo conceptual, este doble juego de identidades reivindicadas y atribuidas sólo coincide circunstancialmente; de hecho, en el plano fáctico, es habitual encontrar divergencias entre las mismas. Y ello coloca ante la posibilidad de que las identidades atribuidas puedan ser aceptadas o rechazadas por los sujetos, con lo que cada uno puede identificarse a sí mismo de manera diversa a aquella en que lo hacen los demás (Dubar, 2002, p. 12).

En este trabajo se parte de la idea según la cual el enfoque de las teorías nominalistas se presenta como un marco para comprender cuál es el rol que cumple el derecho en la formación de identidades. Así pues, entiendo que el derecho se asemeja a un «Otro» cuya racionalidad impone ciertas identificaciones a las personas,

---

<sup>2</sup> La discusión que subyace a las diferencias entre las teorías esencialistas y nominalistas es expresada con elocuencia por Amin Maalouf del siguiente modo: «cuando me preguntan qué soy “en lo más hondo de mí mismo”, están suponiendo que “en el fondo” de cada persona hay sólo una pertenencia que importe, su “verdad profunda” de alguna manera, su “esencia”, que está determinada para siempre desde el nacimiento y que no se va a modificar nunca; como si lo demás, todo lo demás –su trayectoria de hombre libre, las convicciones que ha ido adquiriendo, sus preferencias, su sensibilidad personal, sus afinidades, su vida en suma–, no contara para nada» (Maalouf, 2015, p. 12).

sobre las que se construyen formas de identidad determinadas y que pueden diferir de las que ellas adopten para sí mismas. En efecto, a través de la mediación del lenguaje, las normas jurídicas imponen categorías sobre los individuos mediante las que adscriben ciertas identificaciones a los mismos, muchas de ellas incluso con un carácter estigmatizante<sup>3</sup>. Tales identificaciones se presentan como campos semánticos que posibilitan «la objetivación, retención y acumulación de experiencia biográfica e histórica» (Berger y Luckmann, 2008, p. 58). Y al ser generadas a través del derecho, crean a su vez el efecto de su perpetuación y especificación continua mediante la formación de un acopio de conocimientos que tiene relevancia tanto en la interacción cotidiana entre los sujetos como también en la generación de esquemas tipificadores que permiten la aprehensión de otros durante los procesos de interacción humana (Berger y Luckmann, 2008, p. 46).

Desde otro punto de vista, esta mecánica de atribución de identificaciones por parte del derecho puede ser comprendida con el apoyo de la noción de *dispositivo*, particularmente por el énfasis que dicho concepto otorga a la influencia que ejerce el poder en la determinación de las subjetividades. En tal orden de ideas, Giorgio Agamben toma esta noción de Foucault y la vincula con un desarrollo que parte de una división general y masiva de todo cuanto existe en dos grupos: «por un lado, los seres vivientes –o las sustancias–, y por el otro, los dispositivos en los que éstos son constantemente capturados» (2015, p. 23). Bajo el nombre de «dispositivos» engloba «literalmente a cualquier cosa que de algún modo tenga la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes» (2015, p. 23). De tal modo, y en una definición que presenta una amplitud deliberada, todas las entidades –ya sean materiales o inmateriales– que presenten la cualidad de ser susceptibles de influir en tales seres en la manera indicada pueden ser tenidas como dispositivos. Más aún, Agamben entiende por tales no sólo aquellos cuya conexión con el poder resulta de algún modo evidente –por ejemplo, las prisiones, los manicomios, las escuelas, las medidas jurídicas, entre otros–, sino también aquellos en los que la relación es un tanto más difusa –la pluma, la escritura, la literatura, los teléfonos móviles, el lenguaje, etc.– (2015, pp. 23 y ss.). El dispositivo es así heterogéneo en su composición, y se encuentra signado por una relación de poder frente a aquellos sobre los que ejerce su influencia.

Con respecto a la relación entre estos seres vivientes y los dispositivos, el autor referido menciona el surgimiento de un tercer elemento que completa su esquema y que guarda estricta relación con la cuestión identitaria: la noción de «sujetos». Con esta noción designa «a lo que resulta de las relaciones y, por así decir, del cuerpo a cuerpo entre los vivientes y los dispositivos» (2015, p. 24). Consecuentemente, los sujetos difieren de las sustancias y surgen de los procesos de subjetivación: «el usuario de teléfonos móviles, el navegante en internet, el escritor de cuentos, el apasionado del tango, etc.» (2015, p. 24). Y al argumentar que la subjetividad nace a partir de las vinculaciones entre dichos seres y los dispositivos, Agamben rechaza las tesis de las teorías esencialistas mencionadas. De otro modo, no tendría sentido la cuestión de remarcar el surgimiento de la subjetividad a través de la interacción entre los seres y los dispositivos, sino que ésta debería ser inmanente.

---

<sup>3</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del término «menor», empleado por las leyes sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reservado para la infancia pobre, abandonada o delincuente; o los términos «discapacitado», «toxicómano», «demente», entre tantos otros. Con relación a la atribución de identificaciones desiguales a adolescentes por parte del derecho, cfr.: Puccetti (2012).

Entiendo que los dispositivos pueden presentar una lectura que los compatibilice con lo que Dubar llama un «Otro» que atribuye formas de identificación determinadas. Asimismo, ello se condice con la idea según la cual el derecho es un dispositivo específico que, como he mencionado, tipifica a los sujetos bajo una racionalidad concreta. Desde otra perspectiva, si se acepta la tesis que postula que el derecho funciona como un «Otro» que adscribe ciertas características a través del lenguaje, puede entenderse que, en términos generales, las categorías expresadas a través de aquél, leídas a la luz de la propuesta de Berger y Luckmann, pueden ser vistas como identificaciones que pueden llegar a diferir de las que las personas reivindican para sí mismas. En otras palabras, es conceptualmente posible que las categorías del derecho supongan formas de identificación que no reflejen aquellas a través de las cuales las personas se reconocen a sí mismas o con las que desean ser reconocidas.

Esta discordancia entre las identificaciones reclamadas por los sujetos y las atribuidas por el derecho presenta una relevancia particularmente actual y problemática en contextos en que las sociedades reivindican el reconocimiento de las particularidades de los grupos que las conforman, en tanto éstas se construyen sobre perspectivas y valoraciones divergentes de los hechos y bienes sociales. Como apunta Fariñas, en su comprensión desde la óptica del paradigma del pluralismo, las sociedades son concebidas a partir del hecho de la radical pluralidad y de la diversidad como características históricas de los grupos sociales y de los seres humanos (2003, p. 199). El pluralismo se construye, así, en base a la coexistencia real y simultánea de una multiplicidad de sistemas –culturales, éticos, religiosos, jurídicos, epistemológicos, entre otros– que se fundamentan en principios diferentes, muchas veces contradictorios, y entre los cuales pueden generarse tensiones irresolubles (2003, p. 199 y ss.).

En consecuencia, la atribución privilegiada de identificaciones a los sujetos en sociedades pluralistas a partir del sistema del derecho –entendido como «Otro significativo»–, particularmente a partir de la concepción moderna, monista y reduccionista de éste en tanto lo identifica con aquél producido por los órganos del Estado, puede conducir al efecto de la discordancia entre las «identidades para los otros» y las «identidades para sí» antes mencionada; sobre todo en ciertos grupos que no encuentran en el Estado un correlato adecuado a sus necesidades y cosmovisiones. En el ámbito de los sistemas jurídicos occidentales, tales diferencias han sido ocultadas mediante la construcción de una forma de racionalidad legítima –el universalismo racionalista–, que tiene como ficción fundamental la negación y la marginación de la diversidad (2003, p. 199 y ss.). Por consiguiente, a fin de caracterizar los términos en pugna, resulta necesario reflexionar acerca del funcionamiento del complejo mecanismo que constituye la racionalidad en el derecho.

### 3. Las tendencias de la racionalidad moderna en el derecho y en las acciones individuales según Max Weber

La caracterización de los sentidos que asume la exigencia de racionalidad de los sistemas jurídicos constituye uno de los pilares sobre los que se asienta gran parte de las disciplinas que tematizan al derecho, particularmente con referencia a los cambios que supone el desarrollo de la modernidad. En efecto, dicha etapa, en tanto proceso histórico-político que produce efectos que trascienden a las más variadas esferas de la vida social, no resulta ajena a los cambios operados en y a través de los fenómenos jurídicos. Por el contrario, la modernidad suele ser entendida como un elemento influyente en terrenos tales como la economía, las ciencias, las artes, la política y el mismo derecho, por lo que una referencia a ella se vuelve prácticamente



ineludible para quienes tienen interés en comprender más acabadamente los conceptos actuales –y pasados– que se emplean en cada una de dichas áreas.

De entre los autores hoy considerados clásicos, uno de quienes más ha teorizado la cuestión ha sido Max Weber. En su obra póstuma «Economía y sociedad», Weber introduce un capítulo –titulado: «Economía y derecho (Sociología del derecho)»– en el que refleja sus investigaciones acerca de la forma en que el derecho en la modernidad puede ser descrito como inmerso en un «proceso de racionalización» tendiente a dotarle de mayor racionalidad y formalidad<sup>4</sup>. Dicho proceso es construido en el pensamiento weberiano como una herramienta conceptual que permite, a quien realiza una investigación en ciencias sociales, interpretar la realidad histórico-social producto de la modernidad. De ahí que, como señala Fariñas, ello suponga en la metodología weberiana de sus estudios sobre el derecho una combinación entre sociología jurídica e historia del derecho (1991, p. 275). Como explica la autora, Weber es consciente de que el proceso de racionalización no sólo ha existido en culturas distintas de la europea occidental, sino también de que puede darse en cada una de las esferas de la modernidad. Por ello no es un fenómeno necesariamente jurídico, ni tampoco tiene un sentido unidireccional. Por el contrario, si bien las ideas de Weber se dirigen a mostrar la prevalencia de la racionalidad de corte racional-formal en el derecho moderno, ello no obsta para que puedan encontrarse contextos de contradicciones en los que claramente prevalecen elementos irracionales o materiales<sup>5</sup>.

El concepto de racionalidad en Weber ha sido largamente discutido por sus comentadores. No sólo constituye uno de los elementos centrales de su obra, sino que también es objeto de interpretaciones variadas que lo han presentado como un concepto inconsistente<sup>6</sup>. Sin embargo, en tanto dicho término tiene un potencial explicativo relevante para desentrañar las formas específicas que asume el derecho en la modernidad, en este trabajo se parte de la idea de que la racionalidad no es para Weber un concepto unívoco (Fariñas, 1991, p. 272)<sup>7</sup>. Así, una primera y gran distinción puede hacerse teniendo en cuenta que la racionalidad se predica tanto de los sistemas sociales como de las acciones de los individuos. Y ello redundaría en que puedan existir puntos de contacto y de enfrentamiento entre ambas (Fariñas, 1991, pp. 268 y ss.).

<sup>4</sup> Si bien el proceso de racionalización es descrito de forma más acabada en *Economía y sociedad* en su capítulo VII de la segunda parte, el tema es también tratado –con otros alcances– en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1964, pp. 498-660; y 1994).

<sup>5</sup> A estas observaciones llega Weber como consecuencia de asumir una postura descriptiva respecto de la racionalidad en el derecho moderno: «no entra a valorar o emitir juicios de valor positivo o negativos sobre el proceso de racionalización creciente del derecho y las consecuencias que pueden derivarse del funcionamiento de un derecho racionalizado. Lo único que le interesa es la descripción de dicho proceso y la comprensión de las causas y factores influyentes en el mismo» (Fariñas, 1991, p. 285).

<sup>6</sup> Arnold Eisen discute las posturas que endilgan supuestos usos opacos y cambiantes del concepto de racionalidad a lo largo de la obra de Weber. Para dicho autor, si bien Weber parece emplear este concepto de manera variable –de modo que en ciertos contextos denotaría fenómenos distintos–, lo que en realidad está haciendo es conjugar de manera consistente una serie variada de elementos. Según el contexto y cuál sea el elemento usado como *locus* de significación primaria, Weber destaca aspectos distintos de la racionalidad. Por ejemplo, las funciones de ésta como «propósito» –racionalidad como intención del actor de lograr una determinada meta–; «calculabilidad» –en tanto criterio para evaluar la eficacia de un determinado curso de acción para lograr una meta deseada–; «control» –según la cual una acción será más racional en tanto esté más controlada por la voluntad libre de los agentes–, entre otras, no supondrían distintos conceptos de racionalidad, sino distintos componentes de un único concepto. Lo mismo sucede con los elementos de «logicidad», «universalidad» y «sistematicidad» (Eisen, 1978).

<sup>7</sup> Como afirma Scarponetti, el concepto weberiano de racionalidad no alude a una realidad única. De ahí que el autor prefiera hablar de «racionalidades» o de diferentes «tipos de racionalidad» (2007, p. 84).

### 3.1. La racionalidad como propiedad de los sistemas sociales

En el ámbito de los sistemas sociales, la tipología ideal de la racionalidad del derecho weberiana –según explica Fariñas– surge de dos tensiones fundamentales entre los pares racionalidad e irracionalidad, y formalidad y materialidad (1991, pp. 254 y ss.). Como podrá observarse, estos rasgos se predicen, particularmente, de las actividades de creación y aplicación del derecho (Weber, 1964, 510).

Hablar de «racionalidad» del orden jurídico moderno supone, para Weber, que las normas que lo componen se identifiquen con los caracteres de generalidad y sistematización. Mediante el primero, se busca lograr que las razones relevantes para la solución de un problema jurídico puedan ser reducidas a preceptos jurídicos<sup>8</sup>; mientras que, por medio del segundo, lo que se intenta es integrar tales reglas de modo tal que conformen un conjunto claro, completo y coherente. El fin de la racionalidad, así planteada, se encamina a proveer a las normas de un mayor grado de previsibilidad y calculabilidad. La «irracionalidad», por el contrario, implica que el fundamento de las decisiones de las autoridades se encuentre dado por valores individuales relativos al caso particular que se esté tratando. De acuerdo con ello, el efecto de la previsibilidad y de la calculabilidad se tornan casi nulos.

Por otro lado, la tensión «formalidad-materialidad» se vincula al grado de pertenencia de los criterios de decisión al ordenamiento jurídico. Así, habrá mayor «formalidad» cuanto más pueda afirmarse que los criterios son relativos a dicho orden. Cuando ello acontece, se argumenta que lo que el derecho hace es obedecer a su propia lógica interna. En cambio, se habla de «materialidad» cuando los elementos en los que se funda la decisión son ajenos al sistema jurídico, como sucede cuando la misma se basa en criterios éticos, políticos o religiosos. De este modo, el derecho material obedece a exigencias concretas de la sociedad localizada en un tiempo y un espacio determinados, la cual está destinada a regular.

Al combinar esos cuatro caracteres, Weber obtiene su conocida tipología del derecho en términos de «irracional-formal», «irracional-material», «racional-material» y «racional-formal» (Weber, 1964, p. 511). El derecho irracional-formal implica que en la creación misma de las normas o de las decisiones de los jueces se acude a procedimientos no susceptibles de control racional; o, lo que es lo mismo, que en tales actividades los agentes se alejan de procesos que garanticen la generalidad y la sistematización de las normas, como acontece en el consabido ejemplo weberiano de los oráculos. En cambio, la irracionalidad será material cuando los criterios de decisión dependan de consideraciones éticas, sentimentales o políticas, y no de normas generales, como acontece en el –también conocido– supuesto de la justicia impartida por el cadí. En este caso, el derecho carece completamente de previsibilidad –al no encontrarse ligado a normas jurídicas– y queda vinculado a la arbitrariedad del legislador o del juez, quienes actúan en base a criterios ajenos al derecho.

Desde el punto de vista de la racionalidad, el derecho se reputa formal cuando el ámbito de lo jurídico –tanto en su esfera procesal como sustancial– no tiene en

---

<sup>8</sup> En otras palabras, la generalización posibilita la determinación de las máximas para la acción propias del concepto de orden social. Esta actividad es producto de una tarea de establecimiento analítico de preceptos jurídicos, el cual se encuentra «condicionado por un análisis previo de los elementos que integran la situación de hecho» (Weber, 1964, p. 509). Por su parte, Guillermo Munné subraya que los preceptos jurídicos tienen, a su vez, una cierta influencia en la determinación de la situación de hecho relevante para el derecho. Esa relación se basa, según el autor, en que para la creación de las normas jurídicas se intenta, por un lado, fijar los hechos relevantes para enjuiciamiento; por el otro, y de manera inversa, la generalidad y amplitud de los preceptos jurídicos resultante exige la posterior determinación de cuáles de las particularidades de los condicionantes fácticos puede resultar relevante. De tal modo, el proceso «se basa en el casuismo, a la vez que lo fomenta» (2006, p. 74).

cuenta otra cosa que «características generales, “unívocas”, de los hechos» (Weber, 1964, p. 511). Según Weber, esta manera de comprender al formalismo alude a dos aspectos. Por un lado, puede significar que las características jurídicamente relevantes lo sean desde un punto de vista sensible. Este es el caso cuando el derecho exige que se materialice un cierto comportamiento, como puede ser el hecho de tener que pronunciar determinadas palabras, estampar firmas o ejecutar alguna acción con significado simbólico previamente estatuido. Por otro lado, el formalismo puede también significar que las características relevantes de las normas hayan sido determinadas a través de la interpretación lógica. En este supuesto, lo que se procura es –mediante un proceso de abstracción– construir una serie de conceptos jurídicos definidos con la mayor claridad posible, para luego poder aplicarlos como reglas abstractas (Weber, 1964, p. 510)<sup>9</sup>.

En contraste, el derecho es racional material cuando la decisión de los problemas jurídicos está guiada por normas que presentan un carácter cualitativo diferente a las que son producto de las generalizaciones lógicas obtenidas en el derecho racional formal; esto es, por normas que se identifican con «imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica» (Weber, 1964, p. 511). Como apunta Fariñas, en tanto racional y basado –generalmente– en principios conocidos, este es un derecho calculable, aunque apele a criterios de decisión que sean distintos al del sistema jurídico (1991, pp. 266 y ss.).

### 3.2. La racionalidad como propiedad de las acciones individuales

No obstante, la tipología presentada de las formas del derecho en la modernidad dista de agotar el elenco de los sentidos posibles de la racionalidad weberiana. Como se ha explicado más arriba, los tipos mencionados –surgidos de la conjugación de las tensiones «racionalidad-irracionalidad» y «formalidad-materialidad»– aluden a la forma de comprender el concepto de racionalidad cuando éste es aplicado a los sistemas sociales. Aún resta considerar el sentido que vincula la racionalidad a las acciones individuales. En este marco, y siguiendo nuevamente a Fariñas (1991, p. 273), cabe señalar que Weber analiza dicho fenómeno a partir de la posibilidad de que las acciones individuales se encaminen «según fines» o «según valores», por un lado, y según lo hagan en una racionalidad «formal» o «material», por el otro.

La racionalidad según valores supone que los agentes dirigen su comportamiento «por la creencia consciente en el valor –ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete– propio y absoluto de una determinada conducta, independientemente de los resultados» (Weber, 1964, p. 20). Lo relevante en este tipo de racionalidad para la acción es la comprensión de que la propia conducta es guiada por un valor, y que ella es llevada a cabo de manera consecuente, prescindiendo de sus consecuencias. Como apunta Weber, en tanto guiado por unos fines axiológicos, este tipo de comportamiento consiste siempre en una acción según mandatos o de acuerdo con exigencias frente a las cuales quien hace las veces de agente se siente ante una obligación (1964, p. 21).

Por el contrario, la racionalidad según fines tiene lugar «determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro

<sup>9</sup> A estos sentidos de formalismo jurídico, cabe sumar aquél según el cual se le considera como el tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, con apelación exclusiva a supuestos propios del derecho; esto es, su comprensión desde «la especificidad de los instrumentos jurídicos que se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico» (Munné, 2006, p. 77).

de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos» (1964, p. 20). De este modo, se produce una vinculación entre los fines, los medios y las consecuencias que lleva a la persona a sopesar racionalmente tales elementos entre sí. En palabras de Weber, esta acción tiene lugar cuando es tomada por quien «dirige su acción hacia un fin, hacia unos medios y hacia las consecuencias colaterales, ponderando racionalmente los medios en relación con los fines, los fines en relación con las consecuencias colaterales y, por último, los distintos fines posibles entre sí» (2006, p. 103).

El autor argumenta que estas dos formas de racionalidad se encuentran relacionadas de múltiples maneras, pero, desde el punto de vista de la acción según fines, la racionalidad según valores es siempre «irracional». Este carácter se incrementa gradualmente cuanto más se absolutiza el valor que orienta la acción, porque ello implica que quien hace las veces de agente «se ve obligado a reflexionar menos sobre las consecuencias de su acción cuanto más considera el valor intrínseco de lo que intenta realizar como algo incondicional» (Weber, 1984, p. 44)<sup>10</sup>.

Tanto la racionalidad formal como material de las acciones individuales, por su parte, son definidas por Weber con relación al comportamiento económico. En palabras del autor:

llamamos racionalidad formal de una gestión económica al grado de cálculo que le es técnicamente posible y que aplica realmente. Al contrario, llamamos racionalmente material al grado en que el abastecimiento de bienes dentro de un grupo de hombres (cualesquiera que sean sus límites) tenga lugar por medio de una acción social de carácter económico orientada por determinados postulados de valor (cualquiera que sea su clase), de suerte que aquella acción fue contemplada, lo será o puede serlo, desde la perspectiva de tales postulados de valor (1964, p. 64).

Como explica Weber, la racionalidad formal supone dotar de una mayor calculabilidad a las gestiones económicas, de modo tal que éstas puedan expresarse en reflexiones sujetas a número y permitan, además, ser vinculadas de modo inequívoco a la forma del dinero, en tanto representa a la calculabilidad formal en su máxima expresión. La racionalidad material, por su parte, alude a un concepto netamente equívoco debido a que su consideración supone que la misma no se satisface con arreglo al vínculo entre medios y fines más adecuados, sino que exige la satisfacción de exigencias de índole ética, política, utilitaria, hedonista, estamental, igualitaria o de cualquier otro tipo (Weber, 1964, p. 64-65).

Fariñas apunta que puede trazarse un paralelismo entre las acepciones de la racionalidad vinculadas a la acción individual: tanto la «racionalidad-material» como la «racionalidad con arreglo a valores» suponen su determinación en base a presupuestos de tipo valorativo. En cambio, lo que la «racionalidad-formal» y la «racionalidad con arreglo a fines» procuran es aumentar la calculabilidad y la indiferencia ante presupuestos valorativos o fines éticos o materiales (Fariñas, 1991, p. 271).

<sup>10</sup> Cabe precisar que Weber postula otras dos formas de acción que no se han tratado aquí, pero que son excluyentes frente a las acciones sociales según fines y según valores, y que el autor denomina «acción tradicional» y «acción afectiva». De este modo, lo dicho acerca de la relación apuntada entre «racionalidad según valores» y «racionalidad según fines» supone que los agentes no actúan motivados por la tradición ni por emociones.

### 3.3. La conexión entre la racionalidad de los sistemas y la de las acciones individuales

En definitiva, lo que este doble juego de racionalidad weberiana pone de manifiesto es la conexión entre la perspectiva de la racionalidad de las acciones de las personas con la del sistema. Como lo expresa Munné, dicho concepto «no refiere sólo a características de los elementos internos del sistema jurídico, sino que se hace visible tomando en cuenta las relaciones de los individuos con el sistema y con los demás individuos, pudiéndose hablar entonces de una perspectiva intersubjetiva» (2006, p. 75). Y ambos tipos de racionalidad, del sistema jurídico y de las acciones individuales, parecen confluir en la modernidad, en el punto focal dado por la llamada «racionalidad-formal».

Dicho de otro modo, en la modernidad puede trazarse una conexión entre la forma que asume el derecho como producto propio y específico de la civilización occidental en tanto ordenamiento «racional-formal», y la lógica de la actuación del sujeto en tanto orientado «por fines», en su modo de acción económico motivado por una –igualmente denominada– «racionalidad-formal» (Fariñas, 1991, p. 266). Si bien tras una primera aproximación podría pensarse que de esta vinculación entre la racionalidad institucional y la de la acción individual podría derivarse un cierto balance armónico entre el derecho y las acciones de los sujetos, una consideración más profunda de la cuestión puede mostrar resultados contrarios. Como advierte Fariñas,

de la conexión de estas dos perspectivas en la racionalidad-formal, no resulta en la práctica, el equilibrio que se pretende teóricamente. Cuanto más racional y formal es el sistema jurídico, es decir, cuanto más técnico, especializado y abstracto es, se produce también un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema. Y cuanto mayor es el alejamiento por parte de los individuos de los procedimientos técnicos formales que el sistema les proporciona, mayor dificultad encuentran para realizar sus acciones conforme a un comportamiento racional según fines (1991, p. 274).

De esta manera, es la profundización de la tendencia misma del proceso de racionalización del derecho de la modernidad, encauzado hacia la racionalidad formal, la que produce que los individuos encuentren dificultades para la orientación de sus conductas al cumplimiento de sus normas. Efectivamente, la legitimidad de un orden –entre ellos, el orden jurídico– redundante, en última instancia, en la probabilidad de que los sujetos dirijan sus acciones con carácter de continuidad y de conformidad a la representación que se hacen del contenido de las máximas que lo componen. Si ello es así, el alejamiento y desconocimiento del derecho racional-formal por parte de los usuarios del sistema, al producir que éstos dejen de guiarse por tales normas, evidencia que la tendencia apuntada del proceso de racionalización parece cargar en sí misma una de las causas de su posible deslegitimación<sup>11</sup>. El planteo que aquí se

<sup>11</sup> Para Weber, la «legitimidad» tiene su basamento en creencias compartidas socialmente, que identifica en base a los tres tipos puros de autoridad legítima: carismática, tradicional y legal racional. En el caso de la dominación legal racional, que según Weber es aquella propia de los Estados modernos, dicha creencia se identifica con la existencia de la validez de las normas legales. O, como lo expresa el autor: «en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad» (1964, p. 172). En cambio, la «eficacia» o «continuidad» de un ordenamiento jurídico es el reflejo empírico de la legitimidad (Fariñas, 1991, p. 211). En los hechos, la misma viene dada por la probabilidad de que realmente ocurra que los partícipes de una acción social se guíen por la idea de que existe un orden legítimo. En efecto, para el autor «los partícipes se guían por un orden por motivos muy diferentes. Pero la circunstancia de que el orden mueva, “junto” a otros motivos, de manera vinculante o ejemplar, es decir, con carácter normativo, a una parte al menos de los agentes, acentúa naturalmente la probabilidad de que la acción se guíe por el orden, y de que a menudo lo haga en una medida significativa» (Weber, 2006, p. 115). Resulta interesante poner de manifiesto que esta guía para la acción que constituye la legitimidad del orden no sólo tiene lugar cuando se cumple el



introduce supone considerar además que, cuando ello acontece, la racionalidad formal moderna retrocede de manera indefectible y deja sitio así para una acción social distinta, que escapa a su lógica de cálculo racional en tanto se encuentra orientada materialmente.

#### 4. El pluralismo como propuesta desreificadora

Luego de evidenciar la manera en que funciona la tendencia de la racionalidad moderna tanto en el derecho como en las acciones individuales, se pueden delinear algunas de las especificidades que asume aquélla en la construcción de subjetividades. Las mismas resultan evidenciables, particularmente, desde la óptica weberiana, en tanto afirma la existencia de contextos en los que el acrecentamiento de las exigencias de racionalidad y formalidad del derecho producen el alejamiento de los individuos de los procedimientos técnicos y formales que componen el sistema.

Lo primero que debe ponerse de manifiesto es que la tendencia del proceso de racionalización occidental, que en términos de Weber se encuentra encauzada hacia la primacía de un derecho de tipo racional-formal, tiene como uno de sus pilares el denominado universalismo racionalista de Occidente. Desde los aportes del campo de la heurística, éste puede ser comprendido como un paradigma que sustenta –a la vez que es sustentado por– la ficción de la unidad monista, en tanto oculta y margina la realidad al descontextualizar, universalizar e instrumentalizar unos conceptos universales en detrimento de otros (Fariñas, 2003, p. 192 y ss.). De tal manera, aquí interesa destacar que, así como dicha directriz supone un sesgo que invisibiliza determinadas respuestas en la producción de conocimiento, su correlato en el campo jurídico se manifiesta en la deslegitimación de otras formas de derecho no surgidas del Estado –con lo que afirma su monismo–. Y ello se agrava cuando dicha ficción «deja de cumplir una legítima función heurística e instrumental del conocimiento, para desarrollar una ilegítima función ideológica, en el momento en el que se reifica y se le atribuye erróneamente un carácter de realidad» (Fariñas, 2003, p. 199).

Por la influencia que ha tenido el capitalismo como forma de producción privilegiada, así como los ideales en que se sustenta la modernidad, la calificación de los sujetos a que remiten las normas de derecho racional-formal en tanto producto occidental moderno puede identificarse en el plano político con la de *homo economicus*. Es decir, con seres cuyos comportamientos económicos participan de los caracteres del individualismo racional típico del sujeto ilustrado universal moderno, surgidos como correlato del *laissez-faire*, al que los gobiernos «no deben tocar», sino más bien dejar hacer (Foucault, 2009, p. 267) y cuyas decisiones son tomadas en atención a la maximización de sus intereses individuales.

Puede plantearse que, en consecuencia, así como el paradigma de la modernidad deslegitima determinadas formas jurídicas que no se identifican con la tendencia racional-formal, oculta también ciertas identificaciones no surgidas de dichas normas e impone otras a través del derecho. Como consecuencia extrema, cuando tales esquemas son impuestos a las personas a través del orden jurídico, una de sus derivaciones últimas posibles consiste en lograr el efecto de la «reificación» de éstos por parte de aquellas personas a quienes se encuentran destinados. Esto significa que el derecho, como tantos otros elementos que conforman un determinado orden institucional, es capaz de generar la percepción por parte de sus destinatarios

---

sentido de éste, sino también ante el caso de transgresión: «el ladrón que oculta su robo está guiando su comportamiento por la “legitimidad” del código penal. En este hecho de tener que ocultar su transgresión se está poniendo de manifiesto precisamente que el orden “vale” dentro de un grupo humano» (Weber, 2006, p. 116).



de que los esquemas tipificadores que les son aplicados no pueden ser objeto de modificación por parte de conducta alguna, sino que los mismos deben ser aceptados como parte de una realidad cuya configuración no es obra de agencia humana<sup>12</sup>. Y ello, nuevamente, como consecuencia de las ficciones sobre las que se construye el paradigma moderno.

Sin embargo, pese a la potencia normalizadora que presenta el concepto en la construcción de la realidad, la reificación no debe ser entendida como un efecto fatal e inexorable de ciertas prácticas sociales, ante cuya presencia las identificaciones no puedan ser cambiadas ni contra las cuales quepa recurso alguno. Como se ha insinuado en la primera parte de este trabajo, a partir del enfoque de las teorías nominalistas la atribución de identificaciones por los ordenamientos jurídicos puede ser comprendida como un proceso que forma parte del fenómeno de la «objetivación». Con ello se ha procurado indicar que estas formas de identidad surgen a partir de la interacción entre el derecho, comprendido como dispositivo, y los seres vivientes sobre los que ejerce su influencia. Este modo de concebir los procesos de atribución de identidades por el derecho como parte del fenómeno apuntado coloca a los mismos dentro del ámbito de los estudios acerca de la «institucionalización». Como campo de análisis, y según la propuesta de Berger y Luckmann, ello remite a los interrogantes acerca de las causas de aparición, subsistencia y transmisión de un orden social (2008, p. 72).

En este marco, el concepto de «habituaación» de las conductas significativas adquiere centralidad. La «habituaación» debe ser entendida como la repetición de todo acto con determinada frecuencia, de manera tal que cree una pauta que pueda ser reproducida con facilidad, y que es precisamente así aprehendida por quien la ejecuta (Berger y Luckmann, 2008, p. 72). De acuerdo con ello, la denominada «institucionalización» «aparece cada vez que se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores» (2008, p. 74). Con ello se denota que las instituciones caracterizan, a la vez, tanto las acciones habitualizadas individuales como los integrantes del grupo social que participan de ellas. Sin embargo, la «objetividad», en tanto propiedad de las instituciones, sólo se perfecciona cuando las habituaciones y tipificaciones adquieren historicidad, de manera tal que aquellas pasan a ser experimentadas como si tuvieran una realidad que les es propia, la que es presentada a los individuos como un hecho externo y coercitivo (2008, p. 78). De este modo, en este contexto se sugiere que la «objetividad» de la producción de un orden alude a la comprensión de que la realidad social es algo exterior a las personas. La reificación, en cambio, es una modalidad de la conciencia según la cual la realidad social es mera «facticidad inerte, no humana y no humanizable» (2008, p. 117), que provoca que las personas olviden que son ellas quienes han creado el mundo humano (2008, p. 114).

El orden jurídico, entendido aquí en su faceta de institución, tipifica determinadas acciones significativas –ya sea mediante su alusión específica o, por qué no, su omisión, sea circunstancial o deliberada– y también a los destinatarios de las normas. Con ello se materializa la relación dialéctica de las personas como productoras del orden –a través de la «externalización» de sus conductas– y del mundo social como productos –«objetivación» del producto– (Berger y Luckmann, 2008, p. 81). Como tercer momento de este desarrollo, tiene lugar el fenómeno de la «internalización», que es aquel en que el mundo social objetivado vuelve a

---

<sup>12</sup> La posibilidad de reificación de la identidad es planteada por Berger y Luckmann en términos categóricos: «la identidad misma –el yo total, si se prefiere– puede reificarse, tanto el propio, como el de los otros. Existe pues una identificación total del individuo con sus tipificaciones socialmente atribuidas» (2008, p. 117).

proyectarse en las conciencias de las personas durante la socialización (Berger y Luckmann, 2008, p. 81).

Entiendo que esta manera de concebir los procesos de construcción de sujetos se presenta como la base para obtener el reconocimiento institucional de formas de subjetividad reivindicadas por las personas como «identidades para sí», distintas a la que es propia de las tendencias racionales y formales del derecho moderno. Es la conciencia de que la realidad social es un producto objetivo la que coloca a ésta dentro del ámbito de las conductas humanas. A su vez, la comprensión de que las identidades atribuidas por el derecho se presentan como la síntesis de una construcción dialéctica entre lo que las personas hacen y lo que piensan, constituye la base del pensamiento «desreificador»<sup>13</sup>, capaz de orientar prácticas que reivindiquen el respeto de las «identificaciones para sí» no acordes al monismo universalista moderno.

Dichas prácticas, en tanto conductas individuales conscientes, no pueden tomar como marco de referencia para su legitimación las normas de derecho racional-formal, por cuanto éstas se presentan como indiferentes ante los fines morales de los agentes. Por el contrario, si la desreificación de las identificaciones atribuidas por el derecho ha de tener algún sentido liberador y democrático en el marco de las sociedades actuales, ésta debe ser encarada como un proyecto que sienta sus bases en el paradigma del pluralismo, con la aceptación de la complejidad como dato empírico, y de que existen «varias y diferentes concepciones y universos intelectuales, filosóficos, epistemológicos, morales, culturales, normativos y jurídicos» (Fariñas, 2003, p. 197). Si ello es así –si las personas encauzan materialmente las acciones sociales de conformidad con el paradigma pluralista– puede gestarse un proyecto orientador de las vías institucionales<sup>14</sup> que gestione sus particularidades y diferencias y que a la vez refleje sus «identidades para sí» en la esfera del derecho.

## 5. Conclusiones

La reificación de las identidades se presenta como una consecuencia posible de la comprensión de la realidad en base a los presupuestos paradigmáticos de la modernidad. O, en otros términos, la creencia de que las identificaciones asignadas por el derecho se encuentran alejadas de cualquier comportamiento humano se puede derivar de los postulados sobre los que aquélla se construye. Como se ha mencionado en este trabajo, la ficción de la unidad monista sustenta el universalismo racionalista occidental al otorgar primacía a determinados universales y al negar la existencia de la diversidad de valoraciones sobre determinados conceptos y bienes. Lo que interesa agregar aquí es que dicha ficción fortalece en última instancia formas de pensamiento que conllevan la separación entre las conductas humanas y el derecho.

Para comprender el alcance de dicha idea, estimo que resulta necesario mencionar la relevancia que tiene para ello la aceptación de las construcciones con sustento en ficciones. Como apunta Bentham en una definición clásica en la materia,

<sup>13</sup> Berger y Luckman refieren que el análisis de la reificación, en tanto impide caer en una concepción no dialéctica de la relación entre las acciones y las ideas, es de utilidad para corregir las tendencias reificadoras del pensamiento. A la vez, señalan como circunstancias sociales que favorecen la desreificación el colapso total de los órdenes institucionales, el contacto entre sociedades previamente segregadas y el fenómeno de la marginación social (2008, p. 118).

<sup>14</sup> Como expone Fariñas, el pluralismo no debe ser entendido como una meta que deba ser alcanzada, sino más bien como una situación fáctica con la que se debe convivir, para lo cual se requiere «la creación de vías institucionales políticas, económicas y jurídicas para gestionar las diferentes situaciones de pluralismo y de identidades diversas» (2003, p. 200).

conceptualmente una ficción puede ser entendida como «un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero» (1981, p. 83). De este modo, las ficciones pueden ser presentadas como un límite, una suerte de tope hasta el cual cabe interrogar la realidad. Tras constatar el presupuesto de hecho que la torna aplicable, se genera el efecto de que debe tenerse por válida la consecuencia que aquella autoriza, cualquiera que esta fuera, de modo tal que no tiene sentido procurar acreditar su falta de correspondencia con la realidad del medio en el que se tornan efectivas. En palabras de Gascón Abellán, «es propio de la ficción la disparidad de la realidad y lo que se supone» (2010, p. 134), con lo que en rigor no se «supone» una realidad, sino que se la crea al ordenar que algo sea tratado «como si» fuera otra cosa (2010, p. 134).

Puede plantearse entonces que la negación de la diversidad a través del derecho con el fundamento de la ficción de la unidad monista presenta la misma mecánica de funcionamiento que la apuntada. Toda vez que un determinado juego de normas de derecho racional-formal, inspirado por el presupuesto ficto señalado, tienda a la generalidad y la sistematización, genera un corte con la realidad que presenta las condiciones que posibilitan la reificación de las identidades que produce. Esto es, siempre que procure reducir las razones relevantes para solucionar problemas jurídicos a normas –generalidad– que se integren unas con otras en conjuntos completos, claros y coherentes –sistematización– que faciliten la previsibilidad y la calculabilidad en su aplicación, como así también la pertenencia de los criterios de decisión a su propia «lógica interna» –formalidad–, el derecho crea las condiciones que posibilitan a los sujetos la conciencia de que sus propias creencias, valoraciones o cosmovisiones, en tanto difieran de las de las normas, resultan irrelevantes para la solución práctica de sus conflictos. Este tipo de derecho se liga así a lo que considera como la certeza de la generalidad y la univocidad de los hechos. Y al hacerlo, estimo que confiere una nota distintiva que marca la manera en que se relacionan las personas y el derecho –los «seres vivientes» y el «dispositivo», en los términos de Agamben– en la producción de sujetos: al no tomar en consideración las peculiaridades de los seres, debido a que por obra de la ficción monista se niega la diversidad, el derecho impone identificaciones en un sentido determinado y unidireccional. Y al sustentar tal imposición en una ficción, genera una escisión en la realidad ante la cual para el sujeto carece de sentido acreditar su falta de correspondencia con la identificación impuesta: el ámbito propio de las ficciones es precisamente el de los hechos notoriamente falsos.

Esta mecánica de atribución de identificaciones mediante ficciones imprime una serie de desafíos al pensamiento desreificador. ¿Qué debe hacer éste frente a las identidades así generadas? Ciertamente, frente al derecho moderno racional-formal resulta insuficiente acreditar la falta de correspondencia entre las identificaciones como producto y las normas que las generan. Antes bien, entiendo que la desreificación debe negar la validez de las ficciones por su falta de correspondencia con los principios morales, religiosos, jurídicos o religiosos que rigen a las personas en sociedad, lo que puede ser logrado mediante la asunción de la diversidad y de la complejidad en las situaciones de pluralismo. De este modo, puede entenderse que esta aceptación de la diversidad se presenta como la negación de la ficción monista. Y es por ello que, desde la órbita de la organización política, en los Estados constitucionales las constituciones asumen el desafío de posibilitar las condiciones de la realización de una vida en común de los distintos grupos sociales y sus intereses, ideologías y proyectos diferentes, más que la tarea de establecer de manera acabada un proyecto predeterminado (Zagrebelky, 2011, p. 14). De ahí que se entienda que, para poder llevar adelante tales cometidos, los distintos valores y principios que se dan a sí mismas las comunidades deben ser entendidos en su carácter de no absolutos, de forma tal que se compatibilicen con otros con los que

deben convivir; esto es, deben asumir el carácter de «dúctiles»<sup>15</sup>. Por consiguiente, en este contexto la «asunción de la diversidad» –particularmente por el influjo de los derechos humanos– debe ser entendida no sólo como la afirmación de una situación de hecho, sino también como el reconocimiento de obligaciones que vinculan a individuos y grupos entre sí y con el Estado. Y ello redonda en nuevas formas de concebir a los sujetos desde el derecho.

Una forma de organización política como la mencionada necesita, desde el ámbito de lo jurídico, de una redefinición de aquellas modalidades de la racionalidad en las que se inspiran las normas frente a aquellas que son postuladas como las propensiones típicas del derecho moderno. Ante escenarios de complejidad y diversidad como los planteados por las sociedades actuales, la maximización de los postulados de la generalidad y la abstracción puede resultar insuficiente para gestionar de manera pacífica los conflictos colectivos que reivindican el respeto de sus particulares modos de comprender la realidad, como así también de las normas que la rigen.

En base a lo expresado anteriormente, entiendo que interrogarse respecto de la importancia de la desreificación de las identidades sólo tiene sentido bajo esta óptica que postula normativamente una obligación tal de respeto a la diversidad en los contextos de pluralismo. De tal modo, si es verdad que, como se ha afirmado, a) son las personas las que con sus acciones habitualizadas constituyen los órdenes sociales; b) la subjetividad surge de la interacción entre las sustancias y los dispositivos o –lo que es lo mismo– de la relación dialéctica entre las personas y los órdenes sociales –entre ellos, el derecho–; y c) la reificación de las identidades para el derecho tiene como condición la interacción entre las personas y los órdenes jurídicos de tipo racional-formal, en tanto se encuentran motivados por la ficción monista del paradigma de la modernidad; entonces debe aceptarse también que d) la desreificación de las identidades resulta de acciones sociales orientadas materialmente por valores que sean sustentadores de la pluralidad de cosmovisiones inherente a los contextos de pluralismo.

## Bibliografía

- Agamben, G. (2015). *¿Qué es un dispositivo? seguido de El amigo y de La Iglesia y el Reino*, trad. de Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama.
- Bentham, J. (1981). *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid: Editorial Nacional.
- Berger, P. y Luckmann, T. (2008). *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu.
- Dubar, C. (2002). *La crisis de las identidades. La interpretación de una mutación*. Barcelona: Bellaterra.
- Eisen, A. (1978). The Meanings and Confusions of Weberian Rationality. *The British Journal of Sociology*, 29 (1), pp. 57-70.
- Fariñas Dulce, M. J. (1991). *La sociología del derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas.
- Fariñas Dulce, M. J. (2003). La tensión del «pluralismo» desde la perspectiva filosófica

<sup>15</sup> De hecho, según Zagrebelsky, sólo asume el carácter de «absoluto»: «(...) el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)» (2011, p. 14). Esta coexistencia de valores y principios fundantes de las constituciones, que posibilitan la unidad del Estado y la integración de los grupos sociales para los cuales está destinada a regir, sumada al carácter no absoluto de tales principios –con las excepciones apuntadas– son las condiciones que posibilitan su base pluralista. Asimismo, tales condiciones son las que dotan al derecho en el constitucionalismo de su carácter de «ductilidad», rasgo que da título a la obra del autor.

- intercultural. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 8 (12), pp. 191-204.
- Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, traducido por Horacio Pons. Madrid: Akal.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- Hernández, F. J. y Herzog, B. (2016). El amplio legado de Hegel para la sociología y la filosofía de la Escuela de Frankfurt. En: A. Honneth. *Patologías de la libertad* (pp. 9-24). Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Maalouf, A. (2015). *Identidades asesinas*, trad. de Fernando Villaverde. Madrid: Alianza.
- Munné, G. (2006). Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, (25), pp. 69-100.
- Puccetti, G. (2012). El rol del Estado en la construcción de identidades de niños, niñas y adolescentes: el panorama desde la óptica del reparto de bienes sociales. En: M. I. Laje (Comp.). *La infancia y sus derechos en el actual contexto* (pp. 113-128). Buenos Aires: Ediciones CICCUS – Centro de Integración, Comunicación, Cultura y Sociedad.
- Scarponetti, P. (2007). *Derecho y Poder en los clásicos*. Córdoba: Advocatus.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*, trad. de José Medina Echavarría (et. al.). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1984). *La acción social: ensayos metodológicos*, trad. de Michael Faber-Kaiser y Salvador Giner. Barcelona: Península.
- Weber, M. (1994). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. de Luis Legaz Lacambra, 13ª edición. Barcelona: Ediciones Península.
- Weber, M. (2006). *Conceptos sociológicos fundamentales*, trad. de Joaquín Abellán García. Madrid: Alianza.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, 10ª edición. Madrid: Trotta.

*El concepto de guerra justa. Especial atención a su doctrina en la China contemporánea*

The concept of just war. Special attention to its conception in contemporary China

Borja García Vázquez  
 Universidad Autónoma de Nuevo León  
 ORCID ID 0000-0003-0055-6917  
[borjagarcia131@gmail.com](mailto:borjagarcia131@gmail.com)

Cita recomendada:

García Vázquez, B. (2020). El concepto de guerra justa. Especial atención a su doctrina en la China contemporánea. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 64-82.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5264>

Recibido / received: 02/09/2019  
 Aceptado / accepted: 23/01/2020

**Resumen**

Los razonamientos que llevan a justificar las guerras basan sus causas en motivaciones éticas análogas en diferentes religiones que exceden el marco occidental. Con el auge y difusión del marxismo, la ideología se convirtió en un elemento de cohesión social, ocupando posiciones anteriormente limitadas a la teología, permitiendo la delimitación de la guerra justa desde esta posición, la cual, asumida por la República Popular China, ha dado origen a una variante oriental en la que se conjuga la tradición de Sun Tzu con el legado marxista-leninista y su desarrollo posterior por Mao y sus sucesores.

**Palabras clave**

Guerra justa, guerra y marxismo, guerra y leninismo, guerra y maoísmo.

**Abstract**

*The reasonings that lead to justify wars have certain origins in similar ethical motivations in different religions that exceed the Western framework. With the rise and spread of Marxism, ideology was changed into an element of social cohesion, occupying positions previously limited to theology, the delimitation of the just war from this position, which, assumed by the People's Republic of China, has given rise to an oriental variant in which the tradition of Sun Tzu is combined, with the Marxist-Leninist legacy and its subsequent development by Mao and his successors.*

**Keywords**

*Justwar, war and marxism, war and leninism, war and maoism*



SUMARIO. 1. La justificación de la guerra. 2. La guerra justa desde el plano religioso. 3. La guerra justa desde el plano ideológico. 4. La guerra justa con características chinas. 5. A modo de conclusión. Bibliografía.

## 1. La justificación de la guerra

Aznar Fernández-Montesinos (2011a, p. 61) recoge en su obra la definición dada por Ekaterina Stepanova, al comprender que la guerra existe cuando en una disputa entre dos bandos se producen más de 1.000 muertos. El estado de guerra contiene dos perspectivas: hay guerra cuando se lucha, pero también se puede luchar sin existir el estado de guerra en sentido jurídico (Halajczuk & Del R. Moya Domínguez, 1999, p. 529). Es por ello que la existencia de una guerra, no se limita a la declaración formal de inicio de las hostilidades, sino al puro desarrollo de la lucha y al número de víctimas que esta produzca.

De Martens (1894, p 174) afirmaba que el objetivo inmediato de la guerra era la restauración de la paz, solo alcanzable mediante la observación de las leyes y costumbres de la guerra. Bello (1946, p. 245) sostenía que siendo el estado natural del hombre la paz, esta era el único motivo legítimo que podía tener la guerra. De acuerdo con Reuter (1987, p. 442) fue en el siglo XIX cuando surgió el concepto técnico de guerra, entendida como “lucha armada entre dos o más Estados que exige la aplicación de reglas particulares en el conjunto de sus relaciones mutuas, así como en sus relaciones con terceros”.

Walzer (2001, p. 79) expresaba que «debe darse la bienvenida a cualquier regla que limite la intensidad y la duración del combate o el sufrimiento de los soldados». En el plano internacional, la guía tendente a respetar unos mínimos y encauzar los combates bajo una normativa, lo encontramos en las convenciones o tratados militares. MacIntyre (2015, p. 6) expresa que los acuerdos internacionales como la Convención de Ginebra de 1864, creadora del Comité Internacional de la Cruz Roja, la Convención de la Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1949, al comenzar a delimitar la guerra como un acto declarativo reglado, insufló «nueva vida al concepto de guerra justa».

Un ejemplo clásico de este tipo de acuerdo internacional lo encontramos en el Pacto General para la renuncia de la guerra –conocido como pacto Briand-Kellog, por los nombres de quienes surgió la iniciativa, el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Briand, y el Ministro de Relaciones Exteriores de Estados Unidos, Kellog, los cuales hicieron una propuesta general de suscripción a todos los países del mundo– de 27 de agosto de 1928 (Cruchaga Tocornal, 1944, p. 125) , en cuyo artículo 1 se establecía que «las altas partes contratantes solemnemente declaran en nombre de sus respectivas gentes que ellos condenan la guerra como recurso para la solución de controversias internacionales, y renuncian a ella como instrumento de la política nacional en sus relaciones con otros (Estados)» (Berber, 1936, p. 68).

Fue la terminología y la concisión empleada por el Pacto, lo que provocó, en opinión de Reuter (1987, p. 444) que fuese incierto su alcance lo que hizo que sus miembros firmantes «no consideraron que el Pacto les hubiera privado del derecho a recurrir a la fuerza armada en defensa de ciertos intereses fundamentales». El pacto Briand-Kellog dio inicio a una corriente de pensamiento internacional de la cual España formó parte, incorporándose al ordenamiento interno por medio de la

Constitución española de 1931, cuyo artículo 6º establecía “España renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional” (Cortes Constituyentes, 1931). Posteriormente, esta posición se mantuvo en la Carta de las Naciones Unidas, de 1945, al disponer su artículo 2 que «los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (...)» (Naciones Unidas, 2020).

Estos esfuerzos internacionales llevaron, tal y como indica Reuter (1987, p. 444) a que el recurso a la fuerza armada dejase de ser «en principio, legítimo en tanto que elemento de la soberanía del Estado», aunque finalmente prevaleció la idea contraria: «el recurso a la fuerza armada debe de estar justificado por el derecho internacional, en caso contrario está prohibido». Por ello, a pesar de los planteamientos previos, como expresa Aznar Fernández-Montesinos (2011b, p. 20) se creó un «Derecho Internacional de los Conflictos Armados» que no es sino un enmascaramiento de la realidad por medio de un cambio de nombre.

En su obra, De Martens (1894, p. 169) recogía las palabras de un antiguo oficial de la marina francesa, quien decía que «en tiempo de guerra, los convenios internacionales y el Derecho de gentes, fueron y serán siempre considerados como nulos. La fuerza es la que reina. El vencedor puede siempre permitírsele todo si es poderoso: puede arruinar a su adversario». No obstante, esta reflexión –ejemplificadora sobre como transcurren las relaciones internacionales, pese a la existencia de un cuerpo normativo, que trata de impedir los excesos provocados por la disparidad de fuerzas– la motivación argumentativa sobre el comienzo de las guerras ha sido y sigue siendo un elemento clave para garantizar el respaldo de aquellos que van a combatir.

En el transcurso de la historia se han sucedido opiniones a favor y en contra de las acciones bélicas. En este sentido, Fuller (1923, pp. 64-65) sostenía la idea de que la guerra cumple tres objetivos: militar –la derrota del enemigo– económico –aumentar la prosperidad de la nación– y ético –realzar el carácter nacional, es decir, el respeto del país frente al enemigo y las naciones neutrales–. Por su parte, para Bello (1946, p. 246), las causas de la guerra eran: razones justificativas –todas aquellas injurias inferidas o manifiestamente amagadas, y la imposibilidad de obtener reparación o seguridad, sino por medio de las armas– y motivos de conveniencia –o de utilidad pública–.

En palabras de Baños (2018: 183) «si la conflictividad y la guerra son igual de antiguas que el ser humano, también lo es el intento de explicarlas y justificarlas». En este sentido Bobbio (1998, p. 51) señalaba que los modos en que la guerra ha sido, o no, justificada pueden contenerse en tres categorías: 1) teoría belicista, por la cual todas las guerras están justificadas; 2) pacifistas, ninguna guerra es justa; 3) y finalmente la teoría de la guerra justa, donde sólo algunas guerras son justas.

Esta última categoría será la que ocupe nuestro análisis en el presente artículo, ya que el sentido moral ha sido determinante en la creación de instrumentos para tratar de limitar los efectos perniciosos de los enfrentamientos bélicos, sin afectar con ellos a su legitimidad. Por esta razón, Baños (2018, p. 29) entiende que la argumentación a la utilización de la fuerza se limita a discernir por qué el bando contendiente hace un uso correcto de su capacidad –«todas las partes enfrentadas siempre piensan que el bien, la justicia y la razón están de su parte, siendo el otro el errado, el que actúa de modo ilegítimo y perverso»– siendo este razonamiento el que le lleva a afirmar que toda guerra «se da entre formas análogas de entender el bien». El sentido ético en la declaración de la guerra constituye el objeto de nuestro estudio,

mostrando la evolución de la noción de guerra justa desde sus orígenes en distintas tradiciones religiosas, centrándonos posteriormente en su evolución concreta en la ideología marxista-leninista, finalizando con la adopción de estos postulados por la República Popular China –RPCh– exponiendo las consecuencias reales en los conflictos bélicos experimentados por este país desde su fundación.

## 2. La guerra justa desde el plano religioso

Bouthoul (1984, p. 124) consideró que fue el judaísmo quien percibió la guerra como algo negativo –equivalente a «castigo de Dios»– al transitar desde los antiguos modos de combatir entre los distintos pueblos a los que se enfrentaban los hebreos, hasta la aparición de los grandes imperios, que pusieron fin a la exaltación guerrera. En el curso de la historia se ha tratado de limitar el efecto nocivo de la guerra, gracias a su restricción basada en la justicia de la contienda; ya en el siglo XIX Bluntschli (1871, p. 258) diferenciaba sobre este razonamiento exponiendo que «la guerra es justa cuando el derecho internacional autoriza para apelar a las armas; injusta, cuando es contraria a los principios de este derecho».

Con precedencia a la evolución del Derecho internacional contemporáneo, desde el plano religioso se desarrollaron los condicionantes para delimitar la noción de guerra justa. Juan de Mariana (1845, p. 34) decía «¿Qué cosa más horrenda que la guerra, que todo lo destruye, todo lo abrasa, y con la que todo perece? Con la paz, pequeños imperios llegan a engrandecerse, y con las turbulencias, los más grandes desaparecen».

Luis de Molina –siglo XIV– tal y como expresaba Fraga Iribarne (1947, p. 80) se mostraba opuesto a las contiendas bélicas, al considerar estas como «una gran calamidad humana» que exclusivamente podían admitirse «a título de legítima defensa en caso de agresión injusta o para restaurar el derecho violado, y siempre como último remedio, es decir, después de agotados todos los recursos pacíficos para evitarla».

Las primeras manifestaciones de este Derecho aparecen en la Edad Media, para tratar de humanizar la guerra por medio de instituciones de carácter consuetudinario, como la *Tregua Dei* –tregua de Dios– (Seara Vázquez, 1971, p. 288) con la finalidad de lograr un cese temporal del ejercicio del derecho de la guerra (Universidad de Granada, 2004, p. 1127) por lo que cualquier asesinato cometido entre la tarde del jueves y la tarde del domingo, conllevaba la excomunión (Cardini, 1996, p. 78). Igualmente, como señala Walzer (2001, p. 215), durante la Edad Media los casuistas católicos desarrollaron el principio del doble efecto, por el cual quedaba permitido realizar un acto en el que existiesen probabilidades de producirse consecuencias funestas –la muerte de personas no combatientes– siempre que se cumplieran las siguientes condiciones: 1) Que sea un acto de guerra legítimo; 2) Que su efecto directo sea moralmente aceptable; 3) Que la intención sea buena; 4) Que el efecto positivo sea lo suficientemente bueno como para compensar la realización del negativo.

Estas condiciones pueden apreciarse en el pensamiento cristiano desarrollado por el trabajo teológico de Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria y Luis de Molina, quienes detallaron el alcance y los límites de la guerra justa. Santo Tomás analizó en su obra *Suma Teológica* cuáles eran los requisitos para que una guerra pudiese ser considerada justa, distinguiendo tres elementos: 1) La declaración de guerra solo incumbe al príncipe, por ser su competencia el defender el bien público, y por estar capacitado para convocar a la colectividad, y poder hacer valer su derecho ante un tribunal superior; 2) Se requiere causa justa, que quienes son atacados lo

sean por alguna causa objeto de merecimiento; 3) Se requiere que sea recta la intención, entendiéndose como encaminada a promover el bien o a evitar el mal (De Aquino, 1990, p. 338).

Por su parte, Francisco de Vitoria consideró que «la única causa justa para hacer la guerra es la injuria recibida» argumentando que «la guerra ofensiva se hace para vengar una injuria y escarmentar a los enemigos (...) pero no puede haber venganza donde no ha precedido una injuria y una culpa» (De Vitoria, 2007, p. 178). Como señalaba Cruchaga Tocornal, Francisco de Vitoria «fue el primer pensador que escribió sobre la guerra, su justicia e injusticia» quedando sus teorías contenidas en el conocido como «Tres Cánones de Vitoria» siendo estos:

1º. El príncipe tiene autoridad para declarar la guerra. No debe buscar ocasiones ni causas para ello sino, a ser posible, mantenerse en paz con todos, como lo manda San Pablo a los romanos. A la guerra se debe recurrir, como a la fuerza, cuando se hayan agotado todos los demás medios; 2º. Si por razones justas se llega a declarar la guerra, en ella se debe procurar, no la ruina del enemigo, sino la reparación del daño y la defensa de la patria para asegurar una paz estable; y 3º. Terminada la guerra, el vencedor debe proceder con moderación cristiana. Debe contentarse con la reparación del daño, limitando el castigo a los verdaderos culpables, sin olvidar que es inicuo que las locuras de los reyes vengan a pagarlas los pueblos (1944, p. 178).

Luis de Molina, tal y como recogía Fraga Iribarne (1947, p. 77) opinaba que no podía hacerse una guerra justa, si con ella se provocan «otras guerras con perjuicio y devastación de los cristianos, dando de este modo ocasión a los enemigos de la Iglesia para ocupar las tierras cristianas y devastar la Iglesia». Como considera Fraga Iribarne (1947, p. 80) Luis de Molina, oponiéndose a otros movimientos cristianos distintos del catolicismo, que advertían ilícita cualquier tipo de violencia –aunque esta fuese de carácter defensivo– sostenía que «no solo es lícito a los cristianos el guerrear (...) sino que también puede ser ello mejor que el abstenerse de la lucha. Y podrá darse tal caso, que sea pecado mortal no pelear». Siglos después Mahan (1907, p. 99) defendería que «la guerra se justifica como un elemento del progreso humano, necesario por encontrarse esta muy alejada de la perfección cristiana, y como consecuencia de esta imperfección, es susceptible de remedio».

Este pensamiento marcó la época en que se desarrolló el concepto de guerra justa, reflejado por Cervantes en su obra «Don Quijote de la Mancha», a través de las palabras ofrecidas por su ilustre personaje:

Los varones prudentes, las repúblicas bien concertadas, por cuatro cosas han de tomar las armas y desenvainar las espadas y poner a riesgo sus personas, vidas y haciendas: la primera, por defender la fe católica; la segunda, por defender su vida, que es de ley natural y divina; la tercera, en defensa de su honra, de su familia y hacienda; la cuarta, en servicio de su rey en la guerra justa; y si le quisiéremos añadir la quinta, que se puede contar por segunda, es en defensa de su patria. A estas cinco causas, como capitales, se pueden agregar algunas otras que sean justas y razonables y que obliguen a tomar las armas, pero tomarlas por niñerías y por cosas que antes son de risa y pasatiempo que de afrenta, parece que quien las toma carece de todo razonable discurso (Cervantes, 2004, p. 764).

Bobbio (1998, p. 51) expresaba que la teoría de la guerra justa en la teología cristiana vino a refutar la tesis que se atribuía a los primeros Padres de la Iglesia, de que toda guerra era ilícita, ya que pensaban que se desprendía de algunos pasajes del Evangelio el principio de la condena absoluta de la guerra. Este razonamiento no es defendible atendiendo a la explicación dada por Jaramillo Marín y Echeverry Enciso (2005, p. 17) respecto del desarrollo efectuado por Agustín de Hipona –uno de los padres de la iglesia– en torno a la justificación de la guerra en tanto «sea el único

medio para reparar una injuria», en un intento, tal y como expone Arbeláez Herrera (2012, p. 276) de armonizar el pensamiento cristiano con el uso de la fuerza por el Imperio Romano, en la detención de las invasiones de los pueblos bárbaros. Esta justificación, desarrollada adicionalmente en la Edad Media con Tomás de Aquino, abrió la posibilidad al sostenimiento de guerras bajo unas concretas circunstancias de jerarquía y justicia.

Distinto es el tratamiento dado al conflicto en el islam, de acuerdo a Truyol y Serra (1970, pp. 144-145) ligado al deber religioso de *yihad* –guerra santa– a pesar de establecer una situación de guerra perpetua contra los infieles, concedía la oportunidad a los otros dos pueblos del libro –cristianos y judíos– de seguir profesando su fe a cambio del sometimiento, en un acto que de acuerdo al derecho islámico de la guerra era una declaración de la misma. Baños (2018, p. 319) explica cómo la palabra árabe *yihad* –que significa literalmente esfuerzo– tiene un doble significado religioso y militar en la tradición islámica: de una parte «como lucha contra las bajas pasiones, como la ira o la soberbia»; de otra «como defensa contra las agresiones externas». La jurisprudencia islámica, *fiqh*, no contempla la guerra como un acto de bien en sí, por producir condiciones perniciosas para las personas, salvo que sea en favor de la defensa de la religión, supuesto en que se percibe como algo beneficioso (Aznar Fernández-Montesinos, 2011a, p. 91).

El concepto de guerra justa no ha sido exclusivo de occidente, con el influjo cristiano, ni del medio oriente con el islam, encontrando esta idea en distintas tradiciones culturales, con conclusiones similares a las alcanzadas en Occidente, donde históricamente se ha distinguido entre cuándo puede dar comienzo una guerra –*ius ad bellum*– y sobre cómo conducir las hostilidades –*ius in bello*– (Lo, 2012, p. 414).

El budismo reconoce el término *dharmayuddha* –guerra justa–, recogido en la obra *Ummagga Jātaka*, o historia del túnel, que trata de explicar el uso de estrategias no violentas para ganar guerras (Deegalle, 2017, p. 1357). Traducido como «cruzada», «principios de lucha justa» (Wagenaar, Parikh, Plukker, & Veldhuyen van Zanten, 2008, p. 179) o «guerra religiosa» (Raker & Shankar Shukla, 2002, p. 614), el *dharmayuddha*, también denominado *prakasa-yuddha* es igualmente empleado en el hinduismo para denominar la guerra llevada a cabo con los principios del *dharma*, en la que se respeta a los no combatientes y se garantiza inmunidad a aquellos que buscan refugio, junto con otras reglas de caballería, tales como atacar solo después de haber retado a un duelo o no atacar cuando el oponente estuviese bajo los efectos del alcohol o divirtiéndose con mujeres (Sharma, 1971, pp. 383-384). Roy (2009, p. 33) indica que el *dharmayuddha* corresponde a toda guerra contra la injusticia, desde la cual, adicionalmente habrá de observarse los medios y métodos que se emplean en la misma para ser contemplada como tal. Por esta razón, podría considerarse este término como una combinación del *ius ad bellum* y el *ius in bello* occidental.

De acuerdo con Frydenlund (2013, p. 104) si bien dentro de la comunidad budista, en líneas generales se ha considerado incompatible con sus enseñanzas la justificación de una guerra, actualmente en Sri Lanka se ha desarrollado un «budismo utilitarista» sobre la base del *Mahavamsa* –texto del siglo quinto de nuestra era– bajo el cual se justifica la violencia, y por tanto puede vulnerarse el principio de la no-violencia en aquellos casos en que se perciba que el budismo está en peligro. Históricamente, son múltiples los casos en que practicantes budistas han hecho uso de la violencia. Ejemplo de ello lo encontramos en China en el año 515 con la revuelta comandada por el monje budista Faqing contra la nobleza Tabgach que había incrementado los impuestos a la población, ante lo cual Faqing comenzó a predicar la llegada de un nuevo Buda, con lo que consiguió organizar un ejército de 50.000



hombres, prometiéndoles que «cuanto más se matase, más cerca se estaba de alcanzar la santidad» siendo el asesinato “un acto de caridad en la cruzada contra la mara” (Demiéville, 2010, pp. 24-25).

Del mismo modo, como señala Block (2012, p. 130) en la década de 1970, en Tailandia se propagó la idea de guerra justa contra los comunistas al entender que quienes se oponen al Estado son una manifestación del *mara* –traducido como depravación moral– y que cualquier asesinato cometido contra esta manifestación, no es equivalente al asesinato de un ser humano. Actualmente encontramos la persecución del grupo étnico rohingya –minoría musulmana– por el Estado de Myanmar –anteriormente conocido como Birmania, y donde el 90% de su población es budista–, cuyo conflicto se remonta a la Segunda Guerra Mundial, durante la ocupación de Birmania por Japón –que apoyaba a los budistas, frente a los musulmanes, que eran apoyados por el Reino Unido– y que, con la independencia del país, comenzó la represión de este grupo (Rengel, 2017). Esta situación ha provocado que, en el año 2018, 700.000 refugiados de esta etnia hayan cruzado a la vecina Bangladesh, en lo que Andrew Gilmour, asistente del Secretario General de la ONU calificó de «limpieza étnica» (United Nations Human Rights, 2018), siendo un supuesto más acerca del uso de la violencia sistemática, justificada por medio de la religión, en este caso budista.

El *dharmayuddha* se encuentra igualmente en la religión sikh, donde se concibe como guerra santa, justificada cuando sea «en defensa de la virtud y contra la opresión», debiendo cumplirse para ello las condiciones que estableció el Gurú Gobind Singh: solo debe acudir a la guerra –desde el *ius in bello*– como último recurso, sin ánimo de revancha, sin que se produzca conquista de territorios, empleando para ello la menor fuerza posible para lograr el objetivo, por medio de guerreros disciplinados –nunca mercenarios– que combatan por una causa justa (Pániker, 2007, p. 118).

En el taoísmo, el texto *El maestro del depósito oculto*, citado por Cleary (2008, p. 17) –en la traducción que efectúa del *Libro de las tradiciones familiares* escrito por Yagy Munemori– en su obra *El alma del samurái* dice «Los reyes sabios de la antigüedad contaban con milicias de justicia; no evitaron la guerra. Cuando la guerra es verdaderamente justa se utiliza para eliminar a soberanos brutales y rescatar a los desgraciados». Desde el plano religioso taoísta la guerra solo se concibe como una medida humanitaria que podría compararse a los requisitos actuales de proporcionalidad en la ejecución de acciones armadas, la cual, como explica Rodríguez Gómez (2014, p. 234) conlleva que «el recurso a la fuerza militar debe ser menor que aquellos ocasionados por la actuación que se busca remediar».

En el moísmo, otro movimiento oriental, vemos como su fundador, el maestro Mozi, efectuó una crítica a la consideración de las invasiones de Estados como acto de justicia, en una comparación al delito capital, contemplado por los gobernantes como un acto injusto y castigable, en contraposición a la guerra, que entiende como una gran falta de justicia en la cual los reyes «ni saben ni condenan, por el contrario, lo alaban y lo llaman justicia» en vez de condenar tales actos como injustos (Mozi, 2012, p. 73).

En concreto, el filósofo lo describía en los siguientes términos:

Asesinar a uno se califica de injusticia e, indefectiblemente, se castiga con la muerte. Según esto, matar a diez será crimen diez veces mayor y merecerá ser castigado con diez penas capitales. Asesinar a cien será injusticia cien veces más grave y merecerá cien penas capitales. Esto lo saben muy bien los reyes del mundo y lo condenan calificándolo de injusticia. Ahora bien, al tratarse de una injusticia mucho mayor, la de

atacar a otro estado, no lo reconocen por malo, sino que lo elogian y lo juzgan acción justa (Mo Ti, 1987, p. 66).

Fenwick (1963, p. 617) opinaba que, desde el ámbito religioso, el concepto de guerra justa fue abandonado a comienzos del siglo XX, comprendiéndose desde entonces que la defensa nacional era la única guerra justa, pero siendo imposible delimitar si la defensa es referida a la anticipación de un ataque, o a un acto de agresión. La gran corriente de pensamiento que mantuvo viva la idea de guerra justa fue el comunismo, una ideología muy ligada a los recursos, al encontrar su campo de actuación entre grupos de agricultores y trabajadores de la industria.

### 3. La guerra justa desde el plano ideológico

Henri-Lévy (1978) sostenía que «el marxismo es la religión de esta época» donde «el materialismo, en sus textos consagrados, desempeña la vieja función» y «el Capital configura el moderno derecho canónico», estableciendo un paralelismo con el cristianismo, siendo estos los motivos que le llevan a considerar el movimiento comunista, como análogo a una iglesia. En el mismo sentido se manifestaba el escritor estadounidense Whittaker Chambers, citado por Allitt (2003, p. 22) quien definía el comunismo como «una gran fe» cuya visión del «hombre sin Dios» rivalizaba con la visión cristiana.

Sirvan de ejemplo las palabras pronunciadas de quien fue secretario general del Partido Comunista de España, Santiago Carrillo, entrevistado para *El País* por Jesús Rodríguez en 2011:

Ser comunista era algo más que ser de un partido; suponía tener fe. Había en nosotros mucho de romanticismo. El comunismo tenía un componente religioso, con sus santos, sus mártires y su Meca, que era Moscú. No nos planteábamos más. Queríamos extender la revolución. Cuando perdimos esa fe, todo se desmoronó (Rodríguez, 2011).

El materialismo que aplica el marxismo en su estudio de la realidad – haciéndose extensible a la ideología comunista– niega toda posibilidad de existencia de entes incorpóreos, como sostenían Buharin & Preobrazhensky (1922, p. 248) lo que los llevaba a mantener que «en la práctica, no menos que en teoría, el comunismo es incompatible con la fe religiosa». A pesar de la naturaleza filosófica de estos movimientos, disponen de elementos que llevan a algunos autores a considerar el comunismo una religión no secular.

El sociólogo Raymond Aaron defendió la naturaleza religiosa del marxismo, como recuerda Gordon (2011) al identificar la religión con las promesas de perfección absoluta y los deseos basados en ideas poco realistas, sobre los que se asienta el carácter utópico del comunismo (pp.141-142) llegando a describir el marxismo como una fe (p. 149). Khazanov (2008, p. 121) expresa que a pesar del rechazo del marxismo hacia lo sobrenatural y lo trascendental, este cuenta con características religiosas, como «la salvación» y «la percepción teleológica del proceso histórico impulsado por fuerzas externas al hombre».

Althusser (1988, p. 43) exponía que los orígenes de la filosofía se encontraban en la religión, con nociones similares –aunque distintas en la forma de dar respuesta– respecto del «origen, fin o destino del hombre, de la historia y del mundo». Teniendo en cuenta esta evolución histórica, puede llegar a entenderse la similitud del comunismo con un movimiento religioso. Para Kula (2005) el comunismo es equivalente a una religión en tanto que difunde la predestinación humana para lograr

«el paraíso socialista» y la visión cíclica del tiempo, en tanto se logra esta meta, «un purgatorio» que deben sufrir las generaciones presentes por el bien futuro (p. 372) siendo su conocimiento transmitido por iniciados, y que al igual que en la religión católica, existe autoridad acerca de «cuál es la fe verdadera» (p. 373).

Si tomamos el comunismo como una religión sin Dios, comprenderemos que no es extraño ver cómo se habla en esta doctrina política sobre el concepto de guerra justa en sus principales autores, como continuadores de una larga tradición doctrinal, pero adaptada a las necesidades de su corriente de pensamiento, sin abandonar un sentido ético. Desde el plano comunista, Marx (2010, p. 61) defendía que la única guerra justificada de la historia es toda aquella mantenida por los esclavizados contra los esclavizadores. Lenin (1978, p. 17) consideraba la guerra como «una cosa extraordinariamente heterogénea, diversa y compleja» cuya legitimidad se encontraba cuando una nación oprimida combatía a una nación opresora.

La noción política clásica de la guerra se la debemos a Clausewitz, quien de acuerdo con De Martens (1894, p. 169) defendía que “la guerra no es más que la continuación de las relaciones políticas existentes entre los Estados”. Continuando con esta afirmación, Baños (2018, p. 36) recoge la reflexión de Lenin al expresar que «la política es la expresión concentrada de la economía», y conjugándola con la idea de Clausewitz de que «la guerra es la continuación de la política por otros medios”, puede llegarse a la conclusión de que “la guerra también es una continuación de la economía».

Lenin (1978, p. 23) entendió la guerra en un sentido crítico ante los movimientos pacifistas, al comprender la lid íntimamente ligada al capitalismo y como continuación de las políticas de los tiempos de paz, al expresar que economía y política constituyen una unidad indivisible en torno a la creación de contiendas entre Estados. Clausewitz (2014, p. 40) afirmaba que «la guerra no es más que un combate singular ampliado (...) un acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad», siendo idéntica idea la sostenida por Lenin (1978b, p. 512) creyendo que la guerra se da cuando Estados querellantes se encuentran en una igualdad de condiciones que impide someter la voluntad del contrario por la amenaza militar. La legitimidad de la guerra, y su consideración de justicia, va a ser para Lenin cuando se produzca desde una perspectiva proletaria y de lucha por la emancipación, al objeto «de fortalecer y extender el socialismo», único caso en que “esa será una guerra legítima y sagrada” (Shub, 1977, p. 604). Y si bien afirmaba que una revolución proletaria podría poner fin a todas las guerras, sería iluso pensar que, si su triunfo se ceñía a un país, pudiese «poner fin a todas las guerras de una vez para siempre» (Lenin, 1978c, p. 45).

El marxismo-leninismo ha conceptualizado la guerra justa como la liberación de los oprimidos, cuya justificación residiría en eliminar a los explotadores, y obligar a los Estados a abandonar esas prácticas, lo que podría interpretarse a través de sus principales herederos ideológicos: el trotskismo, con el fomento de la revolución mundial o el apoyo a otras revoluciones en Estados extranjeros; y el estalinismo, a través de la lucha y consolidación de un proyecto socialista nacional.

Trotsky (2015, p. 140) se oponía a las luchas nacionalistas, expresando su oposición a la declaración de la Primera Guerra Mundial, pues pensaba que al intervenir el proletariado en esta –identificada como «enemigo mortal de sus verdaderos intereses» – si bien mostraba la fortaleza del trabajador, al ser «capaz de desplegar tanta abnegación y sacrificio en una guerra que considera justa», sólo lograba que la clase dominante consolidase más su poder. Estos motivos llevaron a Trotsky a plantear la guerra civil como medio para lograr que el proletariado se hiciera

con el poder, aprovechando las situaciones de antagonismo, y desde la creación de un Estado propio, comenzar una revolución mundial:

Si nuestra astucia dio resultados cien por ciento, ello se debió a que no era una invención artificiosa de avisadísimos estrategas que querían burlar la guerra civil: esa astucia nacía naturalmente de las condiciones de la reina del régimen oportunista, de sus flagrantes contradicciones. Los soldados no querían marchar al frente. Nosotros le dimos a este estado de ánimo una expresión política, un fin revolucionario y una máscara legal (Trotsky, 1972, p. 72).

Por el contrario, el estalinismo sólo postulaba la construcción de un Estado socialista. Aunque reconocía la proyección internacional del leninismo, negaba que para su triunfo fuese necesaria una revolución mundial, criticando la teoría de los socialdemócratas, quienes veían «como una utopía la toma del poder por el proletariado en un solo país, si no va acompañada al mismo tiempo de la revolución victoriosa en otros países» (Stalin, 1953, p. 23), auto referenciándose sobre cómo en su escrito sobre *Los fundamentos del leninismo* había ofrecido una visión acertada al respecto:

Además, antes se creía imposible la victoria de la revolución en un solo país, suponiendo que, para alcanzar la victoria sobre la burguesía, era necesaria la acción conjunta de los proletarios de todos los países adelantados o, por lo menos, de la mayoría de ellos. Ahora, este punto de vista ya no corresponde a la realidad. Ahora hay que partir de la posibilidad de este triunfo, pues el desarrollo desigual y a saltos de los distintos países capitalistas en el imperialismo, el desarrollo, en el seno del imperialismo, de contradicciones catastróficas que llevan a guerras inevitables, el incremento del movimiento revolucionario en todos los países del mundo; todo ello no sólo conduce a la posibilidad, sino también a la necesidad del triunfo del proletariado en uno u otro país (Stalin, 1926, p. 23).

El estalinismo, dominante tras la muerte de Lenin en 1924, se cimenta sobre la construcción del socialismo en un solo país, a diferencia del trotskismo, que aboga por la revolución mundial. Sirva de ejemplo del estalinismo las palabras del general soviético Gueorgui Konstantínovich Zhúkov, al describir lo que supuso la segunda guerra mundial desde la perspectiva nacional de la Unión Soviética:

La Gran Guerra Patria fue una magna confrontación militar entre el socialismo y el fascismo, una batalla de todo el pueblo contra el avieso enemigo de clase, atentador a lo más entrañable para los soviéticos: los logros de la Gran Revolución Socialista de Octubre y el poder soviético. El Partido Comunista alzó a todo nuestro país, a nuestro multinacional pueblo al decisivo afrontamiento armado contra el fascismo (Zhukov, 1971, p. 531).

Va a ser el modelo de construcción del socialismo desde una visión nacionalista la que arraiga en China a partir del pensamiento desarrollado por Mao Tse-Tung, al igual que ocurriese previamente con Stalin, quien tras su muerte, con el comienzo de la desestalinización impulsada por Nikita Khrushchov en 1956, llevaría a la ruptura de las relaciones políticas entre ambos países, con críticas del dirigente chino hacia su homólogo soviético, por discrepancias respecto de la aplicación del marxismo-leninismo:

Al repetir sus violentos ataques contra Stalin, los líderes del PCUS tenían como objetivo borrar la influencia indeleble de este gran revolucionario proletario entre el pueblo de la Unión Soviética y en todo el mundo, y allanar el camino para negar el marxismo-leninismo, que Stalin había tenido defendido y desarrollado, y para la aplicación total de una línea revisionista (Tse-Tung, 1963).

#### 4. La guerra justa con características chinas

Mao Tse-Tung (1977) mantuvo la misma distinción que sus predecesores ideológicos, al concebir como justa toda guerra de carácter revolucionario. Así puede leerse en su homónimo *Libro rojo*: «Todas las guerras progresistas son justas, y todas las que impiden el progreso son injustas» (p. 45) por lo que, para el autor, dentro de su pensamiento de lucha entre antagonismos debía oponerse «la guerra a la guerra, oponer la guerra justa a la guerra injusta, siempre que ello sea posible» (p. 48).

Desde el final de la lucha contra la ocupación japonesa en la Segunda Guerra Mundial y el final de la guerra civil, China ha hecho uso de la fuerza en la guerra de Corea, en la guerra contra India de 1962, durante los incidentes del río Usuri de 1969 (el conocido como enfrentamiento sino-soviético), o la guerra contra Vietnam en 1979. Todos estos supuestos son considerados por Ríos (2010, p. 240) como una respuesta ante aquellas situaciones en que China se ha mostrado incapaz de convencer o atraer a su causa a otros Estados.

La participación china en Corea se puede interpretar, en el contexto de la época, como una intervención motivada por el miedo a la expansión del imperialismo estadounidense en las regiones colindantes, donde si bien la ideología representó un importante rol, no fue la única cuestión que propició el apoyo sínico, estando fundamentado adicionalmente en su seguridad territorial ante la previsión de un enfrentamiento inevitable con EEUU (Yufan & Zhihai, 1990, p. 115). Como concreta Kim (2016, p. 1026) a pesar de que Mao promovió la revolución en Asia, siempre que el interés nacional entró en conflicto con la ideología, prevaleció el primero.

Esta dicotomía es observable analizando el supuesto de la invasión de Tíbet en octubre de 1950 –denominada por China como «Liberación pacífica de Tíbet» – a fin de integrar esta región en su sistema comunista, mediante la destrucción de la teocracia budista gobernante –centralizada en la figura del Dalai Lama– a través de la pérdida de liderazgo del clero y la nobleza, combatiendo los grupos contrarrevolucionarios, y fomentando los matrimonios entre chinos y tibetanos (Niemi, 1958, pp. 105-106) a fin de lograr una homogeneidad nacional, que impidiese el surgimiento de elementos disruptivos, en tanto que la población «no quería ser liberada, por no sentirse oprimida», a pesar de la retórica mantenida por China, quien sostenía que las fuerzas imperialistas de Estados Unidos y Reino Unido, en complicidad con el gobierno indio, estaban suministrando armas en Tíbet, para futuros ataques a China (Levi, 1954, p. 1).

La retórica comunista en torno a la justificación de la agresión va a ser en relación a la defensa revolucionaria y antiimperialista –aunque en ella puedan albergarse intereses geoestratégicos–. La invasión de Tíbet en 1950 y la eliminación de los grupos rebeldes en 1959 respondió a la necesidad de garantizar el dominio chino en la región, que se deterioró con el asentamiento del Dalai Lama en la India – a pesar de que este país había reconocido la invasión en 1954– (Devereux, 2009, p. 72) comenzando disputas entre ambos, que desembocaron en la guerra sino-india de 1962.

Mao empleó los dos conceptos con que se designa la guerra justa en China, el clásico *yizhan*, utilizado por Sun Tzu, y el contemporáneo *zhengyi zhanz*, sin que haya distinción alguna entre ambos términos, más allá de la antigüedad del primero, usado en la obra de *Los siete clásicos militares* (Lo, 2012, p. 413). En este ámbito, debemos destacar el concepto chino de *tianxia* –literalmente “todos bajo el mismo cielo”– (Mierzejewski, 2012, p. 67) bajo el cual se han amparado las acciones punitivas contra Estados vasallos, donde en la medida en que no se interfiera en la



política nacional de estos, sería considerada una guerra justa, como ocurrió con la guerra sino-vietnamita de 1979 ante su alianza con la URSS y la invasión de Camboya –aliada de China– (Noesselt, 2016, p. 181).

Igual argumentación sería la sostenida en el conflicto sino-soviético de 1969, que enfrentó a los principales Estados del denominado bloque comunista durante la guerra fría. La desestalinización provocó el rechazo frontal de Mao hacia sus homólogos soviéticos a quienes denominó despectivamente como «Una dictadura burguesa, una dictadura de la gran burguesía, una dictadura fascista alemana, una dictadura hitleriana. Son una panda de bribones peores que De Gaulle» (Tse-Tung, 1964). Fue en este escenario en el que Mao comenzó un conflicto fronterizo con la URSS, el 2 de marzo de 1969, por el control de las islas Zhembao, en el río Ushuri, que delimitaba la frontera entre ambos países, área de tensión desde comienzos de 1960 (Denney Jr., 1969, p. 1) ante la disconformidad por la posesión soviética de dichas islas, argumentando que el Tratado de Pekín de 1860, firmado entre la dinastía Qing y los zares, era «un tratado impuesto a los chinos por los imperialistas» (Denney Jr., 1969, p. 3) existiendo desacuerdo en cuanto a la demarcación territorial entre los dos gobiernos.

Esta situación de ruptura puso en tela de juicio la supuesta solidaridad socialista internacional, habiéndose interpretado desde políticas realistas, como expresa Farley (2017) donde ante situaciones conflictivas, la afinidad ideológica no es superior a los intereses geoestratégicos, postura que se confirma en Kissinger (2016, p. 228) al describir la política aperturista de China con los Estados Unidos, en lo que califica un “jaque mate” por Mao a la Unión Soviética.

El sucesor de Mao, Deng Xiaoping, el padre de la modernización, el aperturismo económico y el denominado socialismo con características chinas, llevó a cabo una política de distanciamiento con el gobierno de su antecesor, pero no de olvido. China nunca ha vivido un proceso similar a lo ocurrido tras la muerte de Stalin en la Unión Soviética, con el informe secreto de Nikita Khrushchov en el XX Congreso del Partido, el 25 de febrero de 1956. Ello explica por qué los ideales de Mao han sobrevivido entre los dirigentes del Partido comunista chino –PCCh– hasta la actualidad.

Xiaoping (1984, p. 85) requería de los cuadros militares, junto con el conocimiento moderno de los modos de hacer la guerra, que tuviesen a su vez «una ideología sana». Esta alusión ideológica de los militares es de plena adhesión al pensamiento marxista-leninista propugnado por el PCCh, dando muestra de la importancia que ocupaba en las fuerzas armadas el dogma comunista. La idea de guerra en Deng Xiaoping se aprecia desde el pragmatismo político que caracterizó al dirigente chino. En la década de 1970, concebía la lucha como la necesidad de estar preparados para cualquier contienda contra los hegemónicos –estadounidenses– a quienes atribuía la capacidad para “crear un pequeño incidente tomándolo como pretexto para encender la mecha de una guerra” (Xiaoping, 1984, p. 102).

Xiaoping siempre mantuvo la idea de que la contienda contra los estadounidenses llegaría a materializarse en el futuro, y no serían ellos quienes propiciasen las condiciones para el inicio de las hostilidades. Su predecesor, Mao Tse-Tung, se había mantenido indiferente ante la cuestión creyendo que la demografía china era motivo suficiente para garantizar la supervivencia ante cualquier ataque, aunque sin olvidar la inferioridad armamentística en que se encontraban frente a los estadounidenses. Pese a ser consciente de las circunstancias, Mao sostenía el siguiente argumento:

Primero, no queremos la guerra y, segundo, si alguien nos invade, le daremos un resuelto contragolpe (...) mientras no desaten la guerra, podrán prolongar un poco su existencia en este planeta. Cuanto más temprano la desaten, más pronto serán barridos de la faz de la tierra (Tse-Tung, 2013, pp. 152-153).

Mao mantuvo una postura defensiva respecto a la previsible guerra contra los estadounidenses, descritos como «un tigre de papel» que habría de ir minando progresivamente: «Siempre que procedamos paso a paso y de modo concienzudo, conseguiremos finalmente el éxito» (Tse-Tung, 2013, p. 158). En igual sentido, Xiaoping (1984) sostuvo un pensamiento dirigido a la preparación del país, continuando la creencia de que tarde o temprano China se vería forzada a enfrentarse militarmente a Estados Unidos: «Si bien se puede aplazar el estallido de una guerra de grandes dimensiones, es difícil prever con toda certeza lo que puede pasar por casualidad y a escala local» (Xiaoping, 1984, p. 102).

Deng Xiaoping temía la capacidad de reacción y resiliencia del país para afrontar los incidentes que los pudiesen llevar a una guerra mundial, o a un conflicto interno, motivo entendible de acuerdo con la complejidad social del país, multiétnico a pesar de la aparente unidad exterior, y multirregional, como puede comprobarse atendiendo a las diferencias existentes entre las zonas interiores y las zonas económicas especiales –como Hong Kong o Macao– o el irresoluto conflicto con Taiwán. Además, era consciente del considerable desarrollo tecnológico-militar con que contaba occidente frente a China. Si bien el país estaba dotado del arma nuclear, su capacidad real –tanto militar como económica– era muy inferior a la del resto de occidente, motivos que le llevaban a exhortar la preparación interna, y desarrollar la capacidad económica de la nación, sin olvidar el previsible enfrentamiento final.

Un tiempo relativamente largo de paz será favorable para la modernización de nuestro ejército, la elevación de su capacidad combativa y sus preparativos para enfrentar la guerra. Aquí quiero señalar que, aun en el supuesto de que logremos diez o veinte años de paz para modernizar los equipos bélicos de nuestro ejército, las armas de que dispondremos entonces serán aún inferiores a las del enemigo, porque éste no permanecerá dormido mientras nosotros progreseemos. Entonces, aun con equipos inferiores tendremos que vencer en la guerra a un enemigo mejor pertrechado; esta situación fundamental no podrá cambiar por completo. Nuestras experiencias del pasado demuestran que, aun contando con equipos inferiores, podemos vencer a un enemigo superior, porque nuestra guerra es una guerra justa, una guerra popular (Xiaoping, 1984, pp. 102-103).

Con el relevo de Deng Xiaoping, los diferentes dirigentes chinos que se han ido sucediendo en el cargo se han centrado en el desarrollo económico de China. Tanto las formulaciones teóricas de Jiang Zemin, con la «triple representatividad», como «la concepción científica del desarrollo» planteada por Hu Jintao, se han limitado a la expansión comercial y el crecimiento económico, sin hacer alusión al conflicto bélico. Como expresaba el propio Jiang Zemin, «nadie en China ni en ningún otro país desea ver ninguna nueva guerra caliente o guerra fría» (Zemin, 2002, p. 216). El conflicto no le interesa a China, opinión ya manifestada por el propio Deng Xiaoping, sobre lo beneficioso que sería la paz para el país, constituyendo una línea de pensamiento continuada por los dirigentes del PCCh hasta la actualidad.

El preámbulo de la Constitución de la República Popular China, de 1982, reformada por última vez en 2018, expresa cómo China se encuentra bajo el liderazgo del PCCh, con la guía del marxismo-leninismo y el pensamiento desarrollado por todos sus dirigentes desde Mao; siendo el elemento más importante la reforma del artículo 1 cuya nueva redacción ha establecido “el liderazgo del Partido Comunista de China”. Si bien Xi Jinping defendió sus ideas durante su etapa de vicepresidente, al

sostener que «China no exporta revolución» (Moore, 2009) durante su mandato se ha mostrado como un tradicionalista, al reforzar el papel de liderazgo del PCCh y abogar por el retorno al estudio marxista-leninista (Stephan & Muscat, 2018). El PCCh es el elemento que lidera todo, incluidas las fuerzas armadas. Así se expresaba Xi Jinping el 11 de marzo de 2013, en el XII Congreso Nacional Popular:

Debemos centrarnos en la tarea clave de construir unas fuerzas militares fuertes que puedan luchar para ganar, asegurándonos que los soldados sean capaces de luchar, los oficiales de comandar, y de que las tropas estén bien entrenadas (...) deberíamos promover nuestro desarrollo militar y nuestra preparación para satisfacer las necesidades de la guerra, estar preparados para luchar en todo momento y condición (Jinping, 2014).

La preparación de la sociedad ante un posible conflicto sigue estando presente en el discurso del presidente, comportando una línea continuista –y moderada– del pensamiento de Deng Xiaoping, pero mientras que en el ámbito interno predomina la planificación, en el ámbito internacional solo se busca la paz, como se comprueba en distintos discursos de Xi Jinping. El 28 de enero de 2013 en el XVIII Comité Central del PCCh, dice «la nación china ama la paz. Abolir la guerra y alcanzar la paz ha sido la aspiración más apremiante y profunda del pueblo chino desde la llegada de los tiempos modernos»; el 1 de abril de 2014, en Brujas –Bélgica– en el College of Europe, «todos necesitamos paz, multilateralismo y diálogo, en lugar de guerra, unilateralismo y confrontación (...) China está lista para trabajar con la Unión Europea para dejar que la luz del sol de la paz aleje la sombra de la guerra»; o en la 5ª reunión de los líderes del BRIC, celebrada en Durban –Sudáfrica– el 27 de marzo de 2013, «lo que necesitamos es paz y cooperación, no guerra y confrontación» (Jinping, 2014).

La política tendente a optar prioritariamente por la negociación es visible en las relaciones existentes entre la República Popular China y la República de Taiwán. En opinión de Lango (2014, p. 139) pese a tener por finalidad conseguir la unificación de la isla de Formosa con su homólogo continental, China está limitada por el principio del último recurso, interrelacionado al concepto de guerra justa. Este consiste en la obligación moral de desplegar todos los medios no militares razonables, para lograr un objetivo, antes de recurrir a la fuerza armada; por lo que China está constreñida a la negociación en tanto carezca de justificación para declarar una guerra. Huntington (2015, p. 262) citaba un informe de las fuerzas armadas chinas, en el que aludiendo a un posible enfrentamiento con Taiwán se reflexionaba acerca de cómo «debe haber límites para las peleas entre los miembros de una misma familia».

Bajo esta premisa, el componente identitario de la nación china es un elemento a considerar en el estudio de su dialéctica del conflicto, influida desde sus orígenes por las nociones estalinistas del socialismo en un solo país, manteniéndose vigente el sostén ideológico marxista-leninista en la prédica de sus dirigentes. Por esta razón, se pueden concebir distintos escenarios en que se emplee esta narrativa para usar la fuerza.

Por una parte, ante una posible desavenencia interna, aludiendo a la supresión de elementos contrarrevolucionarios –como se vio en Tíbet– en pos de lograr la homogeneidad de la nación y de su pensamiento. Fundamento de esta reflexión se encuentra en los campos de reeducación que el país está empleando contra los musulmanes de la etnia uigur en la provincia de Xinjiang, en los que podrían estar internadas alrededor de 2 millones de personas (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2018) y en la detención y secuestro de universitarios auto declarados marxistas, que han participado en huelgas contra el gobierno, desde

posiciones no sostenidas por el PCCH, quien abandonó oficialmente la idea de la lucha de clases en 1978 (Yang, 2019).

Por otra, ante algunos de los Estados de la región con los que mantiene disputas por la explotación de las zonas marítimas –como Vietnam o Filipinas– no puede descartarse el empleo del *tianxia*, acorde a la posición de potencia regional/mundial que ostenta China; como tampoco es posible desechar la idea de que cualquier intento de contención por los Estados Unidos en el Pacífico, así como de apoyo a los Estados fronterizos, llevaría al país a propugnar cualquier uso efectivo de la fuerza, como una defensa contra las agresiones imperialistas, en un ejercicio de su peculiar visión de la guerra justa.

Es lo ocurrido, a menor escala, con las protestas de Hong Kong en 2019, que fueron interpretadas desde posiciones favorables a la República Popular China, como una agresión imperialista estadounidense, según anunciaba Morley (2019), al aludir el empleo de banderas occidentales entre los manifestantes y pancartas solicitando la intervención humanitaria del presidente Donald Trump, y de acuerdo con Flounders (2019) por la amplia difusión que estaban dando los medios occidentales, ofreciendo una imagen emancipatoria, cuando se trataba de un acto de secesión que atentaba contra la soberanía de la nación.

## 5. A modo de conclusión

El comunismo no está acabado, como tampoco lo está su noción de la guerra justa. La evolución experimentada por el concepto a través de los siglos no ha sido abandonada ante la necesidad de justificar los estragos provocados por las guerras. Si bien la religión ha sido la fuente ética que ha permitido el refinamiento de este instrumento internacional, posteriormente, diferenciado por matices, desde la perspectiva política el marxismo desarrolló su propia visión, respecto de cuáles son los condicionantes bajo los que puede hablarse de guerra justa.

Existen unos lineamientos que han sido adaptados y reformulados desde la óptica china, y a pesar de no haberse propiciado las circunstancias para alegar su uso expreso, podría considerarse la existencia de una noción de guerra justa exclusivamente china, que se entendería como la legítima protección de su revolución –o sus intereses– por si se llega a un conflicto –considerado inevitable– contra el imperialismo capitalista/occidental, ante el cual conscientemente se están preparando. Por ello, con independencia del fundamento material que puede subyacer en todo conflicto, existen elementos suficientes para considerar una noción de guerra justa derivada del pensamiento marxista-leninista, que ha sido interpretada por el PCCh a través de las doctrinas de sus dirigentes, desde Mao Tse-Tung hasta Xi Jinping.

## Bibliografía

- Allitt, P. (2003). *Religion in America since 1945: a History*. New York, USA: Columbia University Press.
- Althusser, L. (1988). *Filosofía y Marxismo*. Ciudad de México: Siglo veintiuno editores.
- Arbeláez Herrera, A. (2012). La noción de la guerra justa. Algunos planteamientos actuales. *Analecta Política* (1, 2), pp. 273-290.
- Aznar Fernández-Montesinos, F. (2011a). *Entender la guerra en el siglo XXI*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid (UCM).

- Aznar Fernández-Montesinos, F. (2011b). *La ecuación de la guerra*. Madrid, Editorial Montesinos.
- Baños, P. (2018). *Así se domina el mundo: desvelando las claves del poder mundial*. Ciudad de México: Ediciones Culturales Paidós.
- Bello, A. (1946). *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Atalaya.
- Berber, F. (1936). *Locarno: a Collection of Documents*. United Kingdom: William Hodge & Company Ltd.
- Block, T. (2012). *A fatal Addiction: War in the Name of God*. New York: Algora Publishing.
- Bluntschli, M. (1871). *Derecho Internacional*. Ciudad de México: Imprenta dirigida por José Batiza.
- Bobbio, N. (1998). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. (J. Binaghi, Trad.) Barcelona: Ediciones Altaya.
- Bouthoul, G. (1984). *Tratado de Polemología*. Madrid: Ediciones Ejército.
- Buharin, N., & Preobrazhensky, E. (1922). *The ABC of Communism*. London: The Communist Party of Great Britain.
- Cardini, F. (1996). The Warriors and the Knight. En J. Le Goff, *Medieval Callings* (pp.75-112). Chicago: The University of Chicago Press.
- Cervantes, M. (2004). *Don Quijote de la Mancha*. Madrid: Santillana Ediciones Generales.
- Clausewitz, C. (2014). *De la guerra*. Madrid: La Esfera de los Libros, S.L.
- Cleary, T. (2008). *El alma del samurái - Una traducción contemporánea de tres clásicos del Zen y el Bushido a cargo de Thomas Cleary*. Barcelona: Kairós.
- Cruchaga Tocornal, M. (1944). *Derecho Internacional*. Santiago de Chile: Nascimento.
- De Aquino, T. (1990). *Suma de Teología III* (Vols. Parte II-II (a)). Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.
- De Martens, F. (1894). *Tratado de Derecho Internacional*. Madrid: La España Moderna.
- De Vitoria, F. (2007). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos.
- Deegalle, M. (2017). Warfare (Buddhism). En K. T. Sarao, J. D. Long, K. T. Sarao, & J. D. Long (Edits.), *Buddhism and Jainism* (pp.1355-1381). GX Dordrecht, The Netherlands: Springer Netherlands. doi:10.1007/978-94-024-0852-2
- Demiéville, P. (2010). *Buddhism and War*. En M. Jerryson, & M. Juergensmeyer, *Buddhist Warfare* (págs. 17-58). Oxford: Oxford University Press.
- Denney Jr., G. (4 de marzo de 1969). *USSR/China: Soviet and Chinese Forces Clash on the Ussuri River*. *The National Security Archive*. Recuperado de <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB49/sino.sov.1.pdf>
- Devereux, D. (2009). The Sino-Indian War of 1962 in Anglo-American Relations. *Journal of Contemporary History*, 44 (1), pp. 71-87.
- Farley, R. (6 de marzo de 2017). Was the Sino-Soviet Split Borne of Ideology or Geostrategic Consideration? *The Diplomat*. Recuperado de <https://thediplomat.com/2017/03/was-the-sino-soviet-split-borne-of-ideology-or-geostrategic-consideration/>
- Fenwick, C. (1963). *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Flounders, S. (16 de agosto de 2019). *Follow the Money Behind Hong Kong protests*. *Mundo Obrero*. Recuperado de <https://www.workers.org/2019/08/43303/>
- Fraga Iribarne, M. (1947). *Luis de Molina y el Derecho de la Guerra*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Frydenlund, I. (2013). Canonical Ambiguity and Differential Practices: Buddhism and Militarism in Contemporary Sri Lanka. En V. Tikhonov, & T. Brekke, *Buddhism and violence: Militarism and Buddhism in Modern Asia* (pp. 95-119). New York: Routledge.
- Fuller, J. (1923). *The Reformation of War*. London: Hutchinson & Co.



- Gordon, D. (2011). In Search of Limits: Raymond Aron on 'Secular Religion' and Communism. *Journal of Classical Sociology*, pp.139-154.
- Halajczuk, B., & Del R. Moya Domínguez, M. (1999). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Henri-Lévy, B. (1978). *La barbarie con rostro humano*. Barcelona: Monte Ávila Editores.
- Huntington, S. (2015). *El choque de civilizaciones*. Ciudad de México: Ediciones Culturales Paidós.
- Jaramillo Marín, J., & Echeverry Enciso, Y. (2005). Las teorías de la guerra justa, Implicaciones y limitaciones. *Revista científica Guillermo de Ockham*, pp. 9-29.
- Jinping, X. (2014). *The Governance of China*. Beijing: Foreign Languages Press.
- Juan de Mariana. (1845). *Del Rey y de la Institución de la dignidad real*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- Khazanov, A. (2008). Marxism–Leninism as a Secular. En R. Griffin, R. Mallett, & J. Tortoise, *The Sacred in Twentieth-Century Politics* (pp. 119-142). London: Palgrave Macmillan, London.
- Kim, D. (2016). China's Intervention in the Korean War Revisited. *Diplomatic History*, 40(5), pp. 1002-1026.
- Kissinger, H. (2016). *Orden Mundial*. Ciudad de México: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Kula, M. (2005). Communism as Religion. *Totalitarian Movements and Political Religions*, pp. 371-381.
- Lango, J. (2014). *The Ethics of Armed Conflict*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Lenin, V. (1978). *Obras completas. Tomo XL*. Madrid: Ediciones de Cultura Popular.
- Lenin, V. (1978b). *Obras completas. Tomo XLII*. México, D.F.: Ediciones de Cultura Popular S.A.
- Lenin, V. (1978c). *Obras completas. Tomo XXXVI*. Madrid: Ediciones de Cultura Popular.
- Levi, W. (1954). Tibet under Chinese Communist Rule. *Far Eastern Survey*, 1-9.
- Lo, P.-C. (2012). The Art of War Corpus and Chinese Just War Ethics Past and Present. *The Journal of Religious Ethics*, pp. 404-446.
- MacIntyre, A. (2015). Military Ethics: A Discipline in Crisis. En A. MacIntyre, *Routledge Handbook of Military Ethics* (pp. 3-14). London: Routledge.
- Mahan, A. (1907). *Some Neglected Aspects of War*. London: Sampson Lw, Marston & Company.
- Marx, K. (2010). Manifiesto del Consejo General de la Asociación Internacional de los Trabajadores sobre la guerra civil en Francia en 1871. En v. autores, *La comuna de París* (pp. 5-71). Ciudad de México: Ediciones Akal.
- Mierzejewski, D. (2012). The Quandary of China's Soft-Power Rhetoric: The "Peaceful-Rise" Concept and Internal Debate. En H. Lai, & Y. Lu, *China's Soft Power and International Relations* (pp. 64-82). New York: Routledge.
- Mo Ti. (1987). *Política del amor universal*. (C. Elorduy, Trad.) Madrid: Editorial Tecnos.
- Moore, M. (16 de febrero de 2009). *China's 'Next Leader' in Hardline Rant*. *The Telegraph*. Recuperado de <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/4637039/Chinas-next-leader-in-hardline-rant.html>
- Morley, D. (12 de septiembre de 2019). *The USA is No Friend of Hong Kong*. In *Defence of Marxism*. Recuperado de <https://www.marxist.com/the-usa-is-no-friend-of-hong-kong.htm>
- Mozi. (2012). *Contra el arte de la guerra*. Barcelona: Proteus.
- Niemi, M. (1958). Recent Trends in Chinese Communist Control of Tibet. *Far Eastern Survey*, pp. 104-107.

- Noesselt, N. (2016). China and Socialist Countries: Role Change and Role Continuity. En S. Harnisch, S. Bersick, & J.-C. Gottwald, *China's International Roles* (pp.171-187). New York: Taylor & Francis.
- Pániker, A. (2007). *Los sikhs: historia, identidad y religión*. Barcelona: Kairós.
- Raker, J., & Shankar Shukla, R. (2002). *English-Hindi, Hindi-English, Standard Dictionary*. New York: Hippocrene Books.
- Rengel, C. (10 de julio de 2017). *¿Quiénes son los rohingyas y por qué los persiguen?* *Huffington Post*. Recuperado de: [https://www.huffingtonpost.es/2017/09/08/quienes-son-los-rohingyas-y-por-que-los-persiguen\\_a\\_23201473/](https://www.huffingtonpost.es/2017/09/08/quienes-son-los-rohingyas-y-por-que-los-persiguen_a_23201473/)
- Reuter, P. (1987). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch.
- Ríos, X. (2010). *China en 88 preguntas*. Madrid: Los libros de la catarata.
- Rodríguez Gómez, E. (2014). Guerra justa. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* (nº6), pp. 224-237.
- Rodríguez, J. (11 de diciembre de 2011). La última brigadista. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/diario/2011/12/11/eps/1323588417\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2011/12/11/eps/1323588417_850215.html)
- Roy, K. (2009). Norms of War in Hinduism. En V. Popovski, G. Reichberg, & N. Turner, *World Religions and Norms of War* (pp. 30-59). Tokyo: United Nations University.
- Seara Vázquez, M. (1971). *Derecho Internacional Público*. Ciudad de México: Porrúa.
- Sharma, R. (1971). *A Socio-Political Study of the Valmiki Ramayana*. Delhi: Motilal Banarsidass.
- Shub, D. (1977). *Lenin (2): 1917/1924*. Madrid: Alianza.
- Stalin, I. (1953). Cuestiones del leninismo. En I. V. Stalin, *Obras, tomo VIII* (pp.7-33). Moscú: Lenguas Extranjera. Recuperado de: <https://www.marxists.org/espanol/stalin/obras/oe15/Stalin%20-%20Obras%2008-15.pdf>
- Stephan, M., & Muscat, S. (7 de marzo de 2018). *In Xi's China, the Party Morphs into the State*. *Merics, Mercator Institute for China Studies*. Recuperado de: <https://www.merics.org/en/blog/xis-china-party-morphs-state>
- Trotsky, L. (1972). Lecciones de Octubre. En G. Procacci, *La revolución permanente* (pp. 27-89). Córdoba: Ediciones Pasado y Presente.
- Trotsky, L. (2015). *La guerra y la internacional*. Madrid: Fundación Federico Engels.
- Truyol y Serra, A. (1970). *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Tse- Tung, M. (1977). *Citas del presidente Mao Tse Tung*. Pekín: Ediciones en lenguas extranjeras.
- Tse-Tung, M. (13 de septiembre de 1963). *On The Question Of Stalin*. Obtenido de Marxist.org: <https://www.marxists.org/subject/china/documents/polemic/qstalin.htm>
- Tse-Tung, M. (11 de mayo de 1964). Some Interjections At A Briefing. The State Planning Commission Leading Group. *Marxist. org*. Recuperado de: [https://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-9/mswv9\\_18.htm](https://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-9/mswv9_18.htm)
- Tse-Tung, M. (2013). *Sobre la práctica y la contradicción*. Madrid: Ediciones Akal, S.A.
- United Nations Human Rights. (6 de marzo de 2018). Myanmar: Senior UN Human Rights Official Decries Continued Ethnic Cleansing in Rakhine State. *United Nations Human Rights*. Recuperado de: <https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22761&LangID=E>
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (13 de agosto de 2018). *Committee on the Elimination of Racial Discrimination reviews the report of China*. *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23452&LangID=E>

- Universidad de Granada. (2004). *Enciclopedia de paz y conflictos*. Granada: Universidad de Granada.
- Wagenaar, H., Parikh, S., Plukker, D., & Veldhuyen van Zanten, R. (2008). *Allied Chambers Transliterated Hindi - Hindi- English Dictionary*. New Delhi: Allied Publishers.
- Walzer, M. (2001). *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Paidós.
- Xiaoping, D. (1984). *Textos escogidos de Deng Xiaoping (1975-1982)*. Beijing: Ediciones en lenguas extranjeras.
- Yang, Y. (14 de febrero de 2019). Inside China's Crackdown on Young Marxists. *Financial Times*. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/fd087484-2f23-11e9-8744-e7016697f225>
- Yufan, H., & Zhihai, Z. (1990). China's Decision to Enter the Korean War: History Revisited. *The China Quarterly* (121), pp. 94-115.
- Zemin, J. (2002). *On the "Three Represents"*. Beijing: Foreign Languages Press.
- Zhukov, G. (1971). *Memorias y meditaciones. Tomo II*. La Habana: Instituto Cubano del Libro.

# A propósito de la oposición formal/material: cuatro aproximaciones interdisciplinarias sobre un mismo tema

## On the formal/substantive opposition: four interdisciplinary approaches on the same subject

Oliver Roales Buján  
 Universidad de Málaga  
 ORCID ID 0000-0002-2039-185X  
[roales@uma.es](mailto:roales@uma.es)

### Cita recomendada:

ROALES BUJÁN, O. (2020). A propósito de la oposición formal/material: cuatro aproximaciones interdisciplinarias sobre un mismo tema. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 83-103.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5265>

Recibido / received: 23/03/2019  
 Aceptado / accepted: 29/01/2020

### Resumen

El pensamiento científico moderno que pretende obtener certezas mediante la búsqueda de afirmaciones indiscutibles sobre hechos irrefutables derivados de la protocolización y estandarización de procedimientos que nos alejen del debate sobre los valores e intereses particulares, ha olvidado que la formalización que requiere el diseño de todo procedimiento aplicable a casos concretos supone siempre la incorporación de finalidades relativas a valores e intereses. Este olvido, propio del pensamiento moderno, se ha visto acompañado de otra actitud: la hiperespecialización de las disciplinas, de manera que sus consecuencias y los debates sobre las mismas en una especie de constante reinención de la rueda se han reproducido estérilmente. Mediante un estudio interdisciplinar que pone de manifiesto las líneas comunes en debates paradigmáticos en los campos del *derecho*, *la retórica*, *la lingüística*, *la ciencia cognitiva* y *la inteligencia artificial simbólica*, así como *la teoría política*, pretendemos poner de manifiesto la incapacidad de las teorías procesualistas de satisfacer esa aspiración de certeza y neutralidad absoluta propia de las sociedades postmetafísicas en sentido habermasiano.

### Palabras clave

Debido proceso, debido proceso sustantivo, inteligencia artificial simbólica, filosofía política, J. Rawls, J. Habermas, C. Mouffe.



**Abstract**

*The modern scientificist thought that seeks to obtain certainty through the search for indisputable statements about irrefutable facts derived from the protocolization and standardization of procedures that take us away from the debate on particular values and interests, has forgotten that the formalization required for the design of any procedure applicable to specific cases always involves the addition of purposes related to values and interests. This oversight, typical of modern thought, has been accompanied by another attitude: the hyperspecialization of the disciplines, so that its consequences and the debates about them in a kind of constant reinvention of the wheel have been reproduced sterilely. Through an interdisciplinary study that highlights the common lines in paradigmatic debates in the fields of law, rhetoric, linguistics, cognitive science and symbolic artificial intelligence, as well as political theory, we intend to emphasize the inability of processual theories to satisfy an aspiration of absolute neutrality typical of postmetaphysical societies in the Habermasian sense.*

**Keywords**

*Due process, substantive due process, symbolic artificial intelligence, political philosophy, J. Rawls, J. Habermas, C. Mouffe.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Aproximación desde el derecho: el debido proceso sustantivo y su supuesto carácter contradictorio. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. El debate doctrinal acerca de la supuesta imposibilidad lógica de lo procedimental-sustantivo. 3. Aproximación desde la filosofía: adjetividad sustantiva. 4. Aproximación desde la Ciencia Cognitiva y la inteligencia artificial simbólica: la inteligencia como un entramado de sistemas de reglas. 5. Aproximación desde la Teoría política. 6. Conclusión. Bibliografía.

**1. Introducción**

Ya lo entendamos como un fenómeno que sólo transcurre en nuestro fuero interno, o lo concibamos como un proceso de descubrimiento colectivo que conlleva la comunicación entre varios individuos –dialógica– o entre individuos y audiencias en diferentes contextos –retórica y política–, lo cierto es que el pensamiento, en cualquiera de sus posibles desenvolvimientos pragmáticos, parece exigirnos establecer en todo caso la más nítida distinción entre hechos y opiniones, entre el ser y el deber ser. Necesitamos conocer los hechos: sólo así, a pasitos cortos pero firmes, podremos trazar una descripción *cierta* de la realidad en todos sus ámbitos. Una descripción que nos permita, de una vez por todas, desterrar la incomunicación como fuente o como coartada de conflictos –como incomunicación real o fingida–. Sin embargo, mal que nos pese, *hechos y opiniones no se dan nunca químicamente puros*<sup>1</sup>, y esa búsqueda de la certeza ha ido acompañada de una excesiva simplificación del problema, estableciéndose una separación artificiosa entre teoría y práctica que deviene a través de múltiples variantes en la hipóstasis del pensamiento racional, lo que conlleva una falaz reificación de lo abstracto y una confusión, en última instancia, de pensamiento y realidad. Un interesante ejemplo de esa reificación –signo de nuestros tiempos– es el olvido generalizado, más o menos consciente, del carácter puramente abstracto del par conceptual *formal/material*.

<sup>1</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.



Mediante este trabajo nos proponemos exponer esta cuestión por cuatro veces, tal y como se ha planteado desde cuatro disciplinas diferentes, cada una de ellas de manera independiente a las otras, aunque llegando a los mismos resultados. Esta aproximación interdisciplinar no solo nos permitirá entender mejor el problema que les es común, sino que servirá para ilustrar un caso paradigmático de falta de comunicación entre disciplinas propio de la hiperespecialización de la era moderna.

## 2. Aproximación desde el derecho: el debido proceso sustantivo y su supuesto carácter contradictorio

### 2.1. Consideraciones previas

Con antecedentes que se remontan al otorgamiento de la Carta Magna Inglesa en 1215, en conjunción al desarrollo de una serie de mecanismos de protección que el *common law* o derecho común anglosajón estableció para los encausados criminalmente, la Constitución estadounidense incorporó a través de la aprobación de su Carta de Derechos en 1791, la llamada garantía constitucional del debido proceso. Recogida en su Quinta Enmienda, esta cláusula dispone que «a nadie [...] se le privará de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal». Históricamente, el significado de esta expresión habría conformado una garantía no meramente procedimental sino sustantiva, derivando una obligatoria sujeción al derecho común en los casos criminales de mayor gravedad, circunstancia que refleja Sir Edward Coke (1642, p. 50) al señalar que las expresiones «*due process of law*» y «*law of the land*» tenían una consideración equivalente, remitiendo ambas en definitiva a todo aquello que es llevado a cabo «por mandato del derecho común»<sup>2</sup>.

Una vez incorporada al constitucionalismo estadounidense, la jurisprudencia de su Corte Suprema fue dotando progresivamente a la expresión de un sentido específico, perfilándose –como veremos– más allá de este particular principio de legalidad para desarrollarse como una cada vez más concreta garantía frente al ejercicio arbitrario del poder. Paralelamente a esta evolución respecto a su contenido, que trascendía su inicial configuración en el derecho anglosajón, se produjo también una ampliación respecto a su ámbito de aplicación en lo que constituyó un lento proceso de *nacionalización* de la carta de derechos a partir de las reformas acometidas tras la guerra civil. Y es que, hasta entonces, al igual que el resto de los derechos y garantías contenidos en el *Bill of Rights* constitucional, el debido proceso se encontraba circunscrito al ámbito federal, es decir, constituía exclusivamente una protección del individuo frente al poder federal, de manera que cualquier salvaguardia de carácter similar ante el ejercicio del poder de los Estados integrados en la Unión quedaba al amparo de lo que se estableciera –o no– en las constituciones estatales. Esto era difícilmente defendible en el contexto político de la posguerra civil, donde buena parte de la opinión pública consideraba que el ejercicio ilimitado e irresponsable del poder estatal había sido causa principal del enfrentamiento. La manera en la que el poder estatal desarrollase su acción afectando a la esfera de autonomía individual no podía seguir considerándose asunto ajeno a la federación pues sus disfunciones podían acarrear consecuencias intolerables desde la perspectiva de la moral pública, pero sobre todo porque –tal y como se había verificado– esas consecuencias se extenderían al ámbito de la economía y el comercio, poniendo en peligro la supervivencia de la federación. Consecuentemente, y en un clima de reforma constitucional de grandísimo calado, la garantía del debido proceso pasó a vincular a todos los Estados de la Unión mediante la aprobación de la Enmienda Decimocuarta. Su ratificación en 1868 incorpora un texto prácticamente idéntico al que de aplicación

<sup>2</sup> Sobre los límites sustantivos derivados de la aplicación de la garantía del debido proceso en la Carta Magna, vid Keynes (1996, pp. 57-59).

federal, pero añadiendo expresa mención al poder estatal: «ningún Estado privará a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal» iniciándose una lenta y laboriosa expansión de los derechos civiles por el territorio estadounidense. Un progresivo avance en el que la garantía del debido proceso tuvo y mantiene un especial protagonismo, de forma que se encuentra directamente vinculada con cada uno de sus hitos históricos. Desde las sentencias en favor de la igualdad racial<sup>3</sup> tras la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de 1964, pasando por el reconocimiento del derecho a la privacidad como límite a la injerencia legislativa en relación a los derechos reproductivos<sup>4</sup>, hasta las recientes decisiones sobre matrimonio igualitario –*same-sex marriage*–<sup>5</sup>, el debido proceso se ha revelado como el más poderoso y versátil argumento contramayoritario a disposición de la Corte Suprema en el ejercicio de su función de control del poder político en defensa de los derechos individuales.

El desarrollo jurisprudencial desde el *debido proceso* hasta el *debido proceso sustantivo*, parte del reconocimiento de que lo que deba ser el debido proceso en cada caso y dónde se fijen, por tanto, los límites a la acción de los poderes públicos respecto a los derechos individuales, es ciertamente una cuestión sustantiva que no puede resolverse mediante una remisión procedimental abierta *ad infinitum*. Y así, el procedimiento que ejecute tales actuaciones de injerencia en la esfera individual no ostentará *per se* el carácter de *debido* por el mero hecho de que se ajuste a un procedimiento legislativo previamente designado a esos efectos –un procedimiento que habría sido aprobado mediante una decisión anterior ajustada a un procedimiento de producción legislativa previamente designado a esos efectos–. La garantía del debido proceso no se corresponde con el principio del imperio de la ley, pues implica respecto al ejercicio de los poderes públicos en su conjunto un control sustancial que carecería de contenido efectivo si no abarcara al poder legislativo<sup>6</sup>.

Esta afirmación, que podría concitar dudas desde la perspectiva del derecho continental, se entiende con más claridad a la vista del desarrollo histórico de la garantía, tal y como la hemos referido. Así, la vinculación del monarca con el debido proceso entendido como *law of the land*, es decir, derivado del mandato del derecho común anglosajón, implicaba esencialmente la mediación de un contrapoder al derivar dicho mandato de un origen distinto al de la propia Corona. De este modo, y esta cuestión es clave, no es que la Corona se encontrara vinculada a sus propios procedimientos, dado que éstos le eran ajenos en tanto en cuanto su establecimiento y modificación no se encontraban a su alcance. Este es el aspecto esencial del debido proceso en su perspectiva histórica: que remite el problema de la fundamentación del poder –que en Europa se iría asentando hasta la caída del Antiguo Régimen en la

<sup>3</sup> Particularmente *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) que en virtud de las cláusulas del debido proceso e igual protección ante la ley invalidaba la ley segregacionista del Estado de Virginia que prohibía (al igual que otros 16 Estados en ese momento) los matrimonios interraciales.

<sup>4</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) que en virtud del derecho a la privacidad protegido por la cláusula del debido proceso, invalidaba la prohibición legislativa estatal contra la prescripción, venta o uso de anticonceptivos, incluso entre parejas casadas; *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972) que establecía por las mismas razones ese mismo derecho para parejas no casadas; y *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) declarando que el derecho a la privacidad comprendía el derecho fundamental de la madre a decidir si quería terminar o no con su embarazo de forma que un Estado no podía interferir en dicha decisión sin mediar un interés legítimo –*compelling interest*– para su regulación.

<sup>5</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013) y *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), ambas basadas en las cláusulas del debido proceso e igual protección ante la ley.

<sup>6</sup> La cuestión se expone por la Corte Suprema estadounidense al señalar en relación al debido proceso que «*it is manifest that it was not left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative as well as on the executive and judicial power of the Government, and cannot be so construed as to leave Congress free to make any process 'due process of law' by its mere will*». *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 272 (1856). Opinion of the Court.

figura del monarca como único punto de partida–, a un punto de fuga de carácter consuetudinario y, por tanto, no-absolutista. Y es precisamente en este sentido *no-absolutista* que debe entenderse la garantía del debido proceso al mediar en los procedimientos democráticos. Es decir, como un instrumento de contrapoder que sustrae de la sede desde la que se origina el poder político el control de la legitimidad de sus procedimientos, algo que en democracia se traduce con carácter necesariamente contramayoritario.

Ahora bien, antes de concretar el principio que fundamenta esta garantía, permítaseme recordar que a la hora de tratar con el pensamiento jurídico del *common law* los juristas de formación continental debemos actuar con prudencia dado que, al igual que ocurre –por ejemplo– con el dominio de una segunda lengua, el derecho comparado requiere volver a pensar conceptos supuestamente conocidos, esta vez desde diferente perspectiva. Tanto los prólogos de los manuales de derecho comparado como los de teoría de la traducción, nos advierten de la necesidad de tener en cuenta que las expresiones conocidas que son resultado del progresivo decantado de una concreta tradición nunca admiten una traducción directa más que aproximada. Son siempre formas *históricamente situadas* de resolver los mismos problemas en diferentes contextos, y por lo tanto, no serán nunca completamente asimilables.

Parece necesaria esta advertencia dada la intrínseca relación que la garantía del debido proceso mantiene con el principio general de la interdicción de la arbitrariedad del poder político, del que dicha garantía es instrumental. Y así, aunque este principio tiene ecos reconocibles en el derecho continental y español, se trata de una aproximación al problema sustancialmente diferente. Como es lógico, y tratándose de un contexto jurídico anglosajón, la interdicción de la arbitrariedad no se formula en el constitucionalismo estadounidense de manera abstracta, sino referida en concreto: primariamente a aquellos casos en los que del ejercicio del poder institucional pueda derivarse un riesgo *sustancial* para la vida, propiedad, o libertad de los individuos. Es importante subrayar ese carácter sustancial, puesto que al no derivarse de una interdicción de carácter general, la formulación de la garantía en términos concretos requiere del operador que efectúe *prima facie* una especie de juicio de relevancia implícito: no cualquier actuación del poder político estará sometida a las exigencias del debido proceso legal, sino primariamente aquellas actuaciones que supongan o puedan acarrear literalmente una privación –es decir, una afectación *sustancial*– de la vida, propiedad o libertad.

Ninguna garantía constitucional tiene valor en sí al margen de lo que constituye su finalidad o fundamenta, de manera que inicialmente cualquier aproximación jurisprudencial a la garantía suele referirse en primer lugar a su principio, al objeto de delimitar preliminarmente su significado. Esta delimitación preliminar es de suma importancia, pues sienta la guía y los parámetros que deberían conducirnos a lo largo del posterior desarrollo jurisprudencial. Y en este sentido, una de las primeras exposiciones jurisprudenciales del principio de interdicción de la arbitrariedad del poder político explícitamente en relación con la garantía de la cláusula constitucional del debido proceso, se encuentra en *Hurtado v. California* (1884). En esta resolución la Corte Suprema declara con rotundidad que el proceso debido de la ley no sólo presupone que (1) la voluntad del poder político deba someterse a los formalismos que comporta su expresión reglada, sino que (2) sustancialmente requiere la ausencia de arbitrariedad. El ejercicio arbitrario del poder, «ya se manifieste como el decreto

de un monarca personal o el de una multitud impersonal» nunca será ley, al no ajustarse a su debido proceso<sup>7</sup>.

El análisis de las condiciones requeridas por la garantía del debido proceso mediante la distinción de dos momentos lógicos, por una parte el sometimiento de la voluntad del poder político mediante una expresión altamente formalizada –susceptible por sí misma de excluir su ejercicio arbitrario según las circunstancias–, y por otra, la exigencia de una justificación efectiva que excluya dicha arbitrariedad más allá del cumplimiento de dichos formalismos, es ilustrativa, aunque sea de modo esquemático, de los dos aspectos –procedimental y sustantivo– mediante los que el debido proceso se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Esta doble vertiente del debido proceso fue descrita por el Juez Presidente Rehnquist con una fórmula ya clásica:

*By requiring the government to follow appropriate procedures when its agents decide to “deprive any person of life, liberty, or property” the Due Process Clause promotes fairness in such decisions. And by barring certain government actions regardless of the fairness of the procedures used to implement them [...] it serves to prevent governmental power from being “used for purposes of oppression”<sup>8</sup>.*

Así, mientras el proceso debido procedimental –*procedural due process*– es la vertiente de la garantía que atiende posibles vulneraciones de procedimiento en ámbitos de ejercicio del poder altamente formalizados, tales como el judicial y el administrativo, el llamado proceso debido sustantivo –*substantive due process*– se refiere al escrutinio constitucional que impondría esta garantía en relación al ejercicio del poder que, adicionalmente al cumplimiento de los preceptivos formalismos preestablecidos, precise de una justificación razonable más o menos expresa en relación con derechos individuales tales como la intimidad –*privacy*–, o la libertad de expresión –*freedom of speech*–, entre otros. Esta justificación adicional superpuesta a la justificación que con carácter abstracto comporta intrínsecamente la regla de procedimiento, decimos que tiene valor sustantivo porque es concreta, aunque en realidad cualquier formalismo con valor jurídico ya incorpora necesariamente valores sustantivos. Así, a pesar de que la formalización tiene por objeto garantizar la razonabilidad de la actuación, y por lo tanto del resultado, lo razonable no puede en todos los casos circunscribirse a los límites que se deducen de una definición operativa formal. Los sistemas jurídicos –como cualquier sistema coherente– se fundamentan en postulados, es decir, elementos axiomáticos que expresan juicios para casos abstractos formalizados mediante normas, reglas o procedimientos, que precisamente por no necesitar demostración en cada caso, pueden no ajustarse en concreto a los criterios de razonabilidad que abstractamente se les presuponen. Y por eso es necesario en determinadas ocasiones una justificación superpuesta, pues tal y como señala la Corte Suprema, la cláusula del debido proceso no es sólo garantía de un proceso justo, y la libertad que protege incluye algo más que la ausencia de limitación física<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> «It is not every act, legislative in form, that is law. Law is something more than mere will exerted as an act of power [...] and thus excluding, as not due process of law, acts of attainder, bills of pains and penalties, acts of confiscation, acts reversing judgments, and acts directly transferring one man's estate to another, legislative judgments and decrees, and other similar special, partial and arbitrary exertions of power under the forms of legislation. Arbitrary power, enforcing its edicts to the injury of the persons and property of its subjects, is not law, whether manifested as the decree of a personal monarch or of an impersonal multitude». *Hurtado v. California*, 110 US 516 (1884), Opinion of the Court.

<sup>8</sup> *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327 (1986). Opinion of the Court.

<sup>9</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). Opinion of the Court.

En atención a esta idea de justificación adicional según los casos, la legislación adoptada conforme al procedimiento de producción legislativa preestablecido podrá someterse a diversos niveles de escrutinio, según su contenido. Y así, en la mayoría de supuestos la legislación conservará su presunción de constitucionalidad siempre que se muestre como un instrumento concebiblemente racional orientado a un fin legítimo del gobierno, es decir, se establecerá un nivel mínimo de escrutinio –*rational basis review*– dado que los procesos políticos comportan en el cumplimiento de sus formalismos un nivel suficiente de justificación. Sin embargo, el nivel de exigencia en cuanto a la justificación del contenido se elevará al máximo cuando el mismo afecte a derechos fundamentales de individuos o minorías, o en palabras de la Corte Suprema, cuando tales procesos políticos –diseñados para dar expresión a la voluntad de la mayoría– puedan dañar a «minorías discretas e insulares»<sup>10</sup>.

## 2.2. El debate doctrinal acerca de la supuesta imposibilidad lógica de lo procedimental-sustantivo

Esta aproximación jurisprudencial al problema de la interdicción de la arbitrariedad del poder político ha generado a lo largo de los últimos cincuenta años gran controversia en Estados Unidos sobre cuestiones *fundacionales* respecto a la democracia liberal. El llamado activismo judicial, la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y la correcta definición de sus límites, así como –en última instancia– el diseño institucional de la democracia constitucional, son algunos de los temas que abarca la amplísima producción doctrinal sobre la garantía del debido proceso. Y así, la vertiente sustantiva de la garantía ha sido puesta en cuestión por un importante sector de la doctrina constitucionalista que considera que el proceso debido sustantivo es un artificio –en el sentido de que se trataría de una construcción jurisprudencial no sustentada de ningún modo en el texto constitucional–, cuya única virtualidad consistiría en vulnerar los límites de la función judicial en un afán por imponer valores y visiones particulares del mundo no refrendadas por los legítimos poderes democráticos expresados mediante mayorías legislativas.

Si bien este asunto ha sido abordado críticamente desde perspectivas muy diversas, existe un particular argumento de carácter lógico-semántico, posteriormente apropiado desde posiciones textualistas y originalistas, que se ha extendido como lugar común del pensamiento legal estadounidense, a pesar de que consiste en la reiteración de un viejo malentendido filosófico pobremente adaptado a la problemática jurídica que nos ocupa, y que constituye un claro ejemplo de la falaz reificación del pensamiento abstracto al que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo. Popularizado por John Hart Ely en su *Democracy and Distrust*, el argumento en cuestión expone, en el que se considera uno de los más prestigiosos ensayos del moderno constitucionalismo norteamericano, la imposibilidad lógica de que una garantía procedimental sea al mismo tiempo sustantiva<sup>11</sup>. Tratar el debido proceso como una cláusula de contenido sustantivo implicaría no distinguir entre la noción básica que establece la diferencia entre el *qué* y el *cómo*, entre medios y fines. La referencia al proceso en la cláusula constitucional es clara, excluyendo a riesgo de caer en contradicción cualquier enjuiciamiento sustantivo. Expresando un evidente

<sup>10</sup> El criterio por el cual la revisión constitucional de la legislación debe establecerse mediante diversos niveles de escrutinio, según los casos, se recoge en la célebre nota a pie de página número cuatro de la *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>11</sup> Existen al menos tres referencias anteriores de este argumento: W. F. Bowker en 1956, Leonard Levy en 1966, y Hermine Herta Meyer en 1977. Para más detalles, vid. Greene (2016, pp. 270-271).



tono de desagrado e impaciencia hacia aquellos que no aceptan la obviedad de este argumento, Ely (1980, p. 18) señala que

es un poco embarazoso sugerir que un texto es informativo *cuando tantos desde hace tanto*, lo han encontrado evocativo, pero no hay manera de obviar el hecho de que la palabra que sigue a “debido” es “proceso” [...] aparentemente nos encontramos en la obligación de recordar periódicamente que “proceso debido sustantivo” es una contradicción en sus propios términos –del tipo “la rojez del verde pastel”–.

En esta línea, el Juez de la Corte Suprema Antonin Scalia, uno de los más destacados críticos del debido proceso sustantivo, ha utilizado este argumento lógico-semántico en numerosas ocasiones, refiriéndolo tanto en resoluciones judiciales como en su producción académico-doctrinal en concordancia con su *textualismo interpretativo*, según el cual toda interpretación debe producirse del modo semánticamente más preciso posible, dedicando especial atención a las reglas sintáctico-gramaticales, lo que a su juicio minimizaría la discrecionalidad interpretativa judicial y su influenciabilidad respecto a contextos sociales, políticos o morales (Kannar, 1990) calificando al debido proceso sustantivo lisa y llanamente como un oxímoron<sup>12</sup>. Scalia (1997, pp. 24-25) deriva de este argumento –y en concreto de la pretensión de que lo procedimental excluye lo sustantivo– una interpretación del debido proceso que *textualmente* excluiría cualquier uso o interpretación sustantiva del mismo, pues esta cláusula

en virtud de sus ineludibles términos, sólo garantiza el proceso. Podemos ser privados por el Estado de la propiedad, de la libertad, e incluso de la vida, pero no sin el debido proceso que nuestras tradiciones requieren –particularmente, una ley válidamente promulgada y un juicio justo–. Afirmar lo contrario es abandonar el textualismo y convertir textos adoptados democráticamente en trampolines para la producción legislativa judicial.

Este argumento, *estrictamente en su carácter lógico-semántico*, se ha percibido provisto de gran solidez por la práctica unanimidad de la doctrina constitucionalista estadounidense. Y en este sentido lo expresa el profesor Jamal Greene, cuando afirma que se ha extendido a lo largo de todo el espectro ideológico la idea de que un análisis textual respecto al debido proceso sustantivo es imposible, dado que la formulación de dicha garantía en esos términos constituiría efectivamente un uso impropio o abusivo de la lengua inglesa (Greene, 2016, p. 254).

Esta es la razón por la que, en el debate doctrinal que pretende elucidar la congruencia del proceso debido sustantivo como construcción jurisprudencial, así como la posibilidad de su legítima correspondencia con el contenido de la cláusula del proceso debido, la cuestión que ahora apuntamos no se analice por sus propios méritos –es decir, en su carácter lógico-semántico–, sino que, lo usual sea que, o bien se ignore, o bien se aborde mediante aproximaciones indirectas. Y esto, a pesar de que si dicho argumento se confirmara por su propio carácter mediante un análisis de fondo, muy probablemente habría que concluir en un mandato constitucional directo contrario al uso sustantivo de la garantía, derivado de esa literalidad ineludible a la que se refieren los textualistas.

Pero en realidad los textualistas, contrarios a la vertiente substantiva de la garantía, llevan décadas considerando suficiente demostración en este sentido haberse limitado a remarcar lo que entienden la consecuencia lógica de una *aparente* obviedad: la relación contradictoria entre el fondo y la forma. Ahora bien, si analizamos la cuestión con el debido detenimiento, observaremos que esta supuesta obviedad se

<sup>12</sup> U.S. v. Carlton 512 U.S. 26 (1994), (Scalia, J., concurring).

fundamenta en un falso sobreentendido procedente de determinados usos del lenguaje ordinario que confunden lo opuesto con lo contradictorio, hasta presuponer la identidad de ambos términos cuando en el fondo tratan de la expresión de relaciones bien distintas. Así, mientras que la contradicción implica relaciones lógicas de carácter mutuamente excluyente –algo que se da con mucha frecuencia en los diferentes lenguajes de manera abstracta, pero nunca en la realidad concreta–, la relación de oposición se basa en una diferencia de grado. El tratamiento superficial de esta cuestión ha derivado por parte de este sector doctrinal en posturas que encuentran muy difícil justificación si aspiran a mantener la coherencia con su planteamiento inicial. Y así, por ejemplo, el propio Juez Scalia habría reconocido que la cláusula del debido proceso sí incorpora ciertas garantías sustantivas «a pesar de su textual limitación al procedimiento»<sup>13</sup>. Es decir, que la cláusula del debido proceso presupone ciertas garantías sustantivas al tiempo que las excluye, una afirmación que sí podríamos calificar de contradictoria.

Por otro lado, el sector doctrinal opuesto, favorable al proceso debido sustantivo, adolece de la misma falta de rigor en relación a esta cuestión en concreto. Así, a pesar de haber acusado recibo de esta crítica de carácter lógico-semántico, no la ha rebatido sino acudiendo a una argumentación indirecta. Es decir, no abordando la cuestión en sí, sino considerándola como si se tratara de una especie de juego de palabras, una anomalía del lenguaje que no aportara nada sustancial al debate. Un asunto menor que pudiera combatirse simplemente ignorándolo para seguidamente desarrollar otras vías de razonamiento que sí abarcasen cuestiones supuestamente de fondo, en el entendimiento de que así se estaría rebatiendo *in totum* el argumento de contrario.

Paradigmáticos de este tratamiento indirecto, destacan los trabajos de L. H. Tribe. A pesar de no acometer directamente el problema al despacharlo como cuestión *semántica*<sup>14</sup>, el profesor Tribe ha puesto de manifiesto que los preceptos constitucionales, incluso los de carácter procedimental, precisan del desarrollo de una teoría de derechos fundamentales que asegure su adecuada comprensión y aplicación. Y, más fundamentalmente, ha señalado que para establecer si en un determinado contexto es preciso acudir a un procedimiento jurisdiccional –*adjudicative process*– o por el contrario a uno de representación política –*representative process*– no podemos tratar la cuestión como si se tratara solo de una cuestión técnica relativa a cómo de eficazmente pueden los diferentes procedimientos reflejar los intereses en juego, sino que es necesario tener en cuenta el carácter e importancia de esos intereses. Es decir, una cuestión de carácter sustantivo relativa a una teoría de valores y derechos (Tribe, 1980). El valor de un procedimiento constitucional no puede derivarse de su aptitud como un medio para un fin independiente de aquel, sino que es necesario reconocer que el proceso tiene un valor intrínseco que debe concordar con su finalidad, y así, por ejemplo, ser oído no es sólo instrumental a un fin, sino que es parte de lo que significa ser una persona, de manera que «el proceso en sí deviene, por lo tanto, sustantivo» (Tribe, 1980, pp. 1070-71). Tribe expone una idea que podríamos formular mediante estas dos simples proposiciones: (1) los procedimientos en sí no significan nada si no se encuentran contextualmente vinculados a determinados valores sustantivos, y (2) los

<sup>13</sup> TXO Production Corp. v. Alliance Resources (92-479), 509 U.S. 443 (1993), (Scalia, J. with Thomas, J. concurring).

<sup>14</sup> «Some commentators have called “substantive due process” a contradiction in terms. But a dismissal on semantic grounds of the very notion of substantive due process is unwarranted». Tribe (2000, p. 2569).

procedimientos constitucionales sí tienen significado, porque si no serían incomprensibles y, por lo tanto, inaplicables<sup>15</sup>.

Es evidente que Tribe pretende ofrecer una respuesta sólo jurídica a un problema que se plantea inicialmente en términos estrictamente lógicos y semánticos. Es decir, no responde a la pregunta acerca de cómo es posible decir “procedimental sustantivo” sin incurrir en contradicción, sino que se limita a demostrar que el derecho, por su propio carácter, parece funcionar así. Esto es algo que explícitamente reconoce el propio Tribe al manifestar la defensa de sus argumentos al margen de «cualesquiera dificultades lingüísticas» (Tribe, 1997, p. 85) que pudieran suscitarse para entender que la frase “debido proceso legal” incorpora límites sustantivos. O cuando, en respuesta a la crítica de Ely señalando que *no hay manera de obviar el hecho de que la palabra que sigue a “debido” es “proceso”*, Tribe pasa por alto la implicación de contradicción y se limita a añadir que, si bien Ely estaría en lo cierto, «las palabras que siguen a “debido proceso” son “de la ley”, y la palabra “ley” parece haber sido el punto de partida textual para el debido proceso sustantivo» (Tribe, 1980, p. 1066).

Abordando el asunto más directamente, aunque todavía sin tratar la cuestión en su necesario carácter multidisciplinar, Frank H. Easterbrook es de los pocos autores que han señalado que no es posible realizar un análisis adecuado de esta garantía constitucional sin entender previamente que *sustancia y proceso son partes de un mismo fenómeno* (Easterbrook, 1980, p. 85). Así, el tipo de procedimiento que sea debido en cada momento variará según el juicio que la Corte lleve a cabo en relación a una cuestión sustantiva: la importancia de los intereses en juego. A mayor interés, afirma Easterbrook, en mayor grado importarán a los interesados los posibles errores, de manera que cuanto más importen, más estará dispuesta la sociedad a invertir para prevenirlos. Esa mayor necesidad se traducirá en una mayor exigencia constitucional en relación a los procesos relacionados con esos vitales intereses (Easterbrook, 1980, p. 89).

En palabras de Jamal Greene, el proceso debido sustantivo ha sido considerado como una contradicción textual pese a que en realidad es una expresión redundante. Cualquier juicio en orden a establecer si un determinado proceso es o no debido, no puede ser indiferente a cuestiones sustantivas: el debido proceso comporta una regla o criterio de razón de carácter sustantivo en orden a calibrar la relación entre, de una parte, la naturaleza y la finalidad de la privación, y de otra, el proceso conforme al que se lleva a cabo (Greene, 2016, pp. 253-254). Sin embargo, a pesar de esa implicación necesaria que se ha traducido efectivamente en la praxis jurisprudencial de la garantía del debido proceso sustantivo, se ha aceptado la idea de que textualmente ambos términos implicaban contradicción, conformando lo que Greene denomina *meme constitucional*. Siguiendo a Dawkins (1976), con el término *meme* Greene quiere expresar un elemento cultural –ya sea una idea, una palabra, o un conjunto de suposiciones– cuyo crecimiento y evolución se dice que primordialmente tiene lugar mediante transmisión genética. Es decir, un meme sería una idea o un paquete de información, tan profundamente embebido en nuestra cultura, que a pesar de ser reproducido sin una debida demostración o acompañándose de una posterior elaboración, se le entiende inmune a cualquier argumentación en contrario.

---

<sup>15</sup> A pesar de su aproximación indirecta, Tribe aborda el asunto esencial pues de su exposición se deducen implicaciones éticas situadas en el nudo del problema de lo procedimental-sustantivo y que tienen que ver con el carácter situacional de los elementos que integran los pares fin-medios, materia-forma, o procedimental-sustancial.

Ahora bien, para Greene la existencia de estos memes es necesaria, dado que cumplen una función retórica necesaria en la argumentación de los operadores jurídicos. Sin embargo –y a pesar de que no podemos estar más de acuerdo en que, efectivamente, la argumentación jurídica no se encuentra orientada a la demostración de una verdad absoluta, sino a la persuasión–, la retórica no es una técnica al servicio de la confusión promovida desde el interés particular, sino todo lo contrario. Ya se utilice en un contexto jurídico, o en cualquier otro, la retórica tiene como finalidad establecer las bases para una comprensión de la realidad compartida que haga posible la convivencia a través de un encadenado proceso de acuerdos por el que se ajusten principios abstractos a las situaciones concretas que comportan un conflicto entre intereses. Lógicamente, cada uno de esos acuerdos no tiene lugar en un periodo de tiempo infinito, sino que es llevado a cabo razonablemente según las exigencias de cada caso.

Las limitaciones contextuales conllevan que la persuasión no persiga el mejor de los argumentos posibles en el mejor de los mundos posibles, sino que debamos contentarnos con un argumento razonablemente aceptable. Es decir, que funcione para el caso en cuestión dadas las circunstancias en las que se expone y discute. Es en este sentido que podemos entender que los memes son de gran utilidad, pues nos proveen de atajos retóricos en nuestra argumentación al constituir hitos compartidos. Es decir, puntos de acuerdo razonable, que aunque limitados sustantivamente, sirvan estratégicamente a la persuasión y al compromiso. Ahora bien, ese acuerdo derivado de la persuasión retórica tendrá bases más firmes si su comprensión obedece a criterios dotados de la máxima coherencia interna posible, dadas las circunstancias. Y en este sentido, en una sociedad culturalmente avanzada, no cualquier meme será adecuado. En el caso del proceso debido sustantivo, el meme constitucional que reproduce la idea de que el proceso sustantivo implica una contradicción textual nos parece lógicamente insostenible y por esa razón comporta más impedimentos que ventajas, de manera que nos resulta adecuada la propuesta del profesor Greene para desmontarlo al desvelar las inconsistencias jurídicas que implica<sup>16</sup>. Ahora bien, creemos que Greene no aborda la raíz del problema, pues no lo acomete en su carácter lógico-semántico. Es decir, demostrando la posibilidad lógica de lo procedimental-sustantivo desde el análisis de la pretendida *contradictio in adjecto* o contradicción semántica entre ambos términos.

En este sentido, y antes de abordar el asunto desde su perspectiva lógico-semántica, debemos aclarar una cuestión previa. La figura retórica del oxímoron puede formarse mediante el uso de contrarios o mediante opuestos. Decir triangulo-cuadrado es un tipo de oxímoron que implica necesariamente contradicción, dado que los términos cuadrado y triangulo obedecen a construcciones abstractas que no admiten gradación. Sin embargo, azul-amarillo no implica contradicción sino una relación de contrariedad al involucrar opuestos que pueden combinarse. Y esta no es una cuestión novedosa: los debates que pretenden elucidar la relación procesal/sustantivo se remontan a más de dos mil años, reproduciéndose repetidamente en diversos ámbitos del conocimiento como si en cada ocasión se estuviera expresando un problema nuevo.

Así, tras esta primera exposición del problema desde el punto de vista jurídico, en la que hemos considerado que los debates en relación con el proceso debido sustantivo eran particularmente ilustrativos, pasamos a un segundo planteamiento de la misma cuestión. Pero esta vez desde su carácter propiamente lógico-semántico,

<sup>16</sup> «*Constitutional memes are entrenched -indeed, are self-reinforcing- but they are not permanent. [...] Substantive due process might not always be thought incompatible with the constitutional text, and indeed this Essay can be understood, in part, as a step towards that end*». (Greene, 2016, p. 294).

mediante lo que denominaremos adjetividad sustantiva, algo que nos acercará al pensamiento aristotélico y al nacimiento de la retórica.

### 3. Aproximación desde la filosofía: adjetividad sustantiva

A la hora de representar la realidad, el discurso racional se despliega simultáneamente en dos sentidos: (1) **conceptual-sustantivamente**, expresando los elementos de la realidad significándolos (es decir, dotándolos de sentido particular al asignarles un signo) al objeto de representarlos presentificadamente en una imagen fija; y (2) **procesual-adjetivamente**, representando dinámicamente y estableciendo las relaciones entre aquellas unidades fijadas de significante-significado.

Cuando afirmamos, por ejemplo, que «un sujeto se define mediante todos los adjetivos que pueden aplicársele válidamente» o que «un objeto cualquiera es el conjunto de sus relaciones para con otros objetos», estamos haciendo referencia a esta idea de representación dual de la realidad mediante el uso de sustantivos y adjetivos como expresión pragmática de los conceptos de materia y forma. Los adjetivos nunca se predicán absolutamente sino en relación con algo, es decir, situacionalmente. De esa manera, solemos entenderlos en relación a un objeto porque sobreentendemos su relación con un contexto más amplio, compuesto de otras relaciones. El contexto dota de sentido al adjetivo. De ahí que digamos que un proceso o una relación tiene carácter adjetivo entendido aisladamente en cuanto tal proceso o relación, mientras que si lo consideramos en conexión con otros procesos o relaciones, su carácter será sustantivo.

Este modo dual de descomponer nuestro pensamiento fue expuesto por Aristóteles subrayando su naturaleza racional-discursiva, y la descripción de su funcionamiento ha comportado desde entonces una potente herramienta analítica aplicable a todos los aspectos de la realidad representada mediante ese pensamiento, es decir, a todo lo concebible. La teoría aristotélica de la materia y la forma es superadora de la idea de un mundo contradictorio y en permanente movimiento, y se complementa mediante la utilización de categorías que constituyen criterios de razón que apelan al fundamento –o esencia– de las cosas mismas. Sin embargo, el desarrollo histórico de esta herramienta ha aparejado el asentamiento de una tradición *esencialista* que ha pretendido la búsqueda de certezas imposibles mediante una separación entre lo sustantivo y lo procedimental excesivamente nítida, distorsionando la relación adjetivo/sustantivo, una relación que es intrínsecamente dinámica, hasta el punto de ignorarla casi por completo. Esta tradición esencialista, cuyo desarrollo histórico y sus causas no rastreamos aquí, se encuentra tan arraigada que nos resulta natural, por ejemplo, que la enseñanza de la gramática de la lengua describa sustantivos y adjetivos como realidades completamente diferenciadas, ocultando el hecho de que *la sustantivación siempre se produce a través de la asimilación a una unidad conceptual fija con valor pragmático* (es decir, con utilidad en un contexto concreto) *de cadenas adjetivas complejas*, o dicho en otras palabras: que todo sustantivo se compone y se descompone en un conjunto de expresiones adjetivas solidificadas en torno a un criterio de razón contextualmente relevante. Cada sustantivo en cuanto *ente* contiene una serie de cadenas adjetivas que le refieren esencialmente, es decir, que se le predicán *per se* –en terminología aristotélica–, de manera que comportan el núcleo de su definición. Ahora bien, toda delimitación sustantiva requiere señalar qué adjetivaciones son relevantes y cuáles no, lo que implica un posicionamiento previo respecto a lo real, –un posicionamiento que no es neutral–.

Como suele decirse, la adjetivación no es neutra. Lo que ocurre es que esa expresión suele referirse al empleo de un adjetivo sobre un sustantivo ya formado (es



decir, al que se le ha asignado su forma que ya le es propia). Sin embargo, lo destacable es que la adjetivación nunca es neutra, especialmente la que compone cada sustantivo en su estructura interna. Así, en un clásico ejemplo, *Hombre* se descompone en la cadena *animal + racional* y no en otras alternativas tales como *animal + bípedo + implume*, precisamente porque la línea de demarcación que constituye el juicio de razón que delimita el concepto es la característica ser-racional, y no otra. Y esa decisión no es neutral.

Para entender mejor el carácter de esta transducción de componente *axiológico* entre lo adjetivo y sustantivo, puede resultar interesante acudir en el nivel gramatical a la descripción ficticia que Jorge Luis Borges hace de Tlön, un mundo imaginario en el que se renuncia a otorgar un valor intrínseco a ningún tipo de cadena adjetiva, de manera que en sus lenguas no existen los sustantivos. El lenguaje de Tlön no se encuentra connotado por la primacía de ningún criterio de razón que, en un determinado contexto, suponga la elección de un valor sobre otro. Las cosas se representan como un conjunto de relaciones adjetivas puestas de manifiesto por el hablante, *nunca por el propio lenguaje*, de manera que dichas expresiones carecen lingüísticamente de significado objetivo. Y así, en su hemisferio austral el lugar del sustantivo es ocupado por «verbos impersonales, calificados por sufijos (o prefijos) monosilábicos de valor adverbial. Por ejemplo: no hay palabra que corresponda a la palabra *luna*, pero hay un verbo que sería en español *lunecer* o *lunar*. *Surgió la luna sobre el río se dice hlör u fang axaxaxas mlö* o sea en su orden: hacia arriba (*upward*) detrás duradero-fluir luneció. (Xul Solar traduce con brevedad: “upa tras perfluyue lunó”. *Upward, behind the onstreaming it mooned.*) [...] En los del hemisferio boreal [...] la célula primordial no es el verbo, sino el adjetivo monosilábico. El sustantivo se forma por acumulación de adjetivos. No se dice *luna*: se dice *aéreo-claro sobre oscuro-redondo o anaranjado-tenue-del cielo* o cualquier otra agregación» (Borges, 1971, pp. 21-22). Como cada hablante establece su propia sustantivación al no existir criterios comunes, todos los nombres son metáforas (es decir, para generar la sustantivación presuponen la elección de criterios de razón que no pueden calificarse de razonables, pues carecen de valor intersubjetivo). Esa absoluta neutralidad del lenguaje en Tlön, que lo lleva a desvincularse por completo de cualquier contexto posible -y por lo tanto de la realidad misma-, puede resumirse en la siguiente sentencia: «el hecho de que nadie crea en la realidad de los sustantivos hace, paradójicamente, que sea interminable su número» (Borges, 1971, p. 22).

Lo dicho hasta aquí nos permite retomar el problema desde el punto de vista jurídico, señalando que la réplica más pertinente -y por tanto más eficaz- frente a los que aspiran a conceptualizar los procedimientos constitucionales desvinculados de su componente axiológico no consiste *solamente* en demostrar que el derecho no admite esta posibilidad, es decir, hacer lo que se ha hecho hasta ahora: afirmar que el derecho no funciona así, aun a pesar de la incongruencia textual -aparentemente inexplicable- de la expresión *proceso sustantivo*.

Si pretendemos zanjar la cuestión debemos demostrar *porqué* el derecho no funciona así. Para ello, tal y como venimos diciendo, es necesario afrontar el problema en sus justos términos: el de la relación expresada mediante los pares procedimental/sustancial o adjetivo/material. Esos términos de oposición configuran una relación que es la misma en cada disciplina o ámbito del conocimiento, y que ha sido descrita desde los textos aristotélicos hasta los del segundo Wittgenstein, repitiendo siempre un esquema fundamental que puede revelarse mediante comparación interdisciplinar. Aquí, por una evidente limitación de espacio, nos centraremos sólo en dos aproximaciones adicionales que creemos serán suficientes para mostrar la identidad que subyace en la diversidad de estos enfoques.

#### 4. Aproximación desde la Ciencia Cognitiva y la inteligencia artificial simbólica: la inteligencia como un entramado de sistemas de reglas

La Ciencia Cognitiva tiene por objeto describir las relaciones entre mente y cerebro, y en última instancia establecer una definición de ambas. Esta ciencia se desarrolla a partir de los trabajos de Newell y Simon, y particularmente en base a su *Hipótesis del Sistema de Símbolos Físicos* (Newell y Simon, 1976), según la cual toda acción y conducta inteligente puede ser necesaria y suficientemente descrita y explicada por símbolos y sus reglas operativas que tendrán también forma simbólica o formalizada, siendo así que tales reglas y símbolos serán dadas dentro de todo sistema del que se predique acción o conducta inteligente.

En definitiva, la Ciencia Cognitiva y su subdisciplina, la Inteligencia Artificial Simbólica (dedicada a la representación computacional de los sistemas de símbolos físicos), pretenden la descripción formalizada de la inteligencia a través del análisis de sus procesos. Esta pretensión de que el pensamiento pueda reproducirse solo mediante el concurso de procesos computacionales, equiparando así pensamiento y computación, implica presuponer necesariamente cierta permeabilidad entre los niveles sintáctico y semántico. Y justo esta cuestión se encuentra en el núcleo del problema planteado por la llamada Inteligencia Artificial Fuerte<sup>17</sup> al afirmar que de verificarse supondría no sólo inteligencia sino el surgimiento de conciencia y consciencia.

A partir de los referidos objetivos se ha desarrollado un debate académico que nos resulta pertinente al replantear problemáticamente –como si se tratara de algo novedoso– la relación formal/material en términos muy parecidos a los hasta aquí expuestos. El comienzo de esta controversia se sitúa en la publicación por John Searle en 1980 de *Minds, Brains and Programs*, donde el célebre filósofo del lenguaje pone en cuestión la posibilidad de formalizar la inteligencia mediante su asimilación a procesos computacionales, impugnando por tanto el concepto de Inteligencia Artificial Fuerte al aseverar que para deducir la existencia de inteligencia, conciencia y consciencia, no es en sí mismo suficiente haber constatado que para un determinado sistema se siguen reglas. Para apoyar esta afirmación, Searle (1980) propuso un argumento que denominó *experimento mental de la habitación china*. Imaginemos una habitación en la que se encuentra encerrado el propio Searle con una lista de símbolos en chino –un idioma que desconoce– y unas instrucciones en un idioma que sí entiende por las que se relacionan esos símbolos chinos en razón de su forma, de manera que para cada símbolo o cadenas de símbolos existe una respuesta, es decir, otro símbolo o cadena de símbolos en chino. Searle no entiende la pregunta ni la respuesta, pero sí entiende las instrucciones –o programa– de manera que puede «responder» mecánicamente conectando pregunta con respuesta sólo por razón de su forma. Le van llegando mensajes en chino que él contesta al relacionar el símbolo que se le entrega con su respuesta predeterminada en la lista. Imaginemos ahora que Searle pasase suficiente tiempo encerrado en la habitación y adquiriese mucha práctica relacionando preguntas y respuestas, de manera que siempre devolviera la respuesta correcta en un intervalo corto de tiempo. Para ese caso, cualquier persona situada en el exterior de la habitación que sí entendiera el chino y pretendiese comunicarse con él mediante ese sistema de envío de mensajes podría llegar a pensar que nuestro filósofo sí entiende chino. Pues bien, continua Searle, esto es lo

<sup>17</sup> La inteligencia artificial fuerte (Artificial General Intelligence) es una hipótesis que se verificaría al constatarse que una máquina puede llevar a cabo cualquiera de las tareas intelectuales que se le presuponen a un ser humano con una inteligencia normal.

que ocurriría si un ordenador exhibiera un comportamiento indistinguible al de los seres humanos, dado que el filósofo encerrado en la habitación se habría comportado exactamente como un ordenador: habría realizado operaciones computacionales sobre elementos especificados sólo formalmente. Y no habría entendido nada, a pesar de *aparentemente* haber mostrado inteligencia<sup>18</sup>.

En su propio artículo pretende dar respuesta a varias críticas o réplicas a su argumento y en la que denomina «réplica de los sistemas» Searle (1980, p. 419) expone que, a pesar de que efectivamente la persona encerrada en la habitación no habría entendido, en realidad esa persona es sólo una parte de un sistema que se compone de más elementos: la lista de símbolos o programa, papel y lápiz para realizar los cálculos, y las «bases de datos» de las posibles preguntas y respuestas. Así, la comprensión no podría predicarse de una sola de las partes del sistema, sino del sistema en su conjunto del que la persona en ese ejemplo es parte. Searle responde a esta réplica suponiendo que la persona encerrada memorizara las reglas y el resto de los elementos del sistema llevando a cabo todos los cálculos en su cabeza: aun así, seguiría sin entender nada.

Sin embargo, Searle parece no entender las implicaciones de su réplica. En primer lugar, es un error decir que el filósofo encerrado en la habitación no ha entendido nada. A pesar de que no pueda entender la comunicación que se imita mediante el intercambio de mensajes, sí entiende perfectamente lo que está haciendo: asigna a preguntas que le son dadas respuestas predeterminadas en una lista identificándolas por la forma de cada signo. Su entendimiento es incompleto, pero si consideramos al filósofo encerrado en la habitación como un sistema, ese sistema sí puede describir perfectamente lo que hace si describe la regla que sigue. Igualmente, el sistema que constituye la lista de preguntas y respuestas también «entiende» algo, aunque sea de manera incompleta. Entiende que a la cadena de signos chinos «hola, ¿cómo te llamas?» corresponde, por ejemplo, la respuesta «soy Searle, el filósofo», así como entiende el resto de correspondencias. *Este sistema puede ser ininteligible para Searle, pero eso no significa que no tenga sentido. Y seguirá siendo ininteligible aunque lo memorice, ya que en realidad, aunque parezca haberlo integrado, el sistema-filósofo no ha interiorizado las reglas del sistema-programa que se encuentran en relación directa y obedecen al lenguaje chino. Esto es a lo que se refiere la «réplica de los sistemas» cuando afirma que sólo si se integran todos los sistemas que toman parte en la acción se entiende plenamente el sentido de lo que el filósofo encerrado en la habitación está haciendo.*

En términos muy parecidos expone Rapaport (1988) su *argumento de la habitación coreana* como respuesta a Searle. Imaginemos un profesor coreano de literatura inglesa que, pese a no entender inglés, fuese una autoridad en Shakespeare. Sólo ha leído a Shakespeare a través de excelentes traducciones al coreano, y basándose en sus lecturas y en sus propias capacidades ha escrito en coreano numerosos artículos sobre la obra del dramaturgo inglés que han sido traducidos al inglés para prestigiosas revistas académicas. Rapaport se pregunta si el profesor coreano «entiende» a Shakespeare y responde que sí. No lo entiende directamente, por supuesto, sino por mediación de un sistema que lo traduce, así que en realidad la comprensión sólo se produce mediante la integración de los sistemas involucrados. Esto es lo que Narayanan (1997) denomina *réplica de sistemas –systems reply–* de manera que la inteligencia surge de procesos computacionales y

<sup>18</sup> Es decir, supera el Test de Turing al demostrar capacidad para exhibir comportamientos, conductas o respuestas inteligentes que son equivalentes, o al menos *indistinguibles*, de las humanas. Aunque existe controversia al respecto, desde que fuera diseñado por Turing (1950) ninguna máquina/programa ha superado hasta ahora el test y sus sucesivas reformulaciones.

de las interacciones entre esos procesos. Si esos procesos son mentales, físicos o conductuales, es irrelevante. El sistema en su conjunto se mueve a través de varios estados denominados estados representacionales, de manera que el siguiente estado es determinado por el anterior como suma de todas las entradas –inputs– o integraciones.

Para Rapaport la comprensión «semántica» es una cuestión de correspondencia entre dominios: un agente cognitivo entiende un dominio en referencia a otro, que a su vez referiría a otro sucesivamente hasta llegar a un dominio –puramente sintáctico o formal– que pudiese entenderse exclusivamente en referencia a sí mismo<sup>19</sup>. Esto le lleva a afirmar la posibilidad de una sintáctica con valor semántico, algo que nos parece un error en términos absolutos, dado que aquí Rapaport estaría desconociendo que cuando decimos que algo es formal o material lo hacemos necesariamente con un carácter *situacional*. Es decir, no podemos predicarlo absolutamente, sino siempre con respecto a algo<sup>20</sup>. Y así, por ejemplo, el tipo penal será material respecto al derecho procesal que lo aplica, y será formal respecto a los hechos que se aplican o, más técnicamente, subsumen a ese tipo<sup>21</sup>. Es decir, tal y como afirman los teóricos de la Inteligencia Artificial, los procedimientos sí tienen un componente o valor semántico, pero este valor no puede predicarse absolutamente sino situacionalmente, es decir, siempre ya sea en relación a otros procesos-funciones o en relación a sí mismos en un momento lógicamente anterior.

## 5. Aproximación desde la Teoría política

Las teorías con base procedimental-formal denominadas habitualmente procesualistas o formalistas, ya en el ámbito del Derecho o en el de la Teoría Política, se caracterizan por su pretensión de fundamentación de los sistemas a los que hacen referencia mediante reglas que, dada su naturaleza estrictamente formal-procesal, no comportarían en cuanto tales una toma de posición axiológica. En este sentido, estas teorías se orientarían a establecer, desde ese suelo común, criterios de legitimidad procedimental irrefutables en nuestras democracias actuales, socialmente

<sup>19</sup> «*What does it mean to understand language? “Semantic” understanding is a correspondence between two domains; a cognitive agent understands one of those domains in terms of the other. But if one domain is to be understood in terms of another, how is the other understood? Recursively, in terms of yet another. But, since recursion needs a base case, there must be a domain that is not understood in terms of another. So, it must be understood in terms of itself. How? Syntactically! Put briefly, bluntly, and a bit paradoxically, semantic understanding is syntactic understanding*». (Rapaport, 1995, p. 49).

<sup>20</sup> Desde un máximo nivel de abstracción, donde la interpretación no derive de la correspondencia o llamada a otros dominios, surge la idea de recursividad. Un objeto es recursivo si en parte se encuentra formado por sí mismo, de manera que la recursividad consiste en la propiedad que tienen procedimientos y funciones de llamarse a sí mismos para resolver un problema. Pero, *incluso en ese caso la definición formal del objeto opera como procedimiento para la primera y sucesivas llamadas*. «El método recursivo de definición de funciones está íntimamente conectado con el método de inducción matemática, un proceso que puede verse implícitamente en el trabajo de Euclides». (Adams, 2011, p. 2).

<sup>21</sup> Identificar el derecho procesal como derecho adjetivo es incorrecto, pues la relación situacional adjetivo-sustantivo no sólo se da entre derecho procesal y sustantivo, sino entre las propias normas procesales. Así, «hay normas procesales que miran a la sustancia misma de la situación que regulan, como la que da derecho a terceros que se creen lesionados, para concurrir a un juicio; la que otorga el derecho de pedir la ejecución del deudor con base en un título ejecutivo; la que consagra el derecho de apelación o el recurso de casación. Y hay otras normas que miran a la forma de los actos, a la manera como esa intervención de terceros, o esa demanda ejecutiva, o esos recursos, deben formularse o ejercitarse; estas son normas formales propiamente dichas». (Devis Echandía, 1966, p. 42). «En conjunto, la idea de que el derecho procesal es, por su función y en relación al derecho material, un quid secundario, mediato o instrumental, se halla tan arraigada, que en las doctrinas más dispares la vemos aparecer con denominaciones y fórmulas más o menos afortunadas; esta idea, en efecto, es la que ha llevado a construir las conocidas dualidades de derecho sustantivo y derecho adjetivo, de derecho material y derecho instrumental, o, todavía peor, derecho formal, de derecho determinador y derecho sancionador». (Guasp, 1943, p. 38).

caracterizadas por el multiculturalismo, la complejidad y la falta de consenso respecto a incuestionables valores básicos sustantivos. Solo los procedimientos, en virtud de ese supuesto estatuto de neutralidad e imparcialidad, serían susceptibles de garantizar el consenso que conformaría ese sólido cimiento al que aspira toda democracia.

Mientras que las interpretaciones metafísico-religiosas del mundo nos proveían de una cómoda certeza en relación a lo que podíamos saber y a lo que debíamos hacer, la situación se trastoca radicalmente en la modernidad. Tal y como señala Habermas (1999, p. 37) «con el paso al pluralismo cosmovisivo en las sociedades modernas, la validez de las normas morales universalmente vinculantes ya no se puede explicar en ningún caso con razones e interpretaciones que presuponen la existencia y el papel de un Dios creador y redentor trascendente», lo que comportará además un desplazamiento de la autoridad epistémica, que pasa de las doctrinas religiosas a las modernas ciencias experimentales. A raíz de la modernidad, el *ethos* común se encuentra en ruinas, de forma que para Habermas la filosofía moral se enfrenta a la obligación de tejer una nueva fundamentación postmetafísica de nuestras sociedades democráticas.

En este sentido, los teóricos de la llamada *democracia deliberativa*, en sus dos vertientes rawlsiana y habermasiana, llevan más de cuarenta años intentando desarrollar modelos de democracia procedimental basados en modelos formales que en sus fundamentos deriven su normatividad estrictamente de su carácter racional. Si esto fuera efectivamente posible, estos modelos comportarían una gran ventaja dado que el consenso respecto a los procedimientos que sustenta la democracia liberal tendría carácter necesario, so pena de irracionalidad. Es decir, no estaríamos hablando de un mero acuerdo estratégico, sino de un verdadero consenso racional motivado por razones epistémicas capaces de establecer una definición intersubjetiva del bien. Y en este sentido, la teoría habermasiana entiende que este consenso es susceptible de lograrse mediante la implementación de procesos imparciales que favorezcan el debate público racional y la apertura de sus participantes, a fin de que sean receptivos al mejor argumento. En este sentido, la propuesta habermasiana de la «comprensión paradigmática de fondo» del derecho y de la Constitución pretende exponer el carácter racional de la autocomprensión práctico-moral de la modernidad en su conjunto, y por lo tanto, su valor epistémico-normativo. Para ello, dice Habermas (1998, p. 59) «la teoría del discurso es una tentativa de reconstruir esta autocomprensión, de modo que pueda afirmar su propia especificidad normativa, tanto frente a las reducciones cientifistas, como frente a las asimilaciones estéticas». Desde el planteamiento procesualista se pretende, en definitiva, reconstruir -en un sentido kantiano- una fundamentación del ejercicio del poder político susceptible de reemplazar en sus funciones tradicionales a la legitimación metafísico-religiosa, de manera que el cumplimiento del orden jurídico legítimo obedezca a razones morales deducidas mediante procedimientos racionales.

Ahora bien, para Habermas es esencial que estos procedimientos no presupongan las razones morales que se pretenden deducir, dado que en ese caso se estaría incurriendo en una petición de principio. Y es a esto a lo que se refiere cuando señala que la justicia como equidad de Rawls es sustantiva en vez de procedimental, pues su constructivismo político «le arrastra *nolens volens* hacia la disputa entorno a los conceptos de racionalidad y verdad» (Habermas, 1998a, p. 71).

En relación al asunto que nos ocupa, resulta muy interesante la réplica de Rawls a Habermas respecto a esta cuestión, pues al señalar la relación entre la justicia procedimental y la justicia sustantiva, Rawls deja entrever cuáles son, a nuestro juicio, los verdaderos límites, y hasta dónde puede aspirar cualquier



fundamentación procedimental del poder y el derecho. En este sentido, tanto la justicia procedimental (referida a la justicia o equidad de un procedimiento) como la justicia sustantiva (referida a su resultado) comportan para Rawls valores que «van juntos en el sentido de que la justicia de un procedimiento siempre depende (dejando a un lado el caso especial del juego) de la justicia de su resultado probable, o de la justicia sustantiva. Así, la justicia procedimental y la sustantiva están conectadas y no van separadas» (Rawls, 1998), de manera que no puede existir acuerdo sobre la primera que no presuponga un consenso entrecruzado en relación a la segunda. Y precisamente por esto, Rawls entiende que la concepción de Habermas también es sustantiva en el fondo, aun cuando los elementos sustantivos de ambas teorías puedan diferir.

Esto se traduce, a juicio de Chantal Mouffe, en la imposibilidad de ambas teorías procesualistas para llevar a cabo lo que anuncian, de manera que «la teoría democrática debería renunciar a estas formas de escapismo y enfrentarse al reto que conlleva el reconocimiento del pluralismo de valores. Esto no significa aceptar un pluralismo total, [sino] reconocer la naturaleza política de los límites en lugar de presentarlos como un conjunto de requisitos exigidos por la moral o la racionalidad» (Mouffe, 2012, p. 107). El verdadero problema no sería encontrar argumentos que sean aceptables para toda persona racional o razonable, pues los principios liberal-democráticos sólo pueden defenderse como elementos constitutivos de nuestra forma de vida. Siguiendo a Wittgenstein, Mouffe señala que los procedimientos se pueden seguir y pueden ser aceptados debido a que se hallan inscritos en formas compartidas de vida y en acuerdos sobre juicios. O dicho de otro modo: las reglas son siempre formas abreviadas de las prácticas, inseparables de las formas específicas de vida.

De esta manera, «la distinción entre lo que es de carácter procedimental y lo que es de carácter sustancial no puede estar tan clara como la mayoría de los teóricos liberales querían» (Mouffe, 2012, pp. 82-83). En el caso de la justicia, señala Mouffe, esto implica que no es posible oponer justicia procedimental y sustancial *sin reconocer que la justicia procedimental implica ya la aceptación de ciertos valores*, pues el diseño de cualquier procedimiento presupone necesariamente compromisos éticos sustanciales. Y esto tiene consecuencias muy importantes, pues no será posible defender los valores que sustentan la democracia liberal en virtud de un consenso racional que no implique un compromiso axiológico. Sino justamente al contrario: debemos asumir que el *ethos* democrático no tiene carácter neutro ni necesario, sino que procede de una concreta decisión histórica y que sus valores son contingentes en cuanto se vinculan a determinadas formas de vida.

## 6. Conclusión

Las construcciones de carácter procedimental-formal pretenden evitar el problema de la fundamentación axiológica del poder y el derecho en sociedades multiculturales complejas que no pueden describirse a sí mismas mediante un solo relato de carácter metafísico-religioso unificador, dado que en el seno de dichas sociedades conviven simultáneamente gran variedad de relatos omnicomprensivos, y por lo tanto, contradictorios. Resulta tranquilizador pretender que las garantías procesales carecen de carácter sustantivo, y que por lo tanto pueden fundar el consenso al margen de conflictos de valores y disputas políticas. Pretender que el procedimiento debido no es sustantivo porque es procedimental, y que por lo tanto la jurisprudencia constitucional se sitúa al margen de estos conflictos cuando decide sobre procedimientos. Sin embargo, la realidad es que los procedimientos funcionan justamente al contrario, de manera que si son efectivamente útiles en las sociedades democráticas es porque precisamente incorporan acuerdos axiológicos previos.

Los procedimientos contienen elementos adjetivos y sustantivos en función de la situación en la que consideramos esos elementos, es decir, en relación a si determinan o son determinados en la cadena de eventos que constituye la acción definida por el proceso. Constituye un error presentar al proceso como algo ajeno o en situación de aislamiento respecto a cualesquiera elementos sustantivos pues la relación formal-material en el sentido lógico-semántico a que hace referencia la norma jurídica debe interpretarse pragmáticamente –es decir, en su aplicación a casos prácticos– de acuerdo a los mismos principios definidos por Aristóteles con carácter general para la relación forma-materia. Y así, la afirmación aristotélica que señala que «la materia es algo relativo, pues para una forma se requiere una materia y para otra forma otra materia» (Aristóteles, 1995, p. 139), refiere el carácter situacional con el que debemos interpretar la relación forma-materia en cuanto obedece a esos mismos principios lógicos. Un ente determinado puede ser, según el caso, forma y materia al mismo tiempo (los ladrillos, por ejemplo, son al mismo tiempo la materia de la casa y la forma del barro cocido del que se componen) y así, el «concepto de materia no es absoluto, sino relativo: no indica una cosa o realidad determinada, sino un punto de vista desde el que mirar cualquier cosa o realidad, punto de vista correlativo al de forma o estructura. Todo compuesto es materia estructurada, pero lo que es materia respecto a esa estructura es forma respecto a su propia materia. [...] materia y forma no se refieren a realidades absolutas, sino a puntos de vista que en cada caso enfocan algo distinto» (Mosterín, 2000, pp. 125-127).

Del mismo modo, sobre el par formal/material se construyen campos semánticos intercambiables precisamente porque obedecen a nuestra situación al describir la realidad y a la voluntad denotativa del proferente. Así, decimos que lo retórico tiene un carácter formal, y eso significa ampuloso, ceremonioso, vacío y superficial, mientras que lo lógico tiene también un carácter formal pero con un significado de algo muy preciso y con contenido. Ambos términos son formales, pero a distinto nivel, es decir, nunca uno respecto al otro. El salto lógico consiste en modificar inadvertidamente ese nivel de referencia, pues siempre uno será (más) formal con respecto al otro, que será (más) sustantivo. Desde el punto de vista del razonamiento práctico se incurre en este error al categorizar dicha oposición como estrictamente binaria, desconociendo el resto de niveles de referencia. Es decir, algo puede tener carácter procedimental-formal (en referencia a algo más sustantivo) y al mismo tiempo poder entenderse como sustantivo-material (en referencia a algo más procedimental).

De esta manera, lo sustantivo no es algo diverso y contradictoriamente opuesto a lo formal, sino que es lo formal nuevamente, pues «la materia de algo, en cuanto tal materia, es siempre incognoscible. Solo es cognoscible en cuanto provista de forma, pues la forma es lo único que podemos conocer» (Mosterín, 2000, p. 127). Lo sustantivo es otra vez lo formal, aunque esta vez expresado desde un nivel superior, asignándole o pretendiendo deducir de él un significado de contenido más tangible y concreto, más contextualizado, y por eso, de alguna manera “más real”. Esta última idea es de la mayor importancia, pues evidencia lo característico del par formal-material, que no es directamente equiparable ni subsumible en lo abstracto-concreto. Lo sustantivo no es simplemente lo concreto, sino lo concreto en un nivel pragmático, de manera que lo sustantivo no puede darse mediante un ajuste automático de los límites adjetivos, sino que precisa referirse a un contexto. Y así, por ejemplo, la formalización lógico-matemática de un escrito en lenguaje ordinario representa su contenido formal al señalar su estructura adjetiva, mientras que ese discurso escrito, al constituir la traducción en lenguaje común de su fórmula lógica, es sustantivo con respecto a ésta pero será adjetivo respecto a su contextualización retórica, pues la prosodia, el contexto entendido como entramado referencial, y la

oportunidad de su expresión en un momento y lugar concreto, implicarán una nueva concreción sustantiva ceñida a los límites *a priori* del texto escrito.

La tentación formalista consiste en creer que es posible la toma de decisiones que involucren juicios de valor mediante procedimientos abstractos que no presupongan elementos valorativos previos, de manera que el consenso sobre un supuesto carácter de neutralidad axiológica de los procedimientos impregne de legitimidad tales decisiones en cuanto sus resultados. Sin embargo, nos parece que de lo expuesto hasta ahora se deduce que no es posible obtener coherentemente –es decir, sin incurrir en una contradicción performativa– un resultado justo sin que medie un procedimiento que se ajuste *en sí mismo* a los parámetros sustantivos básicos que definen ese resultado justo. No existen procesos de toma de decisiones axiológicamente neutros que den como resultado juicios de valor. Y los que se presentan como tales, sólo remiten a dos posiciones: [a] o bien se configuran desde un consenso de valores previo que difumina el hecho de que esos valores no son los únicos racionalmente posibles, de manera que sí han sido efectivamente elegidos entre otras alternativas –que desde esa situación de consenso *parecen* contextualmente inconcebibles–, o [b] se pretenden fundados en ese consenso que hemos definido en [a] con el propósito de ocultar otras alternativas posibles que sí son concebibles en esas circunstancias.

## Bibliografía

- Adams, R. (2011). *An Early History of Recursive Functions and Computability. From Gödel to Turing*. Boston, USA: Docent Press.
- Aristóteles (1995). *Física*. Madrid, España: Gredos.
- Borges, J.L. (1971). Tlön, Uqbar, Orbis Tertius. En compilación del mismo autor: *Ficciones. El jardín de Senderos que se Bifurcan* (pp. 13-36). Barcelona, España: Alianza.
- Coke, E. (1642). *Institutes of The Laws of England, Part II*. London, UK.
- Dawkins, R. (1976). *The Selfish Gene*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones Generales de Derecho Procesal*. Madrid, España: Aguilar.
- Easterbrook, F.H. (1982). Substance and Due Process. *The Supreme Court Review*, Vol. 1982, 85-125.
- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge, USA: Harvard University Press.
- Guasp, J. (1943). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, España: Aguilar.
- Greene, J. (2016). The Meming of Substantive Due Process. *Constitutional Commentary*, 21, 253-294.
- Habermas, J. (1998a). *Facticidad y Validez*. Madrid, España: Editorial Trotta. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.
- Habermas, J. (1998b). Reconciliación y Uso Público de la Razón. En F. Vallespín (Ed.), *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 41-74). Barcelona, España: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.
- Habermas, J. (1999). *La Inclusión del Otro*. Barcelona, España: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.
- Keynes, E. (1996). *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*. University Park, USA: Pennsylvania State University Press.
- Kannar, G. (1990). The Constitutional Catechism of Antonin Scalia. *Yale Law Journal*, Vol. 99 (No. 6), 1297-1357.
- Mosterín, J. (2000). *Conceptos y Teorías en la Ciencia*. Madrid, España: Alianza.

- Mouffe, C. (2012). *La Paradoja Democrática. El Peligro del Consenso en la Política Contemporánea*. Barcelona, España: Gedisa.
- Narayanan, A. (1997). Biomolecular Cognitive Science. En Nualláin et al. (Ed.), *Two Sciences of Mind* (pp. 21-37). Amsterdam, Países Bajos: John Benjamin Publishing.
- Newell, A. y Simon, H.A. (1976). Computer Science as Empirical Enquiry: Symbols and Search. *Communications of the ACM*, 3 Vol. 19 (March), 113-126.
- Rapaport, W.J. (1988). Syntactic Semantics: Foundations of Computational Natural-Language Understanding. En James H. Fetzer (Ed.), *Aspects of Artificial Intelligence* (pp. 81-131). Dordrecht, Países Bajos: Kluwer Academic Publishers.
- Rapaport, W.J. (1995). Understanding Understanding: Syntactic Semantics and Computational Cognition. *Philosophical Perspectives*, Vol. 9, 49-88.
- Rawls, J. (1998). Réplica a Habermas. En F. Vallespín (Ed.), *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 75-146). Barcelona, España: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.
- Scalia, A. (1997). Common-Law Courts in a Civil-Law System. En A. Gutmann (Ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 3-49). Princeton, USA: Princeton University Press.
- Searle, J. (1980). Minds, Brains, and Programs. *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 417-457.
- Turing, A.M. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind, New Series*, Vol. 59, No. 236 (October), 433-460.
- Tribe, L.H. (2000). Substantive Due Process. En L.W. Levy y K.L. Karst (Ed.), *Encyclopedia of the American Constitution* (pp. 2569-2575). New York, USA: Macmillan.
- Tribe, L.H. (1980). The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 6, 1063-1080.
- Tribe, L.H. (1997). Comment. En A. Gutmann (Ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 65-94). Princeton, USA: Princeton University Press.

# Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi

The first sentence delivered by the International Criminal Court for destruction of cultural heritage in Timbuktu: the Al Mahdi case

Elena Pineros Polo  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-5582-2149  
[elena.pineros@urjc.es](mailto:elena.pineros@urjc.es)

## Cita recomendada:

Pineros Polo, E. (2020). Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 104-129.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5266>

Recibido / received: 30/06/2019  
Aceptado / accepted: 27/12/2020

## Resumen

Este trabajo examina la primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico. Tras analizar brevemente el conflicto interno en Mali, se estudia el desarrollo del proceso penal contra el Sr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, desde la remisión de la situación por el ministro de justicia maliense a la Oficina del Fiscal de la Corte hasta la fase final de reparación del daño tras la sentencia de condena. La relevancia de este caso es mayúscula, no solo por el delito objeto de la condena sino por las dificultades a la hora de establecer la reparación del daño, atendiendo a la categorización diversa de las víctimas de tales crímenes internacionales.

## Palabras clave

Corte Penal Internacional, Mali, crímenes de guerra, destrucción patrimonio histórico, protección internacional del patrimonio histórico-cultural, condenas por destrucción de patrimonio cultural.



**Abstract**

*This paper analyses the first international conviction for destruction of cultural heritage delivered by the International Criminal Court. After a brief study of the situation in Mali, the development of the procedure is examined, from the beginning, the referral of the situation by the Malian Ministry of Justice, till the reparations phase. The relevance of this case is absolutely exceptional, not alone by the particular war crime subject to the judgment, but also by the innovative Reparations Order, regarding the categorization of the multiple types of victims.*

**Keywords**

*International Criminal Court, Mali, war crime, destruction of cultural heritage, international protection of historic and cultural heritage, convictions for destruction of cultural heritage.*

SUMARIO. 1. La crisis política en el norte de Mali. 2. Marco regulador para la protección de patrimonio histórico cultural en derecho internacional. 3. La destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú. 4. La respuesta de la Corte Penal Internacional. 4.1. La iniciación del proceso. 4.2. La investigación, la orden de arresto y la confirmación de los cargos. 4.3. Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico. 4.4. El procedimiento para la reparación del daño. 5. Situación actual y conclusiones.

## 1. La crisis política en el norte de Mali

La República de Mali es un estado sin litoral de África Occidental, uno de los países más extensos del continente africano. Pese a la existencia de algunos recursos naturales valiosos, es una de las economías más pobres del mundo basada principalmente en la agricultura y la ganadería.

Desde que en 1960 se constituyó como un país independiente poco tiempo después del fin de la etapa colonial francesa, Mali ha sufrido gran inestabilidad política. Especialmente en 2012 el país estuvo —y continúa desde entonces— inmerso en un conflicto difícil de entender y explicar, en gran parte por la ocultación deliberada de información al respecto (Lecocq y otros, 2012)<sup>1</sup>. Esta crisis originada en el norte de Mali desestabilizó todo el Estado.

Sin duda, la compleja situación desarrollada en el norte tiene su origen histórico en la diversidad de la población maliense de la zona. En efecto, allí conviven diferentes culturas, sistemas e ideologías. La mayoría de la población del norte de Mali es tuareg; sin embargo, también hay minorías árabes. El nacionalismo tuareg protagonizó diferentes rebeliones contra el estado maliense; las primeras tuvieron lugar tras conseguir la independencia de Francia (Boas y Torheim, 2013). No obstante, las revueltas de 2012 fueron sin duda las más trascendentales. En aquel año, la situación política en Mali sufrió una transformación drástica e inesperada (Boas y Torheim, 2013). Los tuareg crean un movimiento político en la zona norte, el Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad (MNLA) con el objetivo de crear un estado tuareg. Asimismo, pretendían recuperar el estatus que les había sido arrebatado por la potencia colonial francesa. Se produce también el retorno al país de otros grupos de combatientes tuareg, fuertemente armados y entrenados, integrados en distintas formaciones: el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental

<sup>1</sup> Los autores realizan un interesante análisis del conflicto desde una perspectiva multidisciplinar; abordando una disputa que ha permanecido más o menos activa durante décadas, y cuya solución no resulta sencilla.

(MUYAO), y la organización Al-Qaïda del Magreb Islámico (AQMI). Tal y como aclaran M. Boas y L.E. Torheim, el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO) y la organización Al-Qaïda del Magreb Islámico (AQMI) no son grupos tuareg *per se*, sino que entre sus miembros se encuentran muchos tuaregs; además de haber tenido presencia desde 1998 en esa área del Sahel (Boas y Torheim, 2013). Todos ellos comenzaron a desarrollar ofensivas armadas que causaron una gravísima desestabilización política en el país. Lograron asentarse y controlar las principales regiones del norte de Mali, forzando al ejército maliense a replegarse hacia el sur; mostrando asimismo la debilidad del gobierno central, incapaz de solucionar la crisis.

La situación se recrudeció cuando en el segundo trimestre de 2012 dos tercios del país estaba en manos del Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad (MNLA), los yihadistas de Ansar Dine y el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO), grupos militarmente superiores al ejército maliense y con mejor armamento, que se financiaban con el narcotráfico y el producto de rescates obtenidos con secuestros de rehenes europeos (Boas y Torheim, 2013). El 6 de abril un representante del MNLA declara apresuradamente la independencia de la región de Azawad, no reconocida hasta el momento por ningún Estado, además de haber sido expresamente rechazada por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas<sup>2</sup>.

No obstante, pronto surgieron desavenencias entre estos grupos. Estas formaciones se mantuvieron unidas mientras perseguían un fin común: expulsar al ejército maliense de la zona norte. Una vez conseguido el objetivo, las diferencias ideológicas y estratégicas provocaron enfrentamientos entre ellos, que culminaron con la expulsión del MNLA de la zona, la cual pasó a estar controlada por Ansar Dine junto con las otras formaciones que operaban en el área nororiental de Mali, el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO), así como la organización Al-Qaïda del Magreb Islámico (AQMI). Además de estos grupos, otros muchos tenían presencia en la región de Azawad (Gutiérrez Zarza, 2015).

Pocos días después de la declaración de independencia de Azawad, el presidente del gobierno de Mali, envuelto en escándalos relacionados con narcotráfico y malversación, se ve obligado a dimitir. Dos presidentes más llegaron al poder y lo dejaron en circunstancias similares al anterior (Lecocq y otros, 2012). El país estaba sumido en el caos, no solo como consecuencia del triunfo de la rebelión tuareg en el norte y las luchas de poder entre los diferentes grupos allí presentes, sino porque además las instituciones gubernamentales mostraban una tremenda debilidad, fuertemente criticada por la población civil y militar<sup>3</sup>. En definitiva, Mali se convirtió en un verdadero Estado fallido (Vacas Fernández, 2016).

El gobierno provisional nombrado tras el último golpe de estado frustrado solicitó ayuda a la potencia colonial. Francia proporcionó la asistencia requerida, lo cual dio lugar a una calma relativa puesto que, si bien sirvió para que el gobierno recuperase el control de muchas regiones del norte, no consiguió eliminar por completo las hostilidades en la zona. Asimismo, otros operadores internacionales intervinieron en la crisis maliense sin mucho éxito: la Comunidad Económica de Estados Africanos (ECOWAS), la Unión Africana y la Organización de las Naciones

<sup>2</sup> La Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2056 (2012) sobre la Paz y seguridad en África rechaza categóricamente la declaración de independencia realizada por el MNLA, reiterando la falta de validez de tales anuncios. El texto íntegro de la resolución está disponible en el siguiente enlace: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2056%20\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2056%20(2012))

<sup>3</sup> Así lo expresó el presidente de la ONU en su Informe sobre la Situación en Mali, de 28 de noviembre de 2012. Disponible en el siguiente enlace: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/616/32/PDF/N1261632.pdf?OpenElement>

Unidas (Gutiérrez Zarza, 2015)<sup>4</sup>. El propio presidente de las Naciones Unidas hizo un llamamiento específico en relación con la necesidad de imponer sanciones a los responsables de los ataques al patrimonio. No obstante, ninguna de aquellas intervenciones extranjeras supo ofrecer soluciones sólidas y efectivas a esta emergencia internacional, lo cual revela el fracaso de la diplomacia en la resolución de la crisis maliense (Gutiérrez Zarza, 2015).

Desde la intervención francesa se han sucedido diversos acuerdos de paz entre el gobierno de Mali y los rebeldes tuareg. Sin embargo, no han puesto fin al conflicto y la contienda se mantiene abierta: no solo con los grupos tuareg cuyas reivindicaciones no fueron satisfechas con tales acuerdos, sino también con otras formaciones yihadistas que continúan operando en la zona (Boas y Torheim, 2013).

Las fuerzas de ocupación impusieron violentamente la Ley Islámica o Sharía (Cortés Jiménez, 2019) a la población del norte. Hubo cierta resistencia a la imposición de la Ley Islámica, en particular por parte de las mujeres tuareg, quienes protagonizaron manifestaciones importantes en contra de la Sharía. La población civil sufrió todo tipo de atropellos como consecuencia de la aplicación de este código de conducta islámico que se proyecta tanto sobre la moral, como respecto de la organización política.

La ciudad de Tombuctú estuvo controlada por Ansar Dine principalmente, así como la formación AQMI. Durante la ocupación, estos grupos, en virtud de la aplicación y respeto a la Ley Islámica, crearon unos tribunales religiosos, así como una policía religiosa denominada Hisbah, con el fin de garantizar la implantación rigurosa de su interpretación del Corán a la población maliense. Como consecuencia de la regulación de la moralidad de los habitantes de Tombuctú, la Hisbah destruyó numerosos e importantes lugares de culto, considerados vicio aparente<sup>5</sup> que debía ser eliminado por las fuerzas de ocupación. Se trataba de una política perfectamente orquestada para amedrentar a la población imponiendo por la fuerza su ideología y arrebatándoles su pasado (Vacas Fernández, 2016)<sup>6</sup>.

Los radicales musulmanes de Ansar Dine y sus aliados tienen una visión radicalizada del islam. Consideran que el culto a cualquier deidad distinta a Dios debe estar prohibida, ya que es considerada bajo su interpretación de la Sharía como un ataque al islam. En consecuencia, los lugares de culto y mezquitas son considerados contrarios al islam. Por el contrario, los musulmanes moderados practican con

---

<sup>4</sup> El Consejo de Seguridad de la ONU ha abordado la crisis de Mali en diversas resoluciones. La primera de ellas es la Resolución 2056 (2012), en la que rechaza la declaración de independencia realizada por el MNLA, considerándola nula y carente de validez. Asimismo, condena enérgicamente la profanación, el daño y destrucción de lugares santos y de importancia histórica y cultural, en especial los declarados Patrimonio Mundial por la UNESCO, como es la ciudad de Tombuctú. Poco después, la Resolución 2071 (2012) condena los abusos de derechos humanos cometidos en el norte de Mali por los diversos grupos rebeldes y terroristas que controlaban la zona. Se refiere expresamente a actos violentos contra la población civil, así como la destrucción de lugares culturales y religiosos, poniendo de manifiesto que tales acciones podrían ser constitutivas de crímenes internacionales de conformidad con el Estatuto de Roma. A finales de 2012, la Resolución 2085 del Consejo de Seguridad condena enérgicamente la destrucción de edificios de carácter cultural y religioso en Tombuctú, además de otras actuaciones criminales cometidas en la zona. Estas resoluciones se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/2012.shtml>

<sup>5</sup> [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF) Sentencia párrafo 33.

<sup>6</sup> La destrucción de bienes culturales llevada a cabo por ciertos grupos como vía perversa para imponer una ideología religiosa determinada es analizada por el profesor Vacas Fernández, quien pone de manifiesto la sorprendente y decidida coordinación en la Comunidad Internacional en la sucesión de acontecimientos ante los ataques producidos en el norte de Mali en 2012.

regularidad el rezo en mezquitas y tumbas sagradas, en señal de respeto y para no olvidar a los difuntos ni su lugar de procedencia.

## 2. Marco regulador para la protección de patrimonio histórico cultural en derecho internacional

No existe una noción única y universal en derecho internacional sobre el concepto de patrimonio cultural de la Humanidad (Fernández Liesa, 2012). Diversas convenciones internacionales ofrecen múltiples definiciones de *bienes culturales*. Todas ellas incluyen enumeraciones amplias y abiertas de bienes culturales, muebles, inmuebles, de carácter cultural y también natural, bienes que se encuentran en tierra firme y también los que se hallan en un medio subacuático, bienes materiales e inmateriales.

La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptada en La Haya en 1954, materializa el esfuerzo de la Comunidad Internacional tras la Segunda Guerra Mundial por regular la protección del patrimonio cultural en situaciones de conflicto armado. Pese a que las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre abordaban la salvaguarda del patrimonio cultural (Fernández Hernández, 2018), la Convención de 1954 es sin duda un instrumento más relevante. Se trata de una convención con vocación mundial: actualmente, 133 Estados<sup>7</sup> son parte de la misma<sup>8</sup>. El preámbulo de la Convención pone de manifiesto la importancia de la conservación del patrimonio cultural, considerando, desde una perspectiva universalista, los daños ocasionados a bienes culturales como un menoscabo para toda la humanidad (Fernández Liesa, 2012). Reitera la concepción universalista al incluir en la amplia y detallada definición de bienes culturales los muebles e inmuebles de *gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos*.

Junto con la Convención se adoptó un Protocolo que completaba el marco regulador con previsiones tendentes a evitar la exportación de bienes culturales de territorios ocupados, así como normas relativas al retorno de tales bienes al Estado del que fueron exportados y la obligación de indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes exportados.

La Convención de 1954 no se limita a definir los bienes culturales, sino que además impone a los Estados Parte una serie de obligaciones de salvaguardia y respeto de los bienes culturales. En relación con el primero de los compromisos, los Estados deben tomar medidas tendentes a identificar sus bienes culturales. En este sentido, pueden elaborar inventarios o listas, categorizar los bienes según la relevancia de estos o crear refugios donde almacenar de forma segura los bienes culturales muebles.

Una segunda obligación para los Estados Parte de la Convención gira en torno a la necesidad de respetar los bienes culturales, tanto al atacar a otro Estado como al defenderse de un ataque. En efecto, las Altas Partes Contratantes se comprometen a no exponer los bienes culturales propios o ajenos a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado. Sin embargo, esta obligación de respeto lamentablemente cede ante la existencia de una *necesidad militar* que impida de forma imperativa su cumplimiento (Fernández Hernández, 2018). Asimismo, los Estados Parte se comprometen a prohibir, impedir y cesar cualquier acto de apropiación de bienes

<sup>7</sup> La lista de los Estados Parte con el detalle de la fecha y tipo de instrumento y fecha de depósito del mismo está disponible en el siguiente enlace:

<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=S&order=alpha>

<sup>8</sup> Mali se adhirió a la Convención de 1954 el 18 de mayo de 1961.

culturales, a no requisar ni a tomar medidas de represalia contra bienes culturales situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante.

El Protocolo Segundo fue adoptado en 1999, con la intención de mejorar el sistema de protección para determinados bienes de mayor relevancia para la Comunidad Internacional. Se crea una nueva categoría de bienes de *protección reforzada*, que gozarán de inmunidad, lo cual implica que los Estados se abstendrán de atacarlo o utilizarlo para fines militares<sup>9</sup>. También incluye previsiones acerca de la responsabilidad penal de aquellos que destruyen bienes culturales, así como de la cooperación judicial recíproca para perseguir estos delitos. El protocolo traslada a los Estados la obligación de incluir tipos penales adecuados en su legislación penal nacional, y la persecución en su territorio de los actos que constituyan infracciones tanto de la Convención como de sus protocolos.

Pese a la clara vocación universal, la Convención de 1954 no pudo cumplir tal propósito. Con el tiempo resultaba insuficiente para albergar nuevas interpretaciones del concepto de bienes culturales. La concepción del patrimonio cultural va evolucionando, incluyendo nuevos elementos como el patrimonio cultural inmaterial, o los bienes naturales, los cuales no hallaban una correcta cobertura en la Convención de 1954.

El Convenio de Protección del Patrimonio Cultural y Natural de 1972 incluye en el concepto de bienes culturales no solo los creados por el hombre, como manifestación artística o arqueológica de cualquier tipo, sino además los bienes que integran el *patrimonio natural*: monumentos naturales constituidos por formaciones físicas o biológicas, geológicas, fisiográficas y zonas delimitadas que constituyan un hábitat de especies animales o vegetales amenazadas, con valor universal excepcional. Este instrumento internacional amplía considerablemente la cobertura del marco normativo de la anterior Convención de 1954, puesto que incluye en la definición esas otras obras naturales. Este instrumento internacional es una prueba más de la evolución constante del concepto de patrimonio cultural. Asimismo, otra manifestación más del consenso en la Comunidad Internacional en relación con el desarrollo permanente de la concepción de bienes culturales es el amplísimo apoyo con el que cuenta el Convenio de 1972. Actualmente 188 Estados forman parte de este instrumento internacional.

Los Estados Parte tienen la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras su patrimonio cultural y natural, así como de evitar la adopción de medidas que pudieran dañarlo. El Convenio exige a los Estados este esfuerzo, atendiendo a los recursos propios de cada país, fomentando la asistencia y cooperación internacionales. Las mencionadas obligaciones incluyen adopción de políticas nacionales de carácter jurídico, científico, financiero, etc. respecto de los bienes culturales de su territorio. Asimismo, el Convenio de 1972 hace un llamamiento a la cooperación de toda la Comunidad Internacional para proteger el patrimonio cultural y natural. Se crea un Comité que evalúa los inventarios de bienes de patrimonio cultural y natural remitidos por los Estados Parte, de modo que pueda confeccionar una Lista de patrimonio mundial integrada por los bienes que, a juicio del Comité, poseen un valor universal excepcional. Esta lista, junto con la Lista de patrimonio mundial en peligro, constituyen un importante elemento de publicidad, que pone sobre aviso a la Comunidad Internacional en lugares en los que puede haber peligro grave de destrucción o deterioro de bienes culturales por cualquier motivo. En

---

<sup>9</sup> Vid. capítulo 3 Protocolo Segundo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999).



la misma lista se menciona la dotación económica que ofrece la UNESCO para intentar revertir la situación de amenaza<sup>10</sup>.

En la década del 2000 se adoptaron otros instrumentos internacionales para la protección de bienes culturales: la Convención para la protección del patrimonio subacuático de 2001, la Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial de 2003 y el Convenio sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005.

Todos ellos amplían la definición de patrimonio cultural, adaptando el concepto a una realidad que evoluciona hacia un espectro mayor de bienes culturales, acompañada asimismo de un incremento importante en la concienciación de la Comunidad Internacional y, consecuentemente, de una mejora considerable de la implicación de los Estados respecto de la necesaria protección y conservación del abundante patrimonio cultural de los pueblos.

La existencia de una diversidad de instrumentos internacionales sobre esta materia pone de manifiesto la evidente preocupación de los Estados por comprometerse a respetar y proteger los bienes culturales. La concienciación de las distintas naciones sobre la necesidad de orquestar vías colectivas de protección va más allá de la perspectiva nacional. Los Estados reconocen la imperiosa obligación de coordinación internacional, para una mejor protección de los bienes culturales, en beneficio de la humanidad. En efecto, para lograr que las herramientas jurídicas sobre protección del patrimonio cultural sean más eficaces y duraderas, es absolutamente necesaria la colaboración de los Estados Parte (Cortés Jiménez, 2019). Todos los países y sus sociedades deben ser conscientes de la importancia cultural e histórica que tiene su propio patrimonio, así como el del resto de naciones. Esta concienciación colectiva es posible solamente si existen mecanismos internacionales que garanticen la existencia y correcta conservación de los bienes culturales (Fernández Hernández, 2018).

### 3. La destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú

Tombuctú tiene un valor histórico religioso importantísimo (Green Martínez, 2015). Ha sido foco cultural, espiritual y comercial de las rutas transaharianas. Fue el epicentro de la cultura islámica en los siglos XV y XVI, capital espiritual e intelectual. Se trataba de una ciudad emblemática con una dimensión mítica, que desempeñaba un papel esencial en la expansión del islam en la región (Jiménez García, 2019). Asimismo, Tombuctú es considerada una ciudad de gran valor arquitectónico. En 1988, la ciudad en su conjunto fue inscrita en la Lista de Patrimonio Histórico de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)<sup>11</sup>. Sus numerosos edificios religiosos (mausoleos y mezquitas principalmente) constituyen un conjunto histórico cultural de un valor formidable, un capítulo de la historia de la humanidad. Han sido testigos de la magnitud e importancia de Tombuctú a lo largo de los siglos. En 2012, durante la crisis, las autoridades malienses, conscientes del peligro que amenazaba Tombuctú, solicitaron la inscripción de sus mausoleos y mequitas en la Lista de Patrimonio en Peligro de la UNESCO<sup>12</sup>. Este intento

<sup>10</sup> Los monumentos destruidos en Mali en 2012, objeto del procesamiento del Sr. Al Mahdi, fueron incluidos en esta Lista de patrimonio en peligro, como se explica en el epígrafe 3.

<sup>11</sup> <http://whc.unesco.org/en/list/119/>

<sup>12</sup> Los edificios religiosos de Tombuctú efectivamente fueron incluidos en esta Lista de Patrimonio en Peligro. Sin embargo, dicha clasificación no pudo evitar el terrible desenlace: la destrucción de 9 de los 16 mausoleos de la ciudad, junto con una de las mezquitas más importantes de la misma, a manos de los integrantes de la Hisbah dirigidos por el Sr. Al Mahdi. La decisión del Comité de Patrimonio Histórico

desesperado de protección no produjo los efectos disuasorios deseados, puesto que, durante los meses de la ocupación, la mayoría de los mausoleos y una de las mezquitas más importantes de la ciudad fueron atacadas por los integrantes de la Hisbah, dirigidos por el Sr. Al Mahdi, como establece la sentencia de la Corte Penal Internacional.

La destrucción deliberada de los mismos supuso la pérdida de importantes lugares de culto cotidiano, además de la privación y quebranto de una parte importante de la identidad de Tombuctú y de la historia de la región, que afecta no solo a los habitantes de Mali, sino a toda la humanidad.

La destrucción de patrimonio cultural entraña consecuencias catastróficas. En efecto, la pérdida de bienes culturales facilita la manipulación de la historia haciendo desaparecer el pasado, ayudando a que desaparezcan los elementos que definen un pueblo. La subsiguiente crisis de identidad puede generar un alto grado de inestabilidad, conflictividad y tensión en la pugna por una nueva identidad (Cortés Jiménez, 2019).

Estos desgraciados eventos tuvieron lugar en poco tiempo, pero sus múltiples efectos lamentablemente perdurarán para siempre.

#### 4. La respuesta de la Corte Penal Internacional

En julio de 2012, el Ministro de Justicia de Mali<sup>13</sup> remitió a la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional una carta (Stegmiller, 2013)<sup>14</sup> informando sobre la crisis en el norte del país<sup>15</sup>, manifestando su incapacidad para solventar tal situación. En efecto, el gobierno maliense había perdido el control sobre la zona ocupada (Stegmiller, 2013)<sup>16</sup>. El comunicado gubernamental deja claro que no se ha producido vulneración del principio de complementariedad de la actuación de la Corte (Nsereko, 2013)<sup>17</sup>, puesto que no existía ningún procedimiento nacional en Mali ni en ningún otro Estado en relación con los mismos crímenes (Stegmiller, 2013)<sup>18</sup>.

---

respecto de la inclusión en la lista de los mausoleos y mezquitas de Tombuctú se puede consultar en el siguiente enlace: <http://whc.unesco.org/en/decisions/6975>

<sup>13</sup> El art. 14 del Estatuto de Roma establece la posibilidad de un Estado parte de remitir a la Oficina del Fiscal una carta solicitando a la misma que investigue una situación en la que parece haberse cometido uno o más crímenes competencia de la CPI, ofreciendo todos los detalles que sea posible. En virtud de dicha potestad, y ante la imposibilidad de enjuiciar los crímenes que se estaban cometiendo en el norte del país, el ministro de justicia, D. Malick Coulibaly (la autoridad competente en el Estado Parte en relación a los asuntos jurisdiccionales) remitió la situación a la Corte, revelando su incapacidad para enjuiciar y terminar con los crímenes que se estaban cometiendo en las regiones del norte, respecto de las cuales carecía de control policial o militar, así como de servicios judiciales.

<sup>14</sup> No establece el Estatuto de Roma ni el resto de normas procesales de la Corte ningún requisito excesivamente gravoso en relación con este tipo de notificaciones "de situaciones" remitidas por un Estado Miembro; tan solo establece que se deben realizar por escrito. En efecto, el único requisito formal para la remisión de una situación por un Estado Parte está en el art. 45 del Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte, en el que tan solo se exige que se realice por escrito.

<sup>15</sup> Solo está publicada la versión original en francés de la carta enviada por el ministro maliense. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf>

<sup>16</sup> Apunta el autor que las autoridades malienses habían informado a la Oficina del Fiscal de que los servicios judiciales habían sido retirados de las ciudades del norte, siendo los tribunales malienses incapaces de procesar a los responsables de los crímenes denunciados.

<sup>17</sup> La jurisdicción de la Corte Penal Internacional tiene carácter complementario a las jurisdicciones de los Estados Parte, tal como indica el art. 1 del Estatuto, y complementa más adelante el art. 17.1, apartados a), b) y c). La jurisdicción de la Corte solo opera ante la inexistencia o incapacidad de desarrollar un proceso nacional con garantías.

<sup>18</sup> En este sentido, Stegmiller defiende que la ausencia misma de procedimiento nacional respecto de los hechos criminales denunciados justifica inicialmente la admisibilidad de la petición de investigación

#### 4.1. La iniciación del proceso

Tras la remisión de la situación por un Estado Parte (Bujosa Vadell, 2008)<sup>19</sup>, la Oficina del Fiscal comienza de oficio una investigación inicial con el objetivo de analizar la veracidad de la información recibida, y de determinar si existe fundamento suficiente para incoar la instrucción. La Fiscalía realiza estas investigaciones preliminares<sup>20</sup>, con carácter previo a la propia investigación criminal, con el fin de determinar si hay base razonable para iniciar la investigación propiamente procesal del asunto, con relación a una situación respecto de la cual tuvo conocimiento<sup>21</sup>.

En definitiva, la Fiscalía comprueba, en este estadio tan inicial del caso, si se cumplen los requisitos legales necesarios para incoar la fase de instrucción penal<sup>22</sup>. En este sentido, la Oficina del Fiscal de la CPI debe considerar los siguientes criterios: la jurisdicción sobre la cuestión (temporal, territorial, personal, material); la admisibilidad (principio de complementariedad y la necesaria gravedad de las actuaciones delictivas); y, por último, si existe “interés de la justicia” (Stegmiller, 2013) en la incoación del asunto.

En el concreto caso de Mali, el 16 de enero de 2013 la Fiscalía hizo público un informe<sup>23</sup> motivando la necesidad de incoación de la investigación, en virtud del art. 53 del Estatuto de Roma. No existe ninguna norma legal que establezca la obligación formal de publicar esta información; no obstante, la Oficina del Fiscal decidió dar publicidad al resultado de la investigación preliminar e incoar la instrucción penal, con el objetivo de promover la claridad y la transparencia en su actuación (Stegmiller, 2013)<sup>24</sup>.

---

preliminar por parte del gobierno maliense. Así figura también en el párrafo 47 de la Guía de Investigaciones Preliminares (OTP Policy Paper on Preliminary Examinations). Este documento, cuya última versión es de noviembre de 2013, detalla los aspectos que tiene que verificar la Fiscalía en su examen preliminar. Además de la admisibilidad, se especifica obviamente la jurisdicción, y también otro aspecto interesante, el «interés de la justicia». Este documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy\\_Paper\\_Preliminary\\_Examinations\\_2013-ENG.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf)

<sup>19</sup> Analiza el autor la cooperación de los Estados en la activación del proceso penal internacional. Puntualiza que la investigación preliminar iniciada como consecuencia de la información que facilita un Estado a la Corte activa una «jurisdicción abstracta» unos trámites autónomos previos a la activación de la «jurisdicción concreta», a través de la cual se procede a una investigación y eventual enjuiciamiento.

<sup>20</sup> Los apartados 1 y 2 del art. 15 del Estatuto de Roma habilitan al Fiscal a realizar de oficio estas investigaciones preliminares, sobre la base de alguna información acerca de un crimen competencia de la Corte a la que la Fiscalía tuvo acceso.

<sup>21</sup> El art. 53.1 apartados a) y c) expresa de una forma ciertamente enrevesada los motivos por los cuales, tras finalizar la investigación preliminar, la Fiscalía continuaría el proceso hacia la instrucción penal. En efecto, en sentido contrario, el art. 53.1 establece que tras la investigación preliminar el Fiscal iniciará una investigación *a menos que no* encuentre fundamento razonable para entender que no se ha cometido o no se está cometiendo un crimen bajo la jurisdicción de la Corte; o que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación *no redundaría en interés de la justicia*. La discrecionalidad a la hora de iniciar formalmente procesos criminales introducida por este artículo merece en sí misma un análisis más detallado. No obstante, no es el objeto de esta contribución, y por tanto no será analizada con detenimiento.

<sup>22</sup> La Oficina del Fiscal publica anualmente un Informe sobre aquellas situaciones respecto de las cuales realiza investigaciones preliminares. Esta es una práctica elogiada y novedosa de la Fiscalía de la Corte que comenzó en 2011. El informe de noviembre de 2012 ya mencionaba la investigación preliminar de la situación en Mali, junto con otras. En dicho informe figuraban diversos crímenes de guerra (en los párrafos 171 a 178), además de la destrucción del patrimonio histórico-religioso: asesinatos, torturas, saqueo, violaciones, reclutamiento de niños, etc. El informe completo está disponible en el siguiente enlace: [http://iccforum.com/media/background/africa/2012-11-22\\_ICC\\_OTP\\_Report\\_on\\_Preliminary\\_Examination\\_Activities.pdf](http://iccforum.com/media/background/africa/2012-11-22_ICC_OTP_Report_on_Preliminary_Examination_Activities.pdf)

<sup>23</sup> Disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliArticle53\\_1PublicReportENG16Jan2013.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf)

<sup>24</sup> Tal como expresa el primer párrafo del informe. Asimismo, Stegmiller considera que la CPI se está esforzando en mostrar el desarrollo de su actividad por diferentes canales. Muestra de ello es la

El Tribunal es competente desde el punto de vista temporal (*ratione temporis*) para enjuiciar este asunto, puesto que Mali fue uno de los primeros países en incorporarse el Estatuto de Roma (Vacas Fernández, 2016) el 17 de Julio de 1998, y depositó el instrumento de ratificación el 16 de agosto de 2000. Por tanto, la CPI tiene competencia para juzgar los crímenes cometidos en Mali o por ciudadanos malienses desde 2002.

Asimismo, la Corte tiene competencia territorial y/o personal (*ratione loci, ratione personae*). De acuerdo con el artículo 12 del Estatuto la Corte, esta podrá enjuiciar un asunto siempre que los crímenes ocurran en el territorio de un Estado Parte del Estatuto, o de un Estado que haya aceptado la jurisdicción de este tribunal; o cuando el crimen haya sido perpetrado por un nacional de un Estado Parte del Estatuto de Roma. Los crímenes denunciados fueron cometidos dentro del territorio maliense. Concretamente, en las regiones del norte del país: Gao, Kidal y Tombuctú.

El Estatuto de Roma solo confiere jurisdicción a la Corte respecto de determinados crímenes (*ratione materiae*) considerados una ofensa grave para la Comunidad Internacional en su conjunto<sup>25</sup>. En el informe de la Fiscalía se analiza la conveniencia de incoar el procedimiento en relación a crímenes de guerra, y también crímenes de lesa humanidad, para concluir que la Oficina del Fiscal solo encontró indicios suficientes de criminalidad para continuar investigando respecto de los crímenes de guerra, concretamente el tipo penal establecido en el artículo 8, apartado 2, letra e) número iv): ataques intencionados contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en los que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; todo ello en un contexto de conflicto armado de carácter no internacional (San Martín Calvo, 2016)<sup>26</sup>.

La Fiscalía no encontró razones suficientes para incoar la instrucción en relación con los crímenes de lesa humanidad (artículo 7 del Estatuto de Roma). En efecto, en el momento de redactar el informe<sup>27</sup> y decidir sobre la continuación del caso, la Oficina del Fiscal no halló suficientes indicios de criminalidad en relación con las acciones denunciadas que se subsumían en el tipo penal de crímenes de lesa humanidad, que tuvieron lugar en Mali en el lapso temporal analizado, esto es, de enero a diciembre de 2012 (Green Martínez, 2015)<sup>28</sup>. Sin embargo, la Fiscalía dejó abierta la opción de una futura investigación con más detalle sobre la posible persecución de estos crímenes de lesa humanidad<sup>29</sup>. La Oficina del Fiscal concluyó que en aquel momento no existía fundamento suficiente para confirmar la existencia de crímenes de lesa humanidad, y por tanto decidió dejar a salvo la opción de revisar

---

publicación del Informe sobre la Situación de Mali, de 16 de enero de 2013. En opinión del autor, con este tipo de acciones la CPI contrarresta las opiniones de aquellos que la acusan de estar políticamente manipulada por los Estados Occidentales.

<sup>25</sup> El art. 5 del Estatuto de Roma establece la competencia objetiva sobre los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

<sup>26</sup> San Martín Calvo realiza un interesante análisis del caso Al Mahdi, comparándolo con otros procesamientos penales de carácter internacional en los que se produjo destrucción de patrimonio histórico.

<sup>27</sup> El informe de la Oficina del Fiscal sobre la situación en Mali está fechado el 16 de enero de 2013.

<sup>28</sup> El autor realiza un completo análisis del crimen de lesa humanidad en relación a este caso, considerando que la elección de la Corte Penal Internacional no fue del todo acertada, puesto que el autor entiende que las mismas acciones criminales (los actos vandálicos de los miembros de Ansar Dine que destruyeron mezquitas y mausoleos en la ciudad de Tombuctú) son constitutivas no solo del tipo penal del artículo 8 (crímenes de guerra) del Estatuto de Roma, sino además de crímenes de lesa humanidad del artículo 7, de manera simultánea. Argumenta el autor que en Tribunal Penal Militar para la ex-Yugoslavia se produjo esta simultaneidad de tipos penales.

<sup>29</sup> Así lo establecen los párrafos 128 y 132 del Informe de 16 de enero de 2013.

la situación en un futuro, si se descubriesen más evidencias al respecto (Stegmiller, 2013).

No obstante, la Oficina del Fiscal continuó investigando la situación en Mali. El 20 de marzo de 2018 la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que emitiese una orden de arresto<sup>30</sup> contra el Sr. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. En la orden de arresto la Sala considera que hay indicios suficientes para imputar al Sr. Al Hassan por crímenes de lesa humanidad y por crímenes de guerra<sup>31</sup>. Actualmente se encuentra en prisión preventiva en las dependencias de la Corte en La Haya. La sesión de confirmación de los cargos objeto de la imputación tuvo lugar en julio de 2019. Se ha constituido la Sala 10<sup>a</sup> para el enjuiciamiento del Sr. Al Hassan<sup>32</sup>.

Retomando el caso Al Mahdi, en cuanto al análisis de la admisibilidad, éste debe realizarse en base a dos elementos: por un lado, la no vulneración del principio de complementariedad; por otro, la gravedad de los hechos. En el estudio de la complementariedad, la Fiscalía efectivamente confirmó la ausencia de autoridades gubernativas en las regiones ocupadas, tal como denunciaba la carta del ministro de justicia maliense, concluyendo entonces que no había vulneración del principio de complementariedad, puesto que el gobierno de Mali no podía enjuiciar tales actuaciones criminales<sup>33</sup>. En efecto, el mecanismo de jurisdicción penal internacional creado por el Estatuto de Roma fue diseñado, no para competir con la jurisdicción nacional de los Estados Parte, sino para complementar la justicia a nivel doméstico. En consecuencia, tan solo entra en funcionamiento ante la ineficacia o fracaso del procesamiento nacional (Nsereko, 2013). En el caso de Mali, ante la inexistencia de procedimiento judicial maliense, la Oficina del Fiscal, tras la comunicación del gobierno y habiendo comprobado la inoperatividad de los tribunales malienses; halla suficientes indicios de criminalidad respecto de ciertos crímenes de guerra para incoar el proceso ante la Corte Penal Internacional<sup>34</sup>.

La Oficina del Fiscal tiene la obligación de investigar de forma independiente todos los crímenes cometidos por todas las partes implicadas en el conflicto. En los

<sup>30</sup> La orden de arresto contra Al Hassan emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_02547.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02547.PDF)

<sup>31</sup> La lista de crímenes es larga. La Sala imputa al Sr. Al Hassan en la orden de arresto los siguientes crímenes de lesa humanidad contra la población civil de Tombuctú: persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos religiosos y de género (art. 7.1 h); tortura (art. 7.1 f); violación y esclavitud sexual, (art. 7.1 g); y otros actos inhumanos que causan intencionadamente grave sufrimiento como es el matrimonio forzado y la violencia física (art. 7.1 k) cometidos en Tombuctú entre abril de 2012 y enero de 2013. La orden también le imputa los siguientes crímenes de guerra: violencia contra la persona y la dignidad (art. 8.2 c i, ii); condenas y ejecuciones sin juicio justo (art. 8.2 c iv); violación y esclavitud sexual (art. 8.2 e vi); cometidos en Tombuctú entre abril de 2012 y enero de 2013; y ataques intencionados a edificios religiosos, monumentos históricos sin ser objetivos militares (art. 8.2 e iv) cometidos a finales de junio de 2012 y hasta mediados de julio de 2012. *Vid.* párrafos 11 a 14 de la Orden de arresto contra Al Hassan.

<sup>32</sup> Toda la información relativa al procesamiento del Sr Al Hassan está disponible en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan>

<sup>33</sup> *Vid supra* nota 20. Asimismo, en las conclusiones del Informe de la Fiscalía se reitera la imposibilidad del Gobierno nacional de procesar a los responsables de los crímenes allí cometidos.

<sup>34</sup> El párrafo 133 del Informe de la Oficina del Fiscal de 16 de enero de 2013 detalla los crímenes que fueron objeto de la investigación. La Fiscalía investigó los siguientes crímenes de guerra del artículo 8: atentados contra la vida y la integridad corporal, en especial homicidio, mutilaciones, trato cruel y la tortura (apartado 2 (c) i); condenas y ejecuciones sin un juicio previo ante un tribunal ordinario con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables (apartado 2 (c) iv); ataques contra monumentos históricos y religiosos que no son objetivo militar (apartado 2 (e) iv); saqueo (apartado 2 (e) v); violación, esclavitud sexual, prostitución forzada y cualquier forma de violencia sexual (apartado 2 (e) vi).



enfrentamientos armados como consecuencia de la ocupación por las diferentes formaciones del norte del país, las fuerzas armadas malienses, así como el gobierno, pudieron también haber cometido ilícitos penales. De acuerdo con el Informe de la Fiscalía<sup>35</sup>, las acciones criminales cometidas por autoridades malienses estaban siendo objeto de procesamiento en los tribunales nacionales, lo cual excluye la competencia de la Corte para conocer (Stegmiller, 2013)<sup>36</sup>. En efecto, la jurisdicción de la Corte no opera si el Estado competente para el enjuiciamiento ha iniciado el proceso penal en relación con los mismos hechos y sujetos (artículo 1 del Estatuto de Roma).

No existen instrucciones concretas en el Estatuto de Roma para valorar la gravedad (artículo 17.1. d) del Estatuto de Roma) de las actuaciones delictivas. Por el contrario, en el Reglamento de la Oficina del Fiscal (artículo 29.2 del Estatuto de la Oficina del Fiscal)<sup>37</sup> hay una indicación sobre la necesidad de comprobar ciertos factores para determinar la gravedad de las conductas objeto de la investigación preliminar. La magnitud de los hechos, su naturaleza, así como la forma de comisión de los mismos, además del impacto que provocaron. El informe relativo a la situación en Mali individualiza cuatro actos criminales y analiza la gravedad de los hechos en base a los cuatro factores enunciados anteriormente. Además de la destrucción de Patrimonio histórico-religioso en Tombuctú, las ejecuciones de miembros de las fuerzas armadas de Mali a manos de los rebeldes en la región de Agelhoc en Kidal, los diferentes castigos impuestos a la población civil y militar en las zonas ocupadas, el saqueo en las ciudades de Gao y Tombuctú, y de 50 a 100 violaciones<sup>38</sup>.

El interés de la justicia también debe ser valorado por la Fiscalía durante la investigación preliminar. El apartado 1 del artículo 53 del Estatuto de Roma establece un mecanismo para la valoración del interés de la justicia, una vez se haya analizado la gravedad y el interés de las víctimas. La vaguedad de la terminología puede derivar en concepciones negativas sobre la discrecionalidad de la Oficina del Fiscal a la hora de no incoar investigaciones como consecuencia de la inexistencia de interés de la justicia. No obstante, la Fiscalía nos invita a entender el requisito en sentido contrario. En efecto, el Documento Orientativo sobre el Interés de la Justicia<sup>39</sup> recuerda que este criterio se utilizará para descartar la investigación tan solo en ocasiones excepcionales, puesto que existe una presunción a favor de la investigación, y no en contra de investigar una situación denunciada. Además, si la Oficina del Fiscal alega falta de interés en la justicia para no incoar una investigación, dicha decisión debe ser sometida a la consideración de una Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 53.3 b) del Estatuto de Roma). Asimismo, el Documento Orientativo apunta que uno de los fines más importantes del Estatuto de Roma es evitar la impunidad de determinados crímenes internacionales, abundando en el carácter excepcional de la ausencia de interés de la justicia como argumento para no incoar formalmente el proceso.

<sup>35</sup> Vid. párrafo 139 del Informe de la Oficina del Fiscal relativo a la Situación en Mali, de 16 de enero de 2013.

<sup>36</sup> Concretamente, el Informe se refiere a la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada llevadas a cabo por miembros de la armada y de la policía malienses, en el contexto de las rebeliones tuareg y los golpes de estado que se sucedieron en Mali durante el año 2012.

<sup>37</sup> El Estatuto de la Oficina del Fiscal (*Regulations of the Office of the Prosecutor*) está disponible en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsOTPEng.pdf>

<sup>38</sup> Vid. párrafos 142 a 170 del Informe de la Oficina del Fiscal relativo a la Situación en Mali, de 16 de enero de 2013.

<sup>39</sup> Disponible en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>

## 4.2. La investigación, la orden de arresto y la confirmación de los cargos

La investigación formal comienza en relación con todos los crímenes mencionados en el Informe de la Fiscalía; no obstante, la única condena emitida hasta el momento ha sido por el tipo penal del art. 8.2 (e) (iv): dirigir intencionadamente ataques contra el patrimonio histórico-religioso que no sean objetivo militar, en un contexto de conflicto armado no internacional.

En efecto, el Informe concluye que la Oficina del Fiscal, tras la investigación preliminar, encontró suficientes evidencias para continuar investigando en profundidad respecto de los siguientes crímenes de guerra: asesinato, mutilación o tortura inhumana, ejecuciones sin un juicio con todas las garantías, destrucción intencionada de patrimonio histórico-religioso, saqueo y violación<sup>40</sup>.

Asimismo, la Fiscalía apunta el carácter no vinculante en relación con la elección de los crímenes seleccionados para continuar con la fase de investigación, ya que no impide futuras investigaciones o selección de crímenes. Efectivamente, esta previsión recuerda que, durante el trascurso de la investigación criminal en el seno de un proceso penal ante la CPI, y a la luz de las diligencias de investigación que se vayan practicando, la Fiscalía irá delimitando el objeto del enjuiciamiento. Durante el trascurso de la instrucción la Fiscalía tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la investigación y persecución de los crímenes competencia de la Corte. Se espera que el Fiscal investigue los hechos desde todos los ángulos y que revise de manera crítica y diligente todas las evidencias del caso (Buisman, 2014)<sup>41</sup>.

En virtud del artículo 58.1 del Estatuto de Roma, la Sala de Cuestiones Preliminares a instancia de la Oficina del Fiscal el 18 de septiembre de 2015 emitió una orden de arresto contra el Sr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Éste se encontraba detenido en Níger, circunstancia que fue conocida y aprovechada por la Corte para ponerle a disposición del tribunal y conseguir imputarle la autoría de parte de los crímenes que estaba investigando la Fiscalía.

La Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), integrada por un único juez, justificó la necesidad de la detención en el hecho de que el detenido era miembro destacado de la organización Ansar Dine (Gutiérrez Zarza, 2015), así como en el constatado riesgo de fuga, y el peligro tanto directo como indirecto de influir en los testigos identificados por la Oficina del Fiscal. Las autoridades de Níger, atendiendo al requerimiento de detención y entrega emitidos por el secretario de la CPI, entregaron al Sr. Al Mahdi a la Corte el 26 de septiembre de 2015 (Gutiérrez Zarza, 2015).

En la primera comparecencia, celebrada el 30 de septiembre de 2015, la SCP informó al investigado, en presencia de su abogado, de los crímenes que se le atribuían, así como de los derechos de defensa que podía ejercitar. Asimismo, en esta

<sup>40</sup> Las conclusiones del Informe de la Oficina del Fiscal del 16 de enero de 2013 (párrafo 133) mencionan: asesinato, art. 8(2)(c)(i); mutilación o tortura inhumana, art. 8(2)(c)(i) (3); ejecuciones sin juicio con todas las garantías, art. 8(2)(c)(iv); destrucción intencionada de patrimonio histórico-religioso, art. 8(2)(e)(iv); saqueo, art. 8(2)(e)(v); y violación, art. 8(2)(e)(vi). Asimismo, la Fiscalía recuerda el carácter no vinculante de los crímenes seleccionados para continuar con la fase de investigación, en relación con futuras investigaciones o selección de crímenes.

<sup>41</sup> Esta obligación viene impuesta por el Estatuto de Roma, en el primer apartado del art. 54. El autor analiza la actuación de la Fiscalía para verificar si cumple o no con la obligación impuesta por el art. 54.1 apartado a) del Estatuto de Roma, en relación con la necesidad de investigar no solo las circunstancias incriminatorias, sino además las exoneratorias.

vista se verifica la identidad del investigado y el idioma en el que se expresará en sus intervenciones orales ante la Corte<sup>42</sup>.

En esa misma comparecencia se fijó la fecha para la audiencia de confirmación de cargos con el fin de decidir si la imputación presentada por la Fiscalía era suficientemente estable para continuar con el resto del proceso, de modo que quedase justificada con fundamentación bastante de hecho y derecho la apertura de la fase de enjuiciamiento<sup>43</sup>. En la decisión de la SCP sobre la confirmación de los cargos la Sala analizó tanto las cuestiones relativas a la identificación de los crímenes objeto de enjuiciamiento como la participación del imputado en la realización de las actuaciones delictivas investigadas. La Oficina del Fiscal atribuyó al Sr. Al Mahdi la destrucción de nueve mausoleos y una mezquita de gran valor histórico-religioso<sup>44</sup>.

Con relación a la autoría la SCP consideró que había suficientes evidencias para ordenar la apertura del juicio oral en base a la implicación del investigado en los diversos grupos que ocuparon el norte de Mali durante la perpetración de los crímenes objeto del proceso<sup>45</sup>, así como su participación directa en los actos vandálicos que destrozaron hasta diez edificios de carácter histórico-religioso. En efecto, la instrucción relacionaba al investigado tanto con Ansar Dine como con la organización Al-Qaïda del Magreb Islámico; concretamente, con la cúpula de la policía religiosa denominada Hisbah y el Tribunal Islámico creado por las fuerzas de ocupación.

### 4.3. Primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico

El juicio transcurrió de manera fluida, sin ningún incidente destacable. El acusado se declaró culpable<sup>46</sup>, lo cual no impide el desarrollo del procesamiento. Efectivamente, la confesión no evita el juicio oral: existe la necesidad de verificar la veracidad de la confesión, así como la culpabilidad del acusado durante la fase de enjuiciamiento. Ante la declaración de culpabilidad del acusado en la segunda vista, la Sala de Primera Instancia debe comprobar que tal declaración se realiza de forma voluntaria y con conocimiento de las consecuencias. Asimismo, la Fiscalía deberá probar la acusación formulada durante el juicio (artículos 65.1 del Estatuto de Roma y 139 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

El 27 de septiembre de 2016, la Corte Penal Internacional, por primera vez en su corta historia<sup>47</sup>, emitió la sentencia condenando al Sr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi a nueve años de prisión como coautor de la destrucción intencionada de edificios dedicados a la religión en una situación de conflicto armado de carácter no

---

<sup>42</sup> Esta primera comparecencia viene regulada en el art. 61 del Estatuto de Roma. La transcripción literal de esta vista está disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2015\\_18565.PDF](https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2015_18565.PDF)

<sup>43</sup> Así lo determina la propia Sala de Cuestiones Preliminares en la Decisión del 24 de marzo de 2016 sobre la confirmación de los cargos (párrafos 14-17). El texto íntegro de dicha decisión está disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02424.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02424.PDF)

<sup>44</sup> Los edificios destruidos habían sido declarados Patrimonio Mundial de la Humanidad por la UNESCO. La mayoría de ellos habían sido además incluidos en la Lista de Patrimonio en Peligro.

<sup>45</sup> La Decisión de la SCP de 24 de marzo detalla la autoría de Al Faqi Al Mahdi en los crímenes objeto de enjuiciamiento, así como el contexto armado en el que se desarrollaron las infracciones por las que se procesó al investigado (párrafos 30-54).

<sup>46</sup> Así consta en la transcripción de las sesiones del juicio, concretamente en la segunda sesión, celebrada el 22 de agosto de 2016 (página 8, párrafo 11) El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2016\\_05767.PDF](https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2016_05767.PDF)

<sup>47</sup> El Estatuto de Roma, o Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002.

internacional. Concretamente, se trataba de nueve mausoleos y una mezquita, todos ellos situados en la ciudad de Tombuctú, Mali.

La Corte consideró probado que el Sr. Al Mahdi era un destacado dirigente de Ansar Dine, un grupo radical islámico de corte salafista yihadista integrado por tribus tuareg, con presencia en el norte de Mali desde enero de 2012 (Gutiérrez Zarza, 2015). Como líder de la Hesbah, la policía religiosa creada por las fuerzas de ocupación con la finalidad de “regular la moralidad de los habitantes de Tombuctú, y prevenir, suprimir y combatir cualquier actuación considerada un vicio aparente por las fuerzas de ocupación”<sup>48</sup>, el Sr. Al Mahdi debía ejecutar la resolución del Tribunal Religioso de Tombuctú que ordenaba de destrucción de edificios religiosos representativos de la región (la importancia de los edificios destruidos ha sido ampliamente analizada por la doctrina: Green Martínez, 2015; Casaly 2016; Vrdoljak, 2016, entre otros).

Pese a que el fallo incluye como atenuante la resistencia inicial del Sr. Al Mahdi a destruir los mausoleos, con el fin de mantener relaciones tranquilas con la población<sup>49</sup>, la Corte considera probada la autoría del Sr. Al Mahdi, en base a distintas y variadas manifestaciones del condenado que demostraron el necesario elemento intencional del tipo delictivo (Pérez-León Acevedo, 2017). Escribió un sermón que fue leído por él mismo en uno de los ataques. Fue el responsable de informar a la prensa sobre la justificación de las actuaciones delictivas. El Sr. Al Mahdi decidió personalmente el orden en que serían destruidos los edificios, participó activamente junto con otros en la destrucción de varios mausoleos. Estando presente en todos los ataques, ofrecía instrucciones precisas y apoyo moral en el momento de la perpetración.

Todos los edificios destruidos eran monumentos de carácter histórico-religioso, dedicados exclusivamente al culto, sin ninguna conexión con objetivos militares<sup>50</sup>. Excepto uno de ellos, estos lugares de culto fueron incluidos en 2012 en la Lista de Patrimonio Mundial en Peligro de la Organización para las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)<sup>51</sup>. Previamente, en 1988, Tombuctú fue incluida en la Lista de Patrimonio Mundial<sup>52</sup>.

La *destrucción deliberada* (Pérez-León Acevedo, 2017)<sup>53</sup> de estos lugares de culto supuso una gran conmoción para los ciudadanos de Tombuctú y localidades cercanas. Estos actos vandálicos delictivos les arrebataron la posibilidad de practicar

<sup>48</sup> [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF) Sentencia párrafo 33.

<sup>49</sup> [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF) Sentencia párrafo 36.

<sup>50</sup> El apartado 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma define los crímenes de guerra. En dicha enumeración existe una clasificación general que diferencia dos escenarios en los que determinadas actuaciones pueden ser constitutivas de crimen de guerra: un conflicto internacional y un conflicto armado que *no sea de índole internacional*. El apartado 2 f) del mismo artículo aclara que este segundo escenario se refiere a conflictos armados entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, que tienen lugar dentro del territorio nacional. Asimismo, es importante destacar el carácter exclusivamente religioso de los edificios destruidos, puesto que el tipo penal expresamente exige la necesidad de que los edificios atacados no sean objetivos militares. El Sr. Al Mahdi fue condenado por *dirigir intencionadamente ataques contra edificios dedicados a la religión*, que no eran objetivos militares, tal como exige el artículo 8.2 e) apartado iv.

<sup>51</sup> <http://whc.unesco.org/en/danger/>

<sup>52</sup> <http://whc.unesco.org/en/list/119/>

<sup>53</sup> Uno de los elementos esenciales del tipo penal en cuestión es la intencionalidad del autor. El Sr. Al Mahdi era plenamente consciente de que los edificios destruidos se dedicaban exclusivamente al culto religioso. En varias ocasiones el condenado hizo declaraciones a medios de comunicación explicando los motivos que llevaron a las fuerzas de ocupación a perpetrar los ataques. Su conducta culpable fue esencial para la apreciación del tipo delictivo.

sus tradiciones religiosas, fuertemente arraigadas en sus costumbres y creencias. Al destruir estas referencias culturales se les niega la dignidad e identidad cultural.

Este crimen no solo constituye una ofensa a Tombuctú o Mali, sino a la Comunidad Internacional en su conjunto por la especial relevancia cultural de los edificios objeto del crimen como expresión del patrimonio común de la Humanidad<sup>54</sup>. Este se fundamenta en la necesidad de la diversidad cultural para el desarrollo de los derechos humanos de la cultura. Por esta misma razón, estos edificios de culto estaban inscritos en la Lista de Patrimonio Mundial de la UNESCO. Las víctimas directas de este crimen son obviamente los habitantes de Tombuctú, así como todos los ciudadanos de Mali; pero, además, toda la humanidad es víctima indirecta del crimen, puesto que ha supuesto la pérdida de lugares esenciales de culto. El delito fue considerado de especial gravedad precisamente por esta afectación indirecta a la Comunidad Internacional y al derecho a la cultura.

La sentencia fue ejemplar por diversos motivos. *Por el momento*, ha sido la única condena de la Corte Penal Internacional que castiga la destrucción intencionada de bienes culturales como crimen de guerra, en un contexto de conflicto armado de carácter no internacional. A diferencia de las resoluciones previas de la CPI, en este asunto concreto –con independencia de otros crímenes cometidos en el mismo contexto del conflicto maliense– no enjuicia lesiones físicas personales, sino que el bien jurídico protegido es el patrimonio cultural *per se*, como expresión de la identidad cultural y de la diversidad cultural reflejada en el mismo.

Asimismo, la sentencia ha puesto de manifiesto un cambio de rumbo en la actuación de los organismos internacionales relacionados con el derecho internacional de la cultura. La tradicional política<sup>55</sup> no intervencionista de estas entidades ha dado paso a una implicación significativa, en especial de la UNESCO (San Martín Calvo, 2016). Su participación comienza<sup>56</sup> en la primera fase del proceso penal internacional, durante la instrucción del proceso ante la CPI. La UNESCO envió un *experto* para asistir en las labores de investigación del crimen. La Directora General alertó pública y oficialmente a la Comunidad Internacional del peligro inminente de ataques contra el patrimonio histórico cultural en Tombuctú. Ante la grave situación en la zona en junio de 2012, la UNESCO inscribió en la Lista de Patrimonio Histórico en Peligro los templos sagrados y tumbas de Tombuctú, tras haber constatado el riesgo sobre el terreno a través del envío de varias misiones de evaluación daños en determinados templos de la zona<sup>57</sup>. Finalmente, la UNESCO ha coordinado y dirigido las labores de reconstrucción en 2015 de todos los edificios destruidos.

La admisión de culpabilidad, además de la total colaboración durante el desarrollo del juicio oral, así como su visible remordimiento por los delitos cometidos y empatía con las víctimas, influyó positivamente en la determinación de la pena. La Sala consideró como circunstancia atenuante la admisión de culpabilidad emitida en juicio, teniendo en cuenta diversas circunstancias. En primer lugar, la declaración de culpabilidad se hizo desde el inicio, siendo una confesión completa y genuina, realizada con la intención de mostrar el arrepentimiento honesto del acusado, así

<sup>54</sup> Vid. párrafo 80 de la Sentencia. El texto íntegro de la sentencia se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF)

<sup>55</sup> En relación con las políticas de protección de patrimonio en situaciones de conflicto armado, véase <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/>

<sup>56</sup> En sus observaciones como *amicus curiae*, la UNESCO resume las actuaciones de cooperación que desarrolló con la CPI en este asunto: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_25595.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_25595.PDF)

<sup>57</sup> Toda la información sobre las actuaciones de la UNESCO en relación con el conflicto en Mali se encuentra en: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/emergency-actions/mali/>



como su deseo de aceptar su responsabilidad criminal con relación a los delitos objeto del enjuiciamiento. Asimismo, la admisión de la culpabilidad contribuyó a la rápida resolución del caso, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes. La Corte valoró también la confesión como un factor relevante para restablecer la paz en el norte de Mali, además de la potencial consecuencia mitigadora del sufrimiento de las víctimas. Por último, la sentencia atribuye a esta circunstancia un efecto disuasorio en relación con otros sujetos con similares intenciones<sup>58</sup>.

Pese a que una parte de la doctrina muestra una visión pesimista en relación con el efecto disuasorio de esta condena (San Martín Calvo, 2016), existen razones para confiar en que sí se produzca dicho resultado (Pérez-León Acevedo, 2017) y en que esta sentencia sea la primera de otras tantas. No obstante, sería demasiado ingenuo pensar que esta resolución abre completa y absolutamente una nueva vía de persecución penal de la destrucción y tráfico ilegal de patrimonio histórico. No podemos ignorar la discrecionalidad de la que goza la CPI a la hora de seleccionar los casos que conoce<sup>59</sup>, ni la dificultad que implica hacer frente a la investigación, enjuiciamiento y ejecución de la condena con los recursos materiales y personales con los que cuenta la Corte.

No obstante, la sentencia ha servido indiscutiblemente para aumentar la sensibilización respecto de los ataques sobre el patrimonio histórico cultural. Es indudable que la publicidad intrínseca a las resoluciones de este tribunal ha incrementado considerablemente la concienciación de la Comunidad Internacional sobre la necesidad de reforzar y aumentar la protección y garantías de los derechos humanos culturales a nivel internacional, investigando y condenando estas conductas delictivas como crimen de guerra. En el contexto internacional se han dado pasos importantes, aunque todavía poco numerosos. Con todo, debemos ser optimistas y observar con esperanza y paciencia la reacción de la Comunidad Internacional en relación con la destrucción y tráfico ilegal del patrimonio histórico.

#### 4.4. El procedimiento para la reparación del daño

El 29 de septiembre de 2016, la Corte emitió el *Calendario del Procedimiento de Reparaciones*<sup>60</sup>, solicitando a las partes del proceso, al Representante de las Víctimas, al Registro y al Fondo Fiduciario, sus observaciones generales sobre la reparación del daño. Todos ellos presentaron las correspondientes alegaciones iniciales el 2 diciembre del mismo año<sup>61</sup>, como establecía el Calendario<sup>62</sup>.

Cada uno de los participantes en esta fase del proceso ofrece a la Sala sus sugerencias (artículo 75.3 del Estatuto de Roma) con relación a la reparación del daño tanto económico-material como moral-espiritual.

<sup>58</sup> Vid. párrafo 100 de la sentencia de la CPI de 27 de septiembre de 2016. Disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF)

<sup>59</sup> En efecto, el art. 53.1 apartado c) del Estatuto de Roma ofrece a la Fiscalía margen de discrecionalidad para no iniciar una investigación, pese a existir crimen, si a juicio de la Oficina del Fiscal la investigación no redundará en interés de la justicia. Pese a que el apartado 3 del mismo precepto añade la salvaguarda del control posterior de la decisión de la Fiscalía de no iniciar la investigación, por la Sala de Cuestiones Preliminares, la discrecionalidad existe y obviamente se practica.

<sup>60</sup> El documento puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_08466.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_08466.PDF)

<sup>61</sup> Asimismo, la Corte invitó a ciertas organizaciones interesadas en el asunto a presentar sus observaciones como *amicus curiae*. La UNESCO, implicada desde el inicio de las hostilidades en el norte de Mali, intervino como *amici* en esta fase del proceso. El informe enviado se puede consultar en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_25595.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_25595.PDF)

<sup>62</sup> En efecto, el apartado 2 (iii) del Calendario fijaba el 2 de diciembre de 2016 como fin del plazo para presentar las propuestas en relación con las reparaciones en el caso Al Mahdi.

La identificación de víctimas y daños y, en consecuencia, la fijación de la reparación que corresponde *per se* es un asunto muy complicado, pero aún es mayor la complejidad en este caso, por el valor cultural universal de los bienes destruidos como consecuencia del crimen, así como por el elemento novedoso de esta condena. En efecto, en esa ocasión el Tribunal no contaba con una experiencia previa, puesto que el caso Al Mahdi fue la primera vez que la CPI condenó a un sujeto por la destrucción de patrimonio histórico en seno de un contexto armado.

La Corte reiteró en la *Orden de Reparación* emitida el 17 de agosto de 2017<sup>63</sup> el gran valor histórico-cultural y religioso de los edificios destruidos, puesto que fue uno de los elementos esenciales de la condena<sup>64</sup>. La Sala, tras analizar los informes presentados por diversos expertos en patrimonio histórico, destaca en la Orden de Reparación el valor fundamental de la herencia cultural en la identificación de sus individuos con sus orígenes y con su futuro<sup>65</sup>. La destrucción de los nueve mausoleos y la mezquita en Tombuctú atacó gravemente la identidad cultural de la comunidad local.

El Estatuto de Roma (artículo 75.1 del Estatuto de Roma) determina que la Corte debe establecer la adecuada reparación de las víctimas<sup>66</sup> en términos de compensación y rehabilitación del daño<sup>67</sup> por la pérdida sufrida como consecuencia de los crímenes objeto de la condena. Las reparaciones en este caso han sido establecidas con el fin de aliviar el sufrimiento causado por las actuaciones criminales del Sr. Al Mahdi, posibilitar la recuperación de la dignidad de las víctimas, así como prevenir y disuadir futuros crímenes similares. Asimismo, la Orden de Reparación tiene como objetivo promover la reconciliación entre las víctimas y el condenado<sup>68</sup>.

La Corte estableció tres categorías de víctimas. En primer lugar, los habitantes de Tombuctú, quienes mayor daño sufrieron como consecuencia de los crímenes objeto de la condena. En un segundo y tercer plano, respectivamente, sitúa a los ciudadanos de Mali y a toda la Comunidad Internacional en conjunto. La Orden tiene en cuenta las dificultades de la población de Tombuctú para presentar las solicitudes en esta fase procesal de reparación del daño, aclarando que rige el principio de igualdad de trato a todas las víctimas, garantizando el acceso a la información sobre el procedimiento de reparación a todas ellas por igual, independientemente de si participaron en el proceso judicial o no.

La clasificación de los daños sufridos por las víctimas obedece también a la anterior categorización, de modo que la Orden establece la necesidad de la reparación de los daños producidos en los edificios protegidos, de las pérdidas económicas consecuencia de los ataques objeto de la condena y, por último, la Corte ordena la reparación del daño moral.

<sup>63</sup> La Orden de Reparación del Daño se encuentra publicada en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_05117.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05117.PDF)

<sup>64</sup> Apartado III de la Orden de Reparación (págs. 9 y ss).

<sup>65</sup> La UNESCO aclaraba en su informe que la pérdida de esa herencia cultural priva a la Comunidad de su identidad y de su memoria. El informe de la UNESCO está publicado en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017\\_05022.pdf](https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017_05022.pdf)

<sup>66</sup> La Corte utiliza los principios básicos de reparación fijados en las reparaciones del caso Lubanga. Así lo establecen los párrafos 25-26 de la Orden de Reparación.

<sup>67</sup> La *reparación* puede tener carácter simbólico, lo cual en este caso es del todo acertado para reparar a las víctimas “colectivas”: la Comunidad Internacional. La *compensación* suele ser una cantidad de dinero. Y, por último, la *rehabilitación* consiste en intentar en la medida de lo posible restablecer la situación al momento en el que se encontraba antes de la perpetración del crimen.

<sup>68</sup> Párrafos 23-30 de la Orden de Reparación.

Las víctimas reclamaron la reparación para restaurar, mantener y proteger los edificios destruidos por la acción directa del condenado<sup>69</sup>. La UNESCO ha coordinado y dirigido las labores de reconstrucción en 2015 de todos los edificios destruidos, logrando la completa reconstrucción o reparación de cada uno de ellos (Vacas Fernández, 2016)<sup>70</sup>. Sin embargo, no ha reclamado el reembolso de los gastos que ha ocasionado la reconstrucción; al contrario, ha rechazado esta opción en la fase de reparación del daño.

Asimismo, las víctimas reclamaron una disculpa personal del condenado por haber destruido deliberadamente los edificios objeto de las actuaciones criminales. Pese a que algunas de las víctimas estimaron insuficiente e insatisfactoria la disculpa pronunciada por el Sr. Al Mahdi, la Corte no ordenó al condenado disculparse de nuevo, considerando el testimonio del acusado declarándose culpable y pidiendo perdón durante la segunda sesión del juicio oral una disculpa genuina, honesta y por consiguiente suficiente<sup>71</sup>. No obstante, como medida simbólica, la Corte ordena al Registro que se asegure a todas las víctimas el acceso al extracto del vídeo con la declaración de culpabilidad y la disculpa<sup>72</sup>.

La sentencia de condena reconoció que los crímenes del Sr. Al Mahdi habían provocado grandes pérdidas económicas. Por consiguiente, las víctimas podrían solicitar una compensación por el perjuicio económico sufrido en su medio de vida como consecuencia de los crímenes objeto de la condena. Efectos directos como los de las personas cuyo sustento procedía directamente de los edificios destruidos (trabajadores de los mausoleos y mezquita destruidos, profesionales con negocios cercanos) y consecuencias indirectas como las observadas en el turismo de la zona. Sin embargo, la Orden finalmente establece la reparación individualizada por las pérdidas económicas solamente para aquellas víctimas cuyo sustento dependía exclusivamente de los edificios destruidos, así como los familiares de las personas cuyas tumbas sufrieron daños en los ataques objeto de la condena<sup>73</sup>. El resto de las personas que padecieron pérdidas económicas –indirectas– serán incluidas en una compensación colectiva. En este sentido, la Orden establece, como medidas de compensación colectiva para los habitantes de Tombuctú, la creación de programas educativos e informativos sobre la importancia de la herencia cultural de la región, así como un sistema de microcréditos para ayudar a la población a generar ingresos y a restablecer la actividad económica que resultó dañada en Tombuctú.

La amplia variedad de daños producidos en este caso dificulta la tarea de la identificación precisa de las víctimas y su categorización. Durante la fase de reparaciones, la Corte recibió tan solo 139 solicitudes individuales, un número manifiestamente exiguo teniendo en cuenta que la población de la ciudad de Tombuctú era aproximadamente de 70.000 habitantes cuando se produjeron los hechos delictivos objeto de la condena<sup>74</sup>. La propia Sala puso de manifiesto la imposibilidad de identificar con precisión a todas las víctimas de este crimen.

---

<sup>69</sup> La Orden de Reparación (párrafos 65-66) descarta extender la responsabilidad del Sr. Al Mahdi a otras tumbas adyacentes a los mausoleos y la mezquita objeto del crimen castigado, puesto que no se probó la responsabilidad personal y directa del condenado en relación con esos otros daños.

<sup>70</sup> Los primeros programas de la UNESCO para la reconstrucción y recuperación arrancaron en 2014. La UNESCO trabajó de forma intensa y coordinada con la comunidad local y con especialistas en reconstrucciones en barro durante varios años. Las tareas de reconstrucción de los mausoleos destruidos en el ataque objeto del procesamiento de Al Mahdi culminan en 2015.

<sup>71</sup> Orden de Reparación párrafos 68-71.

<sup>72</sup> *Ibidem* párrafo 71.

<sup>73</sup> *Vid.* Orden de Reparación párrafos, 81, 83, 145 y 146.

<sup>74</sup> Así lo puso de manifiesto la Corte en el párrafo 141 de la Orden de Reparación.

La Orden de Reparación habilita al Fondo Fiduciario a crear un sistema para identificar a las víctimas de los ataques perpetrados por el Sr. Al Mahdi. Precisamente como consecuencia de las numerosas dificultades para identificar a todas las víctimas directas, la Sala confió al Fondo Fiduciario esta tarea puramente administrativa de identificación.

Por último, la Orden condena a la reparación del daño moral. Todas las víctimas reclamaron daños morales, fundamentando la solicitud en diversas dolencias emocionales. La Sala reconoce el derecho a la reparación individualizada del daño moral a aquellos descendientes de las tumbas profanadas, ordenando asimismo la reparación colectiva de aquellos otros que alegaron padecer angustia y sufrimiento causados por la destrucción de los lugares de culto objeto de la condena. Para los primeros, la Orden establece la necesidad de implementar compensaciones económicas individualizadas. Con relación a las compensaciones colectivas, la Sala considera una reparación adecuada medidas de carácter simbólico como la creación de un edificio o una ceremonia conmemorativos de perdón.

No ordena la Corte la reparación de daños personales, puesto que no se pudo probar la necesaria conexión con ciertas muertes que tuvieron lugar durante el desarrollo del proceso y tras la sentencia con los actos criminales perpetrados por el condenado.

La Orden cuantificó (artículo 97.1 del Reglamento de Procedimiento y Prueba)<sup>75</sup> los daños que produjo la actuación criminal personal del Sr. Al Mahdi<sup>76</sup> en 2.7 millones de euros. Así mismo, la Corte ordena medidas simbólicas. Además de esos 2.7 millones de euros, la Orden fijó un pago simbólico de un euro para la población de Tombuctú y otro euro para la UNESCO.

Desgraciadamente la Sala analizó la realidad financiera del condenado, verificando su insolvencia. La Corte precisa que tal circunstancia es sin duda relevante en relación con la implementación y ejecución de la Orden. No obstante, la insolvencia del condenado no impide a la Sala determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial del mismo, con el fin de procurar la reparación sin negar a las víctimas su derecho.

La Orden de Reparación anticipa que el Fondo Fiduciario propondrá un borrador del *Plan de Implementación* en cumplimiento de los parámetros establecidos por la Corte incluyendo las actividades necesarias para dar cumplimiento “realista” a todas las modalidades de reparación previstas<sup>77</sup>. Ante la débil situación económica del condenado, la Corte insta al Fondo Fiduciario a completar la reparación del daño tanto individual como colectivo en la medida de lo posible, así como a organizar una recaudación de fondos para intentar satisfacer por completo las cantidades determinadas por la Sala.

Pese a que la Orden de Reparación establece un derecho prioritario en la implementación de los pagos a favor de las víctimas individuales, también pone de manifiesto que tal priorización no supone estigmatizar a la comunidad de Tombuctú como víctima colectiva. En efecto, reconocer la preferencia de las víctimas

<sup>75</sup> Dicha cuantificación debe ser proporcional al perjuicio causado, teniendo en cuenta el ámbito y extensión del daño producido, así como de las pérdidas provocadas por los crímenes.

<sup>76</sup> En efecto, para que la Corte reconozca el derecho a la reparación, la víctima debe haber sufrido el daño como resultado de las actuaciones criminales del condenado. Así lo establecen los párrafos 42-44 de la Orden de Reparación.

<sup>77</sup> Vid. Orden de Reparación párrafo 136.

individuales no implica una infravaloración del resto de víctimas, sino el establecimiento de un orden coherente y eficiente<sup>78</sup>.

El 21 de septiembre de 2017 el Representante Legal de las Víctimas presenta un escrito de interposición de la apelación contra la Orden de Reparación<sup>79</sup>. La Sala de Apelaciones de la CPI tiene por interpuesto el escrito y da traslado de este tanto al Fondo Fiduciario como al condenado, el Sr. Al Mahdi, para que formulen las alegaciones que tengan por conveniente.

El Representante de las Víctimas fundamentaba parte de su apelación en el criterio utilizado por la Orden de Reparación para determinar las personas legitimadas a solicitar indemnizaciones. El apelante apreciaba un riesgo altísimo de exclusión en el sistema de compensaciones pecuniarias individualizadas establecido en la Orden de Reparación, basado en la necesidad de que el Fondo Fiduciario verificase la existencia de un nexo causal entre las pérdidas económicas sufridas por las víctimas y su medio de vida. En efecto, la Orden de Reparación vincula la legitimación para percibir reparaciones económicas de carácter individual a la circunstancia de que el sustento de la víctima concreta dependiese *exclusivamente* de los edificios destruidos. Esa *exclusividad* es entendida por el apelante como *exclusión*, puesto que elimina la posibilidad de recibir compensaciones económicas individuales para la mayoría de las víctimas de los hechos delictivos objeto de la condena: personas que fueron forzadas a abandonar Tombuctú después de los ataques dejando atrás familia, amigos, propiedades y negocios como los refugiados que vivían en la zona, aquellos que perdieron sus hogares, los propietarios de negocios en los alrededores de los edificios destruidos que como consecuencia de la disminución del turismo tras los ataques, etc. todos ellos sufrieron importantes pérdidas económicas. En definitiva, el Representante de las Víctimas consideraba un error de derecho restringir la opción de percibir indemnizaciones individuales a aquéllos que perdieron su único sustento vital como resultado de los ataques<sup>80</sup>, puesto que el Estatuto de Roma impone la necesidad de interpretar los preceptos relativos a la reparación del daño de la forma menos perjudicial para los intereses de las víctimas<sup>81</sup>.

Asimismo, el Representante de las Víctimas alegaba en la apelación que el sistema de reparaciones creado por la Sala en la Orden de Reparación atribuía al Fondo Fiduciario una potestad jurisdiccional que no le corresponde, puesto que decidiría, en base a ese esquema tan restrictivo, qué víctimas estarían legitimadas a percibir indemnizaciones individuales por los perjuicios sufridos en su única fuente de ingresos a consecuencia de la actividad delictiva del Sr. Al Mahdi<sup>82</sup>. Para ello, el Fondo

<sup>78</sup> Vid. Orden de Reparación párrafo 140.

<sup>79</sup> El escrito de interposición de la apelación contra la Orden de Reparación se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_05846.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05846.PDF) Posteriormente, el Representante de las Víctimas presentó otro documento que complementaba al anterior en relación a la fundamentación fáctica y jurídica que justifica el recurso. Este segundo documento fundamentación de la apelación fechado el 17 de octubre de 2017 se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_06407.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_06407.PDF)

<sup>80</sup> Vid. párrafos 19 a 29 del Escrito de fundamentación de la apelación de 17 de octubre de 2017. Disponible en el enlace citado *supra* nota 101.

<sup>81</sup> El art. 75 regula las pautas que debe seguir la Corte al establecer las reparaciones. El último párrafo de dicho precepto establece la necesidad de interpretar dichas normas (*sensu contrario*) en beneficio de los derechos de las víctimas, establecidos tanto en derecho interno como internacional.

<sup>82</sup> Concretamente, el escrito de fundamentación de la apelación aprecia que la Corte vulnera los artículos 59 y 60 del Reglamento del Fondo Fiduciario, en los que básicamente se alude a una facultad administrativa y no jurisdiccional en la determinación de las víctimas con derecho a percibir indemnizaciones individuales, basándose en las pautas establecidas por la Sala en la orden de reparación. Vid. párrafos 30 a 49 del escrito de fundamentación de la apelación de 17 de octubre de 2017.



Fiduciario tendría que revelar la identidad de las víctimas a la Defensa, lo cual implica cierto riesgo para su seguridad.

La Sala de Apelaciones finalmente decidió<sup>83</sup> desestimar el primero de los motivos de apelación. Entiende la Sala que aquellas víctimas que no logren justificar el daño sufrido en su medio de vida no podrán optar a indemnizaciones de carácter individual. Sin embargo, conservan el estatus de víctima grupal y por consiguiente serán compensadas de manera colectiva. Las reparaciones colectivas incluyen programas de retorno y concesión de microcréditos, así como campañas de recuperación de la actividad económica en Tombuctú.

El segundo de los motivos de apelación fue también desestimado. La Sala de Apelaciones confirmó la potestad discrecional del Tribunal para encomendar al Fondo Fiduciario la tarea estrictamente administrativa de analizar las solicitudes de las víctimas y determinar cuáles de ellas tendrán derecho a percibir indemnizaciones individuales de acuerdo con las bases y criterios establecidos en la Orden de Reparación<sup>84</sup>. No obstante, recuerda la sentencia de apelación que las decisiones del Fondo Fiduciario en este sentido podrán ser impugnadas ante la Sala por aquellos solicitantes cuyas peticiones fueron rechazadas<sup>85</sup>.

La versión del Plan de Implementación elaborado por el Fondo Fiduciario publicada el 22 de noviembre de 2018<sup>86</sup> gira en torno a dos pilares fundamentales: el primero de ellos es la reparación individual del daño; el segundo, la reparación colectiva.

El Plan establece la reparación del daño moral a todos los descendientes directos de las personas cuyas tumbas sufrieron daños en los ataques objeto de la condena. El Fondo Fiduciario es consciente de que la suma que recibirá cada una de estas víctimas puede que no repare completamente el daño causado, pero deja claro las limitaciones cuantitativas existentes. En efecto, la sentencia de la Sala condenaba al Sr. Al Mahdi al pago de 2,7 millones de euros para hacer frente a su responsabilidad pecuniaria surgida como consecuencia de los daños ocasionados por su actividad delictiva. Más aún, en la determinación de las cantidades a satisfacer por el condenado, el Fondo Fiduciario debe considerar la delicada situación económico-patrimonial del Sr. Al Mahdi. Asimismo, y teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma no establece reglas precisas para determinar las cantidades apropiadas para reparar el daño producido por los criminales condenados, el Fondo Fiduciario recurre a la cláusula general del sistema de fuentes de derecho aplicable por la Corte. Dicho sistema establece que la CPI debe, en primer lugar, aplicar el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, y, para los extremos no regulados en tales

<sup>83</sup> La sentencia de apelación de 8 de marzo de 2018 se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_01623.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01623.PDF)

<sup>84</sup> En la Decisión de 12 de julio de 2018 de la Corte en relación con el Plan de Implementación elaborado por el Fondo Fiduciario, la Sala abunda en la idea de que el Fondo se limita a seguir las instrucciones fijadas por la misma, al diseñar y ejecutar el plan de implementación. *Vid.* párrafo 18 de la Decisión. El texto completo está disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_03672.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_03672.PDF)

<sup>85</sup> En efecto, el párrafo 69 de la sentencia de apelación puntualiza que la tarea de identificar las víctimas que finalmente serán reconocidas como víctimas directas y por tanto titulares de un derecho a obtener una reparación individual es una tarea administrativa, que le encomienda la Orden de Reparación al Fondo Fiduciario. Dicha función no supone en absoluto ejercicio de potestad jurisdiccional. Es la Sala la que establece los criterios para reconocer el derecho a la reparación de las víctimas en la Orden de Reparación. Y es la Sala también la que resolverá sobre las impugnaciones de las decisiones del Fondo Fiduciario (párrafo 72 de la sentencia de apelación), lo cual efectivamente supone ejercicio de la potestad jurisdiccional de la Corte.

<sup>86</sup> El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_05506.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_05506.PDF)

normas, operarán como derecho supletorio los tratados internacionales aplicables, los principios y normas de derecho internacional público, así como el derecho interno de los Estados que podrían haber tenido competencia para resolver ese asunto, siempre que el derecho doméstico no sea incompatible con el Estatuto de Roma ni con los estándares generalmente reconocidos por el derecho internacional (artículo 21.1 del Estatuto de Roma). En el derecho maliense hay una ley sobre herencia cultural en Mali que regula la responsabilidad pecuniaria por destrucción del patrimonio nacional ofreciendo cifras concretas. El Fondo Fiduciario tuvo en cuenta, además de la legislación doméstica sobre herencia cultural, la relevancia internacional de los edificios destruidos, lo cual fue un elemento decisivo en la determinación de la gravedad del crimen en la sentencia de la Sala<sup>87</sup>. Por ese motivo el Plan de Implementación propone que la indemnización fijada para cada una de las víctimas directas se cuadruple para reparar el daño, no solo desde la perspectiva económica, sino además valorando la discriminación religiosa comprendida en los crímenes del Sr. Al Mahdi, así como la importantísima pérdida para la Comunidad Internacional desde la perspectiva del derecho internacional de la cultura<sup>88</sup>.

La evaluación del daño económico se realiza atendiendo a la verificación de la existencia de un nexo causal entre las pérdidas económicas sufridas por las víctimas y su medio de vida, tal como quedó establecido en la sentencia que resolvió la apelación de la Orden de Reparación. El Fondo Fiduciario utilizó informes elaborados por instituciones gubernamentales malienses y organismos internacionales sobre salarios, gasto medio por familia, registros sobre las visitas a los edificios destruidos, además de las circunstancias particulares de cada víctima, detalladas en su solicitud<sup>89</sup>.

Por último, el Fondo Fiduciario recoge en el Plan de Implementación una serie de reparaciones colectivas diseñadas no solo para reparar el daño moral causado a la población de Tombuctú, sino además a todo el país de Mali, así como a la Comunidad Internacional. La UNESCO ha llevado a cabo la rehabilitación de los mausoleos destruidos. Los cementerios en los que se encontraban varios de los mausoleos atacados también han sido objeto de restauración parcial bajo el amparo de la UNESCO. Las operaciones de restauración se centraron en la recuperación de las puertas sagradas de los mausoleos destruidos, la reconstrucción de las paredes de los cementerios, replantación de árboles en los enclaves atacados, mejoras en la iluminación de los edificios y creación de programas de mantenimiento de los edificios reconstruidos.

La asistencia a las víctimas para poder retornar a Tombuctú es parte de estas reparaciones colectivas de carácter económico, junto con la elaboración de planes de recuperación de la actividad religiosa y turística de la zona.

La reparación colectiva desde la perspectiva moral es la más llamativa: incluye terapias grupales de carácter radiofónico mediante la emisión de sermones religiosos a través de emisoras de radio, la creación de programas de apoyo psicológico, proporcionando en particular a las mujeres un espacio seguro donde puedan expresar el daño padecido como consecuencia de los crímenes objeto de la condena.

Además, el Plan de Implementación prevé reparaciones de naturaleza simbólica, como una ceremonia simbólica con autoridades del gobierno maliense,

<sup>87</sup> Efectivamente, los edificios destruidos tenían una destacadísima relevancia cultural, motivo por el cual la Sala consideró especialmente grave el crimen cometido por el Sr. Al Mahdi, precisamente por esta afición indirecta a la Comunidad Internacional y al derecho a la cultura.

<sup>88</sup> Párrafo 51 de la revisión del Plan de Implementación fechada el 22 de noviembre de 2018.

<sup>89</sup> *Ibidem* párrafo 57 a 76.

organizada por la UNESCO, o la creación de un monumento conmemorativo. No obstante, el Fondo Fiduciario advierte de los riesgos de esta última medida, puesto que no queda claro si se debe conmemorar la destrucción, la reconstrucción, u otro extremo<sup>90</sup>.

## 5. Situación actual y conclusiones

Es indudable que este caso ha provocado un efecto informativo formidable en relación con la respuesta judicial penal internacional frente a la destrucción de patrimonio histórico. Constituye un punto de inflexión en la reprobación de estos crímenes, la cual ha alcanzado una dimensión jurisdiccional en el ámbito internacional de relevancia desconocida hasta el momento. La destrucción de patrimonio histórico tras esta resolución adquiere una nueva dimensión absolutamente reveladora. La CPI consiguió dotar a este grave crimen internacional de la importancia que hasta ese momento se le había negado.

Pese a que otros tribunales internacionales habían mencionado la destrucción de patrimonio cultural en relación con otros crímenes, en la sentencia objeto de análisis en el presente trabajo, la Corte Penal Internacional condena por primera vez, expresa y exclusivamente a un sujeto por este tipo delictivo. En efecto, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia conectó en varias de sus condenas la destrucción de diversos bienes culturales con el crimen de persecución y el de genocidio, interpretando su propio Estatuto en concordancia con los estándares establecidos por la Convención de 1954 (Lostal Becerril, 2012 y San Martín Calvo, 2016). Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la protección jurisdiccional de los bienes culturales experimentó una evolución notable, al interpretar su propio Reglamento, que adolecía de poca precisión respecto de la codificación del tipo penal específico de destrucción de patrimonio cultural, de conformidad con la anterior y más completa Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptada en La Haya en 1954. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia contribuyó a consolidar la conexión de la destrucción de bienes culturales de un pueblo con sus derechos fundamentales (Lostal Becerril, 2012). Esta interpretación innovadora se recoge por la Corte Penal Internacional en la sentencia objeto de este trabajo, concretamente en la consideración de los ataques perpetrados por el condenado de especial gravedad.

El caso Al Mahdi ha servido indiscutiblemente para aumentar la sensibilización respecto de ataques sobre el patrimonio cultural. La publicidad intrínseca a las resoluciones de la CPI ha incrementado considerablemente la concienciación de la Comunidad Internacional sobre la necesidad de reforzar y aumentar la protección y garantías jurisdiccionales de los derechos humanos culturales a nivel internacional, investigando y condenando estas conductas delictivas como crimen de guerra.

Esta condena clama contra la impunidad de los crímenes contra el patrimonio cultural de los Estados. La cultura es esencial para la pervivencia de los pueblos. Es absolutamente necesario luchar por garantizar a nivel internacional un mínimo de respeto que permita proteger los bienes culturales en situaciones de peligro, puesto que tales bienes representan la memoria cultural e identidad misma de los pueblos. La exigencia de responsabilidad penal internacional a aquellos que ataquen bienes

---

<sup>90</sup> Como consecuencia de la diversidad de opiniones entre las víctimas en relación con el monumento conmemorativo, el Fondo Fiduciario decide posponer un año la decisión a este respecto. A finales de 2019 sabremos si finalmente el monumento conmemorará la destrucción o, por el contrario, la reconstrucción de los edificios religiosos destruidos por el ataque. Párrafo 161 de la de la revisión del Plan de Implementación fechada el 22 de noviembre de 2018.

culturales de un Estado es incuestionable. La sentencia de la Corte Penal Internacional constituye un mensaje claro y necesario. Esperemos también que sea efectivo.

La Comunidad Internacional debe esforzarse por ofrecer una protección fiable y sólida del patrimonio histórico cultural de los Estados, con un doble objetivo: por un lado, la preservación y recuperación, si fuera necesario, de los bienes culturales de un pueblo; y, por otro, la garantía de la pervivencia de la esencia misma del Estado a través de la preservación de su cultura (Vacas Fernández, 2016).

Pese al relativo pesimismo de la doctrina en relación con el escaso efecto disuasorio de la condena, debemos ser optimistas (Cortés Jiménez, 2019) y considerar que, cuando menos, esta condena podrá ser utilizada como referente para actuaciones judiciales penales similares en otros lugares azotados por conflictos armados cruentos e interminables, en los que la destrucción del patrimonio cultural es utilizada como un arma potentísima que provoca daños devastadores no solo para las víctimas directas, sino para toda la Comunidad Internacional.

## Bibliografía

- Boas, M. y Torheim, L.E. (2014). The Trouble in Mali. Corruption, collusion, resistance. *Third World Quarterly Journal*, 34, pp. 1279-1292.
- Buisman, C. (2014). The Prosecutor's obligation to investigate incriminating and exonerating circumstances equally: Illusion or reality? *Leiden Journal of International Law*, 27 (1), pp. 205-226.
- Bujosa Vadell, L. (2008). *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona, España: Atelier.
- Casaly, P. (2016). Al Mahdi before the ICC. Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, 14 (5), pp. 1199-1220.
- Cortés Jiménez, P. (2019). La destrucción de patrimonio cultural en caso de conflicto armado: consecuencias, dilemas, herramientas para combatirla, esperanzas. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 31.
- Fernández Hernández, J. J. (2018). Protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado. *Cadernos de Derecho Actual*, nº 9, pp. 339-350.
- Fernández Liesa, C.R. (2012). *Cultura y Derecho Internacional*. Alcalá de Henares, España: Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá de Henares.
- Green Martínez, S. A. (2015). Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali. *Journal of International Criminal Justice*, nº 13, pp. 1073-1097.
- Gutiérrez Zarza, A. (2015). La destrucción del patrimonio histórico como crimen de guerra: los Templos Sagrados de Tombuctú, Al Mahdi y la Corte Penal Internacional. *Diario La Ley*, nº 8664, Sección Doctrina.
- Jiménez García, F. (2019). *Conflictos armados y derecho internacional humanitario*. Madrid, España: Omm Press.
- Lecocq B., Mann, G., Whitehouse, B., Badi, D., Pelckmans, L., Belalimat, N., Hall, B., y Lacher, W. (2013). One hippopotamus and eight blind analysts: a multivocal analysis of the 2012 political crisis in the divided Republic of Mali. *Review of African Political Economy*, 40 (37), pp. 343-357.
- Lostal Becerril, M. (2012). La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24.
- Nsereko, D. (2013). The ICC and Complementarity in practice. *Leiden Journal of International Law*, 26 (2), 427-447.

- Pérez-León Acevedo, J.P. (2017). International Criminal Justice rendered concerning the attack against Timbuktu Mausoleums and Mosque: Focus on religion-related considerations. *Oxford Journal of Law and Religion*, nº 6, pp. 180-186.
- San Martín Calvo, M. (2016). La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto Al Mahdi. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 8, pp. 218-251.
- Stegmiller, I. (2013). The International Criminal Court and Mali: towards more transparency in international criminal law investigations? *Criminal Law Forum Journal*, nº 24, pp. 475-499.
- Vacas Fernández, F. (2016). La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Mali como paradigma. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, pp. 189-223.
- Vacas Fernández, F. (2016). La lucha contra la impunidad por la destrucción del Patrimonio Cultural de Tombuctú (Mali): el asunto Ahmad al Faqi al Mahdi ante la Corte Penal Internacional. *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 20, pp. 289-299.
- Vrdoljak, A.F. (2016). The criminalization of the International Destruction of Cultural Heritage. En M. Orlando y T. Bergin. *Forging a Socio-Legal approach to Environmental Harm: Global Perspectives* (pp. 237-266). London, UK: Routledge.



# Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas

## Pilot judgment of the ECtHR on inhuman and degrading treatment in European prisons

Sara Turturro Pérez de los Cobos

Universidad de Alcalá

ORCID ID 0000-0002-3814-8954

[sara.turturro@uah.es](mailto:sara.turturro@uah.es)

### Cita recomendada:

Turturro Pérez de los Cobos, S. (2020). Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 130-147.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5267>

Recibido / received: 16/01/2020  
Aceptado / accepted: 03/03/2020

### Resumen

La prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes es absoluta y está contenida en todos los tratados y convenios sobre derechos humanos. Sin embargo, en algunas cárceles de Europa se está produciendo una violación sistemática de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este artículo se explica en qué consiste el procedimiento de las sentencias piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se analizan las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles que el Tribunal ha dictado hasta el momento. El principal objetivo es tratar de determinar si las sentencias piloto han resultado ser un instrumento útil a la hora de mejorar la eficacia de la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, contenida en el artículo 3 del CEDH, en el ámbito carcelario.

### Palabras clave

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia piloto, sobrepoblación carcelaria, prisiones, condiciones de reclusión, prohibición de la tortura, artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### Abstract

*The prohibition of torture and inhuman and degrading treatment is absolute and is present in all human rights treaties and conventions. However, in some European prisons there is a systematic violation of article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The European Court of Human Rights uses the pilot judgment procedure to impose on the States the adoption of general measures to put an end to a systemic or structural problem. In this*



*article I will explain the pilot judgment procedure and I will analyze the pilot judgments on prison conditions. The main objective is to determine whether pilot sentences are a useful instrument to improve the effectiveness of article 3 of the ECHR.*

### **Keywords**

*European Court of Human Rights, pilot judgment, prison overcrowding, prisons, prison conditions, prohibition of torture, article 3 of the European Convention of Human Rights.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Definición y características de las sentencias piloto. 3. Las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles. 4. El problema de la sobrepoblación carcelaria. 5. Cumplimiento. 5.1. Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012. 5.2. Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013. 5.3. Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015. 5.4. Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015. 5.5. Rezmives y otros contra Rumanía, de 25 de abril de 2017. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción**

En el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se establece que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En el ámbito de las Naciones Unidas la prohibición de la tortura está contenida en un gran número de tratados entre los que se puede destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Convención contra la Tortura de 1984. Los órganos encargados de velar por el cumplimiento de estos instrumentos son el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Prevención de la Tortura, respectivamente.

Más adelante, el 18 de diciembre de 2002, se aprobó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (a partir de ahora Protocolo). Además, con el Protocolo se instauraron dos nuevos mecanismos de control: el Subcomité para la Prevención de la Tortura y los Mecanismos Nacionales de Prevención que actúan en el plano nacional para garantizar un cumplimiento del Protocolo<sup>1</sup>.

En el ámbito del Consejo de Europa la prohibición de la tortura está contenida en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 y en el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987, con el que se instauró un nuevo órgano especializado para evitar los casos de torturas: el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. En el ámbito de la Unión Europea el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) presenta una redacción idéntica a la del artículo 3 del CEDH.

Teniendo en cuenta esta amplia protección multinivel de la prohibición de la tortura no deja de ser escandaloso que las condiciones en las que permanecen

---

<sup>1</sup> Actualmente todos los Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado el Protocolo Facultativo menos Rusia y Letonia. Además, hay tres Estados que han firmado el Protocolo Facultativo, pero todavía no lo han ratificado: Eslovaquia, Bélgica e Irlanda.

recluidos los presos de varios países del Consejo de Europa (y de la Unión Europea) sean tan deplorables que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya considerado que en estos países se está produciendo una violación sistemática de lo dispuesto por el artículo 3 del CEDH.

En algunos países la situación es tan alarmante que el Tribunal Europeo ya ha dictado siete sentencias piloto sobre el estado de las cárceles: el caso Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012; el caso Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013; el caso Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015; el caso Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015; el caso W.D. contra Bélgica, de 6 de septiembre de 2016; el caso Rezmives y otros contra Rumanía, de 25 de abril de 2017 y el reciente caso Sukachov contra Ucrania, de 30 de enero de 2020.

En estas páginas se explicará en qué consiste el procedimiento de las sentencias piloto y se analizará las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles que el Tribunal Europeo ha dictado hasta el momento. El objetivo de este artículo es tratar de determinar si las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles han resultado ser un mecanismo útil a la hora de mejorar la eficacia de la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes contenida en el artículo 3 del CEDH.

## 2. Las sentencias piloto

Las sentencias piloto son un mecanismo creado por el Tribunal Europeo para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el Tribunal Europeo selecciona una única demanda de entre varias demandas repetitivas para que ésta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos (Abrisketa Uriarte, 2013, p. 80). En otras palabras, a través del procedimiento de las sentencias piloto el Tribunal Europeo selecciona un caso o un grupo de casos, con el fin de que la solución pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos repetitivos que tienen su origen en el mismo problema estructural (Queralt Jiménez, 2018, p. 406).

A través de las sentencias piloto el Tribunal Europeo concede al Estado condenado un plazo para que adopte ciertas medidas generales. Estas medidas pueden implicar para dicho Estado cambios jurisprudenciales o legislativos (Abrisketa Uriarte, 2013, p. 80). Una de las medidas que el Tribunal Europeo suele imponer a través de sus sentencias piloto es la creación por parte del Estado condenado de un recurso interno efectivo para poner fin al problema estructural (Saavedra, Cano Palomares y Hernández, 2017, pp. 211-268).

El procedimiento de las sentencias piloto fue una creación jurisprudencial del propio Tribunal de Estrasburgo, sin base en el Convenio Europeo ni en el Reglamento. El primer asunto en el que se usó el procedimiento de las sentencias piloto fue *Broniowski* contra Polonia, de 22 de junio de 2004. En esta sentencia el problema estructural identificado por el Tribunal Europeo era el incumplimiento sistemático por parte de las autoridades polacas de indemnizar a alrededor de 80.000 ciudadanos que se habían visto obligados a ceder sus bienes tras la Segunda Guerra Mundial<sup>2</sup>.

Sólo unos años más tarde, tras la Declaración de Interlaken de 2010, se incluyó este procedimiento en la Regla 61 del Reglamento de Procedimiento del

<sup>2</sup> Tal y como señala Gutiérrez Beltrán (2018, p. 118) la sentencia piloto *Broniowski* puede considerarse una sentencia exitosa, pues sólo un año después de que el Tribunal Europeo dictara dicha sentencia, el Parlamento polaco promulgó una ley, conocida como Ley *Broniowski*, que ofrecía reparaciones económicas a todas las personas afectadas por las expropiaciones.

Tribunal<sup>3</sup>. Ahora bien, es importante señalar que antes de que se produjera dicha codificación varias recomendaciones o resoluciones del propio Comité de Ministros impulsaron al Tribunal a crear este mecanismo (García Roca, 2019, p. 189). En especial la Recomendación (2004)<sup>6</sup> «sobre la mejora de los recursos domésticos»<sup>4</sup> y la Resolución (2004)<sup>3</sup> «sobre los fallos que revelan un problema sistémico subyacente»<sup>5</sup>.

La Regla 61 codifica en gran medida la práctica precedente. En esta Regla se prevé que el Tribunal puede iniciar un procedimiento relativo a una sentencia piloto de oficio o a instancia de parte. Antes de iniciarse el procedimiento, el Tribunal tiene que recabar la opinión de las partes sobre si la demanda deriva de la existencia del problema estructural y sobre la conveniencia de utilizar el procedimiento. Las demandas sometidas al procedimiento de las sentencias piloto son tratadas como un asunto prioritario por parte del Tribunal. En estas sentencias el Tribunal Europeo debe indicar la naturaleza del problema estructural, las medidas que el Estado condenado debe adoptar para poner fin a dicho problema y el plazo para hacerlo.

Leach (2010, p. 9) identifica tres rasgos esenciales de las sentencias piloto. En estas sentencias el Tribunal Europeo: señala en la propia sentencia de forma explícita que está aplicando el procedimiento de las sentencias piloto, identifica la existencia de un problema estructural e impone en el fallo la adopción de medidas generales por parte del Estado condenado (y la adopción de dichas medidas puede estar sujeta a un determinado plazo).

Abrisketa Uriarte (2013, p. 80) añade otra característica importante: a través de este procedimiento el Tribunal puede decidir congelar la tramitación del resto de demandas repetitivas que tengan su origen en el mismo problema estructural. Además, también se podría añadir una última característica: en virtud de lo establecido por la Regla número 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la supervisión de la ejecución de las sentencias<sup>6</sup>, la supervisión de las sentencias piloto siempre se lleva a cabo a través de un procedimiento de supervisión reforzada.

### 3. Las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles

Es difícil calcular el número de casos relativos al mal estado de las cárceles que llega cada a año a Estrasburgo, pero sin duda es uno de los problemas que origina más demandas si se tienen en cuenta los siguientes datos:

- a) Algunos de los países que más sentencias acumulan como Rusia, Italia, Rumania o Ucrania han sido condenadas en repetidas ocasiones por este problema (Gráfico 1<sup>7</sup>).

<sup>3</sup> La última reforma del Reglamento se adoptó por parte del Pleno del Tribunal el 4 de noviembre de 2019 y entró en vigor el 1 de enero de 2020.

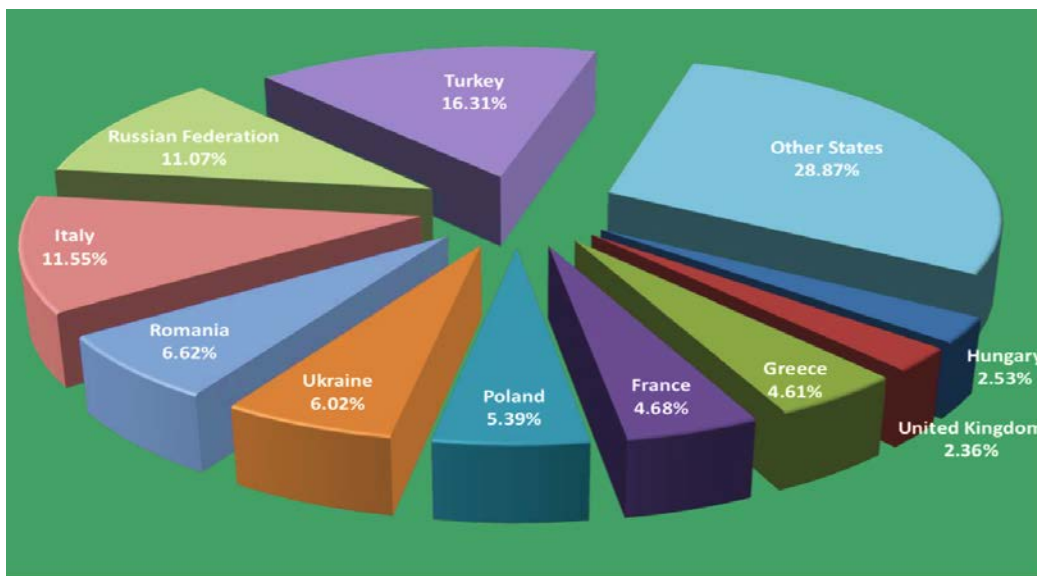
<sup>4</sup> Recommendation Rec (2004)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114a.

<sup>5</sup> Resolution Rec (2004)3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114a.

<sup>6</sup> Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at its 964th meeting and amended on 18 January 2017 at its 1275th meeting).

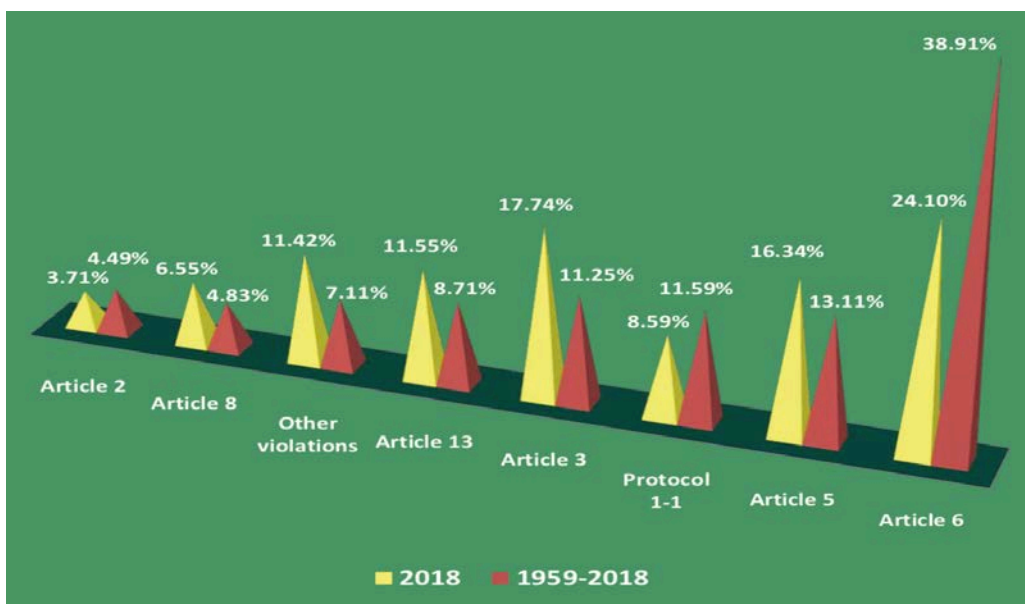
<sup>7</sup> Este gráfico puede consultarse en la página web de la ejecución de las sentencias del TEDH en el documento "Overview 1959-2018": <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports/factsfigures&c=>

Gráfico 1. Estados que acumulan más sentencias del TEDH:



b) El artículo 3 del Convenio es uno de los artículos que más se ha violado a lo largo de la historia del Tribunal Europeo (Gráfico 2<sup>8</sup>).

Gráfico 2. Artículos del CEDH que han sido violados en más ocasiones:



c) Las malas condiciones de reclusión es uno de los tres principales temas que acumulan más sentencias bajo supervisión reforzada (Gráfico 3<sup>9</sup>).

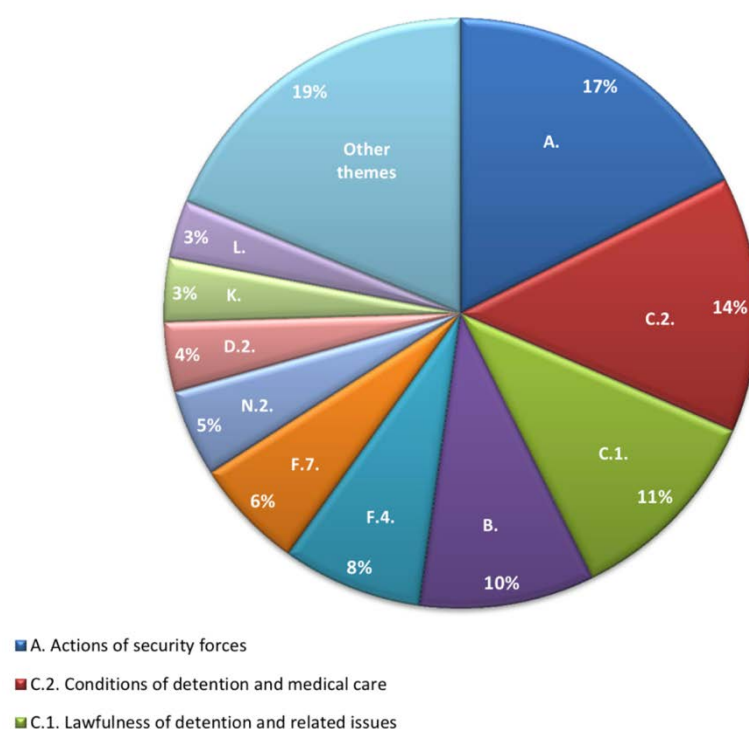
<sup>8</sup> Este gráfico puede consultarse en la página web de la ejecución de las sentencias del TEDH en el documento "Overview 1959-2018":

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports/factsfigures&c=>

<sup>9</sup> Todas estas estadísticas se pueden consultar en la página web del Consejo de Europa: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>



Gráfico 3. Principales temas bajo el procedimiento de supervisión reforzada:



Teniendo en cuenta estos datos, no es de extrañar que el estado de las cárceles haya sido una de las cuestiones sobre las que más sentencias piloto se han dictado hasta el momento<sup>10</sup>. En los casos contra Rusia, Italia, Bulgaria, Hungría, Rumanía y Ucrania el problema estructural principal es el hacinamiento carcelario, en el caso de Bélgica el problema estructural principal es la continua reclusión de presos con trastornos mentales en las unidades psiquiátricas penitenciarias sin un tratamiento médico adecuado.

A pesar de que las sentencias piloto aquí analizadas son bastante complejas y en ellas se declara la vulneración de varios artículos del Convenio Europeo, en el siguiente apartado examinaré específicamente el problema de la sobrepoblación carcelaria y más adelante analizaré qué medidas han adoptado los Estados condenados para poner fin a la violación sistemática del artículo 3 del Convenio con relación a este problema.

Ahora bien, antes de comenzar este análisis es importante aclarar el contexto en el que se insertan las sentencias piloto. Tradicionalmente, se había aceptado la idea de que las sentencias del Tribunal Europeo son declarativas (Queralt Jiménez, 2008, p. 8), sin embargo, tal y como señala García Roca (2019, p. 186), el Convenio Europeo ha sufrido una transformación en los últimos años y las sentencias piloto son un claro ejemplo de este cambio de filosofía.

Durante un largo periodo de tiempo, el Tribunal Europeo a través de sus sentencias se limitó a declarar si se había producido la violación de un artículo del Convenio y a imponer al Estado condenado el pago de una indemnización (Cruz,

<sup>10</sup> El Consejo de Europa ha publicado en su página web un documento sobre las sentencias piloto más importantes que se han dictado hasta el momento. Algunas de las violaciones estructurales que se han enjuiciado a través de este procedimiento tratan sobre la protección de la propiedad privada, la inejecución de las sentencias o la excesiva duración de los procedimientos judiciales: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Pilot\\_judgments\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf)

2010, p. 92). Sin embargo, en los últimos años, la tendencia del Tribunal Europeo está siendo el reforzamiento de la obligatoriedad de las sentencias (Lambert Abdelgawad, 2007, p. 371), y la reducción de la libertad del Estado para elegir las medidas de reparación (López Guillem, 2018, p. 357). Es decir, las sentencias ya no parecen crear obligaciones de resultado con libertad de elección de los medios.

A este respecto, cabe señalar que estas tendencias han sido celebradas por parte de la doctrina<sup>11</sup> (Greer, 2006, p. 160) que considera que, en principio, cuánto más claras sean las directrices del Tribunal, más fácil será para los Estados cumplir con los estándares marcados por Estrasburgo y más fácil será para el Comité de Ministros determinar si el Estado condenado ha cumplido o no con sus obligaciones.

Ambos fenómenos –el reforzamiento de la obligatoriedad de las sentencias y la reducción de la libertad del Estado para elegir las medidas de reparación– concurren en las sentencias piloto. En efecto, tal y como se ha señalado anteriormente, una de las características fundamentales de este procedimiento es que a través de este tipo de sentencias el Tribunal Europeo establece de forma clara qué medidas generales de reparación tienen que adoptar los Estados condenados para poner fin al problema estructural.

#### 4. El problema de la sobrepoblación carcelaria

Por desgracia, la sobrepoblación carcelaria es una lacra que varios países europeos vienen arrastrando de lejos. Siguiendo las estadísticas SPACE<sup>12</sup>, en 2018 doce de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa tenían más presos que plazas disponibles, por lo que muchos Estados miembros incumplen los estándares del Consejo de Europa con relación al espacio mínimo que los reclusos deben tener a su disposición.

En este contexto, los expertos penitenciarios se muestran escépticos hacia los posibles efectos positivos del encarcelamiento y critican abiertamente el problema de la sobrepoblación carcelaria y la expansión de los centros penitenciarios, porque se considera que el aumento de la capacidad de las prisiones no ofrece generalmente una solución duradera al problema del hacinamiento (Zyl Smit y Snacken, 2013, p. 150).

Teniendo en cuenta lo anterior, no sorprende que el Consejo de Europa lleve ya décadas abogando por una política penal reduccionista. De hecho, aunque todavía no podemos hablar de un Derecho penitenciario europeo (pues el *ius puniendi* por definición es potestad del Estado), sí que podemos hablar de unas tendencias en la política penitenciaria europea, que a su vez se manifiestan en la aplicación de ciertos principios como el uso de la pena de prisión como *ultima ratio*<sup>13</sup>, la reducción del uso

<sup>11</sup> En la misma línea Buyse A. (2009, p. 10); Baluarte D. C. y de Vos C. M. (2010, p. 52) y Abrisketa Uriarte J. (2013, p. 83).

<sup>12</sup> Las estadísticas SPACE (*Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*), incluyen dos proyectos relacionados en los que colabora la Universidad de Lausana. SPACE I proporciona datos sobre el encarcelamiento y las instituciones penitenciarias de los Estados miembros del Consejo de Europa. SPACE II proporciona información sobre las penas y medidas alternativas a la pena de prisión. Los datos se recopilan mediante dos cuestionarios enviados cada año a las administraciones penitenciarias de los Estados miembros: <http://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>

<sup>13</sup> Así pues, uno de los principios habituales de la política penitenciaria europea consiste en el uso de la pena de prisión como *ultima ratio*. De acuerdo con este principio la privación de libertad debería considerarse como una sanción o medida de último recurso y sólo debería emplearse cuando la gravedad del delito hace que cualquier otra sanción o medida sea claramente inadecuada.

de la prisión preventiva o el mayor uso de las medidas alternativas a la pena de prisión.

Estos principios aparecen recogidos a su vez en varios instrumentos del Consejo de Europa. Así, por ejemplo, el uso de la pena de prisión como *ultima ratio* se menciona de forma expresa en la Recomendación de 1999 sobre la sobrepoblación de las prisiones y la inflación carcelaria<sup>14</sup> o en la undécima observación general del CPT<sup>15</sup>. Por otra parte, la reducción del uso de la prisión preventiva aparece en la Recomendación de 2006 sobre la utilización de la prisión preventiva<sup>16</sup>.

Por último, el Comité de Ministros también ha tratado de fomentar un mayor uso de las medidas alternativas a la prisión a través de varias recomendaciones entre las que cabe destacar la Recomendación de 1992 sobre las Reglas Europeas de Sanciones y medidas comunitarias<sup>17</sup> y la Recomendación de 2003 sobre libertad condicional<sup>18</sup>, entre otras.

Ahora bien, seguramente el instrumento más reciente y completo del Consejo de Europa para luchar contra el hacinamiento carcelario sea el Libro Blanco sobre sobrepoblación carcelaria, publicado por el Comité Europeo para Problemas Criminales el 30 de junio de 2016<sup>19</sup>. En este documento el Comité Europeo para Problemas Criminales se centra principalmente en dos cuestiones: las causas de la sobrepoblación carcelaria y sus posibles soluciones.

En cuanto al origen del problema de la sobrepoblación carcelaria, en el documento se señala que en muchos Estados miembros se está aplicando una política de tolerancia cero que se basa en la idea errónea de que las penas de prisión de larga duración tienen un mayor efecto disuasorio a la hora de evitar la comisión de delitos por parte de los delincuentes. Además, en el documento también se señala que el problema del hacinamiento carcelario está estrechamente relacionado con el funcionamiento de los sistemas penales nacionales y con ciertos valores, ideas y tradiciones que son muy difíciles de cambiar porque reflejan realidades históricas políticas y culturales.

En cuanto a las posibles soluciones al problema de la sobrepoblación carcelaria, el Comité vuelve a reiterar que los Estados miembros deberían limitar el uso de la pena de prisión, limitar el uso de la prisión preventiva y aplicar con más frecuencia medidas alternativas a la pena de prisión<sup>20</sup>. En este documento también se analiza la posibilidad de reducir la duración de ciertas penas de prisión y sobre

<sup>14</sup> Recomendación núm. R (99) 22 del Comité de Ministros sobre la sobrepoblación de las prisiones y la inflación carcelaria, adoptada por el Comité de Ministros el 30 de septiembre de 1999.

<sup>15</sup> Observación General nº 11 [CPT/Inf (2001) 16].

<sup>16</sup> Recomendación Rec (2006) 13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la utilización de la prisión preventiva, las condiciones que se deben reunir y la existencia de salvaguardias para evitar su abuso.

<sup>17</sup> Recomendación No. R (92) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Europeas de Sanciones y medidas comunitarias.

<sup>18</sup> Recomendación Rec (2003) 22 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre libertad condicional.

<sup>19</sup> European Committee on Crime Problems, White paper on prison overcrowding, 2016.

<sup>20</sup> Respecto al mayor uso de medidas alternativas a la pena de prisión, en el documento se señala que en la mayoría de países europeos existen suficientes medidas de este tipo. El problema es que los tribunales las aplican de forma muy limitada por diferentes razones que pueden estar relacionadas en mayor o menor medida con la presión que ejerce la opinión pública o el miedo al crimen. En otros países, las alternativas a la prisión provisional están previstas en la legislación, pero en la práctica las estructuras sociales y administrativas son insuficientes para hacerse cargo del gran número de personas a las que se les podría aplicar dichas medidas. Así pues, en el documento se afirma que, si bien invertir en desarrollar esas estructuras y en la formación del personal de las prisiones pueda parecer un gran desembolso a primera vista, adoptar esas medidas resulta rentable a largo plazo.

todo la posibilidad de despenalizar ciertas conductas como la inmigración ilegal o el consumo de drogas.

Por último, en el documento se analiza otra medida que ha sido aplicada por muchos Estados para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria: la construcción de nuevas prisiones. Según el Comité, la experiencia demuestra que la población carcelaria aumenta cuando se crean nuevas prisiones. Las prisiones viejas o en mal estado deben ser reemplazadas por unas nuevas en las que se aseguren unas condiciones de reclusión dignas pero esas reformas no deben implicar un aumento en el número de plazas, pues el aumento de plazas puede conllevar a su vez un aumento de la tasa de encarcelamiento.

Ahora bien, en este punto cabe señalar que, a pesar de los esfuerzos del Consejo de Europa por defender una política penal reduccionista, muchos líderes europeos se han instalado en un populismo punitivo. Según Huertas Díaz (2016, p. 59), entre las causas de esta expansión del Derecho Penal como primera ratio podemos encontrar el auge del terrorismo, los nuevos riesgos que conlleva la globalización económica, la violencia e inseguridad ciudadana, entre otros. Algunas de sus características son la incorporación de nuevos bienes jurídicos, fundamentalmente de naturaleza colectiva, la penalización de conductas anteriormente reguladas por el Derecho Administrativo y la anticipación de la tutela penal, por citar alguno.

En cualquier caso, los datos que recibimos desde Europa son alarmantes (Aebi y Tiago, 2018, pp. 3-6): la mayoría de presos europeos está cumpliendo sus condenas por delitos de drogas y por delitos contra la propiedad y no por otros delitos más graves que impliquen violencia. De hecho, resulta sorprendente que en algunos Estados europeos casi un tercio de los presos esté cumpliendo condena por un delito de drogas.

Al menos en dieciséis países del Consejo de Europa, un cuarto de los presos está a la espera de juicio, y en algunos casos el porcentaje llega a ser del 30 o 40% sobre el total de la población reclusa. En Europa alrededor del 16% de los presos son extranjeros, aunque en algunos países este porcentaje aparece claramente sobredimensionado: Suiza (52%), Austria (52%), Grecia (50%), Alemania (38%) o Italia (32%), son sólo algunos ejemplos.

En este contexto tan desesperanzador, las sentencias piloto pueden ser un instrumento útil para reforzar los principios habituales de la política penitenciaria europea principalmente por dos razones: las sentencias del TEDH, a diferencia de los instrumentos de *soft law*, son vinculantes para los Estados miembros. Además, a través de estas sentencias el Estado condenado puede establecer un diálogo con el TEDH, el Comité de Ministros y otros órganos del Consejo de Europa con la intención de recibir información sobre las medidas más adecuadas para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria.

A continuación, se analizarán qué medidas específicas han adoptado los Estados condenados para dar cumplimiento a este tipo de sentencias. En este análisis queda excluido el caso contra Ucrania porque la sentencia Sukachov contra Ucrania, de 30 de enero de 2020, es muy reciente y el Estado condenado todavía no ha tenido tiempo de enviar su plan de acción.

## 5. El cumplimiento de las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles

En la página web del Departamento de la Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo se puede acceder a todos los documentos de la ejecución de las sentencias piloto<sup>21</sup>: el plan de acción –o informe de ejecución– del gobierno condenado, las resoluciones del Comité de Ministros y las comunicaciones de las ONGs. Precisamente, uno de los puntos fuertes de las sentencias piloto es que ofrecen una mayor publicidad y transparencia durante la fase de supervisión de la ejecución respecto a otro tipo de sentencias.

A este respecto, cabe señalar que, en la mayoría de las sentencias piloto, al menos una ONG se encarga de realizar un seguimiento del caso<sup>22</sup>. Esto, en palabras del propio Consejo de Europa<sup>23</sup> es algo positivo, pues la participación de las ONGs – y de las instituciones nacionales de derechos humanos– facilita la implementación de los estándares europeos a nivel nacional (Helfer, 2008, p. 156). A continuación, se analizará, siguiendo un orden cronológico, qué medidas han adoptado para poner fin al problema estructural del hacinamiento carcelario los Estados que han sido condenados a través de una sentencia piloto por este motivo.

### 5.1. Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012

Tras la sentencia Ananyev, las autoridades rusas adoptaron las siguientes medidas para poner fin al problema del hacinamiento carcelario<sup>24</sup>: se publicó y se dio publicidad a la sentencia, se iniciaron cursos de formación para concienciar a los jueces y a otros profesionales que trabajan en el ámbito penitenciario sobre la necesidad de imponer la prisión preventiva sólo en caso excepcionales y sobre la necesidad de mejorar las condiciones de reclusión.

Asimismo, las autoridades rusas afirman que se trató de fomentar el uso de medidas alternativas a la prisión como la fianza, el arresto domiciliario, el uso del brazalete electrónico, etc. Además, el gobierno inició la reforma de algunos artículos del Código Penal y del Código Procesal Penal<sup>25</sup> para garantizar que la prisión preventiva no durara más de lo estrictamente necesario.

Como puede comprobarse, en un inicio, a pesar de que Rusia trató de dar una apariencia de cumplimiento, en realidad las autoridades no siguieron las recomendaciones dictadas por Estrasburgo –reducir el uso de la pena de prisión y de la prisión preventiva y favorecer el uso de las medidas alternativas a la pena de cárcel–. Esta situación se extendió durante 5 años, pues no fue hasta el 2017 que el Estado ruso emprendió tímidamente las primeras reformas legislativas, que se fueron consolidando a lo largo del 2018.

<sup>21</sup> Para obtener esta información hay que acudir a la página web del Departamento de la Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo:

[https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECCollection%22:\[%22CEC%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECCollection%22:[%22CEC%22]})

<sup>22</sup> En *Ananyev* las ONGs que están siguiendo el caso son: *Penal Reform International*, *Association of Russian Lawyers for Human Rights* y *Public Veredict Foundation*. En *Torreggiani: Radicali italiani* y *L'altro Diritto*. En *Neshkov: Bulgarian Helsinki Committee* y *Bulgarian Prisoners' Association for Rehabilitation*. En *Varga: Hungarian Helsinki Committee* y en *Rezmives* la Asociación por la defensa de los derechos humanos en Rumanía (*Helsinki Committee*).

<sup>23</sup> Evaluation of the Council of Europe support to the implementation of the ECHR at national level. Report Directorate of Internal Oversight Evaluation Division Evaluation (2017)20 30 January 2017.

<sup>24</sup> Action plan - Communication from the Russian Federation concerning the case of Ananyev against Russian Federation (Application No. 42525\_07).

<sup>25</sup> En concreto el artículo 62 del Código Penal y el artículo 303 del Código Procesal Penal. Estos cambios se introducirían a través de la Ley Federal nº 33012-6.



El 29 de abril de 2019, Rusia envió un nuevo plan de acción<sup>26</sup> que contenía las siguientes medidas: la descriminalización de ciertas conductas a través de la reforma de varios preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal<sup>27</sup>, el fomento del uso de las medidas alternativas a la prisión<sup>28</sup>, y la creación de la medida de trabajo en beneficio para la comunidad<sup>29</sup>.

El Comité de Ministros ve con buenos estas reformas, pues en su última nota informativa<sup>30</sup> ha señalado que el número de presos en Rusia ha descendido en un 32% en la última década (especialmente entre el 2016 y el 2018). El número de presos ha pasado de ser 619.100 en 2008 a ser 418.300 en 2018. Sin embargo, de acuerdo con las estadísticas SPACE<sup>31</sup>, Rusia sigue siendo el país del Consejo de Europa con una mayor población carcelaria (incluso si se tiene en cuenta la ratio per cápita).

Además, en la última década también ha disminuido el número de presos preventivos en un 31%, que ha pasado de ser 144.306 en 2008 a ser 99.800 en 2018. Ahora bien, a este respecto cabe señalar que el estado ruso debería prestar una mayor atención a un problema que todavía no se ha conseguido erradicar: los jueces siguen extendiendo la duración de la prisión preventiva de forma casi automática.

## 5.2. Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013

En Italia, tras la sentencia Torreggiani, las autoridades adoptaron un plan de acción<sup>32</sup> en el que se seguían tres líneas de actuación. La primera consistía en la adopción de medidas legislativas con una doble finalidad: por una parte, reducir el gran número de presos que entraban en las cárceles por primera vez, y por otra, permitir que las personas que ya estaban cumpliendo su pena de prisión progresivamente abandonaran los centros penitenciarios.

En este sentido, tal y como señala Favuzza (2017, p. 160) el Decreto-ley nº78/2013 que más tarde se convirtió en la Ley nº 94 de 9 de agosto de 2013, introdujo (entre otros) estos cambios: se limitó la posibilidad de imponer prisión preventiva (artículo 280 del Código Procesal Penal), se introdujo la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la prisión sin necesidad de que el condenado pasara un periodo mínimo en la cárcel (artículo 656.4 bis del Código Procesal Penal).

Además, se amplió la posibilidad de aplicar el arresto domiciliario para aquellas personas que se encontraban en una situación vulnerable cuya pena no superara los 4 años (artículo 656.5 del Código Procesal Penal) y se eliminó la prohibición de aplicar el arresto domiciliario para los presos reincidentes (artículo 99.4 del Código Penal).

<sup>26</sup> 1348th meeting (June 2019) (DH) - Action plan (on general measures) (29/04/2019) - Communication from the Russian Federation concerning the Kalashnikov group of cases and Ananyev and Others v. Russian Federation (Applications No. 47095/99, 42525/07).

<sup>27</sup> Con la Ley Federal de 7 de febrero de 2017 se reformó el artículo 116 del Código Penal y con la Ley Federal 519-FZ, de 27 de diciembre de 2018, se reformó el artículo 282 del Código Penal y el artículo 109 del Código Procesal Penal.

<sup>28</sup> A través de la Ley Federal 72-FZ, de 18 de abril de 2018.

<sup>29</sup> A través de la Ley Federal 420 FZ, de 7 de diciembre de 2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2017, se reformaron los artículos 44, 53.1 y 80 del Código Penal.

<sup>30</sup> 1348th meeting (June 2019) - H46-23 Ananyev and others and Kalashnikov group v. Russian Federation.

<sup>31</sup> *Vid supra*, nota a pie de página nº 7.

<sup>32</sup> Communication from Italy concerning the case of Torreggiani and others against Italy (Application) No. 43517/09) 1193 meeting (4-6 March 2014) Action report (29/11/2013).

Por otra parte, el Decreto-ley nº 146/2013, convertido en la Ley n. 10 de 21 de febrero de 2014, introdujo (entre otros) los siguientes cambios: la aplicación de la liberación anticipada de aquellos presos que siguieran cursos de reinserción, la aplicación de la libertad condicional para las personas que hubieran sido condenadas a una pena de prisión de hasta 4 años, la aplicación del arresto domiciliario para las penas de prisión de menos de 18 meses, el uso del brazaletes electrónico como medida alternativa a la prisión etc.

Además, esta Ley trajo consigo otros dos cambios importantes: se redujo la pena asociada a ciertos delitos relacionados con las drogas y con la inmigración ilegal, ya que ambas cuestiones estaban estrechamente relacionadas con la sobrepoblación carcelaria en Italia y se introdujo la figura del Defensor nacional de los detenidos o *Garante nazionale per i detenuti* (Cadin, 2016, p. 128).

La segunda línea de actuación consistió en implementar un régimen de prisión abierta para aquellos presos (alrededor del 88%) que cumplieran su pena en centros penitenciarios de media o baja seguridad. Por último, la tercera línea de actuación consistió en la construcción de nuevos centros penitenciarios, en la restauración de las celdas y en la ampliación de los espacios comunes que ya estaban en uso con el fin de que se adecuara a los estándares reiterados por el Tribunal Europeo.

De acuerdo con los datos que he podido recabar, por el momento, la sentencia Torreggiani contra Italia, es la única sentencia piloto sobre el estado de las cárceles en la que el gobierno condenado ha puesto en marcha todas las medidas dictadas por Estrasburgo para superar el problema del hacinamiento carcelario: reducir el uso de la pena de prisión y de la prisión preventiva y aumentar el uso de las medidas alternativas a la pena de cárcel.

El camino que el gobierno italiano ha llevado para dar cumplimiento a lo dispuesto por la sentencia Torreggiani no ha sido fácil: se necesitaron tres años y varios cambios legislativos, administrativos y jurisprudenciales pero al final se consiguió poner fin al problema estructural, por lo menos de manera temporal, pues parece ser que en los últimos años el número de presos ha vuelto a aumentar. De hecho, un claro indicador del éxito que tuvieron las medidas adoptadas por el gobierno italiano es que en 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa incluyó dichas medidas entre los ejemplos positivos de impacto del Convenio Europeo en los Estados parte<sup>33</sup>. Además, el Tribunal Europeo ha puesto el cumplimiento de esta sentencia como ejemplo a seguir en los casos Varga y Rezmives.

### 5.3. Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015

En Bulgaria tras la sentencia Neshkov el Ministro de Justicia creó un grupo de trabajo para poner fin al problema del hacinamiento carcelario. Lo primero que hay que señalar a este respecto es que, en Bulgaria dependiendo de la categoría de los presos, éstos están ubicados en prisiones de régimen cerrado o en prisiones de régimen abierto. El problema de hacinamiento se encontraba principalmente en las prisiones de régimen cerrado.

Tal y como se señala en el plan de acción enviado por las autoridades búlgaras<sup>34</sup>, el 25 de enero de 2017 el Parlamento inició una reforma legislativa con la

<sup>33</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, *Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples*, AS/Jur/Inf (2016) 04 8 January 2016, pág. 21.

<sup>34</sup> 1310th meeting (March 2018) (DH) - Action plan (21\_12\_2017) - Communication from Bulgaria concerning the cases of Kehayov and Neshkov and Others v. Bulgaria (Applications No. 41035\_98, 36925\_10).

que se modificó la Ley de 2009 sobre la Ejecución de las penas y de la prisión preventiva, el Código Penal y el Código Procesal Penal.

En las nuevas disposiciones se estableció una nueva forma de ubicar a los presos a su llegada a la cárcel. Con esta regulación se pretendía enviar a más presos a las cárceles de régimen abierto. Según el gobierno, las condiciones de la mayoría de estas cárceles eran dignas y en estos centros penitenciarios había más posibilidad de que los presos trabajaran o realizaran otro tipo de actividades.

Por otra parte, el gobierno búlgaro inició la construcción de dos nuevos centros penitenciarios para solucionar en parte el problema de hacinamiento de las dos cárceles más sobrepobladas y también inició la reestructuración de otras cárceles gracias a los fondos del Mecanismo Financiero Noruego<sup>35</sup>. Además, el gobierno búlgaro pretendió impulsar el uso del brazalete electrónico a través de una reforma de la Ley de 2009 sobre la ejecución de las penas y de la detención preventiva y también pretendió facilitar la aplicación de la libertad condicional anticipada.

Como puede observarse las autoridades búlgaras han puesto en marcha un gran número de iniciativas para poner fin al problema del hacinamiento, sin embargo, las ONGs<sup>36</sup> involucradas en este caso acusan al gobierno de comportamientos muy graves. En concreto, la *Bulgarian Prisoners Association for Rehabilitation*<sup>37</sup> acusa al gobierno búlgaro de haber falseado los datos sobre el número de presos y sobre la capacidad real de las cárceles y también denuncia que los fondos destinados a incorporar el brazalete electrónico han desaparecido debido a la gran corrupción existente en el país.

Además, esta ONG acusa a los directores de las prisiones de intentar sabotear sistemáticamente, a través de informes negativos, la posibilidad de que los presos puedan acceder a la libertad condicional anticipada. Asimismo, denuncia que, en muchas ocasiones, el personal de las prisiones está tomando represalias contra aquellos presos que deciden interponer una reclamación para tratar de mejorar la deplorable situación en la que se encuentran.

#### 5.4. Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015

En Hungría<sup>38</sup> las autoridades siguieron dos líneas de actuación para poner fin al problema del hacinamiento carcelario: aumentar la capacidad de los centros penitenciarios y llevar a cabo ciertas reformas legislativos dirigidas principalmente a la creación de nuevas medidas alternativas a la pena de prisión.

En cuanto a las reformas legislativas, el gobierno húngaro propuso tres medidas principales con el fin de reducir el problema de la sobrepoblación carcelaria. La primera se introdujo a través del Ley CCXL de 2013 (Código Penitenciario). Con esta medida se pretendía que los presos con bajo riesgo de reincidir pudieran pasar

<sup>35</sup> El 3 de mayo de 2016, la Unión Europea y el Reino de Noruega firmaron un acuerdo por el que se crea un nuevo Mecanismo Financiero Noruego para el periodo 2014-2021. En él Noruega se compromete a contribuir durante un periodo de siete años a la reducción de las disparidades económicas y sociales en el Espacio Económico Europeo y al estrechamiento de sus relaciones con los Estados beneficiarios.

<sup>36</sup> 1273 meeting (6-8 December 2016) (DH) - Communication from a NGO (Bulgarian Helsinki Committee) (16\_09\_2016) in the case of Neshkov and others (Application No. 36925\_10).

<sup>37</sup> 1318th meeting (June 2018) (DH) - Rules 9.2 and 9.6 Communication from a NGO (Bulgarian Prisoners' Association) (16\_03\_2018) in the Neshkov and Others case v. Bulgaria (36925).

<sup>38</sup> 1265 meeting (20-22 September 2016) (DH) - Revised action plan (01/07/2016) - Communication from Hungary in the István Gábor Kovács group of cases and the case of Varga and others against Hungary (Applications No. 15707/10, 14097/12).

los últimos seis meses de su pena en su domicilio usando un aparato electrónico para estar siempre localizables.

La segunda medida se puso en marcha el 1 de enero de 2015 y consistió en enviar a los presos un aviso antes de su entrada en prisión con un doble objetivo: permitir que los reclusos eligieran el centro penitenciario y a su vez permitir que las autoridades penitenciarias pudieran contabilizar el número de presos. Por último, el tercer cambio legislativo consistió en modificar las normas sobre el arresto domiciliario contenidas en la Ley No. XIX de 1998 para fomentar que los jueces aplicaran con más frecuencia esta medida en vez de aplicar la prisión preventiva.

En 2018 el Comité de Ministros envió una nota informativa<sup>39</sup> en la que felicitó a Hungría por haber puesto en marcha nuevas medidas alternativas a la pena de prisión. Sin embargo, en ese mismo documento alertó a las autoridades húngaras de que aún debían centrar sus esfuerzos en reducir el uso de la pena de prisión y de la prisión preventiva si realmente querían poner fin al problema del hacinamiento carcelario.

A este respecto, el Comité de Ministros recomendó a las autoridades húngaras que se inspiraran en las medidas que había adoptado el gobierno italiano tras la sentencia piloto Torreggiani y en las medidas que la ONG *Hungarian Helsinki Committee* había propuesto en su comunicación<sup>40</sup>. Algunas de las propuestas consistían en despenalizar ciertas conductas, en eliminar la pena de prisión de corta duración (menos de noventa días) o en eliminar la prisión preventiva en ciertos casos.

El 8 de marzo de 2019, Hungría ha enviado su último plan de acción actualizado<sup>41</sup> en el que ha adjuntado algunas estadísticas para demostrar el impacto que han tenido las reformas legislativas iniciadas hasta el momento. Sin embargo, parece que las autoridades húngaras no han seguido las últimas recomendaciones del Comité de Ministros y de la ONG que está siguiendo el caso, pues por el momento no se han iniciado nuevas reformas.

### 5.5. Rezmives y otros contra Rumanía, de 25 de abril de 2017

En Rumanía<sup>42</sup>, las autoridades están siguiendo principalmente dos líneas de actuación para poner fin al problema del hacinamiento carcelario: aumentar la capacidad de los centros penitenciarios y llevar a cabo ciertos cambios legislativos para favorecer el uso de las medidas alternativas a la pena de prisión<sup>43</sup>. A este respecto, el gobierno rumano menciona expresamente en su plan de acción la posibilidad de introducir el uso del brazalete electrónico, de reducir los requisitos para

<sup>39</sup> 1310th meeting (March 2018) (DH) - H46-8 Varga and Others and István Gábor Kovács group v. Hungary (Applications No. 14097/12, 15707/10).

<sup>40</sup> 1294th meeting (September 2017) (DH) - Rule 9.2 Communication from a NGO (28/08/2017) in the cases of Varga and Istvan Gabor Kovacs v. Hungary (Applications No. 14097/12, 15707/10).

<sup>41</sup> 1348th meeting (June 2019) (DH) - Action plan (08/03/2019) - Communication from Hungary concerning the Istvan Gabor Kovacs group of cases and the case of Varga v. Hungary (Applications No. 15707/10, 14097/12).

<sup>42</sup> 1310th meeting (March 2018) (DH) - Action plan (25/01/2018) - Communication from Romania concerning the cases of Rezmives and Others and Bragadireanu v. Romania (Applications No. 61467/12, 22088/04).

<sup>43</sup> A tal efecto se creó un grupo de trabajo compuesto por varios miembros del gobierno (incluido el Ministro de Justicia) y varios miembros del Registro del Tribunal Europeo, del Departamento para la Ejecución de las sentencias y del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

acceder a la libertad condicional y de facilitar la aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad<sup>44</sup>.

En su nota informativa de junio de 2019<sup>45</sup>, el Comité de Ministros ha felicitado a Rumanía por el espectacular descenso de la población reclusa, pues el número de presos ha pasado de ser 33.434 en diciembre de 2013 a ser 20.666 en abril de 2019. En efecto, a pesar de que el caso Rezmivez es relativamente reciente, ya se pueden apreciar importantes avances. Además, en Rumanía ya se han empezado a introducir algunas medidas similares a las que Italia y Hungría ya introdujeron con éxito tras las sentencias Torreggiani y Varga.

Teniendo en cuenta estos datos, puede decirse que, aunque todavía no se ha conseguido poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria, Rumanía va por el buen camino. Ahora bien, en esa misma nota, el Comité de Ministros anima a las autoridades rumanas a continuar con sus esfuerzos y les alerta sobre varias cuestiones, como, por ejemplo, la mala distribución de los presos en las distintas prisiones y el mal funcionamiento del servicio de libertad condicional.

## 6. Conclusiones

La prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes es absoluta y está contenida en todos los tratados y convenios sobre derechos humanos. El problema no es que no existan unos estándares claros, sino que los Estados no cumplen dichos estándares en la práctica. En este artículo se ha analizado si las sentencias piloto del Tribunal Europeo son un instrumento eficaz a la hora de mejorar la eficacia de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes en el contexto carcelario.

Según señalan Anagnostou y Mungiu-Pippidi (2014, p. 227), la voluntad política y la infraestructura o capacidad con la que cuentan los Estados a la hora de iniciar reformas legislativas o aplicar políticas públicas son los dos factores que están más estrechamente relacionados con el cumplimiento de los estándares internacionales y regionales de derechos humanos. Es decir, estos dos factores son determinantes para saber de antemano (salvo excepciones) cómo actuarán los Estados miembros ante una condena de Estrasburgo.

Según los datos que he podido recabar está afirmación se puede trasladar al cumplimiento de las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles. Ayala y Canosa (2017, p. 269) hacen una doble clasificación sobre los tipos de incumplimientos: aquellos de naturaleza política y aquellos de naturaleza técnico-jurídica.

Si extrapolamos estas ideas al análisis del cumplimiento de las sentencias piloto sobre hacinamiento carcelario nos encontramos con el siguiente resultado: un país que al menos aparentemente consiguió poner fin al problema estructural (Italia) dos países que han logrado importantes avances si bien se están encontrando problemas técnico-jurídicos para dar cumplimiento a la sentencia (Hungría y Rumanía) y otros dos países que en algún momento han manifestado de forma más o menos clara una falta de voluntad política por poner fin al problema estructural

<sup>44</sup> Estas medidas han sido financiadas a través del presupuesto anual de la administración penitenciaria, de un préstamo concedido por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, y gracias a los fondos del *Norwegian Financial Mechanism* (vid supra, nota a pie de página nº 26).

<sup>45</sup> 1348th meeting (June 2019) - H46-21 Rezmiveş and Others and Bragadireanu group v. Romania (Application No. 61467/12, 22088/04).



(Rusia y Bulgaria). Todavía es demasiado pronto para saber cómo reaccionará Ucrania ante la condena de Estrasburgo.

Ahora bien, respecto a este último punto hay que señalar que Rusia, a pesar de que inicialmente parecía reticente a cumplir con el mandato contenido en la sentencia piloto, y tras más de cinco años de relativa inactividad, finalmente ha iniciado ciertas reformas legislativas para reducir el uso de la prisión y el uso de la prisión preventiva. Este dato es sorprendente y se conecta con otra idea importante: el Tribunal Europeo no está imponiendo unos plazos realistas para el cumplimiento de sus sentencias piloto.

En estas sentencias el Tribunal ha dado a los Estados condenados un plazo que va de los seis meses al año y medio para iniciar las reformas que pondrán fin al problema estructural de la sobrepoblación carcelaria. Sin embargo, este plazo no se ha cumplido en ninguno de los casos, y no es de extrañar, pues la sobrepoblación carcelaria es un fenómeno complejo, especialmente si se tiene en cuenta que suele ser un problema que los países condenados llevan arrastrando durante años y que requiere de cambios de mentalidad y de grandes inversiones.

Si acudimos a las estadísticas nos encontramos con un dato desalentador: sólo una de las sentencias piloto se ha cumplido (la sentencia Torreggiani), y ni siquiera dentro del plazo marcado. Sin embargo, estas estadísticas son muy engañosas, pues como se ha analizado a lo largo de este trabajo, todos los Estados que han sido condenados por este problema han adoptado varias medidas que han supuesto cambios legislativos, jurisprudencias y administrativos, gracias a los que, en última instancia, se ha logrado, en mayor o menor medida, reducir el número de presos.

Las sentencias piloto son un instrumento útil para mejorar la eficacia de la prohibición de la tortura en el ámbito carcelario cuando el país condenado demuestra su compromiso y voluntad política para poner fin al problema estructural. De hecho, este procedimiento es útil incluso si el Estado condenado se encuentra con problemas técnico-jurídicos durante la fase de cumplimiento pues este procedimiento justamente sirve para poner un foco en el problema y para crear sinergias entre todos los actores encargados de impulsar el cumplimiento de la sentencia.

Ahora bien, el procedimiento de las sentencias piloto no ha resultado ser útil cuando los países condenados no demuestran una voluntad política real por poner fin al problema. Reducir la sobrepoblación carcelaria es un objetivo que sólo se consigue a través de medidas drásticas que muy a menudo se encuentran ante el rechazo frontal de la opinión pública. En efecto, algunas de las medidas destinadas a poner fin al hacinamiento carcelario, como por ejemplo, la reducción de los presos preventivos, la apuesta clara por las medidas alternativas a las penas de prisión o la despenalización de ciertas conductas como la inmigración ilegal o el consumo de drogas son muy impopulares entre ciertos sectores de la población europea.

Teniendo en cuenta lo anterior, en un futuro, el Tribunal Europeo debería hacer un esfuerzo por valorar en qué casos es positivo aplicar este procedimiento, por imponer unos plazos realistas y, en el peor de los supuestos, por establecer cuáles son las consecuencias de que un determinado país no cumpla con las obligaciones establecidas en una sentencia piloto.

## Bibliografía

- Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2018). *SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*. Strasbourg, Council of Europe.
- Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2018). *Key Findings of the SPACE I report – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, pp. 3-6.
- Abrisketa Uriarte J. (2013). Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de juez a legislador, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen 65, (núm. 1), pp. 73-99.
- Anagnostou, D, y Mungiu-Pippidi, A. (2014). Domestic implementation of human rights judgments in Europe: Legal infrastructure and government effectiveness matter, *European Journal of International Law*, vol. 25, (núm. 1), pp. 205-227.
- Ayala Corao C. y Canosa User R. (2017). El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos. En J. García Roca y E. Carmona Cuenca (Ed.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 269-314). Pamplona, España: Thomson-Reuters.
- Baluart D. C. y De Vos C. M. (2010). *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, New York, United States: Open Society Justice Foundation.
- Buyse A. (2009). The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges, *Nomiko Vima (Greek Law Journal)* volumen 57, (núm. 8), pp. 1913-1927.
- Cadin R. (2016). La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul sovraffollamento delle carceri italiane e un primo bilancio sulle misure introdotte nel post Torreggiani: una rieducazione “pilota”? En R. Cadin y L. Manca (Ed.), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internacionales ordinamento interno e opinione pubblica*, (pp. 105-140). Napoli, Italia: Editoriale Scientifica.
- Cruz L. M. (2010). El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional: un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos, *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, (núm. 77), pp. 185-209.
- García Roca J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Pamplona, España: Civitas-Thomson-Reuters.
- Greer, S. (2006). *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Gutiérrez Beltrán, A. M. (2018). *El amparo estructural de los derechos*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Favuzza F. (2017). Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy, *Human Rights Law Review*, volumen 17, (núm. 1), pp. 153-173.
- Helfer, L. R. (2008). Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European human rights regime, *European Journal of International Law*, volumen. 19, (núm. 1), 125-159.
- Huertas Díaz O., Leyva Estupiñán M. A., Lugo Arteaga L., Perdomo Mejía M. F. y Silvero Sarmiento A. (2016). Entre la minimización y la expansión del derecho penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo, *IUSTA*, volumen 1, (núm. 44), pp. 41-59.
- Lambert Abdelgawad E. (2007). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo, *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, (núm. 69), pp. 355-383.

- Leach P. (2010). Resolving Systemic Human Rights Violations –Assessing the European Court’s Pilot Judgment Procedure. En Leach P. et al., *Responding to systemic human rights violations An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level* (pp. 223-241). Oxford – Portland, United States: Intersentia Antwerp.
- López Guillem, E. (2018). Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo, *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, (núm. 42), pp. 335-370.
- Queralt Jiménez A. (2018). Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del TEDH, *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, (núm. 42), pp. 395-424.
- Queralt Jiménez A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Saavedra P., Cano G. y Hernández M. (2017). Reparación y supervisión de sentencias. En García Roca J. y Carmona Cuenca E. (Ed.): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (pp. 211-268). Pamplona, España: Thomson-Reuters.
- Zyl Smit D. y Snacken S. (2013). *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea: penología y derechos humanos*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

# Más que palabras: libertad de expresión y discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

## More than words: freedom of speech and hate speech in the Inter-American Human Rights system

Ana Ximena Jacoby  
Universidad Autónoma de Campeche  
ORCID ID 0000-0002-8493-4884  
[axjacoby@uacam.mx](mailto:axjacoby@uacam.mx)

### Cita recomendada:

Jacoby, A. X. (2020). Más que palabras: libertad de expresión y discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 148-163.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5268>

Recibido / received: 09/01/2020  
Aceptado / accepted: 12/03/2020

### Resumen

El derecho a la libre expresión tiene un alcance sumamente amplio. Incluye, entre otras, la manifestación de ideas y opiniones que otros pueden considerar profundamente ofensivas y perturbadoras. Por su naturaleza radical, este derecho suele entrar en colisión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la honra, a la privacidad, al olvido, a la libertad religiosa o con las normas que resguardan la seguridad nacional o la circulación del “discurso de odio”. Estas tensiones, que atraviesan al derecho a la libre expresión, quedan frecuentemente manifiestas en fallos y posicionamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El presente trabajo se propone analizar las distintas perspectivas teóricas que subyacen a los posicionamientos de esta Corte en relación al “discurso del odio”. Como veremos, en los pronunciamientos de la Corte y los demás órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos conviven, dentro de un marco liberal, distintas concepciones que van desde los principios liberales clásicos hasta posturas más cercanas al liberalismo igualitario.

### Palabras clave

Discurso de odio, libertad de expresión, Sistema Interamericano de Derechos Humanos

**Abstract**

*The freedom of speech has an extremely wide scope. It namely preserves the free expression of ideas and opinions that others might find profoundly offensive and disturbing. Due to its radical nature, this freedom can either collide with other fundamental rights, such as the right to honor, to privacy, to oblivion or to religious freedom, or with certain rules that preserve the national security or the circulation of "hate speech". These tensions crossing the freedom of speech are frequently expressed in judgments and declarations of the Interamerican Court of Human Rights. This work seeks to account for the different theoretical perspectives undermining the arguments presented by this Court regarding "hate speech". As to be seen, different conceptions within a liberal framework coexist in the declarations issued by the Court and rest of bodies that comprise the Interamerican System of Human Rights, ranging from those that follow classic liberal principles to more egalitarian liberalism-oriented positions.*

**Keywords**

*Hate speech, freedom of speech, Inter-American Human Rights System.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Hacia una definición operativa de discurso de odio. 3. De la palabra a la acción: los marcos regulativos sobre el discurso del odio. 4. El discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 4.1. La Convención Americana de Derechos Humanos. 4.2. La posición de la Corte Internacional de Derechos Humanos. 4.2.1 La opinión consultiva 5/85. 4.2.2. La última tentación de Cristo. 4.3. Los informes de la RELE. 5. Conclusiones.

**1. Introducción**

El derecho a la libertad de expresión tiene un alcance sumamente amplio. Incluye, entre otras, la manifestación de ideas y opiniones que otros pueden considerar profundamente ofensivas y perturbadoras<sup>1</sup>. Sin embargo, existe una preocupación creciente por cierto tipo de expresiones públicas, que además de resultar ofensivas o perturbadoras, tienen un efecto nocivo para la convivencia democrática. Estas manifestaciones, a las que se suele denominar genéricamente «discursos de odio», contribuyen a estigmatizar o incitan a la violencia contra determinados grupos sociales.

Este tipo de expresiones se presentan en el discurso público con distintos matices que van desde el discurso hostigador, al discurso discriminatorio y al discurso de odio<sup>2</sup>. Dentro del derecho internacional, existe un consenso en que no todas estas manifestaciones deben ser prohibidas y que la prohibición de estos discursos debe ser antes la excepción que la norma. Hasta aquí llegan los consensos, que son mínimos. Pero incluso al interior de estos consensos existe un amplio abanico de

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

<sup>2</sup> Retomando la propuesta de Torres y Tarrico, nos referiremos como «discursos de odio» en plural para hacer referencia al discurso genérico, compuesto por otros discursos específicos que pueden clasificarse en función del daño que generan. Dentro de este discurso genérico, encontramos el «discurso hostigador», que refiere las prácticas discursivas sistemáticas realizadas con la intención de impedir o limitar el uso de la palabra en el espacio público; los «discursos discriminatorios», que pretenden que una persona o grupo sean excluidas, segregadas o imposibilitadas de ejercer sus derechos y el «discurso del odio» en singular, que refiere a las prácticas enunciativas que incitan a la comisión de actos violentos, que atentan contra la vida y la seguridad de una persona o grupo de personas (2019, p. 7).



opciones e interpretaciones a la hora de regular, restringir o prohibir su circulación, en función de criterios que están en tensión.

La tensión que recorre la relación entre libertad de expresión y el discurso de odio ha sido objeto de numerosos debates, tanto en el ámbito académico como el jurídico. Podríamos agrupar buena parte de estos debates en dos grandes grupos. El primero tiene que ver con qué tipo de discursos son los que pueden ser considerados discurso de odio. El segundo se relaciona al modo en que debe regularse la circulación de estos discursos.

Estos dos debates, ofrecerán las coordenadas para organizar los siguientes dos apartados de nuestra exposición. Una vez definido el discurso de odio y descritas las distintas posiciones respecto a su regulación, abordaremos el objeto de nuestro artículo, que es el posicionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de los demás órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en relación al discurso del odio.

## 2. Hacia una definición operativa de discurso de odio

Una primera dificultad que nos encontramos a la hora de definir el discurso de odio, es que en el derecho internacional no existe una definición universalmente aceptada. Desde una perspectiva amplia, pueden considerarse como discurso de odio

todas las formas de expresión que diseminen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes y las personas nacidas de la inmigración (Comité de Ministros Consejo de Europa [CMCE], 1997)

Por su parte, un informe reciente de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que analiza distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional, ofrece una definición más acotada, que circunscribe el concepto a

expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas (UNESCO, 2015, p. 10-11).

Estas definiciones contrastan, por lo menos, en dos puntos cruciales. El primero tiene que ver con el destinatario del discurso de odio. Mientras que la definición de UNESCO refiere a «un determinado grupo social o demográfico», la postura retomada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) supone que la agresión debe ir dirigida específicamente a una minoría. Al limitar los discursos de odio a un grupo subalterno, la segunda definición cierra la puerta al mal uso que pueden hacer funcionarios públicos del marco legal sobre discurso de odio para censurar voces críticas o para evitar polémicas como la del ex Alcalde Giuliani en Nueva York, que pretendía definir como discursos de odio los comentarios negativos hacia la policía (Kaufman, 2015, p. 17).

La segunda diferencia entre ambas definiciones refiere al tipo de acciones contempladas en la definición de discurso de odio. Mientras que la postura citada por

el TEDH refiere a «todas las formas de expresión que diseminen, inciten, promuevan o justifiquen» el odio, la definición de UNESCO limita el discurso de odio a la «incitación a hacer daño», aun cuando aclara que en definiciones más amplias refiere a «expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia». Contrastando ambas definiciones, podemos observar que existe una concepción amplia del discurso de odio, en el que se incluyen todas las «expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia» y una concepción más estrecha de quienes lo limitan a la incitación a hacer daño. Cada una de estas definiciones, se corresponde, a su vez a un modelo diferente de regulación del discurso de odio.

### 3. De la palabra a la acción: los marcos regulativos del discurso de odio

La definición más estrecha de discurso de odio como aquel que incita a hacer daño se corresponde, en buena medida, con el modelo de regulación de los Estados Unidos. Este modelo se caracteriza por una protección amplia del derecho a la libre expresión. Su principio medular, que en términos legales descansa sobre la Primera Enmienda, es que el Estado no puede restringir una idea en función de su contenido, incluso cuando éste resulte ofensivo o erróneo, y que las únicas expresiones que pueden ser limitadas son aquellas que puedan producir un daño a otros.

Retomando los argumentos de Sunstein (1993, pp. 163-186) y Massaro (1991, p. 221), Alcácer Guirao sostiene que en el modelo estadounidense

todo discurso extremista, racista, xenófobo o incitador del odio ha de incardinarse bajo el ámbito del discurso político, o del discurso sobre asuntos con relevancia pública, recibiendo, por tanto, la consideración de *high value speech* y, con ello, la máxima protección que ofrece la Primera Enmienda. [...] Además, toda eventual regulación del discurso del odio –como las existentes en el modelo europeo–, en la medida en que presupone la prohibición de un determinado contenido del discurso dirigido, por lo general, contra grupos sociales específicos, habría de calificarse como basado en un determinado punto de vista [*viewpoint-based*], infringiéndose con ello el principio de absoluta neutralidad del Estado sobre las convicciones morales y políticas (Alcácer Guirao, 2015, pp. 61-62).

La postura estadounidense quedó plasmada durante la primera mitad del siglo XX en fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos como el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942 sobre unos Testigos de Jehová que habían insultado a unos oficiales públicos y en el que se establecía que se podían determinar restricciones a la expresión era cuando ésta generaba un «peligro claro y presente». Como señala Rodríguez Zepeda, su vigencia argumentativa terminó de facto en 1969 cuando se estableció, en el marco del caso *Brandenburg v. Ohio*, que la expresión sólo se puede limitar cuando produzca «acción ilegal inminente» (Rodríguez Zepeda, 2018, p. 39).

En términos teóricos, la prohibición de regulaciones motivadas en el contenido suele asociarse a una visión liberal clásica, tributaria de Stuart Mill (1991), que procura proteger a los ciudadanos del abuso del Estado, identificado como principal fuente de amenazas a la libertad individual.

Este estándar de interpretación constitucional ha sido objeto de críticas e intensos debates. Unas de las primeras objeciones en este sentido provienen de dos autoras que mostraban cómo la libertad de expresión estaba soportada por profundas desigualdades de género (MacKinnon, 1987 y 1993) y raciales (Matsuda, 1993) y proponían limitar el alcance de la Primera Enmienda para regular la libre circulación de la pornografía y de los discursos de odio racial, respectivamente. Sunstein (1993) coincide en que la Primera Enmienda está siendo utilizada para proteger discursos que no deben de ser protegidos, como el discurso difamatorio, ciertas formas de

pornografía, los discursos que invaden el ámbito privado y el discurso del odio, mientras que ignora a las víctimas genuinas de la difamación. Siguiendo los argumentos de James Madison, sostiene que muchos de los actuales intérpretes de la Primera Enmienda han perdido de vista la racionalidad primaria de la libertad de expresión, que es el «gobierno mediante la discusión» y que una característica distintiva del republicanismo estadounidense es su receptividad al desacuerdo y a la heterogeneidad, más que el temor a los mismos. Consecuentemente, considera que el discurso político debería ser promovido, dado que es esencial para el funcionamiento democrático, mientras que otras formas de discurso no político no deberían ser tan protegidas cuando entran en conflicto con otros intereses y derechos (Sunstein, 1993). Con un argumento afín, Owen Fiss sostiene que si

la libertad de expresión posee tanto valor en la Constitución [...] no es porque es una forma de auto-expresión o auto-realización, sino más bien porque es esencial para la autodeterminación colectiva [...] La libertad a la que el Estado está convocado a promover es una libertad pública (Fiss, 1996, p. 2).

También Waldron mantiene una postura favorable a la censura de los discursos de odio, argumentando que la difamación de grupos minoritarios afecta un bien público que merece ser protegido: la inclusión básica de todos los miembros de la sociedad. Según el autor, estos discursos denigran y estigmatizan a grupos minoritarios, afectando su dignidad y enviando dos tipos de mensajes implícitos. El primero, se dirige a la comunidad denigrada y tiene la función de denigrarlos y hacerles saber que pueden esperar enfrentarse a la humillación y la discriminación al salir de su casa. El segundo mensaje se dirige a quienes sostienen puntos de vista similares, para hacerles saber que no están solos (Waldron, 2012, pp. 57-58).

En el contexto de nuestro trabajo, nos interesa retomar asimismo la postura de Dworkin (1996 y 2000), que –a diferencia de los autores citados anteriormente– defiende la prohibición absoluta de la censura. Desde una postura más cercana al liberalismo igualitario, el autor procura ir más allá de la «tradición de la Primera Enmienda», la cual descansa en una lectura liberal clásica, y por tanto, meramente abstencionista, sobre el Estado. Desde la perspectiva de Dworkin, es importante que existan barreras infranqueables a la intervención estatal. Sin embargo, agrega que una comunidad democrática debe ser una comunidad igualitaria, en la cual la libertad de expresión sería “una garantía básica para el acceso a la expresión y neutralización de influencia desmedidas resultante de fuentes injustas de desigualdad económica o de poder social. Para ello juega un rol crucial el Estado, como instancia de distribución de recursos materiales y otras oportunidades necesarias la promoción de un sistema igualitario”(Dworkin, 1996, p. 238).

Estas propuestas de interpretación de la Primera Enmienda se enmarcan en debates y en proyectos diferentes. Sin embargo, comparten algunos principios comunes. En primer lugar, procuran hacer una lectura de la Primera Enmienda que vaya más allá de la postura liberal clásica del abstencionismo estatal. En segundo lugar, proponen ponderar distintos valores, derechos y principios junto con el de la libertad individual. En tercer lugar, sus argumentos se sostienen sobre una concepción más densa del interés público y los derechos colectivos, considerados tanto o más importantes que el los intereses y derechos del individuo.

Los principios que acabamos de enunciar se acercan más al modelo de regulación del discurso del odio que predomina en buena parte de los convenios internacionales sobre derechos humanos, en la mayor parte de Europa y en otras democracias occidentales como las de Argentina, Japón, Canadá, Colombia y México, entre otras. Gran parte de la literatura se refiere a este modelo como el

«modelo europeo» (Rosales Roa, 2018; Rodríguez Zepeda, 2018; Valero Heredia, 2017; Colli, 2015a y 2015b; Alcácer Guirao, 2015, entre otros), aun cuando autores como Bustos Gisbert (2015) o Teruel Lozano (2019) observan que esta descripción solo aplica para algunos Estados del continente<sup>3</sup>. Haciendo esta salvedad, respetaremos esta denominación ampliamente aceptada, porque fue en buena medida la experiencia histórica europea y «la experiencia constitucional y legal europea de la segunda mitad del siglo XX la que ha forjado los pilares axiológicos y exegéticos de este modelo» (Rodríguez Zepeda, 2018, p. 43).

Los orígenes históricos de este modelo se suelen asociar a experiencia del nazismo y a la noción de «democracia militante» propuesta por Loewenstein, que supone que las democracias tienen derecho a combatir activamente –incluso mediante la restricción de derechos fundamentales– los movimientos orientados a subvertirla (Esquivel Alonso, 2016, p. 5; Alcácer Guirao, 2015, p. 76). Frente a la lógica abstencionista predominante en los Estados Unidos, centrada en el concepto de «libre mercado de ideas», en el contexto europeo se espera una adhesión de los ciudadanos al ordenamiento jurídico y a sus valores y un rol activo del Estado para promover la igualdad sustantiva y la dignidad de todas las personas (Esquivel Alonso, 2016; Rosales Roa, 2018).

Según la definición del propio TEDH, el discurso de odio hace referencia a «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia». Teruel Lozano destaca los siguientes elementos en esta definición: a) Un discurso en clave excluyente contra un grupo discriminado; b) presencia de un elemento ofensivo mediante expresiones insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes, provocadoras de la comisión de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo o sus miembros; c) existencia de una intención directa en ofender (humillar, insultar, entre otros verbos rectores) y una motivación concreta al actuar por razón de esa intolerancia (Teruel Lozano, 2019, p. 21).

Retomando el argumento de Rodríguez Zepeda podemos sostener que el modelo europeo parte, al menos, de dos supuestos básicos. El primero es que existe un *continuum* entre la emisión del discurso y las conductas y «pasos al acto» en materia de daño a derechos. Por esta razón, la limitación al discurso significa, de manera directa, una forma de protección de esos derechos fundamentales (Rodríguez Zepeda, 2018, pp. 46-47). El segundo supuesto es que la libertad de expresión debe protegerse conforme a un equilibrio ponderado con otros derechos fundamentales y con otros valores públicos (Rodríguez Zepeda, 2018, p. 46; Colli Ek, 2014, pp. 83-86). Para lograr este equilibrio, este modelo contempla posibles restricciones a la circulación y sanciones de distinto orden para los discursos que se consideran dañinos tanto para la integridad de ciertos grupos sociales como para ciertos valores sociales primarios como la paz o la convivencia social (Rodríguez Zepeda, 2018, p. 37).

Las justificaciones para limitar y sancionar la circulación de ciertos discursos varían en función de las distintas legislaciones nacionales. En el caso de Alemania, por ejemplo, su Carta Magna establece la inviolabilidad de la dignidad humana como su valor supremo, y expresamente limita la libertad de expresión a la medida necesaria para proteger a los jóvenes y el derecho al honor personal. Otro marco jurídico que limita la circulación y penaliza el discurso de odio es el de Canadá. En el

---

<sup>3</sup> Según Teruel Lozano, ordenamientos jurídicos como el español y el italiano no pueden equipararse ni al modelo «tolerante» norteamericano ni al modelo «intransigente» europeo. Por el contrario, el autor caracteriza el modelo español como abierto y personalista (2019, p. 21). En relación a esta clasificación, ver asimismo Revenga Sánchez (2015).

fallo de un sonado caso de antisemitismo<sup>4</sup>, la Suprema Corte puso énfasis en «el compromiso de la Constitución canadiense con la diversidad multicultural, la identidad de grupo, la dignidad humana y la igualdad». Con base en estos valores, el Máximo Tribunal adoptó un enfoque matizado concebido para armonizar estos valores con aquellos arraigados en la libertad de expresión, concluyendo que la propaganda del odio como la promovida por Keegstra no justificaba ser protegida, ya que su principal efecto era socavar el respeto mutuo entre los diversos grupos raciales, religiosos y culturales en Canadá más que promover necesidades o valores genuinos de expresión (Rosenfeld, 2005, p. 173).

Una vez esbozados estos dos modelos y descritos algunos de los principios sobre los que reposan, analizaremos cómo se ven reflejados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

#### 4. El discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Llegados a este punto, nos interesa introducir el objeto de análisis de nuestro artículo, que son las concepciones predominantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a esta tensión que estamos describiendo. ¿Se acercan los principios interpretativos de la Corte y los demás órganos del SIDH más al modelo estadounidense o al europeo?

La respuesta a este interrogante no es simple por una razón: la Corte IDH no se ha manifestado abiertamente respecto al discurso de odio, sino más bien de manera tangencial. Así lo sostiene un documento de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA (RELE-OEA), según el cual:

Los lineamientos básicos que definen las expresiones de odio de acuerdo con el artículo 13(5), a diferencia de las disposiciones similares que se encuentran en los tratados internacionales y en la legislación nacional, aún no han sido interpretados ni desarrollados en profundidad por la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana (RELE-OEA, 2004, p. 2).

En este mismo sentido, Rosales Roa observa que el SIDH «a diferencia de otros sistemas, no reporta un desarrollo claro y propio del tema» (Rosales Roa, 2018, p. 9).

Es por ello que basaremos nuestra argumentación en los pronunciamientos más relevantes del SIDH en relación al discurso del odio a través de sus principales órganos –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE)– y en una exégesis de otros fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH, que pueden echar luz sobre nuestra pregunta.

##### 4.1. La Convención Americana de Derechos Humanos

Para comenzar la argumentación de manera ordenada, empezaremos describiendo el marco legal en el que se encuadra el debate sobre el discurso del odio en la región. La referencia explícita al tema la encontramos en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que garantiza a todas las personas el derecho a «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole».

Dos referencias complementarias para la interpretación del discurso de odio aparecen en los artículos 13.2 y 13.5. El primero prohíbe la censura previa y habilita,

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Canadá, caso Regina v. Keegstra, de 13 de diciembre de 1990.



en cambio, un régimen de responsabilidades ulteriores en situaciones específicamente delimitadas y ajustándose a las siguientes condiciones: (a) las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; (b) las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (c) las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr dicho objetivo. Este artículo limita el alcance de la regulación en materia de discursos de odio para aquellos discursos que no incitan abiertamente a la violencia. Así lo sostenía el Relator para la Libertad de Expresión, Eduardo Bertoni, para quien

otras expresiones o comentarios intolerantes que no constituyan estrictamente «incitación a la violencia» pueden ser sujetos al establecimiento de responsabilidades ulteriores para garantizar los derechos a la dignidad y no discriminación de un grupo particular de la sociedad (RELE-OEA, 2015).

La única referencia explícita al discurso de odio la ofrece el artículo 13.5, según el cual

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Aunque la prescripción del artículo 13.5 parece concluyente, su interpretación ha dado lugar a un extenso debate sobre si las expresiones de odio deben censurarse o someterse a un régimen de responsabilidades ulteriores. Autores como Faúndez Ledesma entiendan que puede existir una franja de «discursos prohibidos», basándose en lo que establece el artículo 13.5 de la CADH y el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), según el cual «Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley» (Faúndez Ledesma, 2004).

Este punto fue desarrollado también por Bertoni<sup>5</sup>, quien cuestiona si estos discursos «deben estar prohibidas por la ley» como indica el artículo 13.5 en español o si «deben ser consideradas delitos punibles por ley», como se traduciría la versión en inglés «*shall be considered as offenses punishable by law*»). A partir de esta diferencia semántica, el ex Relator sostiene que el artículo 13.5 establece un tipo especial de las responsabilidades ulteriores previstas en el inciso 2 y no una posibilidad de prohibición de contenidos. Este aporte de Bertoni fue retomado por los sucesivos relatores de la OEA, que entienden que los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH, no admiten restricciones previas (Loretti, 2012, p. 29).

## 4.2. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como señalamos anteriormente, el punto de partida para nuestro análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH es la falta de sentencias explícitas en la materia. Sin embargo, existen otros fallos y opiniones consultivas relacionados a la censura que servirán de cimiento a nuestra argumentación.

<sup>5</sup> RELE-OEA (2004, capítulo 5).

### 4.2.1. La Opinión Consultiva 5/85

Las principales referencias al posicionamiento de la Corte IDH en relación al discurso de odio pueden encontrarse en la Opinión Consultiva (OC) 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. Este documento es tan relevante al interior del SIDH, que recientemente fue objeto de una publicación conmemorando los 30 años de su aparición<sup>6</sup>. En este texto la Corte distinguía dos tipos de restricciones a la libertad de expresión por parte del Estado: La «supresión radical» o censura abierta y los «actos de poder público», que refieren a las formas indirectas de censura por parte del Estado. La única referencia a la afectación de la libertad de expresión por parte de particulares es la «restricción» a la libre expresión generada por la existencia de monopolios informativos<sup>7</sup>.

Gran parte de los casos que ha resuelto desde entonces la Corte IDH se relacionan a casos de «supresión radical» o «restricciones» pero con origen en el poder público. Entre éstos, encontramos sentencias en casos de censura previa<sup>8</sup>, sanciones ulteriores no justificadas bajo los parámetros de la Convención<sup>9</sup>, restricciones indirectas por parte del Estado<sup>10</sup>, reconocimiento del derecho de acceso a la información<sup>11</sup> y sobre obligación del Estado de proteger el derecho a la libertad de expresión dentro de su jurisdicción y frente a potenciales ataques de agentes no estatales<sup>12</sup>.

En la OC 5/85 la Corte señala que la libertad de expresión tiene una doble vertiente: abarca desde la libertad individual de expresar opiniones hasta el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de diversa índole. Como consecuencia, a la hora de evaluar la violación del derecho hay que atender tanto los derechos del emisor como el derecho de la sociedad a recibir informaciones e ideas. Esto se debe a que la libertad de expresión tiene una dimensión individual, que comprende el derecho de opinar y de difundir el pensamiento por cualquier medio, y una dimensión social, relacionada con su carácter instrumental para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Según

<sup>6</sup> Corte Internacional de Derechos Humanos (2017).

<sup>7</sup> El texto de la OC 5/85 denomina «supresión radical» a aquellas situaciones en las que el poder público establece «medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias», por ejemplo, a través de la censura previa, secuestro o prohibición de publicaciones, etc. Por otro lado, denominaba «actos de poder público» a las acciones estatales que implican «una limitación al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas [...] con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno», en referencia distintos medios indirectos de limitar la libertad de expresión por parte del Estado, como el uso arbitrario de la publicidad oficial, la discrecionalidad en la asignación de frecuencias, el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, etc. Junto a estas modalidades de censura directa e indirecta, la OC caracteriza caracterizaba como «restricción», a aquellas limitaciones a la libertad de expresión por la «existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación» que generan en la práctica «medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones» (OP 5/85, par. 54-56).

<sup>8</sup> Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile («La última tentación de Cristo») de 5 de febrero de 2001.

<sup>9</sup> Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, de 2 de julio de 2004; caso Ricardo Canese v. Paraguay, de 31 de agosto de 2004; caso Palamara Iribarne v. Chile, de 22 de noviembre del 2005; caso Kimel v. Argentina, de 2 de mayo del 2008; caso Tristán Donoso v. Panamá, de 27 de enero 2009; caso Usón Ramírez v. Venezuela, de 20 de noviembre 2009, y caso Fontevecchia D'Amico v. Argentina, de 29 de noviembre de 2011.

<sup>10</sup> Caso Ivcher Bronstein v. Perú, de 6 de febrero de 2001; caso Vélez Restrepo y Familiares v. Colombia, de 24 de julio de 2008; Caso Úzcátegui y otros v. Venezuela, de 3 de septiembre del 2012; caso Norín Catriman y otros [dirigentes miembros y autoridades del pueblo indígena Mapuche] v. Chile, de 29 de mayo del 2004, y caso López Lone y otros v. Honduras, de 5 de octubre de 2015.

<sup>11</sup> Caso Claude Reyes y otros v. Chile, de 19 de septiembre de 2006, y caso Gómez Lund y otros v. Brasil, de 24 de noviembre del 2010.

<sup>12</sup> Caso Perozo y otros v. Venezuela, de 28 de enero del 2009; caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia, de 26 de mayo del 2010, y caso Carvajal Carvajal y otros v. Colombia, de 13 de marzo de 2018.

la definición del Tribunal, «estas dos dimensiones deben ser garantizadas de manera simultánea» (OP 5/85, par. 30-33). Si bien el posicionamiento de la Corte se enmarca en otro debate se refería a la necesidad de regular a los monopolios informativos, este reconocimiento de ambas dimensiones de la libertad de expresión y el postulado sobre la garantía simultánea de ambas dimensiones resulta revelador en el marco de nuestro análisis. La pregunta que permanece abierta es cómo debería de posicionarse el Estado en los casos en los que existe un conflicto de interés y en los que esta garantía simultánea de la dimensión individual y la colectiva no resulta posible. En un documento posterior la RELE retoma este argumento: «Una de las principales consecuencias del deber de garantizar simultáneamente ambas dimensiones es que no se puede menoscabar una de ellas invocando como justificación la preservación de la otra» (RELE, 2009, p. 17). Si bien la afirmación de la RELE no ofrece soluciones para los casos de conflicto de interés, resulta de suma relevancia, en tanto cierra la puerta al principio de ponderación predominante en el modelo europeo. Pero si la solución no es menoscabar alguna de las dimensiones o encontrar un «justo medio» por el que ambas dimensiones puedan garantizarse en forma simultánea, aunque sea parcialmente, no queda claro cómo se resolverían estos puntos en tensión.

#### 4.2.2. La Última Tentación de Cristo

La postura descrita anteriormente se ve reforzada en un fallo de la Corte IDH, relacionado a la censura judicial a la exhibición cinematográfica de la película *La Última Tentación de Cristo*<sup>13</sup>. La CIDH incluyó en su argumentación las siguientes consideraciones sobre el discurso de odio del artículo 13.5:

El artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales. Este caso no se enmarca dentro de este supuesto, ya que la versión cinematográfica de Martin Scorsese ha sido definida como obra artística de contenido religioso sin pretensiones propagandísticas. [...] Además, este inciso 5 del artículo 13 debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que «quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley»<sup>14</sup>.

En base a estos argumentos la Corte se posicionó en favor de los demandantes y forzó a modificar el artículo 19.12 de la Constitución chilena, que permitía ejercer la censura previa. De este modo, reforzó la interpretación del artículo 13.5 que privilegia los mecanismos de responsabilidades ulteriores sobre los de censura previa (Rosales Roa, 2018, p. 22; Gilas, 2016, p. 105).

#### 4.3. Los informes de la RELE

Existen varios documentos elaborados por la RELE de los que puede desprenderse una posición de este organismo en relación a la censura del discurso de odio. El primero de ellos es el Informe del año 2004 de la RELE-OEA mencionado anteriormente, que dedica un capítulo a *Las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos*. En este documento, la Relatoría cuestiona si los discursos de odio «deben estar prohibidas por la ley» como indica el artículo 13.5 en español o si «deben ser consideradas delitos punibles por ley», como se traduciría la versión en inglés «*shall be considered as offenses punishable by law*») y a partir de esta diferencia semántica se decanta la interpretación a favor de una regulación

<sup>13</sup> Caso «La última tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros vs. Chile).

<sup>14</sup> Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), par. 69.

basada en un régimen de las responsabilidades ulteriores por sobre un modelo de prohibición de contenidos.

Un segundo documento dedicado explícitamente a la temática es el informe sobre *Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América* (2015)<sup>15</sup>. El documento sostiene que los Estados: «deben» adoptar legislación para sancionar la apología del odio que constituya «incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar»; «en cambio, según el artículo 13.2 de la Convención Americana, otras expresiones o comentarios intolerantes que no constituyan estrictamente «incitación a la violencia» «pueden» ser sujetos al establecimiento de responsabilidades ulteriores para garantizar los derechos a la dignidad y no discriminación de un grupo particular de la sociedad» (cursivas en el original). De este modo, la Relatoría refuerza la postura a favor del régimen de responsabilidades ulteriores. Para complementar el argumento, el informe sostiene luego:

La CIDH considera necesario enfatizar que la censura del debate sobre asuntos controversiales no atacará las desigualdades estructurales y prejuicios prevalentes que afectan a las personas LGBTI en América. Por el contrario, como principio, en vez de restringirlos, los Estados deben impulsar mecanismos preventivos y educativos y promover debates más amplios y profundos, como una medida para exponer y combatir los estereotipos negativos.

Por último, en un documento de 2017 relacionado a la censura en internet<sup>16</sup>, el ex Relator lleva el argumento contra la censura aún más lejos, cuestionando la validez de normas del SIDH en el contexto americano. El documento reconoce que dentro del SIDH «cuando se está frente a contenidos abiertamente ilícitos o a discursos no resguardados por la libre expresión (como el discurso incitador a la violencia), resultaría admisible la adopción de medidas de bloqueo y filtrado de contenidos específicos». Sin embargo, posteriormente matiza este argumento: «Estas afirmaciones se sostienen en gran medida en las propuestas provenientes del sistema universal. Las notas a pie de página que acompañan esos párrafos lo demuestran. Pero como bien explicó la Corte IDH en la OC-5/85, el Sistema Universal no contiene la prohibición de censura previa que contiene el Art. 13.2 de la CADH». Esta clase de interpretaciones abonan a la descripción que se hace frecuente del SIDH como uno de los marcos jurídicos más protectivos de la libertad de expresión.

Un argumento similar se desarrolla en el informe de 2004 citado anteriormente: «Es importante observar que la Corte Interamericana considera que las disposiciones sobre la libertad de expresión de la Convención Americana son más «generosas» que sus contrapartidas de la Convención Europea y el PIDCP» (RELE-OEA, 2004).

La propia Corte ha señalado en la OC 5/85 que una comparación de los tres instrumentos demuestra que «las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas» (OC-5/85, par. 50).

Partiendo de esta condición particular de la CADH, el Relator concluye que

Si bien la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos puede brindar una orientación valiosa para la interpretación de la Convención Americana y ha sido con frecuencia citada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, es importante subrayar los límites de este criterio. No se debe permitir que la aplicación de los

<sup>15</sup> RELE-OEA (2015).

<sup>16</sup> Bertoni (2017, p. 40).

principios jurídicos de las Naciones Unidas y de la Unión Europea erosionen las libertades fundamentales garantizadas por la Convención Americana [...]. El artículo 13, en su conjunto, también contiene disposiciones concretas que rigen las restricciones a la libertad de expresión y estas disposiciones tienen precedencia frente a las conclusiones que se extraigan de la jurisprudencia de otro sistema jurídico” (RELE-OEA, 2004, par. 34).

## 5. Conclusiones

Para poder analizar los posicionamientos explícitos en relación al discurso de odio en el SIDH, debemos circunscribirnos a los informes de la RELE. En los dos primeros informes (RELE-OEA, 2004 y 2015) el ex Relator Eduardo Bertoni ha ido construyendo una sólida línea argumental, que refuerza una postura a favor del régimen de responsabilidades ulteriores por encima de la regulación de contenidos, siguiendo la línea de la sentencia de la Corte sobre *La última tentación de Cristo*. En el otro (RELE-OEA, 2017), lleva el argumento en contra la regulación de contenidos aún más lejos, al afirmar que estas medidas admisibles en el marco del SIDH no aplican al contexto americano, ya que el primero no contiene la prohibición de censura previa que contiene el art. 13.2 de la CADH. Si Gargarella (2012) describe al modelo estadounidense como «hiper-protectivo» de la libertad de expresión<sup>17</sup>, necesitaríamos de otra hipérbola para poder describir a la CADH.

Otro punto que merece ser destacado y que se desprende del análisis anterior, es que los órganos del SIDH cuentan con una doctrina más clara y contundente en relación a los casos que la confrontan con problemas liberales clásicos relacionados a la protección de los individuos respecto del Estado y no frente a los abusos de otros individuos. Esto es concordante con lo que plantea Rosales Roa (2018):

La regulación sobre discurso de odio y discurso intolerante con arreglo a los artículos 13.2 y 13.5 de la CADH no sólo no elimina aquella tensión, sino que profundiza el antagonismo entre libertad de expresión e igualdad a partir de un enfoque individualista del fenómeno de la intolerancia que absorbe acriticamente de la Primera Enmienda de Estados Unidos; esto es, de un enfoque que obliga al Estado a abstenerse frente a todo lo que no suponga violencia física.

En un contexto regional e internacional en el que el discurso del odio es un problema creciente, en el que Europa cada vez tiene más fallos del tema y que en Estados Unidos se presiona por una postura más conciliadora entre libertad de expresión y otros valores, derechos y principios, la interpretación abstencionista que propone la RELE podría parecer anacrónica, sobre todo si se contrasta con posiciones como la de Fiss, para quien

Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era al Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad” (Fiss, 1996).

Sin embargo, en el contexto político que se vive en nuestro continente, en el que abundan los casos de acoso judicial a periodistas, cifras alarmantes de

---

<sup>17</sup> Como sostiene Gargarella: «La concepción teórica hasta aquí defendida, claramente, viene a confrontar con muchas de las opiniones jurisprudenciales examinadas. Contra ellas, otorga al derecho de la libertad de expresión un estatus especial dentro de la estructura constitucional, y aún dentro de la estructura de derechos. La crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, entonces, aparece hiperprotegida dentro de una categoría de derechos ya hiperprotegidos» (Gargarella, 2012, p. 36).



asesinatos de periodistas e impunidad en estos crímenes, uso arbitrario de la pauta de publicidad oficial, manipulación del flujo de información en redes sociales, etc., existen razones sobradas para desconfiar de Estado como fuente de libertad y asumir una postura «hiperprotectora» de la libertad de expresión.

Aun cuando no existen fallos explícitos de la Corte IDH en torno al discurso de odio, en el marco de la OC 5/85 la Corte desarrolló un argumento de importancia crucial a la hora de evaluar su postura respecto a la tensión entre derechos individuales y colectivos, cuando afirma que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social y que «estas dos dimensiones deben ser garantizadas de manera simultánea» (OP 5/85, par. 30-33).

En principio, esta afirmación podría dar pie a una interpretación menos tajante de la prohibición de censura, en la que el derecho de los individuos a la libre expresión sea ponderado con otros valores, derechos y principios asociados a la «dimensión social» de la libertad de expresión, como sucede en el modelo europeo de regulación de discursos de odio. Sin embargo, el argumento posterior de la RELE (2009, p. 17) contra la restricción de una de ellas invocando como justificación la preservación de la otra, limita esta interpretación al cerrar la puerta al principio de ponderación predominante en el modelo europeo.

Si no resulta posible dar prioridad a la garantía de un derecho sobre otro en función del contexto, ni es posible sacrificar parcialmente ambas para llegar a un «justo medio», ¿de qué modo se pueden garantizar simultáneamente ambas dimensiones de la libertad de expresión? Desde un punto de vista de la lógica argumental, pareciera que nos encontramos ante un problema sin solución. Sin embargo, no nos encontramos solamente ante un problema jurídico sino también ante un problema político. La respuesta al mismo puede ser jurídica en lo que refiere a la prohibición absoluta de toda forma de censura y política en lo que refiere a generar las condiciones materiales e institucionales para que todas las personas puedan expresarse en el espacio público en condiciones de igualdad y para promover un discurso a favor de la tolerancia, la inclusión y la equidad.

Este parece ser el camino elegido por buena parte de los gobiernos del continente americano. Como señala Bertoni en un estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas, buena parte de los gobiernos de la región han incorporado mecanismos sancionatorios del discurso de odio bajo distintas figuras legales<sup>18</sup>. Sin embargo, los mismos no son aplicados con frecuencia:

Estamos ante declaraciones vinculantes de condena a ciertas conductas que se entienden atentan contra el orden democrático, pero nada más allá. De allí las escasas decisiones que se han encontrado, todas además (salvo los casos estadounidense y argentino) bastante marginales. Y es que la clave histórica bajo la que se lee el artículo 20 del PIDCP (el fenómeno del nazismo), no responde necesariamente a las particularidades socioculturales de los países de la región americana (Bertoni, 2010, p. 19).

---

<sup>18</sup> Según el ex Relator en el año 2010 once de los 29 países estudiados en las Américas habían incorporado de manera directa o indirecta la prohibición de los discursos de odio en su codificación penal. Son los casos de: Argentina, Bolivia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú, Santa Lucía y Uruguay. Este patrón normativo se manifiesta con mayor intensidad en los países de Centro (4 de 7) y Sudamérica (5 de 9), en donde, además, se encuentran concentrados la mayor parte de los Estados americanos provenientes de la tradición jurídica continental europea (o del civil law system) (Bertoni, 2010, p. 7).

Paralelamente, el ex Relator observa desde la década de 1990 «una notable apuesta por los mecanismos no sancionatorios, en especial por la generación de políticas públicas y la creación de comisiones o comités en el ámbito gubernamental para su seguimiento» (Bertoni, 2010, p. 19). Bertoni encuentra el origen de esta apuesta por las políticas públicas en la experiencia brasileña, «que progresivamente se ha ido alejando de un modelo sancionatorio hacia mecanismos extrapenales que procuran sensibilizar y capacitar antes que imponer penas de cárcel» (Bertoni, 2010, p. 19).

Más allá de los avances que hubo en las últimas décadas en la formulación de políticas integrales para contrarrestar los discursos de odio, aún queda mucho camino por recorrer. En este sentido, Torres y Taricco consideran que en la región aún es necesario contar con investigaciones sistemáticas y mecanismos de recolección de información, que permitan avanzar en la comprensión del fenómeno y construir respuestas en base a evidencia y a partir de la distinción entre distintos tipos de discursos de odio (Torres y Taricco, 2019, p. 19).

Retomando el debate presentado a comienzos de este artículo, podemos encontrar una formulación teórica de esta postura en el modelo de liberalismo igualitario de Dworkin (1996 y 2000). Este autor propone establecer barreras infranqueables a la intervención estatal en la regulación de los discursos y apuesta simultáneamente por un Estado que contribuya activamente a neutralizar las influencias desmedidas resultantes de fuentes (injustas) de desigualdad económica o de poder social, mediante la distribución de recursos materiales y otras oportunidades. Siguiendo estos principios, y en consonancia con los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible generar mecanismos para que la igualdad y la libertad de expresión no sólo sean compatibles, sino que se necesiten mutuamente y contribuyan a la promoción de sociedades libres, tolerantes e incluyentes.

## Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2012). Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, pp. 02:1-02:32.
- Alcácer Guirao, R. (2015). Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, Enero-abril, pp. 45-86.
- Alonso, L. y Vázquez, V. (dirs.) (2017). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Sevilla, España: Athenaica.
- Bertoni, E. (2010). *Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas*. Informe preparado para los talleres organizados por el Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiagostudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiagostudy_sp.pdf)
- Boyle, K. (1992). Overview of a dilemma: Censorship versus racism. En Colliber, S. (Ed.), *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination* (pp. 1-8). Londres, Reino Unido: Article 19, International Centre Against Censorship, Human Rights Centre, University of Essex.
- Bustos Gisbert, R. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. En Revenga Sánchez, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 126-133). Madrid, España: Universidad de Alcalá.

- Collí Ek, V. (2014). Discursos de odio y su defensa en la doctrina constitucional mexicana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX, pp.79-103. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.
- Collí Ek, V. (2015a). ¿Libertad de expresión o responsabilidad? ¿Cuándo, en el caso de portales sobre noticias, de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos?. *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 33, Julio-Diciembre, pp. 195-210.
- Collí Ek, V. (2015b). La libertad de expresión de portales web de noticias y la protección del anonimato online. Análisis de la reciente doctrina de la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Delfi AS contra Estonia. *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, Año 4, Núm. 7, pp. 28-39.
- Comité de Ministros Consejo de Europa [CMCE] (1997), Recomendación No. R (97) 20 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre “empleo de discurso de odio”.
- Dworkin, R. (2000). ¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?. En Barker, P. (comp.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social* (pp. 57-80). Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 35, Diciembre 2016, pp. 3-44.
- Faúndez, H. (2004). *Los límites a la libertad de expresión*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Fiss, O. (1996). *The Irony of Free Speech*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Fiss, O. (1997). *Libertad de Expresión y estructura social*. Ciudad de México, México: Fontamara.
- García Santos, M. (2017). El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Comillas Journal of International Relations*, núm. 10, pp. 27-46.
- Gargarella, R. (2009). Constitucionalismo y libertad de expresión. En Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Tomo II, Cap. XXVIII). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Gilas, K. (2016). *Libertad de expresión en el ámbito electoral en México (a la luz de los estándares internacionales)*. Ciudad de México, México: Tirant Lo Blanch.
- Kaufman, J.C. (2015). Creativity Is Life: A Commentary on the Special Issue. *The Journal of Creative Behaviour*, núm. 49(3), pp. 233–237.
- Loretti, D. (2012). Tensiones entre la libertad de expresión y la protección contra la discriminación: La incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado. *Democracia y Derechos*, Año 1, núm. 1, pp. 15-34.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. (1993). *Only words*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Massaro, T. (1991). Equality and freedom of expression. The Hate Speech Dilemma. *William and Mary Law Review*, núm. 32, pp. 211-265. Recuperado de <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol32/iss2/3>
- Matsuda, M. y otros (1993). *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*. Boulder, Estados Unidos: Westview Press.
- RELE (2015) *Violencia contra personas LGBTI*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
- RELE. (2004) *Las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos*. Recuperado de

- <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>
- RELE. (2004). *Las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos*. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj64MfbsqfoAhVGQq0KHanrBR4QFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Fexpresion%2Fshowarticle.asp%3FartID%3D443%26IID%3D2&usq=AOvVaw1hEdkEdx5hxntqo8mgpkKL>
- RELE. (2015). *Informe anual 2015*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>
- RELE. (2009). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Recuperado de [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema\\_interamericano\\_de\\_derechos\\_humanos/index\\_MJIAS.html](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html)
- Rodríguez Zepeda, J. (2018). El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio. En Rodríguez Zepeda, J. y González Luna, T. (dirs.), *El prejuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste* (pp. 27-73). Ciudad de México, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Rosales, R. (2018). *Liberalismo igualitario, discurso de odio y grupos discriminados: una teoría contra el discurso de odio para la región*. Recuperado de [https://www.academia.edu/40114792/Liberalismo\\_igualitario\\_discurso\\_de\\_odio\\_y\\_grupos\\_discriminados\\_una\\_teor%C3%ADa\\_contra\\_el\\_discurso\\_de\\_odio\\_para\\_la\\_regi%C3%B3n?auto=download](https://www.academia.edu/40114792/Liberalismo_igualitario_discurso_de_odio_y_grupos_discriminados_una_teor%C3%ADa_contra_el_discurso_de_odio_para_la_regi%C3%B3n?auto=download)
- Rosenfeld, M. (2005). El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*, 11, pp. 153-198.
- Salazar, P. y Gutiérrez, R. (2008). *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Sunstein, Cass R. (1993). *Democracy and the problem of free speech*. Nueva York, Estados Unidos: The Free Press.
- Teruel Lozano, G. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo. *ReDCE*, núm. 27, Enero-Junio de 2017. Recuperado de [https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03\\_TERUEL.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm)
- Teruel Lozano, G. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, pp. 13-45.
- Torres, N. y Taricco, V. (2019). *Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Centro de Estudios para la Libertad de Expresión.
- Unesco (2015). *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online Hate Speech]*, 2015, pp. 10-11.
- Valero Heredia, A. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, pp. 305-333.
- Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Waldron, J. (2015). *Dignity, Rank and Rights*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Walker, Samuel (1994). *Hate speech. The history of an American controversy*. Lincoln, Estados Unidos: University of Nebraska Press.

# Obligación contractual\*

## Contractual obligation

Ricardo Gutiérrez Aguilar  
 Universidad Complutense de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-0291-8419  
[gutierrezaguilar.ricardo@gmail.com](mailto:gutierrezaguilar.ricardo@gmail.com)

Cita recomendada:

Gutiérrez Aguilar, R. (2020). Obligación contractual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 164-178.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5271>

Recibido / received: 23/06/2018  
 Aceptado / accepted: 16/02/2020

### Resumen

El presente trabajo se plantea los interrogantes tanto legales como morales a que una teoría del contrato –y de su equivalente deóntico, la promesa– aboca. Encontramos esta doble naturaleza de las obligaciones legales ya desde los tiempos del derecho romano clásico, pero no es sino desde los años 80 que el tema ha experimentado una segunda vida académica. Con el advenimiento de la llamada *muerte del contrato*, los teóricos de la materia han discutido si el derecho civil no debería reabsorber la teoría general sobre el contrato como disciplina independiente, y reducir su componente moral. Las obras de Charles Fried y de Patrick Atiyah, reivindicando un compromiso moral fuerte en el ejercicio de la teoría y práctica jurídica de la promesa han abierto el camino a la actualidad del debate y presentado una alternativa a la exitosa teoría económica del contrato.

### Palabras clave

Obligación, contrato, promesa, teorías económicas del contrato, teorías deónticas del contrato

### Abstract

*The aim of present article is to lay out the usual legal and moral enquiries to which a theory of contract –and its deontic equivalent, promise– leads. We can assess this dual nature of legal obligations even in classic Roman Law times, but it is not until the 80s that the issue has experienced a second academic life. With the sudden rise of scholarship around the so-called death of contract, theorists on the subject have discussed if would not be more convenient to reabsorb the general theory of contract as an independent discipline within tort law, reducing*

\* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto postdoctoral de investigación *On the Letter and Spirit of Imitation: Exemplum and Exemplarity* (2017-2020), adscrito al Departamento de Lógica y Filosofía Teórica (Facultad de Filosofía, Universidad Complutense de Madrid–UCM) y bajo la supervisión del Prof. Dr. Ricardo Parellada. Vienen a sumarse sus resultados científicos a los generados dentro de los proyectos PAIDESOC – *El desván de la razón: cultivo de las pasiones, identidades éticas y sociedades digitales* (FFI2017-82535-P), dirigido por la Prof<sup>a</sup>. Concepción Roldán Panadero (Instituto de Filosofía–CSIC) y el proyecto de innovación educativa de la Universidad Complutense de Madrid *Precariedad, exclusión y diversidad funcional: lógicas y efectos subjetivos del sufrimiento social contemporáneo (II)* (Innova- Docencia PIMCD84), dirigido por la Prof<sup>a</sup> Nuria Sánchez Madrid (Departamento de Filosofía y Sociedad–UCM) y el macroproyecto *Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (OnTrust–CM. H2019-HUM5699), dirigido por el Prof. José María Sauca Cano.



*in this exercise its moral component. Charles Fried's and Patrick Atiyah's work vindicating a strong moral commitment in legal theory and practice through the underlying idea of promise has left opened the trail to contemporary debate and offered an alternative to the otherwise successful economic theory of contract.*

### **Keywords**

*Obligation, contract, promise, economic theories of contract, deontic theories of contract*

SUMARIO. 1. Las dos vidas útiles del derecho civil. 2. El derecho de las obligaciones: a quién, a qué y para qué se ata uno. 3. La obligación como técnica legal: los intereses entre la necesidad y el respeto.

## **1. Las dos vidas útiles del derecho civil**

Se dice que son los inmortales Plauto y Cicerón los que aparentemente tendrían el honor de haber introducido en nuestro corriente vocabulario legal y moral –por medio de una comedia el primero, el *Truculentus*, y una serie de epístolas el segundo, *Epistolae ad Brutum*– el término *obligatio* (Zimmerman, 1992, p. 1). Entre el drama y la discusión filosófico-política se nos cuela entonces la noticia del simbolismo antiguo de un obligare que encerraba en los tiempos del derecho romano arcaico el sentido más descarnado de la sujeción, la constricción y el hallarse encadenado. Y es que la partícula lig- era la atadura mismamente. En aquella incipiente noción de derecho el obligado era el que podía conocer muy bien la cuerda, la cadena, la soga con que se le conducía por el cuello al mercado de esclavos... Estar obligado era así un estar atado literalmente, atado en un sentido físico donde el prefijo ob- nos avisaba de que a lo que estábamos ligados era a algo que teníamos enfrente y que competía en fuerzas. El *debitor* tenía su *creditor* correspondiente: aquél a quien se había agraviado. La relación de obligación no podía ser más personal pues, alguien adquiriría como bien el derecho a disponer de otro. Un título sin limitación en principio. La *obligatio* primera era a la vez derecho y deber incondicional. Incondicional e involuntariamente adquirido por ambas partes. Pero en este caso concreto el primer trato –legal y moral– que se tiene con un otro lo entendía el romano por uno frente al que habría que precaverse, pues se creaba una *obligatio* recíproca donde alguien había sufrido un daño o un perjuicio. No es de extrañar entonces que se haya visto en este origen primitivo de un porvenir derecho de las obligaciones una filiación primera fundamental antes bien con la idea de responsabilidad civil –‘*tort*’ [derecho de agravio, daño o perjuicio] en el sistema de derecho anglosajón– que con las responsabilidades voluntarias que se suponen cubiertas por la idea de obligación que contiene el contrato (Zimmerman, p. 2; Hogg, 2011, pp. 58-62; Hogg, 2017, pp. 27-29).

Si hacemos buena esta idea que separa la sanción que emana de las conductas punitivas no buscadas –*ex delicto*– de aquella obligación que surge de una disposición voluntaria a sujetarse a derecho –*ex contractu*– (Zimmerman, 1992, pp. 14-18; Hogg, 2017, pp. 59-61; Birks, 2014, pp. 17-20), el uso primitivo de la voz “*obligatio*” respondía como decimos a la responsabilidad en que incurría un infractor con respecto a otro pero con el discurrir del tiempo permitiría diferenciar la obligación que surge ante la coerción de aquella que nace del respeto, adelantando así una teoría general sobre cuáles son las fuentes de autoridad de las que bebe la ley. La primera clase de responsabilidad surgía de la aparición de una *laesio*, una lesión de derecho en el agraviado. Quedaban obligados personalmente ambos, sí, pero el deudor quedaba obligado con su propia persona como prenda de la deuda. Así, en aquel momento arcaico del derecho en que las estructuras del Estado apenas se

dejaban ver, el derecho de obligaciones que imperaba era uno estructurado en torno a unidades familiares. La estructura «legal» de cada una de estas unidades apenas debía ocuparse de las relaciones jerárquicas entre sus distintos miembros –con el *pater familias* en la cúspide–, y de los derechos de sucesión y propiedad. El derecho civil actual sería el centro de gravedad de tales cuestiones, y la responsabilidad jurídica a él ligada su campo. No obstante, la ley así descrita presentaba lagunas. El ilícito civil surgía a la lumbre de las querellas entre distintas unidades familiares, esto es, entre distintos *pater familias* que, como tales eran la máxima autoridad en su propio núcleo familiar. Pero ¿cómo habían de relacionarse entonces las personas de autoridad entre sí? El primer derecho creativo como obligación figuraba así, en ausencia de un Estado que lo regulara, como un derecho ni más ni menos que absoluto a la venganza. Una clase de justicia conmutativa sin límites. No habiendo mediador el pago equitativo podía ir desde el cobro por medio de la muerte del deudor –el culpable del agravio– hasta su apresamiento y posible venta posterior como esclavo<sup>1</sup>. El límite entre derecho real y derecho personal se confundía pues, siendo el cuerpo mismo y la vida del agravante el valor que restituía al agraviado. El cuerpo como bien de transmisión. Traducido como propiedad.

Un derecho *in rem* [*real*, en la cosa] es uno que depende para su exigibilidad de la localización de la cosa misma. Un derecho *in personam* [*personal*, de la persona] es uno que depende para su exigibilidad de la localización de la persona. ‘Exigibilidad’ significa aquí ‘habilidad para requerir’. Y cuando se trata de ser riguroso en la interpretación de estos derechos siempre nos encontraremos a una persona en el otro extremo de la demanda como aquél que lo recibe (Birks, 2014, pp. 11-12).

El derecho se tiene, equivale a una demanda, lo que confiere por tanto es autoridad incondicional sobre el otro participante de la obligación.

La idea de *iuris vinculum* [vínculo de derecho] presente al fin en las *Institutiones* de Justiniano (529-534 d.C.) sería el ejercicio acabado de aquella mediación que nos faltaba entre la idea de sanción en la ley y el discutible componente moral de la misma. ¿Se obliga uno por temor o por respeto? La respuesta sería una posible estación de llegada que terminaría por colmar precisamente ese camino simbólico de la atadura física a la obligación voluntaria que la sustituiría –*ex contractu*–. Y en ese camino simbólico ya desde el período clásico del derecho romano la doble vida del contrato, legal y moral, iría cobrándose hasta nuestros días su forma definida. De la responsabilidad como culpa *in contrahendo* al deber de cumplimiento complementario. Hay que decir que la andadura tuvo lugar merced al momento positivo de la formalidad. De la práctica social explícita como mediación. Se necesitaban sustitutos simbólicos. Como si de una cadena de fetiches se tratase, la vida del deudor que se tomaba como pago fue sustituida paulatinamente, sí, por el poder sobre el cuerpo entero y su localización –el cuerpo apresado y expuesto, vendido por un precio, pero también liberado–, y tan real era el procedimiento del *manus iniecto* [literalmente, echar mano de alguien] extraprocesal como el procesal por el cual se era citado ante el pretor por parte del demandante. Pero la exigibilidad, el derecho que en un extremo tira de la responsabilidad del otro, puede modularse también a través de un precio, otro sustituto, y la primitiva *lex talionis*, tanto como el *nexum* de la República y el *mutuum* a modo de primer contrato informal vinieron a describir positivamente *ex lege* [partiendo de la ley] y por medio de la fórmula solemne

<sup>1</sup> El *creditor* adquiriría sobre el deudor el mismo poder que un *pater familias* poseía sobre sus descendientes. No obstante, se sabe que esto tenía sus límites: no se conoce de ningún caso en el que el deudor pagara la deuda con su vida –arrojado desde la Roca Tarpeya– o fuera descuartizado para saldar el pago de varios acreedores. Hay indicaciones de cuántos días debía contemplarse el cautiverio –60 días– antes de ser llevado al mercado en tres días consecutivos para su venta, sobre cómo debía ser alimentado y cuánto debían pesar sus cadenas. Estas condiciones se suponen atenuantes legales a la discrecionalidad absoluta (Zimmerman, 1992, nota 13, p. 3).

los diversos momentos de concreción de ese poder autoritario de la *obligatio* originaria primero sobre otro, y finalmente en sus nuevas formas voluntarias sobre uno mismo. Transmitidos con ello ambos poderes a modo de propiedad entre ciudadanos en el juramento y la promesa que contiene la acción del contrato. La validez de la obligación dependía pues de un primer cumplimiento, el cumplimiento de una formalidad ostensiva.

El derecho romano contaba para ello con la figura clásica de la *stipulatio* como acto jurídico por antonomasia. Clave además a la hora de comprender la doble naturaleza en tanto obligación que muestra de modo eminente nuestra actual idea de contrato. La base de la *stipulatio* –como la que sostiene al contrato en muchas de sus interpretaciones– es una promesa.

La formación de una *stipulatio* se lograba por medio de un simple intercambio verbal. El tenedor de la promesa (*creditor*) preguntaba al que promete (*debitor*) si estaba dispuesto a asumir lo prometido en cuestión. Así, por ejemplo, bien podía preguntar ‘¿prometes pagar cien [denarios]?’ (*spondesne centum dare?*), ante lo cual el que promete simplemente había de contestar ‘Lo prometo’ (*spondeo*) (Hogg, 2011, p. 111)<sup>2</sup>.

La *stipulatio* incardinaba la obligación como convención social a fin de poder ser positivamente ejecutada, a fin de poder ser exigida en su ejecución ante la autoridad. Era la forma explícita del significado de obligarse. Justo como para el caso del *σύμβολον* [*símbolo* y en su origen etimológico *unión de voluntades*] griego, el objeto físico que servía de sustituto se partía –aquí la palabra–, quedándose ambos contrayentes con una parte del mismo que sólo se correspondía con la del otro y que recordaría el pacto al reencontrarse. El intercambio de la *stipulatio* reflejaba de igual manera esta relación mutua, privada y exclusiva. Como en la *obligatio*, ambas partes se encuentran atadas por deber y en derecho, pues la *stipulatio* podía ser reclamada ante la justicia de no ser ejecutada, pero a diferencia de la *obligatio* arcaica, las dos partes implicadas debían dar su consentimiento voluntario para convertir el acto en exigible. La hacía igualmente explícita y vinculante, sancionable por ley ante el pretor. La flexibilidad de la *stipulatio* en cuanto a contenido, fuera éste más abstracto o más concreto, a pesar de requerir de una causa o razón del acto jurídico entre los contratantes, la convertía sin lugar a dudas en «comparable [en función] a la moderna teoría general del contrato» (Hogg, 2011, p. 112). La fórmula convencional mediaría para el asentimiento de las partes, introduciendo así de nuevo una distancia que aclara aquella confusión en que incurría la *obligatio* entre derecho real y personal, confusión localizada en el propio cuerpo del reo. El asentimiento voluntario que funda una obligación compromete a la persona, pero la compromete con una necesidad en principio sólo moral. Ya vendrá el paso de la promesa al contrato. Queda como trabajo para la autoridad competente decidir si el posible quebrantamiento de la *stipulatio* es punible o no. Cada extremo de esta peculiar *obligatio* requiere para su sostén de la aquiescencia de los contratantes, pero las promesas son gratuitas. Es el que asiente el que se decide a quedar bajo la ley, el que se obliga libremente. Sólo entonces puede requerirle su *creditor*. Obviamente bastaría con que cada uno de los circunstantes cumpliera con la formalidad ritual de responder a su vez con otra *stipulatio* para aproximarnos al intercambio de promesas –de obligaciones– que figura

<sup>2</sup> Nos explica Hogg que en un primer momento la única expresión formal válida era la construida con el verbo *spondere*, siendo así que con el andar del tiempo otros usos verbales fueron siendo admitidos. Así entre otros, *dare* [*dar, donar*] y *promittere* [*prometer*] vinieron a sumarse al rito público (Hogg, 2011, p. 112). Para una aproximación a la problemática de la proyección simbólica de la obligación en el vocabulario concreto de promesa y contrato. Hickey, R. (1986). A Promise is a Promise: On Speech Acts of Commitment in English. *Studia Anglica Posnaniensia*, 28, pp. 69-80.

a día de hoy como la definición canónica de lo que un contrato es para el *Common Law* (Hogg, 2011, p. 50; Samuel, 2001, pp. 525-ss.).

Baste decir a este punto que la teoría del contrato y de la promesa en derecho, el derecho de las obligaciones, continuó sus desarrollos paralelos en torno a su carácter legal y moral a lo largo de los siglos, repitiendo con la experiencia de cada escuela la dicotomía entre voluntad y expectativa, coerción y deber, como fuentes de obligación constituyéndose poco a poco y casi milagrosamente en una rama diferenciada y distinta dentro del derecho privado junto a la responsabilidad civil [*tort*] y el derecho de propiedad. Para ello, como nos señala Fried, una de las referencias ineludibles, «la promesa [y el contrato debían verse como] un tipo de invención moral: su modo de causación había de ser el de la causación moral; pues permitían a las personas crear obligaciones donde antes no las había, ofreciendo a los individuos libres una facilidad para extender su alcance» que el derecho de daños y el de propiedad no podían tener prevista. Creando obligaciones a su vez que tampoco podían tener por tanto previstas (Fried, 2015, p. 137). Esta “vida independiente” del contrato como rama del derecho lleva tantos siglos de desarrollo y andanzas como siglos lleva en peligro constante de muerte, siendo amenazada por su vieja pariente, la responsabilidad civil con ser engullida de nuevo para ser una más de entre sus muchas obligaciones. Allá por 1974 publicaba Gilmore el que se ha convertido en un clásico de la literatura sobre teoría del contrato, su *The Death of Contract [La Muerte del Contrato]*. Gilmore se volvía hacia la historia más reciente de la institución para tratar de entender los peligros a los que la veía sometida<sup>3</sup>. Y justamente el peligro estaba donde siempre había estado, en ser reabsorbida por las disciplinas afines en el mundo de las obligaciones. Este peligro de muerte tenía como colaborador necesario la doctrina económica en boga, que trasegaba los distintos campos del derecho para convertirlos en función de eficiencias. Y claro, las posibilidades de la acción futura que encerraba toda teoría del contrato era terreno fértil para semejantes proyecciones. Esta que parecía una preocupación local, sin embargo –circunscrita a la historia particular de la jurisdicción estadounidense– acabaría siendo el ascua que despertó el interés contemporáneo sobre el tema: no se puede entender el año 81 con la publicación casi simultánea del *Promises, Morals and Law* de Atiyah y el *Contract as Promise* de Fried sin aquél (Atiyah, 1981). El realismo jurídico [*legal realism*] y la escuela de los estudios críticos jurídicos [*critical legal studies*] planteaban como avanzadilla en esta línea economicista el reto escéptico sobre la posible justificación que una doctrina del derecho demasiado cargada normativamente tendría una vez alejada por ello del carácter inmediato de los estudios de caso.

Para estas escuelas el derecho se construiría antes que, sobre la interpretación y estudio de la doctrina precedente, acercándonos al momento del mismo fallo judicial y las circunstancias que lo decantan: así, las peculiaridades excepcionales del caso, los juegos de preferencias de los letrados y jueces, e incluso

---

<sup>3</sup> La *muerte del contrato* [*death of contract*] es un lugar común como querrela académica ya histórica en la disciplina. Su origen según Gilmore y Atiyah estaría en los intentos de normalización técnica por medio de categorías de la propia práctica jurisprudencial en EE.UU. Dicha práctica –la parte usual del programa de estudios de Harvard Law School a finales del siglo XIX– consistía más bien en una típica *lectio* doctrinaria. Cuando Christopher Columbus Langdell –influencia intelectual del futuro Oliver Wendell Holmes Jr. del *realismo jurídico*– toma posesión de su cargo como Dane Professor of Law en 1869 se propone ordenar en un manual de casos la monótona práctica pedagógica de la *lecture* en base a su coherencia y eficacia. Introduce una técnica positiva. En su *Selection of Cases on the Law of Contracts* de 1871 crea un índice y estructura la obra en torno a él de manera que en el mismo se sugieren principios rectores que darían para una incipiente *teoría general del contrato*. Esta estaría basada en una investigación prospectiva de las responsabilidades, deducida a partir de las circunstancias particulares proyectadas de cada caso, de su coherencia, y bajo el ideal de la eficacia explicativa –*ex ante*– (Langdell, C. C. (2014). *A Selection of Cases on the Law of Contracts with References and Citations*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.).

la política interna de la sala y la influencia de la opinión pública serían condicionantes a tener en cuenta para poder entender el proceso real de constitución de una disciplina. Las distintas teorías económicas de la ley [*economic theories of law*] se sumarían a estos esfuerzos poniendo el acento no obstante en el momento de la predicción, en la proyección de una explicación que dé asiento coherente a los, de otro modo, datos dispersos del caso. Es el conjunto de teorías que presentaba en aquel momento un frente más unificado.

La aproximación desde una teoría del beneficio [*welfarist*] comprende sólo un enfoque: el de la ley y la teoría económica. Los enfoques que no se ocupan del beneficio [*nonwelfarist*] tienen disponibles muchos sabores, pero cabría dividirlos convenientemente en teorías 'liberales' o 'promisorias', y teorías 'de la justicia correctiva' o 'de la confianza [*reliance*]' (Posner, 2005, p. 138).

Los sabores favoritos de Fried y de Atiyah. Frente al bienestar o beneficio proyectado como intención objetiva de las partes –lo que se conoce como argumentación *ex ante*– aquellas teorías que defienden una argumentación *ex post*: la interpretación justa de la doctrina como fuente de principios normativos independientes. Para Fried, para Atiyah –representantes de un inopinado frente común que podría llamarse deóntico [*deontic theories of law*]<sup>4</sup>– el momento fundacional es desde luego el del fallo judicial, pero entendiendo por tal fundación el proceso –que no procedimiento– de interpretar, de desarrollar, la potencia normativa de la doctrina y la jurisprudencia asentada con anterioridad. Sea con las implicaciones de una presunta lógica promisorio [*promissory logic*] o con la puesta en valor de la confianza depositada y lo que esto significa –*reliance theory*–, lo que importa es la justificación, no la explicación tan sólo. La doctrina del contrato –la de la promesa en derecho–, junto con sus obligaciones derivadas, ha de gozar de buena salud porque los principios por los que se rige no son susceptibles de solución a otros. Como fuente distinta de responsabilidad reclama un estatuto normativo fuerte, sosteniendo su irreductibilidad a otras áreas del derecho. Son fuente de derecho a la que hay que ahormar el caso y el fallo subsiguiente –*ex post*– donde para el *economic theorist* el caso mismo, y no otra cosa, es la fuente primordial de derecho –*ex ante*–.

## 2. El derecho de las obligaciones: a quién, a qué y para qué se ata uno

Prometer o contratar, de igual manera que los pretéritos *spondere, dare, praestare*, son de por sí el anuncio explícito de una acción futura. Son verbos con los que uno dispone públicamente de su compromiso a hacer algo. Verbos cuya función es colocarse bajo un compromiso. De hecho, la *obligatio*, la *stipulatio*, ya podían anticipar semejante conclusión por lo hasta aquí dicho. Los partidarios de las aproximaciones deóntica y económica al contrato no lo ven tampoco de distinta manera, aunque –eso sí– pongan distinto peso en sus compromisos teóricos. Si para unos la confianza a futuro presenta una oportunidad inmejorable para revisar el peso moral de la práctica social y legal, para otros es la ocasión de medir el alcance y eficacia de dicha confianza como mejor explicación del fallo judicial particular presente y por venir.

Se nos describe cualquiera de estas convenciones como una preferencia [*utterance*], hablada o escrita, que desencadena un efecto inmediato –el compromiso o confluencia del prometer de una o varias partes, *promittere*– y uno mediato –la acción diferida en su ejecución, el contenido propio del contrato o la promesa. Contratar, prometer, obligarse así bajo ley o convención, son entre otras cosas catalogados de actos de habla [*speech acts*]. Son palabras que funcionan

<sup>4</sup> La clasificación de Posner tiene una alternativa en Kraus, J. S. (2004). *Philosophy of Contract Law*. En Coleman, J. L.; K. E. Himma; S. J. Shapiro. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 690.



objetivamente como acciones *–sermo iniecto–*. Venga a ser promesa o contrato, hablamos de

una afirmación [o su equivalente pragmático] por medio de la cual una persona [o varias] se comprometen [y pueden ser requeridas] a la ejecución de una acción futura de carácter benéfico, o al desistimiento también benéfico para con dicha ejecución, en favor de otra persona (Hogg, 2011, p. 6)<sup>5</sup>.

Por regla general el contrato, la promesa, se caracterizan por ser (i) un instrumento social para facilitar la institución de una obligación requerible; (ii) a fin de proveer a una persona jurídica de un beneficio; (iii) a futuro. Tanto Austin como Searle no han tenido problemas en incluir dichas actividades comunitarias –en concreto la promesa– como acto de habla, o algo que se viene a hacer en definitiva con palabras<sup>6</sup>. Si para ellos la especificidad de la promesa es que se instituye en el mismo momento de su pronunciamiento ameritando como acto ilocutivo [*illocutionary act*], y que su contenido proposicional refiere a una acción sita en el futuro, no queda muy lejos el razonamiento por el cual si

aquél a quien se promete no debe tan sólo escuchar [y entender] la promesa, *sino asentir además a la misma* [...]podríamos caracterizar el contrato de suplemento *perlocutivo*] argumentando que tan sólo sería efectivo como acto en el caso de que el receptor del mensaje *quedara además convencido por las palabras del emisor* (Hogg, 2011, p. 15)<sup>7</sup>.

Es decir, Searle sostiene por ejemplo que como acto de habla la fuerza ilocutiva de la promesa como gesto estaría en la posibilidad de constituir de inmediato una obligación por parte del promisor. Dicha fuerza ilocutiva se aplica sobre el contenido de un contrato que es en realidad una condición futura a falta de consentimiento. Es primero únicamente una obligación voluntaria unilateral a futuro.

De manera que los usos explícitos de tales preferencias *–prometo, spondeo...–* estarían determinados por la convención que es la práctica y referidos sólo y exclusivamente a este tipo de contenidos no presentes. Tan es así que, cuando Searle trata de explicar otros usos del “yo prometo” que no nos son extraños –“te prometo que lo que digo es cierto” “juro solemnemente que diré la verdad...”– resuelve el expediente de dichos compromisos calificándolos de enfáticos, esto es, sólo pretenden sacar partido de una fuerza simbólica –que se pretende moral– separada de su contexto usual (Searle, 1969, pp. 58-59). Pero las promesas, las obligaciones a futuro, pueden ser llevadas a ejecución *–might be enforceable–* y lo que es aserción con importe en todo caso moral puede llegar a tener efectos jurídicos bien reales. Es

<sup>5</sup> Introduzco la idea de *equivalente pragmático* pues autores como Atiyah defienden que la invocación o asunción de la obligación no tienen por qué ser mediadas únicamente por un uso explícito e intencional del vocabulario contractual o promisorio, sino que un gesto, una indicación con la cabeza, o cualquier medio que pudiera entenderse objetivamente también como de transmisión de una intención afirmativa –instancias perfectamente trasladables a la *stipulatio*–, servirían para su constitución ilocutiva como acto jurídico válido. La clave estaría en entender si era razonable para aquél que contrata o al que se promete deducir un compromiso de las expresiones del otro (Atiyah, 1981, pp. 108-ss.; Owens, 2007; Robbins, 1984).

<sup>6</sup> Para una aproximación a dicha discusión se pueden consultar las lecciones IX y X en que Austin aborda el tema en Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press, pp. 108-131; Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 58-59; Robbins, 1984, pp. 143-144.

<sup>7</sup> De hecho, esta es la base de la doctrina de derecho conocida como *promissory estoppel* en el *Common Law* y los sistemas mixtos de derecho, de cara a su requeribilidad. La doctrina establece que ante una promesa, si se ha inducido a la contraparte a confiar razonablemente en la acción u omisión del promisor, entonces en ausencia de mejores razones se constituye una obligación a fin de evitar la injusticia o perjuicio de la parte contraria. Es decir, se *ejecuta* [*it is enforced*] la promesa como obligación cuasi-contractual (Bix, 2012, pp. 40-41; Burrows, 1998, pp. 196-199). Cf. con nota 17 *supra*.

lo que hemos calificado de efecto perlocutivo [*perlocutionary effect*]: el reconocimiento por parte de la contraparte del contenido de la promesa y su aceptación vienen a sumarse a la asunción del promisor –o del contratante– de estar sujetándose a dicha condición, haciendo efectivo el acto. Se produce de esta manera un nuevo tipo de acto jurídico con efectos no sólo morales sino legales.

Así, de la misma forma que el derecho romano podría caracterizarse como uno orientado en acciones (Gordley, 2011, pp. 31-33), a saber, de un carácter instrumental en esencia más preocupado por la función de cada acto jurídico particular que en una teoría general sobre el derecho –teoría de la que por otro lado carece–, podría decirse que las ideas del contrato y la promesa y de las obligaciones a ellas vinculadas tienen un poderoso parecido de familia con otros actos de habla tenidos por parte de un supuesto derecho de las obligaciones. De modo que una reflexión general sobre las mismas debería construir sobre cada acto categórico distinto, que según época y jurisdicción han sido considerados de perlocutivos –constituyentes de obligaciones morales y legales. Una somera taxonomía de los dos más significativos para nuestros propósitos nos va a permitir identificar tres elementos persistentes a la hora de estructurar por analogía el concepto moral y legal de obligación en promesas y contratos: su lateralidad, condicionalidad y gratuidad<sup>8</sup>.

Votos y juramentos, contemplados como las formas arcaicas por excelencia de constitución de obligaciones, se hallan tanto en boca de profetas del Viejo y Nuevo Testamento como en las tragedias clásicas de la Grecia Antigua (Sommerstein y Fletcher, 2008; Schlesinger, 2008; Sommerstein y Bayliss, 2013). Su carácter solemne recuerda lo formal de la *stipulatio*. Un voto es aquella promesa dedicada a una entidad sobrenatural, sea el Dios bíblico o una deidad de un panteón particular. Junto a la peculiaridad del *creditor* al que se dirige –que permanece mudo en todo el proceso–, el voto suele aparecer bajo forma de condicionalidad y, por si fuera poco, dada la naturaleza de aquél a quien se promete sostiene una obligación por la parte del *debitor* que puede calificarse sin ambages de incondicional. Es decir, por un lado, supone en su expresión de lo prometido una contraprestación por parte de aquél a quien se dirige, pero por otro, vincula de manera absoluta al que lo emite. Sea el cruento voto de Jefe por ganar la batalla frente a los amonitas, o el piadoso de Ana si Dios le concede un hijo, el voto liga al que lo hace de manera absoluta y debe ser honrado, sin mediar aceptación siquiera. Se tiene en cuenta pues dentro del derecho de obligaciones sin duda la naturaleza unilateral, bilateral o multilateral del acto jurídico constituido<sup>9</sup>. Quiénes participan del mismo, quiénes se obligan con su participación. En este sentido, ha de leerse cada acto en su doble faz: en primer lugar, se ha de determinar quién puede dar lugar a la constitución de dicha acción en derecho; en segundo, quiénes en definitiva quedan atados mediante dicha constitución a la misma. Es decir, el alcance del acto jurídico mismo. De manera que, donde por ejemplo refiriendo al primer sobreentendido la institución del contrato precisaría de una participación recíproca o bilateral para quedar constituido, un intercambio de condiciones y su aceptación –momento de la formación del contrato–, la promesa caería dentro de los actos unilaterales según esta clasificación,

<sup>8</sup> Esta clasificación tripartita de elementos estructurales de una presunta *doctrina de las obligaciones* varía de autor en autor obviamente. Su sentido general de todos modos se puede rastrear en las diversas nomenclaturas. A este respecto Burrows, 1998, pp. 1-15; Hogg, 2011, pp. 25-38; Hogg, 2017, pp. 18-26; Samuel, 2001, pp. 249-ss.

<sup>9</sup> Téngase en cuenta que el concepto de *multilateralidad* amplía el espectro de las obligaciones a aquellos no necesariamente presentes en el momento de la promesa o el contrato, es el llamado *derecho de terceras partes*. Una peculiaridad del derecho romano es que justamente éstas no tenían ninguno en principio. Sólo posteriormente y como una evolución más allá de la conmutación de la *stipulatio* se empezó a permitir esta serie de obligaciones derivadas y –*stipulationes alteri*– (Zimmerman, 1992, pp. 41-45).

necesitándose únicamente la intervención del promisor para dar lugar a la obligación como tal. Entenderíamos por tanto por alcance del acto quiénes quedan designados como sujetos de obligaciones bajo dicha acción. Es el alcance lo que determina a su vez el elemento de gratuidad [*gratuitousness*] o no: si la prestación se realiza a la espera de una contraprestación correspondiente o no, y si una vulneración de las condiciones contractuales lleva aparejada la posibilidad por parte del *creditor* de forzar dicha contraprestación o una compensación equivalente. Frente a la donación [*donation, gift*], las categorías de promesa y contrato no entrañan de por sí ni el carácter unilateral ni el gratuito o no oneroso del acto en derecho. Hay promesas y contratos de todos estos sabores –como diría Posner–.

Nótese a este punto entonces lo peculiar del voto como constitutivo de obligaciones en que este alcanza en su constitución a dos partes siendo constituido por una sola. En esto radicaría su parecido de familia con una promesa. Nuestro voto como categoría aquí presente modula además su carácter como acto jurídico por medio de su condicionalidad. Margaret Gilbert ha querido distinguir entre promesas externamente condicionales e internamente condicionales [*externally conditional promises, internally conditional promises*], una distinción que ilumina perfectamente el espíritu del contrato igualmente (Gilbert, 1993, p. 632). Pues junto con los circunstancias que condicionan a no dudarle la constitución del mismo y de aquélla, el futuro advenimiento o cumplimiento de una contingencia es el que termina definiendo el acto en sí y adjudicando responsabilidades a cada parte. De modo que, serían condicionantes externos tanto la aceptación de la contraparte como la contraprestación que se le pudiera requerir a esta para cumplir la propia, no menos que cualesquiera circunstancias sobrevenidas que el promisor o contratante quisieran incluir como términos al contrato o promesa. No habría contrato, no habría promesa, sin un otro y una condición efectiva en tales casos. La condicionalidad de tal acto sería externa en tanto la obligación no se constituiría como tal hasta que se diera el caso y cumplimiento de la condición o condiciones estipuladas. A la inversa, la obligación que una promesa o contrato instituye puede no ya instituirse bajo condición, sino cesar también y disolverse bajo cláusula de condicionalidad –condición resolutoria– [*resolutive o resolatory condition*]<sup>10</sup>. La analogía con una promesa internamente condicional permitiría explicar a su vez el acto inmediato de constitución de un acto jurídico. Para el voto, por ejemplo, el promisor quedaría sujeto a su promesa nada más proferirla, volviéndola por la parte que le toca absoluta o incondicional como acto único, y, al mismo tiempo, estipularía sobre esta obligación una segunda –externa– sobre cuándo es de esperar el cumplimiento de la misma –lo que se llama condición suspensiva [*suspensive condition*]–: el hijo por nacer de Ana, la victoria sobre los amonitas (Hogg, 2017, pp. 80-89; Samuel, 2001, p. 350).

Apenas una pequeña modificación del voto nos introduce en la obligación peculiar que crea el juramento. Estamos ante una obligación para con la verdad, para con el propio testimonio. Un juramento supone también el acto explícito de asunción de un compromiso personal, ya que no se puede juramentar en lugar de otro –unilateral e incondicional en su doble sentido de absoluto y sin condiciones, además de no gratuito u oneroso, por tanto–, que requiere de la presencia de testigos a fin de resaltar no sólo el carácter público y formal del acto jurídico, sino también la sinceridad del compromiso que representa. Se introducen pues nuevas fuentes de obligación legal y moral: y es que el juramento supone la verdad de lo contenido en el mismo y, transitivamente, la honestidad de aquél que emplea este mecanismo. El que

<sup>10</sup> Aunque pudiera parecer que lo que se consigue con semejante efecto es la *terminación* del contrato o la promesa, no es así: en realidad lo que se contrata en la condición es una omisión, donde una solución del contrato supone su ruptura. (Burrows, 1998, pp. 41-ss; Hogg, 2017, p. 80; Samuel, 2001, pp. 378-380).

juramenta se somete voluntariamente y por ello moralmente a un acto jurídico que se representa de cierto. Cercano en esencia a la forma jurídica de la garantía [*warranty*], no queda muy lejos esto de las consideraciones de Searle presentadas más arriba respecto del énfasis que algunos actos de habla reclaman.

En la actualidad, el uso del juramento [y el de la garantía] ha quedado en su mayor parte confinado al procedimiento judicial donde la confirmación del valor de verdad de la evidencia [forense] que se presenta es lo requerido, y al requisito por parte de los servidores públicos a la hora de acceder a su oficina (Hogg, 2011, p. 45).

El juramento presidencial de toma de posesión, o el hipocrático, son ejemplos que cualquiera puede manejar como comunes en este sentido. No menos que la idea de que como condiciones a un contrato se incluyen los hechos y circunstancias que lo afectan y la constatación de los mismos que representa el concepto de garantía contractual<sup>11</sup>.

### 3. La obligación como técnica legal: los intereses entre la necesidad y el respeto

Cita Kimel a Hart en relación al origen de una posible teoría general sobre el derecho:

Nos encontramos con muchas técnicas por las cuales la sociedad puede ser controlada, pero la técnica característica del derecho penal es la de designar por medio de reglas determinados tipos de comportamiento como estándar a la hora de guiar bien a los miembros de la sociedad como un todo bien a una clase especial dentro de esta: lo que se espera es que sin ayuda o intervención de los oficiales comprendan aquéllos las reglas y vean que se aplican a ellos y se adapten a las mismas (Hart, 1961, pp. 38-39. Citado por Kimel, 2003, p. 34).

El derecho sería una técnica, un instrumento de orientación –más que de modificación– comportamental. Es decir, en tanto instrumento estaría dirigido a la satisfacción de una necesidad por medio de su utilidad. La orientación estaría guiada a su vez por la idea crítica de obligación. A saber, la norma y la regla no se rigen meramente por el miedo a la sanción –el contenido coercitivo implícito en el derecho penal, por ejemplo–, sino que requieren de la participación activa de la sociedad como un todo o de una clase particular dentro de la misma. Hay muchas técnicas y muchas clases de actos jurídicos como los que nos hemos encontrado poco más arriba, y apuntando todas a un determinado interés sólo algunas se orientan al mismo en base a la interpretación consciente de una norma. Valga en estas circunstancias el derecho penal por el derecho –al hacer abstracción de sus objetivos concretos–, y puede decirse de modo general entonces que el elemento normativo es el fundamento de la clase de técnica con la que nos las vemos. El derecho, a diferencia de otras técnicas, no puede hacer abstracción de su contenido normativo en tanto obligatorio. Así, por medio del mismo se provee la sociedad, el individuo de una guía hermenéutica –para ver que se aplica a ellos– que supone la comprensión y desarrollo de la misma doctrina –sin que haya necesidad en principio de que intervenga un tercero en el proceso–.

Hemos hecho abstracción del derecho penal y pretendido pasar por válida la analogía para acercar precisamente la reflexión al terreno del derecho en general, y es que según el entendimiento del propio Hart, el aspecto punitivo de la ley sería tan sólo un elemento sobrevenido y de segundo orden. Un complemento. El principal sin

<sup>11</sup> Téngase en cuenta que el concepto de *garantía* [*warranty*, *guarantee*] es un comodín tanto para la teoría general del derecho como para la epistemología. Es decir, se orienta eminentemente hacia el importe informacional –cognitivo– que contiene como condición. (Bix, 2012, pp. 66-67). Para una minuciosa exposición del lugar de una garantía en las condiciones y términos contractuales. (Samuel, 2001, pp. 348-354)

embargo estaría en la interiorización provechosa de la regla, la asunción de una determinada obligación de manera voluntaria. De la misma manera, la distinta amenaza de la sanción y la ejecución [*enforceability*] que puede pesar sobre la promesa, sobre el contrato, muestran en su

comparación no sólo que la práctica legal del contrato [siendo semejante] no posee el mismo valor intrínseco que su equivalente no legal; esta comparación proporciona de hecho la clave para entender el valor intrínseco que sí posee [...] [Y este] tiene que ver con el mismo contexto del que el contrato provee a fin de realizar ciertas cosas con otros no sólo fuera del marco de las relaciones [más familiares] ya existentes, sino también en ausencia de un compromiso para con las perspectivas futuras de dichas relaciones [...] Es, si es que se desea ver de esta manera, *el valor del desapego personal* [*the value of personal detachment*] (Kimel, 2003, p. 78).

Kimel presenta de esta manera su tesis central: contrato, promesa, son distintas técnicas de orientación en la práctica social y legal, y la orientación a la que sirven –la formación de obligaciones interpersonales– se vale de la institución de dos clases diferentes de responsabilidad que son al mismo tiempo semejantes en muchos aspectos. Donde la promesa permite la interpretación justa de las obligaciones a que da lugar gracias al contexto que preparan aquellas relaciones sociales que suponen cierta familiaridad y cercanía [*personal, of acquaintance*], cierta transparencia en los motivos próxima a los dominios morales de la sinceridad, el contrato da justamente juego a lo contrario, ofrece la oportunidad de crear el instrumento y técnica legal para separarse y distanciarse de esos contextos y poder ejercer mejor así el requerimiento y la exigencia que estaba presente en el sentido de aquella *obligatio* que nos ataba sin otros condicionantes ajenos. Pero decimos que son semejantes pues, ¿qué obligación de las dos sostiene un mayor grado de coerción sobre la parte que no cumple? ¿Es menos gravosa la mala conciencia del que rompe una promesa y acarrea una mera obligación moral que la amenaza de la sanción legal por incumplimiento de contrato? Para aproximar una posible respuesta a este problema de indistinción normativa volvámonos a sus utilidades. A cada técnica, su interés correspondiente.

Sosteníamos hace algunas páginas la importancia que cierta teoría especial del contrato concedía a los casos de estudio. Para las teorías económicas del derecho la fuente de sus razonamientos estaba en las circunstancias concomitantes al caso, y el jurista lo que debía hacer era proyectar éstas y salvar los fallos y huecos interpretativos del mismo por medio de la optimización de la mejor explicación posible para aquellas circunstancias. El caso era la fuente, y el caso complicado el *experimentum crucis*. Pero la preferencia del interés tras las voluntades de los encausados es sólo una de las claves para, por medio de la asistencia que una teoría de la decisión racional [*rational choice theory*] proporcionara, convertir las razones jurídicas a la coherencia de los hechos de derecho concretos. La otra clave estaba en el juicio presente –real– del jurista. Es el juez, el abogado, el que tiene que buscar causa y consideración [*consideration*] al actuar unilateral o recíproco de los contratantes<sup>12</sup>. Y si no lo encuentra, habrá de salvar el vacío legal con ayuda de su

<sup>12</sup> La noción de *consideración* o contraprestación [*consideration*] que se asienta como doctrina fundamental en muchos procesos de las jurisdicciones de la *Commonwealth* y EE.UU. descende de la escolástica de *causa*. Dicho llanamente, la *consideration* no sería sino la razón motivadora de que se instituya una promesa o contrato, razón que habría de existir –aquí la influencia aristotélico-tomista haría su guiño– para que el acto jurídico fuera considerado válido. Así, en determinadas jurisdicciones un contrato jamás podría ser gratuito –por ejemplo, un *fideicomiso* [*trust*]–, y su naturaleza misma como acto justificaría que el juez buscara una razón interesada –para nuestro caso, el valor y aprecio mutuo que los familiares que entran en esta relación jurídica presentan– en el acto mismo. La noción de *quid pro quo* sería una aproximación también. No hay obligación sin interés recíproco, pero, es más, no hay



sentido común y su conocimiento de las convenciones y prácticas a las que está acostumbrado. No es extraño que, si de justicia hablamos, la técnica favorita del teórico económico del derecho sea entonces la de la justicia conmutativa. La de la eficiencia. Explicación y predicción buscarán el equilibrio de fuerzas en el acto jurídico.

La teoría económica trata por tanto el proceso de la sentencia de ‘caja negra’ y mira a la teoría legal como ofreciendo explicaciones de lo que esta contiene [la mejor explicación posible, no verdadera es el objetivo]. Bajo esta perspectiva, *la ley consistiría en cualesquiera principios que explicaran mejor los resultados [del fallo judicial], no su razonamiento expreso* (Kraus, 2004, p. 693).

De ello se deduce que «los contenidos semánticos respectivos de “conducta ilícita” y “confianza razonable” serían desarrollados a través de la práctica de la ley [...] y no podrían ser determinados por adelantado» (Kraus, p. 699). *Ex ante*, los casos complejos serían la oportunidad perfecta –y el verdadero momento decisivo para la ley– para determinar la cadena del razonamiento jurídico y sentar cátedra sobre sus obligaciones: no por nada el teórico económico del derecho no mira hacia el momento interpretativo, sino hacia el legislativo como el pilar sobre el que se funda la ley (Kraus, p. 702). Es en el ejercicio de legislar donde encontraremos el nervio de la práctica legal de obligarse. Y este y no otro es el parecer del que puede considerarse su más ilustre precedente: Hume habría sostenido que la práctica social de la promesa, del contrato, crea obligaciones, y las crea sosteniéndose en las convenciones existentes. Es el contexto social, político, el que ofrece el significado real de la práctica... de manera prospectiva. La promesa, el contrato, son invenciones humanas [*human inventions*], técnicas orientadas al uso y la costumbre, fundadas en la necesidad y el interés asentado en la sociedad (Hume, 1960, p. 522). Parecería entonces que la sociedad tendría intereses a veces nada menos que en obligarse, y para ello, se surtiría de diversos artefactos legales.

¿Y por qué los seres humanos harían y aceptarían promesas [y entrarían en contratos]? ¿Qué interés humano quedaría servido mediante este procedimiento? Muchos sostienen que prometer sirve a lo que podríamos denominar *un interés informativo*, un interés en disponer de información sobre lo que pasará [...] Bajo esta perspectiva los seres humanos se toman las promesas [y contratos] seriamente porque desean tener información correcta acerca de cómo van a actuar otros seres humanos (Owens, 2006, p. 51).

Pues saber qué pasará permite hacer planes *ex ante*. Proyectar, coordinarse. Más allá de la idea ramplona del consecuencialismo, es la idea detrás de las teorías contractualistas de la obligación en la promesa y el contrato –a partir de Hobbes en adelante, pasando por Rawls y hasta llegar por ejemplo a la versión particular de Thomas Scanlon<sup>13</sup>–. Cabe decir entonces que, de sus especies, la forma de obligación legal más próxima al contrato sería la del *acuerdo [agreement]*. Tanto es así que en los contextos en los que la *Common Law* tiene algo que decir, se define – como ya hemos apuntado– el contrato como un *exchange of promises* [intercambio de promesas], y al *agreement* como formado de promesas en sí. En buena sintonía humeana, un acuerdo sería la invención humana, la técnica, que permitiría crear en derecho una obligación como resultado legal final del mecanismo que es la promesa. Esto es, un acuerdo es un intercambio recíproco de promesas cuyo contenido respectivo consistiría en el deseo de someter a los circunstancias a una obligación legal mutua presente orientada a futuro.

---

obligación sin intercambio comercial. (Bix, 2012, pp. 32-36; Samuel, 2001, pp. 307-311). Un trabajo enfocado íntegramente desde esta perspectiva es el ya citado de Andrew Burrows (1998).

<sup>13</sup> Para una reconstrucción de este camino argumentativo desde el punto de llegada que es la posición de Thomas Scanlon: Kolodny, N.; Wallace, R. J. (2003). Promises and Practices Revisited. *Philosophy & Public Affairs*, 31 (2), pp. 119-154.

Pero «los seres humanos a menudo también tienen lo que podría llamarse un interés en la autoridad [*authority interest*] [...] A menudo se quiere esta por sí misma (no sólo para facilitar la predicción o la coordinación). A menudo tengo un interés en tener el derecho de determinar» lo que otro ser humano va a hacer (Owens, 2006, pp. 51-52). Y desde luego, lo que yo mismo voy a hacer. Un interés en determinar una obligación para mí o para otro. Esta sería la función de la promesa y el contrato. La aproximación desde una teoría del beneficio no comprende entonces sólo un enfoque, por mucho que diga más arriba Posner. Las teorías deónticas del derecho [*deontic theories of law*], compitiendo con las económicas, inciden sobre este punto al emplear como central la noción de autonomía. Hay que suponer un sujeto de derecho autónomo si hay que dar cuenta del concepto de obligación. La acción futurible se debe determinar desde su justificación normativa, y esta justificación tiene como fuente la voluntad humana [*human will*]. Sólo una voluntad humana que se determina a sí misma –que se da a sí misma la forma de la obligación, la regla y norma– puede ser legítima. No sólo eso, sólo siendo entonces moral la obligación puede ser legal. En la promesa, en el contrato, es esta facultad así modulada la que actúa de soporte y explicación –pues antes de explicar hay que justificar, *ex post*– de la intención y la decisión promisoria o contractual. De fuente. Cada acto tiene un valor intrínseco como acto jurídico que eleva una obligación independiente, expresiva de la voluntad de las partes contratantes. La tarea del jurista es desarrollar las implicaciones de una tal facultad en base a principios y mostrar como dichos principios estructuran la doctrina del derecho. En el fallo judicial el juez se coloca ante la interpretación lógica de la norma y a hombros de la historia hermenéutica a que ha dado lugar. Fried habla por ello de una lógica promisoria [*promissory logic*] no menos que de una convención o práctica social [*convention, social practice*] (Fried, 2015, pp. 8-14). La teoría deóntica se proyecta entonces desde una teoría hermenéutica legal del significado de los conceptos y las voluntades en una teoría de la confianza [*confidence, reliance*] y la seguridad [*trust*], clases de bienes que surgen –y pueden declinar– de la responsabilidad y la obligación. Para Patrick Atiyah, para Charles Fried, la cadena de la responsabilidad va sin lugar a dudas de la moralidad a sus consecuencias legales, pero donde el primero entiende que el punto de vista determinante es el del *creditor* y, por ello, el valor que decanta una ley de obligaciones es el de su dependencia respecto del *debtor* –*reliance*–, para el segundo, el principio de autonomía y responsabilidad no debe definirse negativamente –en base a la confianza traicionada [*detrimental reliance*]– sino en función de la gestión de un recurso social básico, la seguridad [*trust*], función que en contrato y promesa invocan el contratante y el promisor en el ejercicio de su voluntad libre. Así, en el debate que sobre las relaciones entre obligaciones contractuales y promisorias han encarnado ambos, a la visión de la promesa como contrato de Atiyah, ha respondido Fried a su vez con su famoso Contrato como Promesa<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Es importante resaltar la diferencia fundamental entre ambos autores –cuyo debate dialéctico es lugar común en toda discusión sobre el tema– desde la perspectiva de la ejecución del contrato y la promesa, y de que, hacer en caso de su posible quebrantamiento –el llamado *breach of contract* o *breach of promise* y sus *compensaciones* [*remedies*] correspondientes. Para las posturas que interpretan el contrato desde el punto de vista de la promesa, el cumplimiento del mismo tiene un cariz moral que hace que ante su terminación la compensación reclamada deba contemplar la idea de forzar su ejecución –*specific performance*– antes bien que su traducción en una compensación equivalente –los llamados daños por confianza [*reliance damages*]– que sería hacia lo que apuntarían los partidarios de una versión menos moralista. En resumidas cuentas, para los partidarios de una lógica promisorial, sólo el cumplimiento de lo prometido es lo justo, mientras sus oponentes sostendrían que lo único que debe hacerse es corregirse la injusticia por medios menos limitantes de la libertad individual. Hay jurisdicciones para ambas posturas (Hogg, 2011, pp. 348-358).

## Bibliografía

- Atiyah, P. (1981). *Promises, Morals and Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
- Birks, P. (2014). *The Roman Law of Obligations*. En Descheemaeker, E. (ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. H. (2012). *Contract Law: Rules, Theory, and Context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bossini, F. R. y Gleeson, M. (1998). *Diccionario bilingüe de terminología jurídica. Inglés-Español/Español-Inglés – Bilingual Dictionary of Legal Terms. English-Spanish/Spanish-English*. Madrid: McGraw Hill.
- Burrows, A. (1998). *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Fried, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Gilbert, M. (1993). Is an Agreement and Exchange of Promises? *The Journal of Philosophy*, 90 (12), pp. 627-649.
- Gordley, J. (2011). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hickey, R. (1986). A Promise is a Promise: On Speech Acts of Commitment in English. *Studia Anglica Posnaniensia*, 28, pp. 69-80.
- Hogg, M. (2011). *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hogg, M. (2017). *Obligations: Law and Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hume, D. (1960). *A Treatise of Human Nature*. L. A. Selby-Bigge (ed.), Oxford: Clarendon Press, Oxford.
- Kimel, D. (2003). *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Kolodny, N. y Wallace, R. J. (2003). Promises and Practices Revisited. *Philosophy & Public Affairs*, 31 (2), pp. 119-154.
- Kratochwil, F. (1994). The Limits of Contract. *European Journal of International Law*, 5, pp. 465-491.
- Kraus, J. S. (2004). Philosophy of Contract Law. En Coleman, J. L.; K. E. Himma; S. J. Shapiro. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 687-751). Oxford: Oxford University Press.
- Langdell, C. C. (2014). *A Selection of Cases on the Law of Contracts with References and Citations*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Owens, D. (2006). A Simple Theory of Promising. *The Philosophical Review*, 115 (1), pp. 51-77.
- Owens, D. (2007). Duress, Deception, and the Validity of Promise. *Mind*, 116 (462), pp. 293-315.
- Posner, E. A. (2005). Contract Theory. En Golding, M. P.; W. A. Edmundson. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 138-147). Oxford: Blackwell.
- Robbins, M. H. (1984). *Promising, Intending, and Moral Authority*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Samuel, G. (2001). *Law of Obligations and Legal Remedies*. London-Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schlesinger, H. J. (2008). *Promises, Oaths and Vows: On the Psychology of Promising*. London: The Analytic Press.

- Sommerstein, A. H. y Fletcher, J. (eds.) (2008). *Horkos: The Oath in Greek Society*. Liverpool: Liverpool University Press.
- Sommerstein, A. H. y Bayliss, A. J. (eds.) (2013). *Oath and State in Ancient Greece*. Boston: De Gruyter.
- Zimmerman, R. (1992). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co. Ltd.

# Justicia ecológica\*

## Ecological justice

Digno José Montalván Zambrano

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-6050-1777

[dmontalv@clio.uc3m.es](mailto:dmontalv@clio.uc3m.es)

**Cita recomendada:**

Montalván Zambrano, D. J. (2020). Justicia ecológica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 179-198.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5272>

Recibido / received: 13/02/2020

Aceptado / accepted: 12/03/2020

### Resumen

El presente artículo desarrolla el concepto de justicia ecológica dando cuenta de sus características y diferencias respecto de los modelos de justicia ambiental y justicia con los animales. Con dicho objetivo, delimita el contenido de cada uno de estos modelos de justicia a partir su puesta en relación con los enfoques antropocéntrico, biocéntrico y ecocéntrico. Con ello, se busca presentar una clasificación de las principales propuestas que se han elaborado desde la filosofía política sobre la relación del ser humano con la naturaleza, que, a su vez, precise y explique sus traducciones en el mundo del derecho. Finalmente, desde el estudio comparado, el artículo defiende la hipótesis de que la justicia ecológica se constituye como complementaria y necesaria en la urgente labor de la preservación de la Naturaleza.

### Palabras clave

Justicia ambiental, justicia para los animales, justicia ecológica, antropocentrismo, biocentrismo; ecocentrismo, derecho a un medio ambiente sano, derechos de los animales, derechos de la Naturaleza.

### Abstract

*This article develops the concept of ecological justice explaining its characteristics and main differences from the environmental justice and justice with animals. With this aim, the paper delimits the scope and content of each model of justice taking as reference their relations with the anthropocentric, biocentric and ecocentric approaches. From this, the work seeks to present a classification of the main proposals that the political philosophy has elaborated on the relationship of the human being and nature, including its translations in the world of law. Finally, from the comparative study, the article defends the hypothesis that ecological justice needs to be articulated, alongside the environmental justice, as a necessary complement in the urgent work of Nature preservation.*

### Keywords

*Environmental justice, justice for animals, ecological justice, anthropocentrism, biocentrism, ecocentrism, right to a healthy environment, animal rights, rights of nature.*

\* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco tanto del proyecto de investigación Jueces en Democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (DER2016-79805-P, AEI/FEDER, UE), del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Antropocentrismo, justicia ambiental y el derecho a un medio ambiente sano. 3. El biocentrismo, la justicia para con los animales y los derechos de los seres sintientes. 4. El ecocentrismo, la justicia ecológica y los derechos de la Naturaleza. 5. A modo de conclusión: justicia ambiental y justicia ecológica, encuentros y tensiones.

## 1. Introducción

La cuestión ambiental es uno de los grandes desafíos contemporáneos de la filosofía política y el derecho. Esta ha logrado implosionar el entendimiento de nuestro papel en el planeta, cuestionando nuestra exclusividad como agentes morales, nuestro ideal de justicia y, con ello, nuestra idea de daño. En este contexto, diversas propuestas se han presentado desde la filosofía política dirigidas a dar respuestas a la inclusión del sujeto no humano dentro de la reflexión sobre la justicia. Cada una de estas propuestas se puede ubicar dentro de un enfoque específico de aproximación al Ser, a saber: el antropocentrismo, el biocentrismo y el ecocentrismo. Sin embargo, la determinación de lo propio de cada uno de estos enfoques es muy heterogénea a lo largo de la literatura especializada. Fronteras muy difusas se han construido, por ejemplo, alrededor de lo que se debe entender por un antropocentrismo débil y un biocentrismo débil o entre lo que es propio de una perspectiva biocéntrica y ecocéntrica. Producto de esta falta de acuerdo, la clasificación relativa al enfoque al que responden cada uno de los principales autores de la filosofía política verde carece, también, de homogeneidad.

La ausencia de consensos da cuenta de que el debate sobre la relación entre el ser humano y la naturaleza no constituye, únicamente, una estrategia práctica mediada por procesos discursivos o aplicaciones del conocimiento, sino que, como lo establece Leff, «es una lucha que se da en los conceptos» (2006, p. 32). Esta disputa está presente en la caracterización de lo antropocéntrico, biocéntrico y ecocéntrico, pero, además, en la definición de aquello mismo a lo que responden dichos enfoques, la naturaleza. Desde la política, la naturaleza ha sido conceptualizada, por ejemplo, como recurso natural, como ecosistema y como naturaleza humana (Valdivielso, 2002, p. 174). Amplios son los debates que se han desarrollado dentro de la filosofía política sobre este último punto; pretender abarcarlos no es el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, se considera oportuno advertir su existencia, pues, en dicho marco, el presente artículo parte de una aproximación específica sobre lo que se debe entender por medioambiente, ambiente y Naturaleza (con mayúscula), cuya correcta delimitación es esencial para la clasificación que se busca presentar<sup>1</sup>. En primer lugar, el concepto «medioambiente» hace referencia a la racionalidad instrumental, esto es, a la idea utilitarista de la naturaleza como recurso a disposición del ser humano (Morales-Jasso, 2016, pp. 593, 594). Por otro lado, el término «ambiente» se refiere a la otredad exterior que rodea a lo humano, al entorno. Este término refleja el dualismo, la separación entre lo interno y lo externo, entre el ser humano y la naturaleza, pero, también, la diferencia entre la naturaleza modificada por la acción humana (el ambiente) y aquella que no ha sido objeto de transformación antrópica (naturaleza original) (Morales-Jasso, 2016, pp. 587-589). Finalmente, el término «Naturaleza», conforme se emplea en el presente trabajo, se separa de la

<sup>1</sup> La delimitación conceptual propuesta se apoya en los debates que al respecto se han dado en las ciencias ambientales (Morales-Jasso, 2016) y la filosofía política (Gudynas, 2010a).

racionalidad instrumental y la racionalidad dualista. Expresa un encuentro de lo humano con lo no humano, una alternativa a las posturas fragmentarias que da cuenta de un todo interconectado, de una relación interna entre el ser humano y los demás organismos animados o inanimados con los que comparte y construye la vida. En resumen, la Naturaleza está constituida y constituye la superposición de diferentes sistemas bióticos, abióticos y culturales.

Teniendo en cuenta estas precisiones conceptuales, el presente trabajo propone una clasificación de las principales formas de justicia con la naturaleza, que parte de una propuesta demarcatoria de aquello a lo que corresponde lo antropocéntrico, biocéntrico y ecocéntrico. La interrelación entre estas formas de aproximación al Ser y los modelos de justicia nos permite identificar los elementos característicos y principales diferencias de estos últimos, así como sus traducciones en el mundo del derecho. De esta forma, el trabajo articula los debates alrededor de tres propuestas: la justicia ambiental, la justicia para los animales y la justicia ecológica.

A grandes rasgos, para el modelo de justicia ambiental lo justo o injusto se determina en relación con los efectos que para las personas puede tener el daño ambiental, es una justicia que se corresponde con una naturaleza objeto y, por lo tanto, antropocéntrica. Por otro lado, la justicia para los animales reconoce el valor intrínseco de ciertos seres vivos sintientes (capaces de sufrir), respondiendo, así, a un enfoque biocéntrico. Finalmente, la justicia ecológica, partiendo del reconocimiento de valores intrínsecos de la naturaleza, identifica la idea de daño más allá del ser humano o los animales sintientes y busca, de esta manera, asegurar la persistencia y sobrevivencia de las especies y sus ecosistemas. La justicia ecológica ensancha las fronteras de la justicia más allá de la comunidad humana para incluir al suelo, el agua, las plantas y los animales o, de manera colectiva, la tierra, como posibles receptores de daño y sujetos de derechos, lo que convierte a este modelo de justicia en ecocéntrico.

De esta manera, el presente artículo busca presentar los elementos que identifican cada una de estas posturas, quienes son sus principales exponentes, como se han articulado cada uno de estos modelos a través del derecho y cuáles son las consecuencias prácticas de su desarrollo. Al mismo tiempo, desde el estudio comparado, defiende la hipótesis de que, más allá de las diferencias y limitaciones de cada uno de los modelos de justicia, todos estos se articulan como complementarios y necesarios en la gran y urgente labor de la preservación de la naturaleza.

## 2. Antropocentrismo, justicia ambiental y el derecho a un medio ambiente sano

El antropocentrismo como concepto puede tener dos acepciones. En primer lugar, se puede usar para indicar el hecho de que las valoraciones son realizadas únicamente por el ser humano. Esto, a lo que denominaremos antropocentrismo en sentido epistémico, no se discute en el presente trabajo; por el contrario, se parte de la consideración de que la discusión sobre los valores se da, de forma inevitable, mediante mediaciones humanas y, en este sentido, es siempre antropocéntrica (Riechmann, 2000, p. 37). En segundo lugar, el antropocentrismo puede indicar una forma de ser en el mundo, un tipo de relacionalidad que sustenta la dualidad naturaleza – sociedad (Gudynas, 2010b, p. 54), en cuyo caso estaremos haciendo referencia a un antropocentrismo en sentido moral. Esta aproximación refleja la doctrina según la cual los seres humanos constituyen la sede y medida de todo valor (Riechmann, 2000, p. 35), una visión dualista que sustenta la consideración de éste como amo y señor absoluto de los recursos naturales que nutren sus procesos productivos y la idea de desarrollo. Bajo este enfoque, la naturaleza es fragmentada:

algunos elementos son ignorados, mientras otros se visibilizan en tanto son útiles o afectan a las personas (Gudynas, 2010b, p. 49). Esta segunda aproximación, la del antropocentrismo en sentido moral, es la que busca presentar y cuestionar este artículo.

Dada la superioridad que otorga el marco de reflexión antropocéntrico a la dignidad humana, sus respuestas a los problemas ambientales se vincularán al interés de las personas humanas. Así, la respuesta antropocéntrica a las cuestiones sobre la naturaleza apostará por un modelo de justicia ambiental. Para la justicia ambiental, el ser humano es el único titular de derechos, pero reconoce obligaciones respecto de la naturaleza. Bajo este modelo, las cuestiones sobre lo justo o injusto se dirimen en relación a los efectos que la afectación a la naturaleza tiene o puede tener sobre las personas presentes o futuras. Por lo anterior, el nivel de protección que ofrece la justicia ambiental para la naturaleza se determina en relación con la aproximación más o menos antropocéntrica sobre la que se muevan sus autores. Al respecto, el antropocentrismo en sentido moral se puede expresar de dos formas: como un antropocentrismo excluyente o como un antropocentrismo moderado.

Para el antropocentrismo excluyente las entidades no humanas carecen por completo de valor intrínseco y, por ende, no son merecedoras de consideración moral, su valor es siempre derivado e instrumental. Expresa la consideración de lo natural como «medio», como recurso a disposición del ser humano que, bajo los parámetros conceptuales de los que parte este artículo, se traduce en la expresión «medioambiente». Este tipo de antropocentrismo despliega su versión más fuerte en la consideración cartesiana de los animales como máquinas<sup>2</sup>, como cosas desposeídas de toda alma sobre las que el ser humano puede disponer sin que exista ninguna obligación a su respecto (Zaffaroni, 2011, pp. 34-35). Así mismo, está presente en el contractualismo de Immanuel Kant, el cual también consideró que los animales, al carecer de conciencia propia, eran simples cosas a disposición del ser humano<sup>3</sup>. A diferencia de Descartes, Kant sí llegó a considerar que había obligaciones para con los animales, pero funcionales a la idea de dignidad humana. En sus palabras, «todos los deberes hacia animales, hacia otros seres y hacia las cosas, tienden indirectamente hacia los deberes para con la humanidad» (1988, p. 290). De esta forma, el valor de la naturaleza en Kant sigue siendo únicamente instrumental y antropocéntrico. Niega toda posibilidad de reconocimiento de valor intrínseco a seres no humanos, haciendo posible que, bajo esta perspectiva, cualquier interés humano pueda triunfar sobre el de la naturaleza. Así, por ejemplo, bajo una visión kantiana la extinción de una especie o el desvío del cauce de un río no debería representar un problema si aquello resulta de un imperativo antropocéntrico, reflejando así, las limitaciones de este enfoque respecto del cuidado de naturaleza.

Por otro lado, la actualización y reinterpretación del imperativo kantiano ha permitido el surgimiento de un antropocentrismo moderado. Este reconoce que la naturaleza o ciertas especies pueden tener un valor intrínseco del cual se desprenden obligaciones para el ser humano, pero, al mantener en el centro de la argumentación el interés humano, rechaza la igual consideración entre especies. Admite el hecho de que el ser humano se desenvuelve dentro de un «ambiente» el cual transforma y, aunque externo él, lo condiciona. Este es el caso de la ética de la responsabilidad de Hans Jonas. Para este autor, el primer deber del comportamiento humano colectivo es el futuro del ser humano, dentro del cual está contenido el futuro de la naturaleza

<sup>2</sup> En palabras de Descartes: «si hubiese máquinas tales que tuviesen los órganos y figura exterior de un mono o de otro cualquier animal, desprovisto de razón, no habría medio alguno que nos permitiera conocer que no son en todo de igual naturaleza que los animales» (2002, pp. 114).

<sup>3</sup> Dijo Kant: «aquello de lo que el hombre puede disponer han de ser cosas. A este respecto los animales son considerados como cosas» (Kant, 1988, p. 191-192).

como su condición *sine qua non*<sup>4</sup>, pero, además, el futuro de la naturaleza como responsabilidad metafísica, toda vez que el ser humano no sólo se ha convertido en un peligro para sí mismo, sino también para toda la biosfera (Jonas, 2015, p. 227). Jonas considera que la tremenda vulnerabilidad que sufre la naturaleza por la intervención del ser humano modifica el concepto de nosotros mismos como factores causales en el amplio sistema de cosas, dando paso a una responsabilidad humana sobre la biosfera (2015, pp. 32 y 33). Bajo este marco de reflexión, indica Jonas:

Incluso si pudiéramos disociar ambas cosas –esto es, incluso si fuera posible para nuestros descendientes una vida que pudiera llamarse humana en un mundo devastado (a en su mayor parte reemplazado artificialmente)– la rica vida de la tierra, producida en una larga labor creativa de la naturaleza y ahora encomendada a nosotros, exigiría nuestra protección (Jonas, 2015, p. 227).

Así, el interés del ser humano coincide con el del resto de lo vivo en cuanto es su morada. Esto hace posible que, como lo indica Jonas, podamos «contemplar ambos deberes como uno solo bajo el deber para con el ser humano, sin por ello caer en el reduccionismo antropocéntrico» (2015, p. 227). Sin embargo, Hans Jonas no cuestiona la superior dignidad del ser humano respecto de la naturaleza, por el contrario, reconoce que en la elección entre el ser humano y la naturaleza éste tiene prioridad sobre aquella. De esta forma, aun cuando haya sido admitida la dignidad de la naturaleza esta «tiene que ceder ante aquél, cuya dignidad es mayor» (2015, p. 228).

Jonas no discute el marco antropocéntrico de reflexión, pero sí cuestiona su interpretación. En sus palabras, el «reducir el deber únicamente al hombre, desvinculándolo del resto de la naturaleza representa [...] la deshumanización del propio hombre, la atrofia de su esencia, y contradice así a su supuesta meta, precisamente acreditada por la dignidad de la esencia humana» (2015, p. 228). En este sentido, la naturaleza importa como la condición para la permanencia del ser humano y como un elemento de su perfección existencial. Por ello, concluye, en lo «auténticamente humano la naturaleza mantiene su propia dignidad, la cual se opone al uso arbitrario de nuestro poder» (Jonas, 2015, p. 228).

Del mismo modo, siguiendo el pensamiento kantiano, Adela Cortina, desde un antropocentrismo moderado, reconoce que los animales tienen un valor interno y que, por tanto, tenemos obligaciones hacia ellos, pero, al mismo tiempo, les niega cualquier posibilidad de tener «dignidad» y, por ende, derechos. Para esta autora, la dignidad requiere de forma inseparable la autoconciencia y autoestima, características que, en su opinión, solo están presentes en el ser humano (Cortina, 2009, p. 185). Además, indica, solo los seres dotados de competencia comunicativa humana son capaces de conocer lo que significa un derecho y de apreciar que es propio de una vida digna, por lo que el discurso de los derechos carecería de sentido para los animales y la naturaleza (Cortina, 2009, p. 100). Se muestra expresamente en contra de los derechos para los animales y, frente a estos, propone una ética del cuidado de lo valioso y la reducción del sufrimiento de aquellos seres que tienen capacidad de sentir. Bajo su propuesta ética, los animales no tienen derechos similares a los derechos humanos, pero sí un valor interno no absoluto que obliga a los seres humanos a no dañarles y a tratarles con cuidado (Cortina, 2014, p. 490). De esta forma, aunque la autora parece alejarse del antropocentrismo de tipo excluyente al reconocer valores propios en los animales, la reflexión central sigue girando en torno

<sup>4</sup> Hans Jonas propone una reconstrucción de la primera formulación del imperativo kantiano: del «obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal», hacia «obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la tierra» (2015, pp. 39-40)

al ser humano como elemento superior de la naturaleza. Esto le ha llevado a concluir que, si conservar a los animales entra en conflicto con valores que consideramos superiores, como pueden ser la vida y la integridad de los seres humanos, entonces los valores superiores tienen prioridad (Cortina, 2014, p. 490).

Como se ve, es posible incorporar reflexiones acerca de la protección de la naturaleza tanto desde un antropocentrismo excluyente como desde uno moderado de tipo kantiano, sin embargo, dicha protección será siempre utilitarista, es decir, se justificará en razón de las necesidades terapéuticas, estéticas, biológicas o económicas que la naturaleza satisface. Como recoge Costa, el imperativo ecológico que las resume vendría a adoptar la formulación siguiente: «en interés de la humanidad, protege y preserva la naturaleza» (2009, p. 115). Este mismo enfoque utilitarista ha sido el punto de partida de varios autores que, desde el contractualismo, han ofrecido también respuestas antropocéntricas a los temas ambientales.

En primer lugar, John Rawls contempló deberes de «compasión y humanidad» para los animales, pero negó la posibilidad que aquellos constituyan un tema de justicia dentro de su propuesta contractualista. Dicho autor es explícito en reconocer que, incluso en su versión más amplia, su modelo de justicia incluye solamente las relaciones con otras personas, dejando de lado nuestra conducta respecto de los animales y el resto de la naturaleza<sup>5</sup>. En su consideración, al no basarse nuestra relación con los animales en la igualdad, no es posible pensar que la misma deba estar regida por los principios de justicia (Rawls, 2012, p. 455). Esto resulta coherente si tenemos en cuenta que, para las perspectivas procedimentales que siguen la tradición del contrato social, existe una necesaria coincidencia entre quienes formulan los principios y para quienes se formulan los mismos. Bajo esta consideración, como resalta el mismo Rawls, no parece posible ampliar la doctrina contractual hasta incluir a los animales de modo natural (Rawls, 2012, p. 463). Así, concluye que una concepción correcta de nuestras relaciones con los animales y con la naturaleza no depende de una teoría de la justicia, sino de una teoría del orden natural y de nuestro lugar en él, tarea propia de la metafísica. Pero, al mismo tiempo, de forma poco armónica con los postulados antes expuestos, indicó que su propuesta de justicia como imparcialidad «si es correcta como descripción de la justicia entre las personas, no puede ser muy errónea cuando se tienen en consideración estas relaciones de mayor amplitud» (Rawls, 2012, p. 463). Finalmente, se debe mencionar que Rawls sí llegó a considerar injusto (aunque sin desarrollarlo) conducirse cruelmente con los animales, al mismo tiempo que reconoció que la destrucción de una especie entera puede ser un gran mal. De lo anterior, como ya se dijo, desprendió deberes de compasión y de humanidad para con los animales, pero fundamentados en su capacidad de sentir placer y dolor, insertándose, así, en una protección por analogía de tipo antropocéntrica (Rawls, 2012, pp. 462, 463).

De esta forma, el contractualismo rawlsiano parece también poco adecuado para proteger a la naturaleza como un bien en sí mismo. La imposibilidad de incluir a la naturaleza dentro de su postulado contractualista y sus, en nuestra consideración, ambiguas aproximaciones al tema dan cuenta de dicha limitación. Tal como lo establece Valdivielso, la hipotética inclusión de seres no humanos en la posición original en un marco igualitarista, o bien llevaría a la inacción o a contradicciones insalvables, dados los intereses opuestos entre distintos individuos, especies y sistemas. Esto daría cuenta de la necesidad de un principio que permitiese dar prioridad a unos intereses sobre otros, producto del cual los seres humanos, al ser su

<sup>5</sup> En palabras de Rawls: «No pretendo que la noción de contrato ofrezca un medio para acercarse a estas cuestiones, que son ciertamente de primera importancia, y habré de dejarlas de lado. Tenemos que reconocer el alcance limitado de la justicia como imparcialidad y del tipo general de concepción que ejemplifica» (Rawls, 2012, p. 29)



locus central y exclusivo, terminarían siendo el fin de dicho modelo de justicia (Valdivielso, 2004, p. 117). Del mismo modo, aún si imaginamos una distribución ideal equitativa del tipo contra fáctico rawlsiana exclusivamente entre seres humanos, esta daría como resultado que, dada la población actual y la productividad ecológica global, el «lote ideal inicial» sea de, al menos, «el doble del que, como media, se dispone en un país pobre, y de al menos tres veces menos del que se utiliza en una sociedad (económicamente) rica» (Valdivielso, 2002, p. 162), situación que parece poco realista.

A pesar de las ya referidas limitaciones del contractualismo, varias propuestas se han realizado buscando dar cuenta de una posible ampliación del círculo de justicia que tenga en cuenta las afectaciones globales que, para el ser humano, tiene la contaminación de la naturaleza. Una de estas, tal vez de las más relevantes, es la propuesta de «ciudadanía ecológica» de Andrew Dobson. Esta parte de la consideración de que la mayoría de los problemas sobre el ambiente son problemas internacionales (calentamiento global, la reducción de la capa de ozono, etc.) y que lo son constitutivamente, en el sentido de que sus efectos no respetan, ni pueden hacerlo, las fronteras nacionales (Dobson, 2005, p. 52). Así, Dobson propone la ciudadanía ecológica como una nueva concepción del espacio político que se construye de una manera concreta y material en virtud de razones históricas, esto es, de las acciones, tareas, acuerdos o relaciones que han ocurrido en el pasado, pero cuyos efectos denotan obligaciones hacia el presente y el futuro. En palabras de Dobson:

el espacio de obligación del ciudadano ecológico es «producido» por las actividades de los individuos y los grupos con capacidad de extender e imponerse a sí mismos en espacios geográficos (y diacrónicos). Este espacio producido no tiene un tamaño determinado (no es una ciudad, ni un Estado, ni tampoco «el universo»), pues su alcance varía según el caso (Dobson, 2005, p. 49).

Las obligaciones derivadas de la propuesta de ciudadanía ecológica de Dobson no son exigibles a todos. Estas se dirigen de forma exclusiva a aquellos con capacidad de afectar a otros, quienes utilizan menos su cuota de espacio ecológico<sup>6</sup> no tienen tal deber excepto como orientación general que prevenga daños excesivos (Dobson, 2005, p. 54). Tal como especifica el mismo Dobson, una implicación importante de las obligaciones en el marco de la ciudadanía ecológica es que no alberga expectativas de reciprocidad: «si mi huella ecológica es de un tamaño insostenible, entonces mi obligación es reducirla. Pero sería absurdo pedir a alguien con un déficit de espacio ecológico que redujera la suya del mismo modo» (Dobson, 2005, p. 56). Esto último da cuenta del carácter eminentemente antropocéntrico de la propuesta de Dobson; sus preocupaciones se desarrollan de forma exclusiva alrededor del ser humano. Así lo reconoce expresamente al indicar que el principio que subyace a la ciudadanía ecológica es exclusivamente el del «generacionismo futuro» (Dobson, 2005, p. 53) y que la comunidad de la justicia es para él «una comunidad de humanos (o cuasi humanos), por tanto, si la comunidad de los ciudadanos ecológicos es primariamente una comunidad de justicia, esta comunidad debe ser humana (o cuasi humana)» (Dobson, 2005, p. 54).

En esta misma línea, Ramón Máiz, ha propuesto una perspectiva igualitarista de la sustentabilidad que se articula conceptualmente mediante tres vectores fundamentales: 1) la biosfera, 2) las generaciones futuras y 3) la sociedad global. En su primer vector, este es, el de la biosfera, la sustentabilidad demanda garantizar un nivel suficiente de capital natural. Hace referencia a la idea de equilibrio entre la sociedad y la naturaleza, lo que significa que los sistemas sociales deben reproducirse

<sup>6</sup> La huella ecológica es clave en este punto.

sin deteriorar irreparablemente los ecosistemas sobre los que se apoyan (Máiz, 2011, pp. 14-15). En su segundo vector, este es, el de las generaciones futuras, la sustentabilidad se traduce en un principio de responsabilidad o de justicia intergeneracional, que contiene la obligación moral de no poner en peligro las condiciones para la supervivencia indefinida de la humanidad sobre la Tierra (Máiz, 2011, p. 17). Finalmente, en su tercer vector, la sustentabilidad se refiere a la justicia social o, de forma más concreta, al principio de igualdad intrageneracional, es decir, a la redistribución equitativa de los beneficios que nos aporta la naturaleza y de los niveles de daño admisibles tanto a nivel global como local (contaminación, agotamiento de recursos renovables y no renovables, pérdida de biodiversidad, problemas de salud, etc.) para las personas del presente (Máiz, 2011, p. 18). Al desarrollar el contenido específico de cada uno de estos tres vectores, Maíz apuesta por un concepto de sustentabilidad fuerte que, aunque no se desmarca del marco antropocéntrico de reflexión: 1) asume la existencia de naturaleza no humana (capital natural); 2) postula que esta naturaleza no humana sufre presiones estructurales constantes bajo el sistema capitalista, con efectos negativos para el bienestar y la salud de los seres humanos; 3) defiende que, al menos parte de esta naturaleza (capital natural crítico), posee un valor intrínseco y extrínseco que debe preservarse, y 4) formula la sustentabilidad como concepto político, no meramente económico o científico (Máiz, 2011, p. 16).

Como ya se expuso, todas las propuestas desde un enfoque más o menos antropocéntrico tienen en común el que, bajo su modelo justicia ambiental, las cuestiones sobre lo justo o lo injusto respecto de la naturaleza se dirimen en relación con sus implicaciones para las personas. Su expresión convencional es el derecho humano al medio ambiente sano. La incorporación del término «medio» antes de la palabra «ambiente», en este caso, no refleja la aproximación instrumental cartesiana a la que se hizo referencia en la introducción de este artículo, sino un error en la traducción al español de la palabra *environment*. Por mencionar algunas, en francés la expresión *environment* se ha traducido como *droit à l'environnement*, en portugués como *direito ao ambiente*, de ahí que se considere que la traducción más adecuada al español es la de «derecho al ambiente» o «derecho al entorno». Por lo anterior, siguiendo la delimitación conceptual propuesta al inicio del presente artículo, la expresión «derecho al medio ambiente sano» debe ser interpretada, más bien, como derecho a un «ambiente sano». Este derecho considera a la protección del ambiente como elemento *sine qua non* para el disfrute de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida o a la integridad física. Así, este enfoque sigue la visión instrumental de protección del ambiente para la garantía de los derechos humanos y, en la vertiente inversa, un enfoque instrumental de los derechos humanos para la protección del ambiente. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha clasificado los derechos especialmente vinculados al ambiente en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del ambiente, también identificados como derechos sustantivos y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (*Opinión Consultiva OC-23/17*, 2017)

A pesar de los importantes avances que el reconocimiento de este derecho y, por ende, que el modelo de justicia ambiental ha representado para la protección del medio ambiente, varios autores han dado cuenta de que, al menos desde el punto de vista ambiental, este encuentra limitaciones. Como sintetiza Gudynas, en aquellos casos donde se logra avanzar en dichos derechos, existe una tendencia a caer en un entramado de compensaciones económicas frente al daño ambiental. Su preocupación está en los conflictos sobre los recursos o servicios ambientales, comercializados o no, y sus patrones sociales, espaciales y temporales. Como esos

conflictos expresarían distribuciones desiguales, su énfasis es distribucional (2010, pp. 56-59). En otras palabras, esta postura expresaría una justicia distributiva ecológicamente corregida que encierra, como lo expresa el antes referido profesor, «el problema práctico de la creciente mercantilización de la idea de la justicia en el campo económico» (Gudynas, 2010b, p. 59).

La mercantilización de la idea de justicia en el campo económico ha sido analizada por Enrique Leff. Este autor expone como la acumulación de capital, responsable de la destrucción de las bases ecológicas de la producción, busca ahora, por medio de la economía ambiental, internalizar los costos ecológicos y las preferencias de las generaciones futuras asignando derechos de propiedad y estableciendo precios de mercado a los recursos y servicios ambientales (Leff, 1995, p. 28). Como argumenta el mismo autor, la reintegración de la naturaleza a la economía tiene como nudo problemático la imposibilidad de establecer una medida homogénea de valor para determinar los costes ambientales. En palabras de Leff: «los costos ambientales y la valorización de los recursos naturales no son determinados de manera "objetiva" y cuantitativa en la esfera económica, sino que dependen de percepciones culturales, derechos comunales e intereses sociales» (Leff, 1995, pp. 28-29). Critica el concepto de distribución ecológica propio de la justicia ambiental, pues, al mantenerse dentro del núcleo de la racionalidad económica dominante, reduce el problema a una repartición más justa de los costos ecológicos del crecimiento. En su consideración, este tipo de análisis resultan obsoletos para dar cuenta de las estructuras ecológicas y tecnológicas que determinan las condiciones que hacen que mejore o se degrade el estado de conservación y la productividad de un ecosistema y de un proceso eco-tecnológico de producción (Leff, 1995, p. 29-30).

De esta forma, la justicia ambiental, entendida como una distribución de los costos ambientales entre generaciones presentes y futuras, se presenta como insuficiente para la protección del medio ambiente. Tal como establece Gudynas, «la destrucción de la Naturaleza no puede ser justificada apelando a medidas de compensación económica, ni ello genera soluciones reales para los ecosistemas dañados o las especies amenazadas» (2010a, p. 59). Del mismo modo, como ha resaltado Costa, las intervenciones motivadas por intereses utilitarios hacen que las relaciones ser humano-naturaleza pierdan su primitiva armonía y compenetración, desarrollándose bajo imperativos de utilidad y lucro. Así, «el técnico ejerce una suerte de astucia colonial sobre los recursos materiales y la naturaleza tiende a convertirse en esclava dócil» (Costa, 2009, p. 116).

Dicha astucia colonial también ha sido expuesta por la profesora Catherine Walsh, para quien el despropósito de Descartes trajo consigo, además, la colonialidad de la naturaleza. Esta encuentra su base en la división naturaleza/sociedad que descarta lo mágico-espiritual-social, esto es, la relación milenaria entre mundos biofísicos, humanos y espirituales, incluyendo el de los ancestros, propia de los pueblos indígenas de la América Andina. En consideración de Walsh, la relación milenaria de los pueblos indígenas con la tierra ha sido negada y marginada por el discurso hegemónico del individuo moderno civilizado blanco europeo y/o norteamericano, que hoy se recrea a partir de las prácticas y políticas del desarrollo, tales como el etnoturismo (Walsh, 2008, pp. 138- 139).

Así, en el paradigma dominante antropocéntrico, la naturaleza es un material pasivo donde los humanos se desenvuelven, «un supuesto, un contexto, un espacio inerte en el que tienen lugar los eventos históricos, un recurso natural inagotable y destinado a ser usado por el humano» (Ávila Santamaría, 2019, p. 152). Las evidencias actuales sobre la degradación ambiental y el fracaso de las políticas

ambientales internacionales centradas en la distribución de emisiones de carbono, dan cuenta de que un modelo de justicia enfocado solo en el interés del ser humano resulta insuficiente. A pesar de los avances que, en materia de protección ambiental, ha constituido la expansión de la justicia ambiental por medio del derecho a un medio ambiente sano, en sus discusiones aún hay una voz ausente, la de la «Naturaleza». Como menciona Teresa Vicente Giménez, «la sociedad, la cultura o la ética, se han desarrollado sin integrar en medida fundamental el elemento ecológico y esto no es casual, pues, el conocimiento, en un marco antropocéntrico, es utilitario y funcional» (Vicente Giménez 2002). Frente a esto, otras propuestas se han formulado: el biocentrismo y su modelo de justicia para con los animales y el ecocentrismo con su apuesta por una justicia ecológica que deriva en los derechos de la naturaleza.

### 3. El biocentrismo, la justicia para con los animales y los derechos de los seres sintientes

El biocentrismo apela al valor objetivo de las especies dando cuenta de que, en tanto seres vivos dotados de la capacidad de sentir, poseen valor y merecen respeto moral. Busca la preservación de los seres vivos por el interés que poseen ellos mismos y no por su utilidad para el ser humano. Esta postura tiene como precedente el pensamiento utilitarista de Jeremy Bentham, el cual, al buscar la mayor felicidad e inclinado a evitar el dolor en los seres sensibles, reconoció que los animales, en su calidad de seres sensibles, eran merecedores de respeto y del reconocimiento de sus derechos<sup>7</sup>. Para Bentham, la pregunta clave a la hora de determinar nuestro trato hacia ellos no es si pueden razonar o si pueden hablar, sino si pueden sufrir (Bentham, 1879, p. 310).

El biocentrismo tiene como punto de partida el sensocentrismo, esto es, la teoría que considera que para que un individuo sea considerado moralmente es necesario que tenga capacidad de sentir, es decir, que posea un sistema nervioso que haga posible la experiencia del dolor. Bajo este marco, el biocentrismo aporta un elemento innovador frente al antropocentrismo, pues no busca tanto determinar por qué se debe proteger, sino contra qué se puede proteger. Tal como resalta Klett Lasso, las consecuencias de esta afirmación son de gran importancia, cierran la posibilidad de que se menoscaben los derechos de estos seres no humanos alegando un beneficio para otros (2013, p. 58). El biocentrismo se caracteriza, además, por su enfoque individualista. En este punto, el biocentrismo se relaciona con el antropocentrismo el cual también considera, por lo general, al individuo y no a la comunidad como punto de partida de la ética. De esta forma, como establece Riechmann, para una posición biocéntrica «todos los seres vivos, como entidades individuales, merecen consideración moral» (Riechmann, 2000, p. 35).

Al igual que con las posturas antropocéntricas, las posturas biocéntricas se pueden clasificar en fuertes o débiles. En primer lugar, para el biocentrismo fuerte, todos los seres vivos merecen igual consideración moral. Apuesta por un igualitarismo biótico radical, por el cual no sería posible establecer ningún tipo de clasificación entre las especies (Riechmann, 2000, pp. 35-36). Uno de los grandes exponentes de este tipo de biocentrismo es Paul Taylor, quien, desde una postura deontológica, considera que todo ser vivo posee un centro teleológico de vida que se desarrolla dentro de una comunidad de vida a partir de un conjunto de relaciones (Taylor, 1986). De este modo, Taylor pone el centro, no en el mayor o menor nivel sensitivo del organismo, sino en el hecho de que, dada su capacidad de sentir, posee un telos, un fin propio el cual

<sup>7</sup> En un famoso texto de 1788, anunciaba Bentham: «llegará un día en que el resto de animales de la creación adquieran los derechos que la tiranía humana nunca debería haberles negado» (Bentham, 1879, p. 311).

debe ser respetado garantizando su maduración y reproducción. Esta consideración hace que Taylor prescinda de jerarquizaciones entre especies sintientes, al mismo tiempo que establece que la materia inerte no merece consideración moral pues su valor es únicamente instrumental (Taylor, 1994).

Por otro lado, el biocentrismo débil o moderado afirma que todos los seres vivos merecen respeto moral, pero unos más que otros (Riechmann, 2000, p. 35). A diferencia de su versión fuerte o radical, este tipo de biocentrismo sí establece jerarquías entre los seres sintientes relacionadas con el mayor o menor desarrollo de su sistema nervioso. Esta es, por ejemplo, la postura de Peter Singer, quien, siguiendo las reflexiones utilitaristas de Bentham, consideró que la separación de los animales sensibles de la comunidad moral es un prejuicio irracional, al que lo denomina «especismo» (Singer, 1999, p. 42). Singer apuesta por una igual consideración hacia todos los seres capaces de sufrir, pues, en su consideración, «el derecho a la igualdad no depende de la inteligencia, capacidad moral, fuerza física o factores similares. La igualdad es una idea moral, no la afirmación de un hecho. Es una norma relativa a cómo deberíamos tratar (a los humanos o animales no humanos) como iguales» (Singer, 1999, p. 40). Sin embargo, Singer no deriva, a diferencia de los biocentristas radicales, de esa igual consideración un trato igualitario. En sus palabras, «la extensión de un grupo a otro del principio básico de igualdad no implica que tengamos que tratar a los dos grupos del mismo modo exactamente, ni tampoco garantiza los mismos derechos a ambos grupos» (1999, p. 38). Así, para Singer, el rechazar el especismo no lleva a que todas las vidas tengan igual valor, por el contrario, defiende el que la vida de un ser autoconsciente, con capacidad de pensamiento abstracto, de proyectar su futuro o de complejos actos de comunicación, sea más valiosa que la vida de un ser sin estas capacidades (Singer, 1999, p. 47). A partir de esta consideración, Singer elabora una jerarquía entre especies que ubica a ciertos mamíferos en su cúspide.

Otro gran exponente del biocentrismo débil es Tom Regan. Para este autor la posesión de intereses, esto es, la capacidad de experimentar una vida, se convierte en la característica habilitante para ser sujeto de derechos. En su reflexión, la capacidad de experimentar una vida no se resume en el hecho de estar vivo, pues, para que aquello sea posible es necesario, entre otras características, tener creencias, deseos, percepción y memoria. De ahí que para este autor merezcan consideración moral, por ejemplo, únicamente los mamíferos y aves mayores de un año (Regan, 1983, p. 243). Del mismo modo, Martha Nussbaum parece ubicarse dentro de esta postura. En su libro, *las fronteras de la justicia*, la autora busca dar argumentos a favor de la aplicación de su enfoque de las capacidades para la defensa de los derechos de los animales. En su consideración, el enfoque de las capacidades permite conocer una amplia variedad de tipos de dignidad animal y las necesidades para su florecimiento, lo cual posibilita la producción de normas de justicia «interespecies» que implican derechos fundamentales para criaturas diversas (Nussbaum, 2007, p. 323).

Para Nussbaum el territorio de la justicia es el territorio de los derechos básicos. Bajo esta premisa desarrolla su idea a favor de los derechos de los animales, desmarcándose del antropocentrismo, de forma categórica, en la siguiente afirmación: «cuando digo que el maltrato a los animales es injusto, quiero decir no sólo que está mal de nuestra parte que los tratemos así, sino que ellos tienen un derecho de índole moral a no ser tratados de ese modo. Es injusto para ellos» (Nussbaum, 2007, p. 332). Al igual que en los casos anteriores, es demarcatorio para su enfoque de las capacidades la posesión de sensibilidad, misma que define como una condición «umbral» para la admisión en la comunidad de seres detentadores de derechos basados en la justicia (Nussbaum, 2007, p. 356). Su enfoque es, además,



individualista. Al respecto indica textualmente: «si tengo razón a propósito de lo que convierte a algo en una cuestión de justicia y no de otra clase, los animales son sujetos de justicia en tanto en cuanto son animales individuales que sufren dolor y privaciones» (Nussbaum, 2007, p. 352). Estas dos características, el individualismo y el sensocentrismo, desembocan, al igual que en los demás autores ya tratados, en una jerarquización de especies que le ha llevado a indicar que el derecho a la vida de los animales es menos robusto cuando nos referimos a los insectos y a otras formas de vida no sensibles, o sólo sensibles en un sentido muy marginal (Nussbaum, 2007, pp. 386, 387) .

Finalmente, Jorge Riechmann, defiende también una concepción moral biocéntrica con jerarquización de intereses e individualista, a la que denomina como «biocentrismo moderado». Su propuesta, que guarda similitudes con la de Nussbaum, considera que lo valioso son los seres vivos con su potencialidad para realizar sus capacidades y llevar una vida buena, por lo que el medio abiótico (el suelo, las aguas, la atmosfera, etc.) solo resulta valioso instrumentalmente (Riechmann, 2000, p. 36). Así, Riechmann se opone al antropocentrismo excluyente, al igualitarismo biótico y al holismo moral. Frente a estos, considera que todos los seres vivos son dignos de consideración moral por sí mismos, pero que no todas esas necesidades, capacidades e intereses son igualmente valiosos o importantes, sino que pueden jerarquizarse en razón del lugar que ocupen en la pirámide evolutiva<sup>8</sup>, en cuya vértice están ubicados los seres humanos (Riechmann, 2000, p. 40).

De las particularidades detalladas sobre el pensamiento biocéntrico y, siguiendo el objetivo de proponer un modelo de clasificación y demarcación de los enfoques de justicia sobre la naturaleza, diremos, sin dejar de resaltar que las consideraciones a este respecto no son homogéneas, que las formas de protección biocéntrica se traducen en derechos de los animales. Diversos casos a nivel global se han presentado desde esta perspectiva, uno de ellos, de los más relevantes a nivel latinoamericano, es el caso de la Orangután Sandra, a quien, el 18 de diciembre de 2014, la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires concedió un habeas corpus al considerarla sujeto de derechos. El habeas corpus buscaba el traslado de Sandra, única de su especie en Argentina y residente desde 1995 en el zoológico de Buenos Aires, al santuario de primates de Sorocaba, ubicado en el Estado de Sao Paulo, República Federativa del Brasil. Para la concesión del habeas corpus, la Corte consideró, de forma textual, que «la vida y la dignidad de ser viviente si bien completamente desagregada en el ordenamiento jurídico con relación a las “personas humanas” no impide que análogamente sea extendida a Sandra cuando ella inviste la condición de “ser sintiente”». De esta forma, tal como lo expresa el mismo tribunal, la categorización de Sandra como “persona no humana” y, en consecuencia, como sujeto de derechos, no implica que sea titular de los derechos de las personas humanas. Por el contrario, se trata reconocerle a Sandra sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de «ser sintiente» (Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014).

El caso de la Orangután Sandra ilustra los aportes del enfoque biocentrista en la ampliación de la comunidad de justicia y, por ende, del reconocimiento de derechos más allá del ser humano. Sin embargo, en nuestra consideración, el enfoque sensocentrista del biocentrismo constituye una limitación importante para la real comprensión de los procesos de simbiosis sobre los que se desarrolla la vida. Así, si

---

<sup>8</sup> En consideración de Riechmann, el lugar que se ocupe en la pirámide se corresponde con capacidades morales relevantes como la capacidad de sentir, la de ser sujeto de la propia vida, la inteligencia, la autoconciencia, la memoria y la capacidad de anticipación, etc.

bien el biocentrismo y la justicia para con los animales representa un avance importante en la lucha por los derechos de la naturaleza, es aún insuficiente, pues, las mismas razones para atribuir dolor a los animales no se aplican a las plantas y demás materia inerte. Se excluye, de esta forma, a todo el mundo natural no «sintiente», cayendo, una vez más, en una forma de antropocentrismo, pues la habilidad de sentir dolor es relevante en tanto y cuanto parte de una experiencia humana. Se valoriza al animal sintiente atribuyéndole estatuto moral a partir de la experiencia humana, y no por sí mismo. Ese es un proceso lleno de antropocentrismo desde el inicio, una vez que exige de los otros seres lo que nosotros poseemos, «humanizándolos» hasta que puedan ser aceptados en nuestro círculo moral.

#### 4. El ecocentrismo, la justicia ecológica y los derechos de la naturaleza

El ecocentrismo, al contrario del individualismo biocéntrico, propone un holismo moral, esto es, al todo (los ecosistemas, la biósfera) como sede de valor. Desde esta perspectiva, como establece el profesor Riechmann, habría que adoptar el punto de vista del ecosistema y no el de entidades individuales que forman parte de él (Riechmann, 2000, pp. 35-36). Se propone, a partir de este nuevo enfoque, una ética ecológica que considere al ser humano como integrado en un medio en el que comparte su vida con otras especies y con un sustrato físico que soporta y hace posible esa misma vida. En palabras de Sosa, esta ética es «ecológica» porque «mira a la *oikía*, al *oikós*, a la casa grande, a la casa de todos. No a la casa occidental, o a la casa del Norte. Ni siquiera solamente a la casa humana, sino a la casa» (Sosa, 1994, p. 121). Siguiendo las precisiones conceptuales que propone este artículo, diremos que el enfoque ecocéntrico mira a la «Naturaleza».

Bajo este enfoque, la Naturaleza pasa a tener una visión dialéctica, esto es, a diferencia de su tratamiento instrumental-antropocéntrico, pasa a tener papeles activos y pasivos en la relación con el ser humano (Costa, 2009, p. 115). Se aleja del enfoque biocéntrico concentrado solamente en la capacidad de sentir y, por el contrario, no limita los derechos a los animales sino que los reconoce también para las plantas y los seres microscópicos e incluso a la materia inerte (Zaffaroni, 2011, p. 84). Esta consideración la podemos resumir en la reformulación que propone Riechmann a la pregunta de Bentham ¿pueden sufrir? por la pregunta ¿pueden ser dañados? Así, la cuestión no se debe centrar en si pueden razonar ni tampoco en si pueden sufrir, sino, más bien, en si pueden ser dañados. Como ejemplifica Riechmann: «un roble no puede sufrir, pero si puede ser dañado» (Riechmann, 2011, p. 127).

Esta reformulación –a pesar postularla Riechmann dentro de su enfoque biocéntrico moderado–, en nuestra consideración, explica de mejor forma el enfoque ecocéntrico. En el marco de la clasificación que propongo, la pregunta amplia de ¿puede ser dañado? da luz a uno de los principales postulados de la justicia ecológica: el daño no está vinculado al sensocentrismo. Su enfoque, por el contrario, es teleológico, se centra en los ciclos vitales de la Naturaleza. Este particular marca la línea diferencial entre la idea de justicia ecológica y otras aproximaciones que pueden parecer cercanas. Desde un enfoque ecocéntrico se propugna una justicia ecológica, en la cual la ecología, como ciencia que trata de conocer y profundizar en las relaciones “inter e intra” específicas y con los demás elementos de la naturaleza, da cuenta de los procesos biogeoquímicos y físicos que crean las condiciones que permiten la vida sobre la tierra. Así, hablar de justicia ecológica significa justicia con la Naturaleza (Klett & Martínez, 2013, p. 11,12).

El eje central del ecocentrismo, y de su traslación a la idea de justicia ecológica, se encuentra en el reconocimiento de la Naturaleza como titular de

derechos propios, con independencia del humano. Uno de sus grandes exponentes es la hipótesis Gaia de James Lovelock. Para este autor, la tierra es un ente viviente del cual somos parte y se autorregula (Lovelock, 1979). Como lo sintetiza Zaffaroni, la ética de Gaia reconoce obligaciones éticas respecto de la naturaleza, que se derivan de la circunstancia de participar conjuntamente en un todo vivo, de cuya salud dependemos todos, humanos y no humanos (Zaffaroni, 2011, p. 84). Bajo este enfoque, los derechos no sólo los tienen seres humanos o los animales, se extienden al reino vegetal, los seres microscópicos e incluso la materia inerte, entiendo a todos estos como un continuo de vida.

De igual manera, una apuesta por un enfoque que, en mi consideración, se puede denominar como ecocéntrico, la encontramos en el pensamiento de Aldo Leopold. Para este autor, la ética se ha desarrollado bajo la premisa de que el individuo es miembro de una comunidad de partes interdependientes. Partiendo de lo anterior, propone la formulación de una ética de la tierra que, en sus palabras, «ensancha las fronteras de la comunidad para incluir suelos, agua, plantas y animales, o de manera colectiva, la tierra». De esta forma, Leopold da cuenta de cómo en un primer momento la ética se ocupó de la relación entre los individuos; en un segundo momento, de las relaciones de los individuos con la sociedad, y que, actualmente, es necesaria la transición hacia un tercer momento, la extensión de la ética a la Naturaleza, es decir, a la relación del ser humano con la tierra, los animales y las plantas que crecen en ella. Dicha transición, en consideración de Leopold, no es solo una posibilidad evolutiva, sino una necesidad ecológica (Leopold, 2017, pp. 181, 182). Parte de la idea de que la tierra no es únicamente suelo, es una fuente de energía que fluye a través de un circuito de suelos, plantas y animales que hacen posible la vida en un proceso de interrelación continua entre los seres vivos y la materia inerte (Leopold, 2017, p. 193). Así, en palabras de Leopold, «una ética de la tierra cambia el papel de Homo sapiens: de conquistador de la comunidad terrestre al de simple miembro y ciudadano de ella» (Leopold, 2017, p. 182).

Esa misma idea de circuitos de vida la podemos encontrar en el pensamiento de Arne Naess, quien, desde la ecología profunda o *deep ecology*, considera que hay una serie de relaciones e interconexiones que colaboran en la construcción de cada individuo. Ve al mundo como una red de fenómenos interconectados e interdependientes, de lo cual desprende un «igualitarismo biosférico» que postula el derecho de los ríos, las montañas, los bosques, los animales y la humanidad a progresar y desarrollar sus posibilidades bajo los principios de potencialidad y autorrealización. Dicho igualitarismo se desarrolla con los siguientes principios:

- 1) El florecimiento de la vida humana y no humana sobre la tierra posee un valor en sí mismo. El valor de vida no humana es independiente de su utilidad para el ser humano;
- 2) La riqueza y la diversidad de las formas de vida constituye un valor en sí mismo, que contribuye al florecimiento de la vida humana y no humana en la tierra;
- 3) Los humanos no tienen derecho a reducir esta riqueza y diversidad, salvo para satisfacer necesidades vitales;
- 4) El florecimiento de la vida humana y las culturas, es compatible con una población sustancialmente menor. El florecimiento de la vida no-humana requiere una población humana más pequeña;
- 5) La actual interferencia humana sobre el mundo no humano es excesiva y la situación está empeorando rápidamente;
- 6) Las políticas deben ser cambiadas. Estas políticas afectan las estructuras económica, tecnológica e ideológica básicas. El resultado de los estados de cosas será profundamente diferente de lo que es en el presente y hará posible la alegre experiencia de la conexión de todas las cosas;
- 7) El cambio ideológico es principalmente el de apreciar la calidad de vida en lugar de adherirse a un nivel de vida cada vez más alto. Existirá una profunda conciencia de la diferencia entre lo que es gigantesco (*bigness*), en sentido cuantitativo, y lo grande (*greatness*), en sentido cualitativo.
- 8) Quienes suscriben los anteriores puntos tienen la obligación directa o indirecta de tratar de implementar los cambios necesarios (Naess, 2008, pp. 105-114).

Estas reflexiones también han estado presentes en el Sur global, aunque, dado el carácter hegemónico del Norte, han quedado injustamente relegadas en pensamiento político global. Tal como ha dado cuenta Leonardo Boff, el proyecto científico-tecnológico de apropiación sin límites de la Naturaleza ha sido posible porque se ha destruido la conciencia de una gran comunidad biótica, terrenal y cósmica, en la que se encuentra inserto el ser humano junto con los demás seres (Boff, 2001, p. 16). Así, las voces dominantes provienen del Norte, siendo pocas las voces que llegan desde el Sur, elemento que no es menor, pues, en sus palabras, «cada lugar social está caracterizado por intereses y opciones previas de los que, en la mayoría de los casos, no se tiene conciencia. Como se trata de alcanzar una perspectiva global, es importante que se superen tales limitaciones» (Boff, 2001, p. 11). Por ello, propone una revolución ética mundial fundada no tanto en la razón ilustrada, cuanto en el *pathos*, es decir, en la sensibilidad humanitaria y en la inteligencia emocional expresadas por el cuidado, la responsabilidad social y ecológica, la solidaridad generacional y la compasión, actitudes que considera capaces de mover a las personas hacia una nueva práctica histórico-social liberadora (2001, p. 18). De dicha revolución ética, indica Boff, surgirá un nuevo *ethos*<sup>9</sup>, una profunda inmersión en la experiencia del Ser, que dará cuenta «del todo ligado, “religado” en sus partes y conectado con la fuente originaria de donde dimanan todos los entes» (2001, p. 18).

Así, para este autor, la globalización será ecocéntrica. Situará en el centro no a un país, sistema económico o cultura, sino a la tierra, entendida como un macro sistema orgánico, un súper organismo vivo, al que todas las instancias deberán servir (Boff, 2001, p. 20). Esta nueva unidad compleja exige el diálogo con todos, no puede tener como única referencia el modelo del ser humano occidental, blanco, adulto, científico-técnico, cristiano, secularizado, sino que debe incorporar otros elementos como lo multiétnico, lo multireligioso, lo femenino, las distintas edades, entre otros. Por tanto, establece Boff, es preciso, por un lado, mantener las culturas en su singularidad y, por otro, abrirlas a un diálogo obligatorio con todas las demás, con las pérdidas y las ganancias que comporta este proceso. Se debe superar el paradigma moderno que fracciona, atomiza y reduce, y arribar un paradigma holístico que «articula, relaciona todo con todo y considera la coexistencia del todo y de las partes, la multidimensionalidad de la realidad con su no linealidad, con equilibrios y desequilibrios, caos y cosmos, vida y muerte» (Boff, 2001, p. 23).

En esta misma línea, Vandana Shiva, filósofa y escritora hindú, en su libro *Manifiesto para una democracia de la tierra*, desde el eco feminismo, da cuenta de la necesidad de sentirnos, una vez más, como en casa en la tierra y entre nosotros. Propone la creación de un nuevo paradigma para responder a la fragmentación causada por las varias formas de fundamentalismo, el cual tenga como fundamento una cultura de no violencia, paz creativa y vida. Dicho paradigma lo construye a partir de una visión alternativa del mundo en la que los seres humanos están incrustados en la Familia de la Tierra, conectados unos con otros a través del amor, la compasión, la responsabilidad ecológica y la justicia económica (Shiva, 2006).

Por su parte, en el mundo andino, la respuesta ha sido dada a través de la ética de la Pachamama. Esta tiene como punto de partida la consideración de que en todo lo que existe hay un impulso que explica su comportamiento, incluso en lo que parece materia inerte. Todo el espacio cósmico es viviente y está movido por una energía que conduce a relaciones de cooperación recíproca entre todos los

---

<sup>9</sup> Por *ethos* este autor entiende al conjunto de las intuiciones, de los valores y de los principios que orientan las relaciones humanas con la naturaleza, con la sociedad, con las alteridades, con uno mismo y con el sentido trascendente de la existencia, Dios (Boff, 2001, p. 18).

integrantes. La Pachamama todo lo da, pero también exige reciprocidad. No impide la caza, la pesca y la tala, pero si la depredación como buena reguladora de la vida de todos los que estamos en ella (Zaffaroni, 2011, pp. 117-122). Bajo esta consideración, tal como lo expone Gudynas, la naturaleza intocada también podría estar en contradicción con la idea de Pachamama, de hecho, señala, «en casi todas las formulaciones de ese concepto no se alude ambientes intocados, sino que es una Naturaleza con humanos, y humanos que son parte de ella» (Gudynas, 2011, p. 272).

La ética de la Pachamama inspiró, por ejemplo, la consagración de los Derechos de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador de 2008. Tal como lo establece el artículo 71 de dicha Constitución, estos protegen el derecho a que se respete integralmente la existencia, el mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida. De esta forma, la Constitución ecuatoriana incorpora un criterio de justicia ecológica que, tal como precisa su artículo 72, tiene como respuesta normativa el derecho a la restauración de los ecosistemas dañados, independiente de la obligación que tiene el Estado o las personas naturales y jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

La traducción normativa de la justicia ecológica son los derechos de la Naturaleza. Estos exigen la recuperación de los ecosistemas dañados y no simplemente el cobro de multas. Tal como ejemplifica Gudynas, los seres vivos como las plantas o los animales no necesariamente vivirán mejor si algunos humanos reciben dinero por el daño en los ecosistemas en que habitan (Gudynas, 2011, p. 274). Así, la justicia ecológica es una consecuencia inevitable y necesaria de la secuencia que comienza con el reconocimiento de valores intrínsecos y sigue con los derechos de la Naturaleza (Klett, 2013, p. 81), sin olvidar que las dinámicas ecológicas implican relaciones que también son de competencia y depredación. En palabras de Aldo Leopold, una ética de la tierra, por supuesto, no puede impedir la alteración, la gestión y el uso de esos recursos; pero afirma su derecho a continuar existiendo y, al menos en algunos puntos, a continuar existiendo en estado natural. De ahí que no se postule mantener una Naturaleza intocada, por el contrario, como afirma el profesor Gudynas, se reconoce y defiende la necesidad de intervenir en el entorno para aprovechar los recursos necesarios para satisfacer las «necesidades vitales», pues los valores propios son uno más en un amplio conjunto de valoraciones a considerar (Gudynas, 2010b, p. 53). Su aporte claro es abrir las puertas para otro tipo de discusión en la política y la gestión, donde «ya no es necesario demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo beneficio de los economistas» (Gudynas, 2010b, p. 53).

Formas de justicia ecológica ya están siendo implementadas en la justicia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-622 del 16 de noviembre del 2016, declaró al río Atrato como sujeto de derechos. Siendo expreso en el enfoque ecocéntrico del que parte esta conclusión, la Corte indica textualmente:

la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es,



reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que, a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad.

Otro ejemplo de justicia ecológica lo encontramos, en nuestra consideración, en la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella la Corte consagra el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en el sistema interamericano de protección de derechos. Este derecho autónomo se distancia de la faceta instrumental expuesta anteriormente y se acerca de forma clara a la idea de derechos de la Naturaleza. Así lo indica la Corte IDH en el numeral 62 de la referida opinión consultiva, al establecer que el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, «protege los componentes del medio ambiente tales como bosques, ríos, mares y otros como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales». De esta forma, precisa la Corte IDH:

se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos (*Opinión Consultiva OC-23/17*, 2017).

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece aproximar su propuesta de «derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo» más cerca de las reivindicaciones de la justicia ecológica de fuente ecocéntrica. En consecuencia, donde se lee «derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo», se podría leer «derechos de la Naturaleza». La posibilidad o coherencia de la protección de la Naturaleza como un bien en sí mismo dentro de los derechos humanos requiere, sin lugar a dudas, una aproximación respecto de qué fundamentación de los derechos humanos posibilitaría este objetivo, lo cual sobrepasa el marco del presente trabajo. Sin embargo, se puede adelantar que una re-significación de la idea de «dignidad humana», que dé cuenta de la necesidad de la formulación de un «Yo» interconectado y reconectado con la Naturaleza como elemento indisoluble de nuestra esencia, podría incorporar a la Naturaleza como una otredad que me define y, por ende, sin reducirla o cerrarla al ser humano, incorporarla como su fundamento.

## 5. A modo de conclusión: justicia ambiental y justicia ecológica, encuentros y tensiones

Como se ha ido esbozando en el transcurso de este artículo, la justicia ambiental responde a una mirada de la naturaleza como instrumento, mientras que la justicia ecológica ve a la naturaleza como un bien en sí mismo. En el derecho, estas dos posturas se ven representadas en la garantía del derecho a un medio ambiente sano en el primer caso y los derechos de la Naturaleza en el segundo.

Los derechos de la Naturaleza y los derechos al medio ambiente sano están estrechamente vinculados. Como lo menciona el profesor Ramiro Ávila, «se podría decir, en general, que cada vez que se protegen los derechos de la naturaleza también se protege el derecho al medio ambiente sano, y viceversa, cuando se protege el medio ambiente se protege también a la naturaleza» (Ávila Santamaría, 2019, p. 279). Mientras el criterio de justicia ambiental que deriva del derecho al medio ambiente sano puede tener como objetivo las reparaciones o económicas o de otro tipo a las personas afectadas, la justicia ecológica, que deriva de los derechos de la Naturaleza, simultáneamente asegura que se limpien los lugares afectados o

restituyendo ecosistemas degradados (Gudynas, 2011, pp. 274-275). Así, los derechos de la Naturaleza acompañan las visiones clásicas de la justicia ambiental y los derechos humanos a un ambiente sano. En este marco, se pueden llegar a compromisos en la conservación y el desarrollo desde muy diferentes puntos de origen éticos, mientras algunos pueden ser ecocéntricos, en otros casos seguirán siendo antropocéntricos (Gudynas, 2010c, pp. 65-66).

Sin embargo, esta convivencia no está exenta de tensiones. Los intereses y los derechos de los humanos se pueden oponer a los derechos de la Naturaleza, por ejemplo, cuando se decide intervenir con políticas extractivas ecosistemas sin presencia humana, en razón de la necesidad de obtención de recursos económicos para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. En dichos casos, como lo afirma el profesor Ramiro Ávila, la contradicción en el ejercicio de derechos entre la Naturaleza y los derechos de los seres humanos no se puede resolver prima facie a favor de ninguno de los dos sujetos. La resolución de un caso dependerá de los hechos y también, si hay restricción, de las justificaciones, tal como sucede cuando colisionan derechos de dos seres humanos (Ávila Santamaría, 2019, p. 278-279).

Así, la justicia ambiental y la justicia ecológica se presentan como complementarias. Su juego dinámico amplía las discusiones sobre los derechos, lo que se traduce, tal como afirma Cullinan, en una democratización más radical de las políticas ambientales. Si el antropocentrismo ha sido la dictadura de la especie humana sobre la tierra, salirnos de esta dictadura implica aceptar y adoptar algunos principios que nos invitan a comprender los derechos de una forma ecocéntrica o nocéntrica. El primer principio del derecho de la tierra es la sobrevivencia, la salud y la prosperidad de toda la comunidad sobre el interés de cualquier individuo o de la sociedad humana. No es una relación entre iguales, sino entre partes y todo. Los derechos del todo no pueden ser comprometidos (Cullinan, 2003, p. 162). En esta labor, las éticas de Gaia y de la Pachamama, de las cuales se nutren los ideales de la justicia ecológica, constituyen un gran aporte. Estas buscan reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos, cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia como especie interdependiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia, así como un fortalecimiento de la capacidad de escucharnos entre nosotros y de escuchar lo que nos dicen todos los demás entes con los que compartimos el planeta.

## Bibliografía

- Ávila Santamaría, R. (2019). *La utopía del oprimido: Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Bogotá, Colombia: Akal.
- Bentham, J. (1879). *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: The Clarendon Press.
- Boff, L. (2001). *Ética planetaria desde el Gran Sur*. Madrid, España: Trotta.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017.
- Cortina, A. (2009). *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. España: Taurus.
- Cortina, A. (2014). La cuestión de los animales: Persona y derechos. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 91, pp. 479-491.
- Costa, C. A. F. da. (2009). ¿Ética ecológica o medioambiental? *Acta Amazonica*, 39(1), pp. 113-120.

- Descartes, R. (2002). *Discurso del método; Meditaciones metafísicas*. España: Tecnos.
- Dobson, A. (2005). Ciudadanía ecológica. *Isegoría*, (32), pp. 47-62.
- Gudynas, E. (2010a). Imágenes, ideas y conceptos sobre la naturaleza en América Latina. En: *Cultura y Naturaleza*. Bogotá, Colombia: Jardín Botánico J.C. Mutis.
- Gudynas, E. (2010b). La senda biocéntrica: Valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa: revista de humanidades*, núm. 13, pp. 45-71.
- Gudynas, E. (2011). Los derechos de la Naturaleza en serio: Respuestas y aportes desde la ecología política. En: Acosta, A., y Martínez E., *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política* (pp. 239-258). Quito, Ecuador: AbyaYala y Universidad Politécnica Salesiana.
- Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires (2014). Habeas Corpus Orangutana Sandra, 68831/2014/CFC1, de 18 de diciembre de 2014.
- Jonas, H. (2015). *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. España: Herder.
- Kant, I., (1988). *Lecciones de ética*. Barcelona, España: Crítica.
- Klett Lasso de la Vega, P., & Martínez Anguita, P. (2013). *Justicia con la Naturaleza*. España: Dykinson.
- Leff, E. (1995). ¿De quién es la naturaleza? Sobre la reapropiación social de los recursos naturales. *Gaceta Ecológica*, 37, pp. 28-35.
- Leff, E. (2006). La ecología política en América Latina. Un campo en construcción. En: *Los tormentos de la materia: Aportes para una ecología política latinoamericana*, 1. ed, pp. 21-39.
- Leopold, A. (2017). *Una ética de la tierra*. Madrid, España: Los Libros de la Catarata.
- Lovelock, J. (1979). *A New Look at Life on Earth*. Oxford.
- Máiz, R. (2011). Igualdad, sustentabilidad y ciudadanía ecológica. *Foro Interno*, 11(0), pp. 13-43.
- Morales-Jasso, G. (2016). La categoría "ambiente". Una reflexión epistemológica sobre su uso y su estandarización en las ciencias ambientales. *Revista Electrónica Nova Scientia*, 8(2), 579-613.
- Næss, A. (2008). *Ecology of wisdom: Writings by Arne Naess*. Estados Unidos: Counterpoint, distributed by Publishers Group West.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión*. España: Paidós.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*.
- Regan, T. (1983). *The Case for Animal Rights*. Estados Unidos: University of California Press.
- Riechmann, J. (2000). *Un mundo vulnerable: Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*. Madrid, España: Catarata.
- Riechmann, J. (2011). Animales humanos y no humanos: Nobleza obliga. *Nostramo Revista Crítica Latinoamericana*, Año 4, Número 5, pp. 120-133.
- Shiva, V. (2006). *Manifiesto para una democracia de la Tierra: Justicia, sostenibilidad y paz*. España: Paidós Ibérica.
- Singer, P., & Casal, P. (1999). *Liberación animal*. Madrid, España: Trotta.
- Sosa, N. M. (1994). *Ética ecológica, Necesidad, posibilidad, justificación y debate*,. Libertarias/Prodhufi.
- Taylor, P. (1986). *Respect for Nature: A Theory of Environmental Ethics*. Nueva Jersey, Estados Unidos: Princeton University Pres.
- Taylor, P. (1994). Biocentric Egalitarianism. En: L. P. Pojman, *Environmental Ethics. Readings in Theory and Application*, pp. 71-83.
- Valdivielso, J. (2002). El espacio del ecologismo en la filosofía política. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 19, pp. 159-180.
- Valdivielso, J. (2004). El problema de la extensión de la comunidad de justicia en el liberalismo «verde» rawlsiano. En Riechmann, J., *Ética ecológica: Propuestas*

- para una reorientación* (pp. 109-128). Nordan Comunidad.
- Vicente Giménez, T. (2002). *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Madrid, España: Trotta.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa: revista de humanidades*, 9, pp. 131-152.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

# Género

## Gender

Begoña Marugán Pintos  
 Universidad Carlos III de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-3915-7078  
[bmarugan@polsoc.uc3m.es](mailto:bmarugan@polsoc.uc3m.es)

Cita recomendada:

Marugán Pintos, B. (2020). Género. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 199-213.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5273>

Recibido / received: 05/12/2019  
 Aceptado / accepted: 08/02/2020

### Resumen

El género es la construcción social que los distintos sistemas sociales realizan basándose en el sexo biológico. Durante décadas ha sido una categoría muy útil para analizar la realidad social. De hecho, el concepto género está considerado desde los años 70 una de las categorías centrales de las teorías feministas. Para describir este concepto es útil realizar un recorrido a partir de algunas autoras relevantes. El germen del concepto se encuentra en *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir. En los años sesenta el feminismo ya manejó este concepto, pero mientras las teóricas de la diferencia defendieron su existencia y reforzaron la misma para conseguir la libertad de las mujeres, las de la igualdad —como Kate Millet y Gayle Rubin— abogaron por borrar las diferencias de género. En los años noventa, se ha ido más allá y se cuestiona la utilidad del propio concepto. Algunas de esas críticas se encuentran en *El género en disputa* de Judith Butler. La discriminación no es sólo de género, también es de raza, clase, orientación sexual, etc. Además, Butler se plantea la necesidad de indagar en las relaciones entre género y sexualidad.

### Palabras clave

Género, sexo, teoría sexo-género, feminismos, discriminación hacia las mujeres.

### Abstract

*Gender is the social construction based on biological sex. For decades it has been a very useful category to analyze social reality. The concept of gender has been considered one of the central categories of feminist theories since the 70s. It is useful to review the descriptions made by some relevant authors to describe this concept. The germ of this concept is found in the book *The second sex* of Simone de Beauvoir. Feminism already used this concept in the sixties. While the theorists of the difference defended their existence and reinforced it to obtain the freedom of the women, feminists of equality —like Kate Millet and Gayle Rubin— opted to erase gender differences. In the 1990s, the usefulness of this concept was questioned. Some of those criticisms are found in Judith Butler's *Disputed Gender*. Discrimination is not only gender, it is also race, class, sexual orientation, etc. In addition, Butler proposes to investigate more about the relationship between sex and sexuality.*

### Keywords

*Gender, sex, sex-gender theory, feminisms, discrimination against women.*





SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen de la conceptualización del género. 2.1. Simone de Beauvoir como fuente conceptual. 2.2. Aparición del término género y la conceptualización feminista de los años 70. 3. La teoría del sistema sexo/género. 4. Nuevas aportaciones. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Los seres humanos somos una especie dimórfica al ser nuestra reproducción sexuada, sin embargo, a partir de una pequeña diferencia biológica de carácter sexual, se han establecido diferencias sociales entre hombres y mujeres, con graves efectos discriminatorios para estas últimas. Tal como manifiesta el Informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas «en ninguna sociedad las mujeres disfrutaban de las mismas oportunidades que los hombres» (1995, p. 2).

Los feminismos han buscado constantemente explicaciones de por qué las mujeres no disfrutaban de iguales oportunidades que los hombres. Esta búsqueda originó nuevas conceptualizaciones. Uno de los conceptos que permitió poner en relación a hombres y mujeres y buscar la razón de las diferencias es el de género.

El concepto género tiene su origen en el intento de los feminismos de dar respuestas al origen de la opresión femenina, buscando nuevas categorías y herramientas analíticas para “sacar” a las mujeres de la categoría de naturaleza y colocarles en la cultura como seres socialmente construidos. «El género parece haber aparecido primeramente entre las feministas americanas que deseaban insistir en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo» (Scott, 1996, p. 266). A partir del sexo biológico los sistemas sociales asignan características, cualidades, roles y expectativas diferentes a hombres y mujeres, a lo que llamamos género. El género, como categoría analítica, permite criticar los fundamentos naturales de la diferencia entre los hombres y las mujeres.

Originalmente el género fue definido en contraposición al sexo en el marco de una posición binaria: sexo y género, aludiendo la segunda a los aspectos psico-socioculturales asignados a varones y mujeres por su medio social y restringiendo el sexo a las características anatomorfológicas que distinguen al macho y la hembra de la especie humana (Aguilar, 2008, s/f).

Tras esta primera acepción hubo otra desplegada en los años ochenta donde se asimiló el género con las mujeres. «Poco a poco el concepto género se ha ido haciendo coextensivo del concepto mujer, (...) que no comporta una declaración necesaria de desigualdad o de poder, restando su dimensión jerárquica –como si lo masculino y lo femenino fueran dos géneros equivalentes–» (Osborne y Molina, 2008, p. 148). Esta utilización «es una faceta de lo que podría llamarse la búsqueda de la legitimidad académica por parte de las estudiosas feministas<sup>1</sup>» (Scott, 1996, p. 270), lo que supuso una acepción reduccionista del concepto original.

---

<sup>1</sup> Se ha necesitado tiempo para que la perspectiva de género entrara en la agenda política de la ciencia, sin embargo, en la actualidad la igualdad está incorporada al marco normativo, desarrollándose iniciativas institucionales para conseguirlo. De las mismas se puede señalar la obligatoriedad de

En las ciencias sociales se apostaba por la aparente neutralidad al referirse al género en lugar de a las mujeres, «desmarcándose así de la (supuestamente estridente) política del feminismo» (Scott, 1996, p. 270). Muy pocas eran las autoras y autores que autodefinían su obra como feminista<sup>2</sup>. Sin embargo, la escenificación pública del ejercicio de empoderamiento del movimiento feminista el día 8 de marzo de 2018 en el Estado español prestigió el feminismo y modificó esta situación dentro de nuestras fronteras. En nuestro País el feminismo figura ahora como significativo políticamente correcto siendo muchas las personas que se autodefinen como tales en todos los ámbitos públicos, donde el científico no es una excepción. Es frecuente hoy día encontrar investigaciones en cualquier disciplina que indican la utilización de la perspectiva de género en la misma, siendo ésta en muchas ocasiones un simple enunciado, sin que exista una noción nítida de lo que supone la utilización de esta perspectiva<sup>3</sup>. Razón por la cual se valora pertinente la explicación del concepto de género en estas *Voces de la legalidad*, a la que además anima, el intento de aportar información en un momento de crispación y falta de diálogo entre los feminismos en torno a la definición de su sujeto político<sup>4</sup>, donde el significante género se emplea con significados múltiples.

Convendría distinguir las diversas maneras en que se emplea la categoría género y el concepto de género, puesto que la literatura existente a comienzos de los años noventa nos muestra usos no unívocos de la palabra. Muchas/os autoras/es sustituyen sin más la palabra sexo por género, en un proceso muy entendible (aunque no exento de frivolidad) una vez que este último concepto se extiende y se pone de moda (Barbieri de, 1993, p. 150).

Para poder conocer el significado de este concepto seguidamente se realizará una aproximación a la génesis del mismo en la obra de *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir, para dar paso a las aportaciones surgidas dentro del feminismo de los años setenta de la mano de autoras como Kate Millet y la teoría sexo-género de Gayle Rubin. Una teoría que, a pesar de su potencialidad, no ha estado exenta de críticas, teniendo en el libro *Gender trouble* (1992) de Judith Butler una de las más agudas, al indagar en las relaciones entre género y sexualidad.

## 2. Origen de la conceptualización del género

Desde tiempos remotos las diferencias entre hombres y mujeres se han atribuido a cuestiones biológicas. En la historia del pensamiento occidental se hace responsable a la naturaleza de la distinta distribución de papeles y responsabilidades sociales entre mujeres y hombres. Por ello, cuestionar los fundamentos naturales de la diferencia de sexos ha sido uno de los aportes de la mayoría de los feminismos. A esta labor ha contribuido del concepto género como categoría analítica.

Hasta la aparición del concepto género la idea de masculinidad y feminidad se asumía como herencia natural derivada del sexo biológico. Por ejemplo, cuando

---

introducir la perspectiva de género de forma transversal que estableció en 2015 el Programa Marco Europeo de Investigación Horizonte 2020 del Consejo de Europa.

<sup>2</sup> Mas, al contrario, la producción de conocimiento se suele manifestar neutra cuando en realidad ha sido ciega al género y reproduce sesgos en la misma. En 1991 Margrit Eichler describió algunas de las manifestaciones del sexismo en la ciencia: sobre generalización, insensibilidad de género, ausencia de la variable sexo, dobles estándares o familiarismo entre otras.

<sup>3</sup> La introducción de la variable sexo, la existencia de mujeres en el equipo de investigación y/o centrarse en las mujeres como sujetos de estudio son elementos necesarios, pero no suficientes para que una investigación tenga perspectiva de género. Para un mayor desarrollo de esta cuestión puede verse: Díaz Martínez (2015), Marugán (2019) o Mendía et al (2015).

<sup>4</sup> Una situación que no es nueva como puede apreciarse por el título del artículo de Casado (1999): «A vueltas con el sujeto del feminismo», de interesante lectura.

Voltaire, en su *Diccionario Filosófico* de 1764, se refiere a las mujeres de todo el mundo dirá que:

la parte física dirige siempre la parte moral. Las mujeres son más débiles de cuerpo que nosotros, pero manejan las manos con más facilidad y ligereza y no pueden dedicarse a trabajos penosos, gestando hijos; así, llevando una vida más sedentaria, deben ser más dulces de carácter que los varones, y por tanto menos inclinadas a cometer delitos (s/f, p. 688).

Este dimorfismo sexual tiene en el pensamiento ilustrado occidental<sup>5</sup> su cierre conceptual al establecer las dicotomías: hombre/cultura/público vs. mujer/naturaleza/privado, a la que se añade la teoría de la complementariedad sexual<sup>6</sup>, donde a los aspectos biológicos se sumaron algunas características psicológicas y comportamentales (Cobo, 1995). La diferencia entre la naturaleza y la cultura se revitaliza. A partir de la diferencia sexual se desarrollaron dos modos de ser y de existir considerados como naturales, inmutables e innatos. Así, sobre una pequeña diferencia biológica se han construido sistemas sociales (sexistas).

Cierto es que los sistemas sociales son distintos y se definen en el tiempo y el espacio, sin embargo, a partir de las características sexuales –por tanto, naturales–, se han establecido universalmente diferencias sociales entre hombres y mujeres. Se ha hecho una proyección social de la naturaleza como si todas las mujeres fueran iguales entre ellas<sup>7</sup> y todos los hombres entre ellos. Se descubre así cierto determinismo biológico al establecer que el comportamiento humano y determinados aspectos de la organización social son consecuencia lógica de la distinta naturaleza de mujeres y hombres.

Este determinismo biológico parte de la premisa de que el comportamiento humano y determinados aspectos de la organización social han evolucionado a través de la adaptación basada en el principio de la selección natural propuesto por Darwin. El comportamiento humano parte de determinadas configuraciones genéticas y éstas han evolucionado porque se han adaptado a la supervivencia. Se habla de determinismo biologicista porque desde estos postulados se entiende que tales predisposiciones innatas constituyen la naturaleza humana. Para quienes esto defienden, aunque reconocen que el comportamiento humano es complejo y tiene características y expresiones según culturas e individuos, las bases genéticas son identificadas como las bases más profundas. Según David Barash «la cultura es indudablemente poderosa en moldear un gran número de detalles de nuestra vida, pero ha de ser vista como una delgada capa exterior comparada con la sustancia subyacente de nuestra biología» (1978, p. 14, citado por Maquieira, 2008, p. 131). De acuerdo con estas teorías, los seres humanos son ontológicamente previos a la sociedad y sus características y comportamientos son consecuencia de la biología<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Es conocido que Rousseau fue el primer pensador que dio cuerpo filosófico a la teoría de la polaridad sexual tanto en el lugar socio-político que asigna a las mujeres como en el desarrollo de cualidades «femeninas», lo que presenta en el capítulo V del *Emilio* dedicado a la educación de Sofía (Cavana, 1996) y que Locke en el *Segundo tratado* sentó el fundamento teórico de la separación liberal entre lo público y lo privado, basándose en la naturaleza para excluir a las mujeres (esposas) de la participación en el mundo público (Pateman, 1996).

<sup>6</sup> El orden social –analizado por ejemplo por Comte y Durkheim– residía en la complementariedad de los sexos y en la necesaria colaboración entre los hombres, que representaban el rol instrumental –proveedores de los recursos económicos monetarios que las familias precisaban– y las mujeres, a las que correspondía el rol expresivo –el cuidado y atención de la familia y de modo especial la socialización de la descendencia–.

<sup>7</sup> Hecho que, como veremos, será posteriormente cuestionado desde el feminismo negro y lesbiano al señalar que la mujer a la que se apela es una mujer blanca, burguesa, heterosexual.

<sup>8</sup> Sin embargo, las premisas básicas sobre las que se basan estas teorías no pueden afirmarse puesto que los propios genetistas han demostrado que las configuraciones genéticas son variadas. Además, se

Desde esta perspectiva, el comportamiento humano –incluida la desigualdad– es consecuencia de las características biológicas.

Una afirmación cuestionada por los feminismos:

Los humanos somos la especie con la dotación genética más rica y variable de individuo a individuo, desde este punto de vista podemos decir categóricamente que no hay dos personas iguales. Junto a esta variabilidad de origen genético, los caracteres adquiridos en contacto con el medio se presentan también en forma variable, dado que también las condiciones ambientales son distintas para cada persona (Izquierdo, 1984, pp. 15-16).

Si la biología no es la causa, la cuestión entonces es conocer cuál es el origen de la subordinación de las mujeres. En este sentido, las teorías feministas destacaron por reflexionar sobre la naturaleza y génesis de la subordinación femenina. Algunas de estas reflexiones encontraron su fuente en *El segundo sexo*, publicado en 1949.

## 2.1. Simone de Beauvoir como fuente conceptual

Como explicamos al inicio del artículo, para conceptualizar el género es precisa la distinción sexo/género. El sexo podría definirse como aquello que expresa las diferencias biológicas, mientras que el género incluye una serie de categorías socialmente construidas, algo de lo que da cuenta la obra de Beauvoir y de modo particular lo hace *El segundo sexo*.

En esta obra Simone de Beauvoir busca en la biología, el psicoanálisis y el materialismo histórico responder a la pregunta: ¿qué es una mujer? –pregunta que tiempo después formulará Rubin (1975) y posteriormente Butler (2001) reflexionando críticamente sobre las limitaciones, inclusiones y exclusiones del término género–:

Si la función de hembra no es suficiente para definir a la mujer, si también nos negamos a explicarla por “el eterno femenino” y si no obstante aceptamos, aunque sea con carácter provisional, que existen mujeres sobre la tierra, tenemos que plantearnos la pregunta de rigor: ¿qué es una mujer? (Beauvoir, 2018, p. 47).

Beauvoir desafía al determinismo biológico con su famoso *dictum*: «No se nace mujer; se llega a serlo». Aunque ella no utilizara el concepto de género, «*El segundo sexo* es un punto de referencia fundamental, al ser uno de los primeros textos que, haciendo uso de una inestimable documentación, analiza detenida y rigurosamente qué significa ser mujer» (Ortega, 2006, p. 7) y «podemos decir que la filósofa existencialista utiliza la categoría género *avant la lettre*, a la que distingue del dato biológico del sexo» (Osborne y Molina, 2008, p. 150).

La cuestión que Simone de Beauvoir se plantea es cómo una hembra se convierte en una mujer porque «no todo ser humano hembra es necesariamente una mujer, necesita participar de esa realidad misteriosa y amenazada que es la feminidad» (Beauvoir, 2018, p. 45) aunque «es obvio que ninguna mujer puede pretender de buena fe situarse más allá de su sexo» (Beauvoir, 2018, p. 46). La mujer participa en una especie de esencia femenina que ha sido construida desde diversas instancias para acabar creando la inferioridad natural de la mujer:

---

ha demostrado cómo la biología no se puede separar del medio, de la experiencia y de los aprendizajes. Uno de los genetistas más destacados de los noventa fue Robert Plomin (1990), que insiste además en que «la genética de la conducta proporciona la mejor evidencia disponible sobre la importancia del ambiente a la hora de explicar las diferencias individuales» (cfr. Moreno Muñoz, 1995, p. 2).

La relación entre ambos sexos no es la de dos electricidades, dos polos: el hombre representa al mismo tiempo el positivo y el neutro, hasta el punto que se dice “los hombres” para designar a los seres humanos. (...). La mujer aparece como el negativo de modo que toda determinación se le imputa como una limitación, sin reciprocidad (Beauvoir, 2018, p. 47).

Las mujeres son «los otros», definidas siempre en función de los hombres y por tanto como alteridad:

La mujer se determina y se diferencia con respecto al hombre, y no a la inversa; ella es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, es el Absoluto: ella es la Alteridad (Beauvoir, 2018, p. 48).

Aunque en *El segundo sexo* se encuentre la fuente conceptual del género, este término sólo sería utilizado por el feminismo a partir de los años setenta, una vez creado por investigadores provenientes de la psicología clínica.

Hay que tener en cuenta que *El segundo sexo* se publicó en Estados Unidos en el momento cúlpe de la Guerra Fría, cuando las americanas de clase media que habían sido educadas desde una tradición igualitaria, por madres y abuelas activas en una cultura popular que idealizaba a las mujeres fuertes, se vieron casadas a los 20 años y recluidas en un hogar moderno asumiendo únicamente el papel de madres y esposas. El malestar de las americanas blancas de clase media de los suburbios no tenía nombre porque tras la Guerra el ideal americano era recuperar la “paz familiar” para lo cual era preciso «devolver» a las mujeres a su papel tradicional. No cabía nada más en la definición sexual de la mujer que ajustarse al de esposa, madre y ama de casa y el mero hecho de sentir algo que no estuviera relacionado con estas tareas les ocasionaba un profundo sentimiento de culpa, a pesar de su insatisfacción. En ese ambiente social, Betty Friedan, a partir del análisis de cientos de números de las tres revistas femeninas más leídas por entonces y de reuniones con sus antiguas compañeras de *College* consiguió material suficiente para escribir *La Mística de la feminidad* (1963) donde daba cuenta de la discriminación sexual de las mujeres. En sus más de 400 páginas viene a concluir que toda la estructura de la vida del ama de casa se sustentaba en la mentira de la ideología de la mística de la feminidad. A través de las revistas femeninas, a las americanas se les había convencido de que eran la personificación de la felicidad, cuando en realidad las mujeres eran infelices y se sentían frustradas. El «malestar que no tenía nombre» se llamaba discriminación.

## 2.2. Aparición del término género y la conceptualización feminista de los años 70

Es en el estudio del hermafroditismo donde aparece el término género, como construcción cultural, separado del sexo biológico. En 1955 el psicólogo especializado en sexología John Money trasladó el término de las ciencias del lenguaje a las de la salud cuando investigaba problemas sobre hermafroditismo y propuso el término «rol de género» para describir el conjunto de conductas atribuidas a las mujeres y los varones que son adquiridas mediante la educación.

Años después, en 1968, el psicólogo estadounidense Robert Stoller publicó *Sex and Gender*, libro en el que daba cuenta de sus investigaciones con niñas hermafroditas a las que se había etiquetado como varones y con niños a los que se pensó que eran hembras. Socializados según se les etiquetó, después de los tres primeros años de vida les fue muy difícil cambiar su identidad y comportamiento. Con estas investigaciones Stoller demostraba que «lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino el hecho de haber vivido desde el nacimiento las experiencias, ritos y costumbres atribuidos a los



hombres o las mujeres. Y concluyó que la asignación y adquisición de una identidad es más importante que la carga genética, hormonal y biológica» (Lamas, s/f, p. 5).

«El concepto de género, en principio, se refiere a la operación y el resultado de asignar una serie de características, expectativas y espacios –tanto físicos como simbólicos– al macho y a la hembra humanos de modo que quedan definidos como “hombres” y “mujeres”» (Osborne y Molina, 2008, p. 147). Este concepto fue considerado uno de los puntos clave en la teoría feminista desde los años 70.

Se utilizó por el movimiento y las teorías feministas y tuvo un gran impacto en el surgimiento de los estudios de la Mujer en la academia. «Fue un término propuesto por quienes afirmaban que el saber de las mujeres transformaría los paradigmas de la disciplina. Las estudiosas feministas pronto indicaron que el estudio de las mujeres no sólo alumbraría temas nuevos, sino que forzaría también a una reconsideración crítica de las premisas y normas de la obra académica existente» (Scott, 1996, p. 267).

Los feminismos entonces se dividían en dos tendencias: el de la diferencia y el de la igualdad.

El feminismo de la diferencia proviene mayoritariamente de Francia y fue desarrollado por autoras como Hélène Cixous o Luce Irigarai. Esta fracción defiende el determinismo biológico y la diferencia entre los sexos. Las mujeres y los hombres son diferentes y no deben compararse. El feminismo de la diferencia «reivindica la diferencia femenina, ontológica, frente a los estragos de identidad masculina a lo largo de la historia» (Casado, 1999, p. 74). Las mujeres tienen una identidad femenina, una psicología diferente y por tanto deben competir entre ellas. Nunca llegarán a poder competir con los hombres en una sociedad creada por ellos y por tanto su único desarrollo posible es crear mundos de mujeres –escritura, cultura, arte, etc. femenina– que escape a la imposición del paradigma masculino. Para lograr equilibrar el poder de los sexos hay que elaborar una teoría sexual desde el respeto a los dos sexos (Aguilar, 2008). Se trataría de acabar con el sistema de opresión y no tanto con la diferencia que el sistema crea.

Frente a esta fracción están los feminismos radical y socialista con el objetivo político de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres. La cuestión que se plantearon las feministas, especialmente las americanas, de los años setenta era saber por qué todas o la gran mayoría de las mujeres estaban subordinadas a los hombres. La opresión no era sólo fruto del sistema económico. La sexualidad también era un ámbito productor de ordenamiento y jerarquización social (Casado, 1999). Desde el feminismo radical esta subordinación se entendió como una cuestión de poder. Lo que remite al carácter estructural de la dominación que puso de manifiesto Kate Millet en su libro *Política Sexual* (1970). Para ella el sistema básico de dominación es el sexual sobre el que se levantan las otras dominaciones como las de clase o raza.

Kate Millet trata de estudiar las relaciones de poder desde un punto de vista político y mantiene que la subordinación de las mujeres a los hombres tiene su origen en el patriarcado. Define el patriarcado como «el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder, en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo» (Millet, 1997, p. 68). El patriarcado se rige por dos principios: el dominio del macho sobre la hembra y del macho adulto sobre el joven. Aunque se presenta bajo diferentes formas y sistemas económico-políticos, es universal. Para dominar a las mujeres se utiliza la fuerza, pero el patriarcado también se apoya en la socialización de género.

Hacia décadas que Beauvoir decía que las mujeres no cuestionan el patriarcado porque «viven dispersas entre los hombres, vinculadas más estrechamente por el hábitat, el trabajo, los intereses económicos, la condición social, a algunos hombres –padres o maridos– que a otras mujeres» (2018, p. 51), pero Millet añade otro argumento: a las mujeres les falta un modelo alternativo: «Tal vez la mayor arma psicológica del patriarcado consista simplemente en su universalidad y longevidad. Apenas existen otras formas políticas con las que se pudiera contrastar o con relación a las cuales se pudiera impugnar» (Millett, 1997, p. 124).

Esta explicación remite al carácter estructural de la subordinación porque el patriarcado se adapta a cualquier sistema económico sea capitalista o socialista. Así entendido, el sistema patriarcal describía la situación y «se volvió sinónimo de dominación masculina» (Barbieri de, 1993, p. 147), pero no permitió explicar los componentes que provocan la dominación. «Resultó un concepto vacío de contenido, plano desde el punto de vista histórico» (Barbieri de, 1993, p. 147).

A pesar del valor heurístico de la noción de patriarcado, las feministas socialistas observan en el mismo el riesgo de ahistoricismo al no contemplar el modo de reproducción y las distintas expresiones que el patriarcado presenta.

El término “patriarcado” se introdujo para distinguir las fuerzas que mantienen el sexismo de otras fuerzas sociales, como el capitalismo. Pero el uso de “patriarcado” oculta otras distinciones (Rubin, 1986, p. 104)

Para autoras como Gayle Rubin la cuestión a resolver era ¿cuáles eran las relaciones por las que una hembra se convierte en mujer oprimida? La respuesta la encontró en el sistema sexo-género.

### 3. La teoría del sistema sexo/género

Crítica con la postura de las feministas radicales, en 1975, la feminista marxista Gayle Rubin publicó la famosa teoría sexo-género en el artículo «El tráfico de mujeres: Notas sobre la “economía política” del sexo»<sup>9</sup>. Esta autora parte de la pregunta que Marx se formuló:

¿Qué es un esclavo negro? Un hombre de la raza negra. Sólo se convierte en esclavo en determinadas relaciones. Una devanadora de algodón es una máquina para devanar algodón. Sólo se convierte en capital en determinadas relaciones. Arrancada de esas relaciones no es capital. (...). Podríamos parafrasear: ¿Qué es una mujer domesticada? Una hembra de la especie. Una explicación es tan buena como la otra. Una mujer es una mujer. Sólo se convierte en doméstica, esposa, mercancía, conejito de play-boy, prostituta o dictáfono humano en determinadas relaciones. Fuera de esas relaciones no es la ayudante del hombre. ¿Cuáles son entonces esas relaciones en las que una hembra de la especie se convierte en una mujer oprimida? (Rubin, 1986, p. 96).

A partir de la aplicación de la existencia de este modelo relacional, como hiciera Marx, Rubin empezó «a desenredar el sistema de relaciones por el cual las mujeres se convierten en presa de los hombres» (1986, p. 96), lo que encontró –sin ellos tan siquiera suponerlo– en las obras de Lévi-Strauss y Freud. Lo que acaba llevándole a mencionar la existencia de un sistema, el sistema sexo-género, que lejos de ser una opresión inevitable es producto de las relaciones sociales específicas que lo organizan.

<sup>9</sup> Antes de esto, la distinción sexo-género se planteó desde la sociología. Ann Oakley, publicó en 1972: *Sex, Gender and Society*, donde se sigue marcando la oposición entre naturaleza y cultura.

Este sistema de género es el resultado de procesos y mecanismos que regulan y organizan la sociedad de modo que mujeres y hombres sean, actúen y se consideren diferentes. Además, determina qué áreas sociales son competencia de un sexo y cuáles del otro. Mientras el sexo es una categoría biológica, el género es una atribución cultural de lo que se considera apropiado para cada sexo. «El sistema sexo/género es una serie de disposiciones por las que una sociedad transforma la sexualidad biológica en producto de la actividad humanas. Y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas» (Rubin, 1986, p. 97).

Mientras el sexo son las características biológicas: anatómicas, morfológicas y las diferencias hormonales y cromosómicas –desde la concepción de sexualidad binaria<sup>10</sup> desde la que se lleva todo el texto hablando– de machos y hembras; el género es una construcción social, transmisible y modificable. Se refiere a la gama de roles, actitudes, valores, estereotipos, poder de influencia... que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada creando el género masculino y el femenino.

«El género es una división de los sexos socialmente impuesta, producto de las relaciones sociales de sexualidad de un sistema de parentesco que se basa en el matrimonio y que, por lo tanto, transforman a machos y hembras en hombres y mujeres, cada uno una mitad incompleta que sólo puede sentirse entera cuando se une con la otra» (Rubin, 1986, p. 115). Por tanto, el concepto de género nos ayuda a entender mejor que una cosa es nacer con un sexo y otra tener un destino marcado diferente si se es hombre o se es mujer, lo que ya había diferenciado Beauvoir en *El segundo sexo* pero que no se había comprendido.

«El género es un producto de las relaciones sociales de sexualidad» (Rubin, 1986, p. 114), diferenciándose así de las relaciones de producción económica. Ese proceso por el que las diferencias biológicas se transforman en desigualdades sociales se debe al sistema sexo-género, es decir, al «conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de las diferencias sexuales» (Cruz de la, 1998, p. 21). Este proceso es aparentemente imperceptible, pero, incluso antes de nacer, en cuanto se conoce el sexo del futuro bebé a través de una ecografía, ya se le proyectan y atribuyen una serie de características, formas de ser y sentir, expectativas de comportamiento, habilidades, destrezas, roles y responsabilidades que comportan los modelos masculino y femenino. Además, el género tiene varios niveles de expresión: En primer lugar, están las características biológicas secundarias (dimorfismo sexual por la reproducción sexuada, asociada con características secundarias tales como el tamaño del pecho, pelo, etc.). En segundo lugar, está la identidad personal donde se observan los estereotipos de masculinidad y feminidad a partir de definiciones sociales y culturales que son transmitidas por socialización. En tercer lugar, se deben mencionar los roles sociales que, aunque son variados figurarían como extremos: el predominio del cuidado de las personas para las mujeres y de la guerra para los hombres. Y, finalmente el ámbito social ya que los roles y estereotipos acaban creando ámbitos sociales predominantemente masculinos o femeninos.

En el modelo –como si se tratara de un molde– masculino o femenino se debe encajar. Así el género se convierte en un elemento represivo. M<sup>a</sup> Jesús Izquierdo se

<sup>10</sup> Una de las posibles críticas a la teoría sexo/género de Rubin es que presenta una relación unívoca y natural binaria, única de dos sexos como estructura universal. Contra este binarismo se pronunciará Butler, pero también hay trabajos de otras autoras. La profesora de biología y estudios de género en la Universidad Brown, Anne Fausto Sterling, en su artículo “Los cinco sexos” (1993) cuestiona la dualidad masculino/femenino mediante el análisis de los estados intersexuados y propone un modelo alternativo de género que contiene cinco sexos: macho, hembra, *herm* (hermafroditas verdaderos), *merm* (seudo-hermafroditas masculinos) y *ferm* (seudo-hermafroditas femeninos).

refiere al género como dictadura porque «los aspectos esenciales de la identidad de la persona no son la expresión de sus aspiraciones, decisiones o capacidades» (Izquierdo, 1984, p. 19). El género es una imposición que atrofia o hipertrofia nuestras potencialidades humanas de acuerdo con unos patrones sociales de lo masculino o lo femenino. «La división de los sexos tiene el efecto de reprimir algunas de las características de personalidad de prácticamente todos, hombres y mujeres. (...). El mismo sistema social que oprime a las mujeres en sus relaciones de intercambio oprime a todos en su insistencia en una rígida división de la personalidad» (Rubin, 1986, p. 115). Estar presos bajo este mandato dictatorial que oprime y resta libertad individual es lo que lleva al feminismo de la igualdad a apostar por la necesidad de transgredir el género para ser individuos libres. A Rubin (1986, p. 133) «el sueño que le parece más atractivo es el de una sociedad andrógina y sin género».

#### 4. Nuevas aportaciones

El género no puede entenderse como algo estático ni universal ya que lo que se considera femenino o masculino varía de unas épocas a otras y de unos entornos culturales a otros. Sin embargo, constituye un sistema de clasificación y organización universal que convierte la diferencia sexual en desigualdad social. Nombrar las relaciones de poder que estructuran la vida social tiene mucha utilidad. «Se descubre como una potente herramienta analítica capaz de desvelar las ideologías sexistas ocultas en los textos de las ciencias humanas y sociales» (Osborne y Molina, 2008, p. 147).

Hay que recordar que el término es útil en un doble sentido: por un lado, el género se entiende como el conjunto de elementos (características, rasgos, expectativas, etc.) conformadores de identidad personal (femenina o masculina), y por otro, el género es un principio de organización social en un sistema de relaciones de poder desigual que permite trabajar y comprender los mecanismos estructurales que hacen posible la discriminación. Para visibilizar esta organización se emplea la perspectiva de género en los análisis.

Pero no todo son bondades cuando se analiza el género como categoría analítica. Esta categoría había servido para diferenciar a los hombres de las mujeres, creando un «nosotras» colectivo que superara la discriminación y la dominación, pero a finales de los años 80 aparecieron diferencias entre las mujeres que componían el movimiento feminista.

En Estados Unidos son principalmente las mujeres negras las que toman la palabra para denunciar la centralidad en los discursos de las mujeres blancas de clase media. Más tarde harán lo propio las mujeres lesbianas, llamando la atención sobre el heterosexismo o heterosexualidad obligatoria y después un sin fin de identidades “fronterizas” –transsexuales, queers, ...– (Casado, 1999, p. 78).

La referencia a «la mujer» que normalmente se utilizaba deja paso a «las mujeres» y se empieza a calificar al género como una ficción totalizadora al olvidar las opresiones de clase, raza, orientación sexual, etc. que la teoría del sistema sexo-género excluía.

El género que se había utilizado por los feminismos como categoría analítica de liberación también suponía unas normatividades excluyentes. No sólo en la construcción de la teoría sexo-género de Rubin se encuentra la idea de que el género se consolida a través de la sexualidad normativa. En otras redacciones posteriores también encontramos explicitada esta consolidación:

Los sistemas de sexo y género son los conjuntos de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual anátomo-fisiológica y que dan sentido a la satisfacción de los impulsos sexuales, a la reproducción de la especie humana y en general al relacionamiento entre las personas... son, por lo tanto, el objeto de estudio más amplio para comprender y explicar el par subordinación femenina-dominación masculina. (Barbieri de, 1993, p. 149).

En la teoría sexo-género, Rubin había confundido sexo y sexualidad<sup>11</sup>, al asignar a cada género una sexualidad concreta, circunstancia que ella misma aclaró en: *Thinking sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, en 1984:

Es imposible pensar con claridad sobre la política de las razas o de los géneros, mientras las consideremos como entidades biológicas y no como construcciones sociales. De igual modo, la sexualidad es impermeable al análisis político, mientras se la conciba como un fenómeno biológico o como un aspecto de la psicología del individuo (Rubin, 1989, p. 133).

En este nuevo texto Rubin entendía el sexo y la sexualidad separadas en un contexto social en el que «los ataques a homosexuales se habían convertido en una actividad lúdica de importancia para los jóvenes machos de las ciudades» (Rubin, 1989, p. 122). El movimiento y el pensamiento lesbiano ponían en cuestión el binomio conceptual “mujer” y “hombre”, intentando repensar la sexualidad, la identidad sexual, el sexo y el género. La teoría *queer*, en particular Judith Butler, es la autora que ha llevado más lejos el proceso de puesta en cuestión de la identidad de género y su nexos con la sexualidad. No en vano, esta autora se planteó escribir *Gender Trouble* (1992) tras leer *El tráfico de mujeres* de Gayle Rubin y «comprobar que la sexualidad normativa consolida el género normativo y (...) que una es una mujer en la medida que funciona como mujer en la estructura heterosexual dominante» (Butler, 2007, p. 12).

A partir de las aportaciones de la antropología de Lévi-Strauss, Gayle Rubin afirmaba que «el género no es sólo una identificación con un sexo, además implica dirigir el deseo sexual hacia el sexo contrario» (Rubin, 1986, p. 115). Propuesta que hacía a muchas mujeres lesbianas y transexuales e incluso a la propia Butler sentirse perdida y plantearse qué suponía ser una mujer. Las aportaciones teóricas de esta autora no sólo parten del aprendizaje filosófico, antropológico, psicoanalítico y los estudios sobre travestismo, sino que también aprehenden de su compromiso político en los movimientos defensores de la libertad sexual.

En 1989 mi intención se centraba en criticar un supuesto heterosexual dominante en la teoría literaria feminista. Mi intención era rebatir los planteamientos que presuponían los límites y la corrección del género, y que limitaban su significado a las concepciones generalmente aceptadas de masculinidad y feminidad. Consideraba y sigo considerando que toda teoría feminista que limite el significado del género en las presuposiciones de sus propias prácticas dicta normas de género excluyentes en el seno del feminismo, que con frecuencia tienen consecuencias homofóbicas (Butler, 2007, p. 8).

Preocupada porque el «feminismo no idealizara ciertas expresiones de género que al mismo tiempo originaran nuevas formas de jerarquía y exclusión» (Butler, 2007, p. 8), esta autora se planteó qué sucedía con las sexualidades no normativas y concluyó que éstas cuestionan la estabilidad del género como categoría de análisis. Hay que pensar las prácticas de género y sexuales antes de condenarlas. Su

<sup>11</sup> Posiblemente debido a que en inglés sexo se refiere tanto al sexo femenino o masculino, como a la sexualidad.



propuesta es acabar con un género binario que crea prohibiciones y exclusiones. Una mujer que no sigue el mandato heterosexual dominante se cuestiona el lugar que ocupa en el género, lo mismo que le sucede a una persona transexual y eso genera un dolor que mueve a la autora a pensar políticamente cómo eliminar el sufrimiento que provoca un género normativo.

Butler propone diferenciar la discriminación de género y la discriminación sexual. «Su principal contribución ha sido la introducción del concepto *performatividad* del género para intentar ofrecer una alternativa teórica tanto al esencialismo de la diferencia como al constructivismo social. Pensar el género como algo performativo significa no considerarlo algo estático, ya dado de una vez por todas, un hecho, sino como un conjunto de actos, gestos y comportamientos que representan la disciplina del género y que crean continuamente la identidad de género» (Marugán y Miranda, 2018, p. 119). Entiende la performatividad como «una expectativa que acaba produciendo el fenómeno mismo que anticipa» (Butler, 2007, p. 17). También la concibe como ritual, como una repetición que consigue su efecto a través de la naturalización. A partir de la vivencia del sufrimiento que genera una normatividad de género impuesta, la autora cuestiona la interpretación del género como una constante cultural incapaz de ser modificada.

La postura de que el género es performativo intenta poner de manifiesto que lo que consideramos una esencia interna del género se construye a través de un conjunto sostenido de actos, postulados por medio de la estabilización del cuerpo basado en el género. (Butler, 2007, p. 17).

Y trata de dar legitimidad a los cuerpos con sexualidad no normativa.

## 5. Conclusiones

El concepto género está considerado por muchas autoras la categoría central tanto teórica, como empírica de las teorías feministas, y, por tanto, está fuertemente vinculado al activismo militante. Según autoras como Harding (1988) o Fraser (1989) «es tal vez la ruptura epistemológica más importante de los últimos veinte años en las ciencias sociales» (Barbieri de, 1993, p. 150). Su origen reside en el intento de los feminismos de los años 70 de encontrar nuevas categorías para analizar la realidad, y como tal ha sido muy útil para visibilizar e intentar explicar la discriminación y dominación de las mujeres.

Si el sexo son las características biológicas que definen a un ser humano como macho y hembra, el género es una construcción social –transmisible y modificable– relativa a la gama de roles, actitudes, valores, estereotipos y poder de influencia que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada. Universalmente, a partir de las características sexuales que nos diferencian surgen los géneros masculino y femenino. Cuando tenemos en cuenta que hombres y mujeres ocupan posiciones y situaciones sociales diferentes se dice que los análisis se realizan con perspectiva de género. La perspectiva de género sirve como marco de sentido, como herramienta analítica y como medio para la puesta en marcha de una agenda de transformación social (Red2red, 2018).

Se dice que una investigación tiene perspectiva de género cuando se es capaz de percibir de qué modo el hecho de nacer con órganos sexuales de varones o de hembras condiciona nuestra vida desde la identidad, los derechos y las oportunidades que se nos ofrecen. A través de las estructuras socioeconómicas y políticas, de las normas y valores y de los procesos de socialización se establece una asignación asimétrica y jerarquizada de roles y de espacios en razón del sexo. Introducir la

perspectiva de género como método de análisis destapa la ceguera sexista del método científico<sup>12</sup> y obliga a revisar muchas de las teorías existentes. Supone hacer una lectura más compleja y completa de todas las disciplinas para evidenciar las relaciones de poder y desvelar la discriminación respecto a derechos y oportunidades que padecen las mujeres.

Esta mirada se ha implantado en todas las disciplinas desde que en los años setenta se iniciaran los estudios de mujeres, de género y feministas. El género acompaña a estudios (de género)<sup>13</sup>, institutos (de género), impacto (de género)<sup>14</sup>, presupuestos (con perspectiva de género), políticas públicas (de género), etc. Ser capaces de ver el problema es el primer paso para empezar a ponerle solución.

Como acabamos de ver la teoría sexo-género es una construcción teórica que tiene aplicación práctica para analizar y comprender la realidad, además de revisar las áreas de conocimiento ciegas al género femenino, lo que ha sido muy útil, sin embargo, por un lado, la aplicación de la perspectiva de género a diversas disciplinas con multiplicidad de sentidos y planteamientos y, por otro, la intersección<sup>15</sup> que se produce con otras situaciones de opresión de la mujer –clase, raza, orientación, etc. – empiezan a cuestionar la utilidad del género como categoría con capacidad excepcional de desvelar la opresión de las mujeres. Con el paso del tiempo y, es verdad, que tras haber sido capaz de mostrar la dominación masculina como eje de construcción de las estructuras sociales y por tanto haber cumplido una importante labor, la utilidad de esta categoría se empieza a cuestionar.

Las prácticas subversivas corren siempre el riesgo de convertirse en clichés adormecedores a base de repetirlas y, sobre todo al repetirlas en una cultura en la que todo se considera mercancía (Butler, 2007, p. 26).

## Bibliografía

- Aguilar García, T. (2008). El sistema sexo-género en los movimientos feministas. *Amnis* (8). Recuperado en <http://journals.openedition.org/amnis/537>.
- Barbieri, T. D. (1993). Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica. *Debates En Sociología*, (18), pp. 145-169. Recuperado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6680>.
- Beauvoir, S de. (2018). *El segundo sexo*. (11ª ed.) Madrid: Ediciones Cátedra.
- Bernárdez Rodal, A. (2017). Los estudios universitarios feministas y con perspectiva de género en España (2010-15). *Revista de Comunicación de la SEECI*, (42), pp. 45-61.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Casado Aparicio, E. (1999). A vueltas con el sujeto del feminismo. *Política y Sociedad*, 30, pp. 73- 91.
- Cavana, Mª L. (1996). Fundamentos del patriarcado moderno. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (7), pp. 214-217.
- Cobo, R. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Cátedra.
- Cruz, de la C. (1998). Guía metodológica para integrar la perspectiva de género en proyectos y programas de desarrollo, Emakunde y Secretaría General de Acción

<sup>12</sup> Harding (1996) y Haraway (1995).

<sup>13</sup> Bernárdez Rodal (2017)

<sup>14</sup> Lo que se ha traducido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la Valoración del Impacto de Género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

<sup>15</sup> La Barbera (2017).

- Exterior, Vitoria-Gasteiz.
- Díaz Martínez, C. (2015). La Perspectiva de género en la investigación social. En García Ferrando, M. et al (ed.), *El análisis de la realidad social*. Madrid: Alianza Universidad.
- Eichler, M. (1991). *Nonsexist Research Methods. A Practical Guide*. New York: Routledge.
- Fausto Sterling, A. (1993). Los cinco sexos, traducido de "The five sexes", *The Sciences*, Recuperado en [https://rompiendolanorma.org/ve/wp-content/uploads/2017/08/LOS-CINCO-SEXOS\\_Ane-Fausto-Sterling.pdf](https://rompiendolanorma.org/ve/wp-content/uploads/2017/08/LOS-CINCO-SEXOS_Ane-Fausto-Sterling.pdf).
- Fraser, N. (1989). *Unruly practices. Power, discourses and gender in contemporary social theory*. University of Minnesota Press. Recuperado en [www.jstor.org/stable/10.5749/j.cttts7ps](http://www.jstor.org/stable/10.5749/j.cttts7ps)
- Friedan, B. (2009). *La Mística de la feminidad*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Haraway, D. (1995). *Ciencia, cyborg y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid: Cátedra.
- Harding, S. (1996). *Ciencia y feminismo*. Madrid: Morada.
- Izquierdo, M<sup>a</sup> J. (1984). Bases materiales del sistema sexo-género. *Languaiak*, (6), pp. 15-20.
- La Barbera, M. C. (2017). Interseccionalidad. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* (12). Recuperado en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3651>.
- Lamas, M. (S/F). La perspectiva de género. Recuperado en [http://www.inesge.mx/pdf/articulos/perspectiva\\_genero.pdf](http://www.inesge.mx/pdf/articulos/perspectiva_genero.pdf).
- Maldonado, M. T y Gil, S. (2013). Perspectivas teóricas feministas. En Díaz, C. y Sandra Dema. *Sociología y género*. Madrid: Técnos.
- Maquieira, V. (2008). Género, diferencia y desigualdad. En Beltrán, E. y Virginia Maquieira (eds.). *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* (pp. 127-184) Madrid: Alianza Editorial.
- Marugán Pintos, B y Miranda López, M<sup>a</sup> J. (2018). *Feminismos: una mirada desde la sociología*. Madrid: Ediciones Complutense.
- Marugán Pintos, B. (2019). Por una epistemología feminista que revolucione la ciencia. En Blázquez, E., Clara Sáinz de Baranda y Patricia Nieto, *Especialista en políticas de igualdad* (pp. 19-34) Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Mendia Azkue, I., Luxán, M., Legarreta, M., Guzmán, G., Zirion, I., Azpiazu Carballo, J. (eds.). (2015). *Otras formas de (re)conocer: reflexiones, herramientas desde la investigación feminista*. Donostia: HEGOA.
- Millet, K. (1997). *Política sexual*. Madrid: Cátedra.
- Moreno Muñoz, M. (1995). La determinación genética del comportamiento humano. Una revisión crítica desde la filosofía y la genética de la conducta. *Gazeta de Antropología*, (11). Recuperado en: [https://www.ugr.es/~pwlac/G11\\_06Miguel\\_Moreno\\_Munoz.html](https://www.ugr.es/~pwlac/G11_06Miguel_Moreno_Munoz.html).
- Ortega Raya, J. (2006). *Simone de Beauvoir y su aportación a la discusión sobre el género*. Barcelona: Publicaciones Ateneo Teológico-Lupa protestante.
- Pateman, C. (1996). Críticas feministas a la dicotomía público-privado. En Castells, C., *Perspectivas feministas en teoría política* (pp. 31-52) Barcelona: Paidós.
- PNUD. (1995). Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre Desarrollo Humano 1995. México: PNUD.
- Red2red. (2018). La Violencia de Género contra las Mujeres Mayores en la población aragonesa. *Instituto Aragonés de la Mujer*. Recuperado en [https://www.aragon.es/documents/20127/674325/estudio\\_mujeres\\_mayores\\_aragon.pdf/c99e1649-80e8-de95-62c7-5b30628f9393](https://www.aragon.es/documents/20127/674325/estudio_mujeres_mayores_aragon.pdf/c99e1649-80e8-de95-62c7-5b30628f9393).
- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la 'economía política' del sexo. *Nueva Antropología*, VIII, (30), pp. 95-145. Recuperado en: [http://www.caladona.org/grups/uploads/2007/05/EI%20trafico%20de%20mujeres\\_2.pdf](http://www.caladona.org/grups/uploads/2007/05/EI%20trafico%20de%20mujeres_2.pdf).

- Rubin, G. (1989). Reflexiones sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad. En Vance, C.C. (com.). *Placer y peligro* (pp. 113-190) Madrid: Editorial Revolución.
- Oakley, A. (1972). *Sex, Gender and Society*. London: Temple Smith.
- Osborne, R. y Molina Petit, C. (2008). Presentación de Evolución del concepto de género (Selección de textos de Beauvoir, Millet, Rubin y Butler). *Empiria Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. (15), pp. 147-182.
- Voltaire, F.M. (1764). *Diccionario Filosófico*. Recuperado en: [http://biblio3.url.edu.gt/Libros/dic\\_fi.pdf](http://biblio3.url.edu.gt/Libros/dic_fi.pdf).
- Scott, J.W. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En Lamas, M. (com.). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 265-302) México: PUEG.

# Constitucionalismo cosmopolita

## Cosmopolitan constitutionalism

Constanza Núñez Donald

Universidad de Chile

ORCID ID 0000-0003-0152-9339

[cnunez@derecho.uchile.cl](mailto:cnunez@derecho.uchile.cl)

Cita recomendada:

Núñez Donald, C. (2020). Constitucionalismo cosmopolita. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 214-238.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5274>

Recibido / received: 27/06/2019  
Aceptado / accepted: 08/01/2020

### Resumen

El presente artículo tiene por objetivo caracterizar al constitucionalismo cosmopolita como un discurso específico dentro del lenguaje constitucionalista en la esfera internacional y, a la vez, destacar sus principales rasgos como proyecto normativo transformador. Para ello se realiza una reconstrucción de sus fundamentos y se desarrollan sus elementos definitorios.

### Palabras clave

Constitucionalismo cosmopolita, filosofía del Derecho Internacional, constitucionalismo internacional.

### Abstract

*The article has an objective to characterize cosmopolitan constitutionalism as a specific discourse in the international scenario within constitutional approaches and, at the same time, to highlight its principal features as a transformative and normative project. It is made through a reconstruction of its foundations and by typifying its defining elements.*

### Keywords

*Cosmopolitan constitutionalism; international legal philosophy; international constitutionalism.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los usos descriptivo y prescriptivo del lenguaje en la esfera internacional y el lugar del constitucionalismo. 3. Constitucionalismo cosmopolita como proyecto normativo. 3.1. Constitucionalismo y cosmopolitismo. 3.2. Concepto y características del constitucionalismo cosmopolita. 3.2.1 Constitucionalismo cosmopolita como proyecto transformador y crítico. 3.2.2. Fundamentos conceptuales y empíricos. 3.2.2.1 Vocación expansiva del constitucionalismo. 3.2.2.2 Vocación histórica del constitucionalismo. Giro cosmopolita de la legitimidad constitucional. 3.2.3. Importancia de los derechos, la democracia y Estado de Derecho. 3.2.4. Heredero de una tradición en la historia de las ideas políticas 4. Conclusiones.



## 1. Introducción

En las últimas décadas hemos visto que el lenguaje constitucional es utilizado indistintamente para intentar enfrentar los desafíos de la globalización y la fragmentación del Derecho Internacional y también para explicar los fenómenos de integración supranacional o los rasgos de los organismos de protección de derechos humanos. En este escenario, por tanto, resulta complejo distinguir nítidamente los contornos de los diferentes debates que se suscitan con ocasión de la utilización del vocablo «constitucionalismo» cuando se aplica al debate internacional y, por ello, suelen existir confusiones conceptuales.

En efecto, en los estudios académicos es posible encontrar expresiones tales como «constitucionalismo global»<sup>1</sup>, «constitucionalismo transnacional» (Neves, 2013), «constitucionalismo mundial» (MacDonald & Johnston, 2005), «constitucionalismo multinivel» (Pernice, 2012), «metaconstitucionalismo» (Walker, 2002) y «constitucionalismo cosmopolita», que es el concepto objeto de este estudio. Las diversas acepciones son utilizadas algunas veces como sinónimos y otras como aproximaciones diversas para abordar la cuestión del uso del enfoque constitucionalista más allá de los márgenes estatales (Schwöbel, 2011, p. 2). Esto es «una prueba de que el constitucionalismo internacional es todavía un concepto «esencialmente controvertido» sobre el que no existe una versión única» (Rodrigo, 2014, p. 13).

El objetivo de este trabajo es examinar los usos del lenguaje constitucional<sup>2</sup> más allá de los márgenes estatales y, en este contexto, caracterizar adecuadamente el concepto «constitucionalismo cosmopolita» frente a otros proyectos o reconstrucciones conceptuales que utilizan la aproximación constitucionalista en relación a la dimensión internacional.

Para cumplir este objetivo, en primer lugar, se propondrá una tipología de enfoques de utilización del lenguaje constitucionalista y se situará al constitucionalismo cosmopolita. Luego, se definirá específicamente el constitucionalismo cosmopolita y se reconstruirán sus fundamentos y principales rasgos definitorios.

## 2. Los usos descriptivo y prescriptivo del lenguaje en la esfera internacional y el lugar del constitucionalismo

La distinción que se propone a continuación sobre el uso del lenguaje constitucional en la esfera internacional, entre enfoques descriptivos y normativos, se basa en destacar los objetivos que se persiguen cuando se utiliza el lenguaje constitucionalista más allá del Estado. Las aproximaciones descriptivas buscan encontrar rasgos constitucionales en las estructuras y normas internacionales, destacando la existencia de un proceso de «constitucionalización» de la esfera internacional, o mostrando la existencia de una «Constitución» del mundo, mediante la utilización de herramientas argumentativas tales como la analogía. Por su parte, los enfoques normativos, si bien también parten de la base del análisis de la realidad internacional (donde se analizan

<sup>1</sup> Esta es la acepción más utilizada y es definida por Peters como «una agenda que identifica y defiende la aplicación de principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional», (Peters, 2018, p. 3). Esta expresión engloba, en general, las diferentes aproximaciones que sobre esta cuestión se están desarrollando en el ámbito internacional, posicionándose como un ámbito de estudio interdisciplinar. Véase al respecto la exposición de motivos de creación de la revista «Global constitutionalism» (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012). La expresión es utilizada también en (Schwöbel, 2011).

<sup>2</sup> Un examen del panorama puede revisarse también en: (Schwöbel, 2011); (Lang & Wiener, 2017); (Diggelmann & Altwicker, 2008) y, en español (Rodrigo, 2013).

los procesos de constitucionalización como tendencias que favorecen el desarrollo del paradigma constitucionalista), este enfoque es sobre todo prospectivo y crítico, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que deben desarrollarse a futuro para que el constitucionalismo se transforme en una realidad aplicable más allá del Estado, proponiendo o sugiriendo criterios para la solución de problemas referentes a la creación y legitimación del Derecho que impactan no solo a nivel internacional, sino también a la comprensión del constitucionalismo en general<sup>3</sup>. Dentro de los enfoques normativos se encuentra el constitucionalismo global orgánico<sup>4</sup> y el constitucionalismo cosmopolita.

La caracterización del debate que se propone es una de las formas de organizarlo, existiendo otras que tienen aproximaciones metodológicas diferentes. Así, por ejemplo, una de las estrategias ha sido dividir el debate entre aproximaciones funcionalistas, normativas y pluralistas (como es el caso del enfoque de la revista *Global Constitutionalism*) (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012) o quien se aproxima al fenómeno mediante el estudio de las aportaciones desde el Derecho Internacional público, distinguiendo entre constitucionalismo global societal, institucional, normativo y analógico (Schwöbel, 2011). Las aproximaciones metodológicas descritas se han centrado en poner énfasis en la estrategia argumentativa que utiliza cada escuela para reconstruir el lenguaje constitucionalista global a través del análisis de sus herramientas metodológicas (por ejemplo, la analogía) y objeto de estudio (por ejemplo, sociedad o instituciones). En el caso de la distinción entre aproximaciones funcionalistas, normativas y pluralistas, si bien se acercan a la clasificación aquí propuesta (en la medida en que distingue entre quienes buscan «mapear» y «contornear» el constitucionalismo internacional) (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012, p. 8), no da cuenta suficientemente de la vocación de los proyectos, en la medida en que, por ejemplo, se sostiene que entre estas diferentes aproximaciones no habrían diferencias sustantivas, sino más bien de enfoque<sup>5</sup>. Sin embargo, las diferencias si son sustanciales y están dadas por la influencia de las aproximaciones filosóficas en las que se sustentan, por el rol que los derechos humanos juegan en las reconstrucciones constitucionalistas y, por sobre todo, si se trata de construcciones teóricas que buscan delinear criterios nuevos y específicos para la dimensión internacional (bajo el paraguas del constitucionalismo, como es la aproximación del constitucionalismo cosmopolita) o bien, se conforman con trasladar los principios clásicos del constitucionalismo sin intermediaciones (como hace la estrategia descriptiva).

En este sentido, las ventajas del enfoque propuesto para clasificar las aproximaciones constitucionalistas, es que permite resaltar cuáles son los objetivos que se buscan al utilizar el lenguaje constitucional más allá del Estado: mientras que para las aproximaciones descriptivas el énfasis estará en comprender la configuración internacional a través de las categorías clásicas del constitucionalismo, el enfoque

<sup>3</sup> La distinción entre enfoques normativos y descriptivos para analizar el debate sobre el constitucionalismo global es utilizada también por Klabbers, 2009, para definir los objetivos de su libro.

<sup>4</sup> También en un sentido normativo, pero diferente del constitucionalismo cosmopolita, encontramos la propuesta de un constitucionalismo global orgánico. Aunque es una propuesta concreta de Schwöbel (2010; 2011), algunos de sus elementos pueden ser encontrados también en ciertos planteamientos de Koskeniemi (aunque él no califica su propuesta como constitucionalista, véase: Koskeniemi, 2005; 2010). El constitucionalismo orgánico global se presenta como una alternativa al discurso del constitucionalismo global, donde se destacan tres críticas a ese discurso: 1) excesiva centralización del poder; 2) lo problemático que resulta la designación de ciertos valores compartidos asociados a la idea de derechos humanos universales y; 3) se plantea que existe una traslación irreflexiva de los postulados del constitucionalismo liberal a la dimensión internacional. Para enfrentar estas críticas el constitucionalismo global orgánico se presenta como un «continente vacío» que permitiría el desarrollo de disputas de poder en condiciones de igualdad.

<sup>5</sup> Se sostiene que «la diferencia principal entre estas tres escuelas es pragmática antes que filosófica» (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012, p. 8).

normativo busca sobre todo plantearse como un nuevo paradigma para responder a los problemas globales bajo la lógica del discurso constitucionalista<sup>6</sup>.

Para realizar estas distinciones y caracterizar al constitucionalismo cosmopolita en el contexto general de estos debates, me parece especialmente útil acudir a la diferenciación entre «Constitución», «Constitucionalismo» y «Constitucionalización» (Peters & Armigeon, 2009, pp. 386-387; Peters, 2008, pp. 210-215; Bodansky, 2009, pp. 565-584)<sup>7</sup>. Mientras que el enfoque descriptivo se ha centrado en el desarrollo de los conceptos Constitución y Constitucionalización de la comunidad internacional, el término Constitucionalismo, puede ser identificado con la dimensión normativa, en tanto éste es tratado como un proyecto político, pero esta vez aplicado más allá de los márgenes estatales.

En la aproximación que hemos caracterizado como «descriptiva», encontramos dos enfoques: uno se refiere a la existencia de una Constitución del mundo, y otro se refiere al estudio de los procesos de Constitucionalización del Derecho Internacional<sup>8</sup>. Ambas aproximaciones lo que hacen es reconstruir fenómenos empíricos vinculados al desarrollo y evolución normativa del Derecho Internacional bajo la óptica del lenguaje constitucional. Uno de los puntos de partida de ambas aproximaciones (Constitución y Constitucionalización) es la consideración básica de la existencia de una comunidad internacional, es decir, una «formación jurídica que, en conjunto, asume la responsabilidad de asegurar los fundamentos de la existencia de la humanidad» (Tomuschat, 2010, p. 100)<sup>9</sup>. La existencia efectiva de esta comunidad internacional se argumenta tanto en aspectos normativos, como mediante el análisis de desarrollos histórico-institucionales vinculados al Derecho Internacional. La idea de que el consentimiento ya no es la base de legitimidad para la existencia de obligaciones resulta central para la idea de comunidad internacional. Tomuschat, por ejemplo, fundamenta esta idea en la existencia de intereses comunes globales que van más allá de la agrupación de intereses estatales y que ya no son solo manifiesto de un interés filosófico, sino que tienen una manifestación concreta, por ejemplo, en las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Como toda clasificación que tiene por objeto ordenar un debate, existirán aproximaciones que probablemente no puedan ser identificadas con total nitidez dentro de una u otra categoría. Por ejemplo, la propuesta de (Kleinlein y Kadelbach, 2007) en algunos de sus extremos puede ser entendida como descriptiva de la constitucionalización, pero también va más allá en cuanto busca ofrecer parámetros para entender qué se puede entender normativamente como Constitución en el ámbito internacional (alejándose, por tanto, de la estrategia de la analogía doméstica). Por otra parte, los enfoques seleccionados son jurídicos, caracterizados por tener como objeto de estudio el conjunto de normas del orden internacional, así como criterios para su producción y aplicación. Existen otros enfoques para abordar esta cuestión como, por ejemplo, aproximaciones sociológicas, que ponen especial énfasis a la forma en que se conforma la sociedad internacional como una comunidad internacional, véase: (Atilgan, 2017) que trata al constitucionalismo global como paradigma cultural; (Diggelmann & Altwicker, 2008) desde la perspectiva del constructivismo social y; (Teubner, 2014), desde la perspectiva del constitucionalismo societal.

<sup>7</sup> Estos tres conceptos también son relevantes para delimitar los debates en la revista *Global Constitutionalism*, (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012, pp. 4-6).

<sup>8</sup> Ambos enfoques pueden diferenciarse, a su vez, de aquel que estudia el impacto de las normas internacionales en el Derecho Constitucional «interno». Este proceso se da por la apertura constitucional al Derecho Internacional, lo que tiene consecuencias tanto en términos formales como sustantivos que se manifiestan en una cada vez mayor aplicación jurisdiccional de normas internacionales. Sobre el proceso de interacción entre ambas dimensiones normativas, véase especialmente el concepto de «Estado constitucional cooperativo» (Häberle, 2013, p. 261).

<sup>9</sup> Sobre la influencia de la idea de comunidad internacional en el debate contemporáneo de constitucionalismo global, véase: (Bogdandy, 2006).

<sup>10</sup> Junto con Tomuschat, se reconoce que forman parte de la «international community school» autores como (Mosler, 1980; Simma, 1994). Véase: (Fassbender, 2010, p. 132).

En este sentido, tanto para el discurso de la Constitucionalización como de la Constitución, el desarrollo normativo de postguerra, vinculado a la protección internacional de los derechos humanos resulta central. En este sentido, a diferencia de la aproximación normativa (que, como veremos, tiene antecedentes en el pacifismo jurídico), son teorías que se comienzan a desarrollar sólo con la llegada del S. XX a partir de las transformaciones que se van desarrollando en el Derecho Internacional.

En el ámbito internacional el uso del vocablo Constitución, se ayuda de la distinción entre Constitución escrita y no escrita y material e inmaterial, y pese a existir diferencias en torno a qué se entiende, en concreto, por Constitución en el ámbito internacional<sup>11</sup>, es un enfoque que pretende diferenciarse del discurso de la mera legalización internacional, en cuanto se concibe a la Constitución como un estatuto creador y constitutivo de autoridad pública legítima (Klabbers, 2009, p. 9). Dentro de estas aproximaciones la principal diferencia radica en el contenido que se asigna a la Constitución. Así, hay quienes la identifican con la Carta de la ONU (Fassbender, 1998; Dupuy, 1997), y otros, quienes apuestan por reconstruir el concepto de Constitución de la comunidad internacional a través de la identificación de un conjunto material con características constitucionales (principios y reglas), que darían cuenta de la existencia de una Constitución no escrita de la comunidad internacional (Rodrigo, 2018; De Wet, 2006; Kadelbach & Kleinlein, 2007).

En relación a la Constitucionalización, este enfoque estudia la forma en que estructuras y organizaciones van adquiriendo características y cumpliendo funciones constitucionales<sup>12</sup>. Aquí también podemos encontrar diversos enfoques y estrategias, pero una característica común es que quienes suscriben esta aproximación utilizan la analogía como herramienta metodológica para encontrar similitudes entre las estructuras constitucionales nacionales e internacionales<sup>13</sup>, es decir, se encuentran patrones en la esfera internacional que son familiares a las estructuras constitucionales nacionales y, a partir de allí, se aplican conceptos conocidos a nivel interno a la esfera internacional. Así, por ejemplo, es común dentro de estas aproximaciones analizar en clave constitucional la estructura de algunas organizaciones internacionales, como la OMC, el GATT o la OIT.

Cuando se habla de constitucionalización en este ámbito, se utiliza el lenguaje constitucional para describir a una organización que tiene un tratado fundacional, que tiene autonomía normativa y que cumple algunas funciones constitucionales (Wet, 2006, p. 53). En este sentido, los análisis tienden a ser sectoriales, por ello se sostiene que este análisis es “micro-constitucional” (Peters, 2010, p. 233). Un rasgo de este enfoque consiste en resaltar la imposibilidad de hablar de Constitución (Walter, 2001), pues «el conjunto no aparece como una estructura de organizaciones, sino como una simple acumulación de desarrollos asimétricos y asincrónicos, sin duda abierta a procesos de comunicación, pero sin coordinación política» (Gutiérrez, 2010, p. 90).

La aproximación descriptiva, como la hemos descrito, ha sido objeto de numerosas críticas, respecto de las cuales el constitucionalismo cosmopolita se plantea como alternativa.

<sup>11</sup> Un estudio sobre los diferentes alcances del concepto de Constitución en ámbito internacional en: (Diggelmann & Altwicker, 2008).

<sup>12</sup> En la clasificación aportada por (Diggelmann & Altwicker, 2008, p. 632), la perspectiva de la constitucionalización correspondería a la estrategia de «correspondencia» en tanto se encarga de buscar funciones o elementos constitucionales en la esfera internacional.

<sup>13</sup> Este es un constitucionalismo global que Schwobel califica como «analógico» (Schwöbel, 2011, p. 43).

Por una parte, se sostiene que esta perspectiva desconoce la realidad de fragmentación que está presente en el escenario internacional (Diggelmann & Altwicker, 2008, p. 624)<sup>14</sup>. Esta fragmentación, aunque no necesariamente represente una imposibilidad para este tipo de discurso (como veremos, el constitucionalismo cosmopolita se presenta también como una solución a este problema), exige al menos la necesidad de desarrollar criterios que permitan realizar un análisis de conjunto que permita identificar una «unidad en la “variedad”» (Peters, 2010, p.247). Estos criterios se encuentran ausentes en la aproximación descriptiva.

Por otra, se sostiene que esta perspectiva no cuenta con criterios unificados para identificar qué se está diciendo cuando se está utilizando el vocablo Constitución. En efecto, la utilización de esta palabra tiene diferentes significados. Esto no significaría un problema si se explicitaran los conceptos de Constitución que se encuentran tras las diversas aproximaciones<sup>15</sup>; el problema sí está, cuando el lenguaje del constitucionalismo se desnaturaliza para asimilarlo a cualquier práctica jurídica. Respecto de esta cuestión, por ejemplo, La Torre advierte que lo que ha ocurrido con la aparición del discurso de la constitucionalización, es que el lenguaje constitucional se ha utilizado para describir cualquier realidad normativa en el plano internacional, «liberalizando» el concepto de Constitución (La Torre, 2016, p. 9). Uno de los problemas de la utilización del lenguaje constitucional para describir cualquier realidad que pretenda regular el poder, es que la autoridad de las normas se pretende imponer por la racionalidad autoevidente de sus afirmaciones (Loughlin, 2010, p. 68). Es decir, en este punto se cuestiona que se utilice el lenguaje constitucional para dotar de una falsa legitimidad a las prácticas internacionales, sin que esté asociado a ello un discurso normativo más denso que el de la mera regulación. Para utilizar el concepto Constitución o constitucionalismo, habría que agregar una dimensión simbólica vinculada a un discurso sobre ejercicio de la autoridad legítima.

Finalmente, se sostiene que la perspectiva descriptiva carece de un valor explicativo adecuado de la realidad internacional, no solo en cuanto a lo referido a la fragmentación, sino sobre todo por la existencia de tendencias contrarias que apuntan en un sentido diverso al del lenguaje constitucional, por lo que la base factual sería tan contradictoria que sería imposible comprenderla bajo la óptica del constitucionalismo (Diggelmann & Altwicker, 2008, pp. 624-631).

El potencial de estas tres críticas evidencia que no basta con sostener la existencia de tendencias favorables hacia la constitucionalización. Para que el discurso tenga capacidad explicativa también deberá hacerse cargo de proveer criterios para comprender aquellos aspectos que se escapan de la reconstrucción y guiar el análisis hacia la incorporación de las tendencias disruptivas. En este sentido, a partir de estos puntos es posible extraer los elementos que las perspectivas normativas (como es el constitucionalismo cosmopolita) adicionan al uso del lenguaje

---

<sup>14</sup> Con fragmentación se hace referencia a la existencia de múltiples regímenes normativos con sus propias reglas e instituciones (Derecho del mar, Derechos humanos, Derecho ambiental, Derecho comercial, etc.), altamente especializados y que se han creado con relativa ignorancia de las actividades legislativas, principios y prácticas de los campos adyacentes (véase: CDI, 2016, párr. 8). El fenómeno de la fragmentación ha sido una cuestión que ha preocupado especialmente a los juristas internacionalistas. Para estudiar el asunto y proponer criterios para su solución se creó un grupo de estudios en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, véase: (CDI, 2006).

<sup>15</sup> Como excepción podemos mencionar el caso de (Rodrigo, 2018), que aunque utiliza una aproximación descriptiva, otorga criterios para poder determinar qué se entiende por una norma internacional con características internacionales. Sin embargo, los criterios propuestos tienen el problema de terminar identificando material constitucional teniendo como referencia únicamente el Derecho Internacional Público, sin considerar que el constitucionalismo internacional o global puede tener un espectro más amplio de normas que incorporen dimensiones nacionales, internacionales, transnacionales y cosmopolitas.



constitucionalista en la esfera internacional: un discurso donde no sólo se argumente en torno a la realidad «positiva» (Kumm, 2013, p. 610), sino que se den razones para sostener si el proceso de constitucionalización es (o no) deseable y que se construye con carácter prospectivo, como una idea sobre cómo debe regularse el poder en la esfera internacional bajo el paradigma constitucionalista (Kumm, 2013, p. 610). Como señala Habermas:

«Quienes aboguen por una constitucionalización del Derecho internacional, si no quieren descartar totalmente la democracia, se ven obligados a desarrollar al menos modelos para un arreglo institucional que pueda garantizar una legitimación democrática las nuevas formas de gobernación de los asuntos en espacios que carecen de fronteras» (Habermas, 2009, p.109).

### 3. Constitucionalismo cosmopolita como proyecto normativo

#### 3.1. Constitucionalismo y cosmopolitismo

Para comprender el concepto de constitucionalismo cosmopolita, previamente es necesario especificar en qué sentido son utilizados los términos constitucionalismo y cosmopolitismo en esta reconstrucción conceptual.

Como nos advierte Comanducci (2002; 2011) uno de los grandes problemas respecto a la definición del constitucionalismo -en general-, ha sido la falta de claridad respecto a si se habla de constitucionalismo como ideología, teoría o metodología. A grandes rasgos y, siguiendo a Ferrajoli (2011b; 2014), es posible distinguir entre un «constitucionalismo político» y un «constitucionalismo jurídico». Mientras que el constitucionalismo político hace referencia a una ideología de limitación al poder para la garantía de los derechos fundamentales, el constitucionalismo jurídico tiene como objeto de estudio del Estado Constitucional de Derecho y a partir de allí analiza el impacto que para la teoría del Derecho tiene el surgimiento de las democracias constitucionales de postguerra y, en este sentido, se trata al constitucionalismo como una teoría del Derecho (principalista, post-positivista o garantista)<sup>16</sup>.

Cuando nos referimos al «Constitucionalismo cosmopolita» trataremos al constitucionalismo como ideología o, en palabras de Ferrajoli, como «constitucionalismo político»<sup>17</sup>. Esta aproximación se utiliza porque tiene mayor capacidad explicativa del constitucionalismo cosmopolita como proyecto. Si el constitucionalismo cosmopolita es, a grandes rasgos, el proyecto político de aplicación de la lógica del constitucionalismo más allá del Estado, el sentido de la palabra constitucionalismo en el contexto de este discurso tiene que ver, sobre todo, con su carácter de ideología política que busca ciertos fines a través de determinados medios. Aunque la relación entre orígenes del poder, fines y medios en el contexto de constitucionalismo no está exenta de dificultades (y de estas divergencias trata fundamentalmente las principales tendencias contemporáneas del constitucionalismo, Mac Amhlaigh, 2016, p. 195), esto no nos impide hablar de un sentido común mínimo de lo que ha significado y significa contemporáneamente el constitucionalismo como proyecto político. Este sentido mínimo, aplicado al debate que nos ocupa, implica concebirlo como un marco o estructura de pensamiento que

<sup>16</sup> Sobre la adecuación de estas denominaciones para tratar la cuestión del constitucionalismo como Teoría del Derecho, véase los diferentes artículos de la revista *Doxa* nº 34 (2011). Véase también el debate entre (Ferrajoli & Ruiz Manero, 2012) y los estudios del libro editado por (Carbonell, 2009).

<sup>17</sup> Este es el sentido en que autores como Zagreblesky, Fioravanti o Waldron tratan el constitucionalismo. Zagreblesky se refiere al constitucionalismo como un «ideal político atemporal» (aunque reconoce su carácter históricamente condicionado), véase: (Zagreblesky, 2013, p. 19); Fioravanti lo conceptualiza como una «corriente de pensamiento» (Fioravanti, 2014, p. 17). Véase también la caracterización de (Waldron, 2012) del constitucionalismo como ideología.

involucra tres ideas: límite al poder, garantía de derechos fundamentales y autoridad legítima (Klabbers, 2009, p. 10). Estas tres ideas en el caso del constitucionalismo cosmopolita, tienen ciertas características que nos permiten caracterizarlo como un proyecto específico de constitucionalismo (como veremos).

El cosmopolitismo contemporáneo, por su parte, es heredero de una larga tradición en la historia de las ideas que se remonta a la antigüedad, se desarrolla con fuerza en la Ilustración y es retomado en la década de los 90' en el contexto de la globalización (Held, 2012, pp. 48-57). Este último sería el denominado cosmopolitismo «postwestfaliano». A diferencia de otros estudios que se comienzan a desarrollar en la década de los 90' para explicar el funcionamiento de la globalización (estudios de la globalización o estudios globales), el cosmopolitismo tiene un fuerte contenido prescriptivo, es decir, no es una respuesta para explicar la globalización, sino que es también una filosofía política propiamente tal (Brock & Brighouse, 2005)<sup>18</sup>. Por tanto, en relación a la globalización, su objeto es cuestionarla y desarrollar nuevos conceptos que permitan realizar los principios cosmopolitas (Delanty, 2012). Este cosmopolitismo se denomina «post-westfaliano», porque se desarrolla en un contexto de crisis del Estado-nación, del concepto de soberanía y de la manera de entender las relaciones internacionales (Cortés & Piedrahita, 2011, p. 226)<sup>19</sup>. Las prescripciones centrales de este cosmopolitismo son, por una parte, el desarrollo de criterios de justicia a nivel global que puedan combatir las consecuencias negativas de la globalización para el ejercicio y goce de los derechos humanos y, por otra, la creación de instituciones y políticas destinadas a regular la globalización asumiendo el nuevo escenario de debilitamiento del Estado-nación. Este es el sentido del cosmopolitismo que se vincula con el constitucionalismo en el concepto que estamos desarrollando.

Como ideal filosófico, en general, los cosmopolitas sostienen un particular análisis que «replantea las habituales connotaciones de los discursos identitarios y, en especial, de las visiones de la alteridad, defendiendo como horizonte moral relevante la humanidad en su conjunto» (Pérez de la Fuente, 2006, p. 71). Aunque el cosmopolitismo tiene múltiples ámbitos de desarrollo (morales, jurídicos, políticos y culturales), un aspecto común de esta propuesta teórica es la consideración de la relevancia de la humanidad como referente moral básico. Pese a tratarse de una filosofía de larga data, no existe un consenso único acerca del contenido preciso de una propuesta cosmopolita (Scheffler, 1999, p. 255). Sin embargo, existen tres elementos que son destacados por Held como «característicos» de cualquier propuesta que se denomine cosmopolita: (i) el individualismo igualitario, (ii) el reconocimiento recíproco y, (iii) el razonamiento imparcial (Held, 2012, p. 27). El primer elemento establece que los individuos son las unidades últimas de incumbencia moral, es decir, no los Estados u otras formas particulares de asociación, el segundo implica reconocer que todas las personas tienen igual valor moral y eso debe ser reconocido por todos; mientras que la imparcialidad se refiere a que las demandas de todas las personas deben tener derecho a un examen imparcial de deliberación (Held, 2012, p. 27). Considerando estos elementos básicos, resulta especialmente esclarecedora la definición que nos proporciona Chernilo, «el cosmopolitismo lo defino como el horizonte normativo fundamental a través del cual las sociedades modernas articulan ideas de paz y justicia que son válidas para todos los seres humanos sin exclusión» (Chernilo, 2015, p. 310).

<sup>18</sup> En el mismo sentido (Delanty, 2012, p. 9), destaca que el cosmopolitismo puede analizarse como prescripciones de moral y política, o bien como un método para analizar el mundo. Esto no significa que no existan otras aproximaciones al cosmopolitismo, por ejemplo, como método. Esta es un aspecto del cosmopolitismo que ha desarrollado una versión de la sociología, como la de (Beck, 2005, pp. 29-51).

<sup>19</sup> Estas serían las denominadas “circunstancias” del cosmopolitismo contemporáneo (Held, 2012, p. 47).

En relación a las diferentes vertientes del cosmopolitismo (moral, político, jurídico y cultural)<sup>20</sup>, el constitucionalismo cosmopolita se vincula específicamente con el denominado cosmopolitismo político y jurídico. Tanto la democracia como la ciudadanía (conceptos del cosmopolitismo político) y el imperio de la ley (concepto relevante para el cosmopolitismo jurídico), son centrales para el proyecto. No hay una desconexión entre la promesa de legitimidad y su forma jurídica. El constitucionalismo cosmopolita es un proyecto político con una determinada forma jurídica.

Conforme a los contenidos mínimos que hemos descrito de lo que implica una propuesta constitucionalista y cosmopolita, quienes desarrollan este concepto, como veremos a continuación, sostienen que existe una conexión conceptual, histórica y empírica entre ambos. Esto permite superar un problema que es posible identificar comúnmente en los discursos vinculados al constitucionalismo global y que es la fragmentación de sus argumentos: o bien se apela a la existencia de un constitucionalismo global basado en la identificación de tendencias y principios cosmopolitas, o se propone de la instauración institucional de principios cosmopolitas a nivel global. De esta manera, lo que ha ocurrido es que se desarrollan perspectivas que tienen vocación cosmopolita pero no responden a la lógica del constitucionalismo o bien son constitucionalistas pero no se basan en principios cosmopolitas (Brown, 2016). El constitucionalismo cosmopolita permite unir ambos discursos.

Aunque el término «global» es el más utilizado en el contexto de estos debates, se prefiere la denominación «cosmopolita» (además de los motivos conceptuales apuntados), porque el término «global» tiene como riesgo que se obvие el componente prescriptivo del proyecto (Cortés & Piedrahita, 2011, p. 226), pues la denominación «global» también ha sido utilizada para hacer referencia a la realidad normativa global mercantil o, para describir los efectos de la globalización en el Derecho. En este sentido, no da cuenta de un proyecto jurídico-político inspirado en los principios del cosmopolitismo. Si eliminamos ya sea la referencia a constitucionalismo o cosmopolitismo del concepto, la promesa de autoridad legítima basada en derechos desaparece del discurso. El denominado «globalismo» ha escondido bajo una apariencia de neutralidad una determinada ideología que implica la desregulación y liberación del poder (Fariñas, 2000), todo lo contrario a los principios del constitucionalismo cosmopolita.

### 3.2. Concepto y características del constitucionalismo cosmopolita

El concepto y características del constitucionalismo cosmopolita que se desarrollan a continuación corresponden a una reconstrucción argumentativa que realiza a partir de los elementos comunes que se encuentran en diferentes propuestas de constitucionalismo global. Aunque existan diversos enfoques para desarrollar este concepto, se sostiene que es posible encontrar un núcleo común en las diversas propuestas y que nos permite hablar del constitucionalismo cosmopolita como una nueva forma de comprender el constitucionalismo en general.

En el discurso constitucionalismo cosmopolita, encontramos autores/as que han llegado a este concepto mediante reflexiones en contextos amplios de análisis sobre las relaciones entre Derecho y democracia (es decir, como parte de una reflexión teórica general en el marco de la filosofía política y del Derecho), y quienes han abordado esta cuestión como parte de reflexiones específicas sobre el carácter constitucional de la dimensión internacional. En el primer grupo encontramos a Habermas (1997; 2000; 2006; 2008; 2009; 2012a; 2012b; 2014; 2015; 2016) o

<sup>20</sup> Un desarrollo sobre las diferencias y características de estas diferentes aproximaciones en: (Arcos, 2009 y Beitz, 2005).

Ferrajoli (1998; 2004; 2005; 2008; 2010; 2011; 2018). Ambos autores llegan a abordar una propuesta normativa como es la del constitucionalismo cosmopolita como parte de una teoría del Derecho y la democracia que culmina con una aspiración cosmopolita. En el segundo grupo encontramos a autores/as como Kumm (2004; 2009; 2013; 2016), Peters (2009a; 2009b; 2010; 2018), Brown (2012; 2013), Bryde (2005) o Petersmann (2013a; 2013b; 2017), quienes ponen especial énfasis en reconstruir un marco hermenéutico específico en clave constitucional para comprender la interrelación entre la dimensión internacional y la nacional.

Pese a que el punto de partida del análisis sea diferente en el desarrollo de este concepto (de lo general a lo particular, o de lo particular a lo general), e incluso las denominaciones del proyecto (postnacional, cosmopolita, global), hay rasgos comunes de esta aproximación y que se desarrollarán a continuación: (i) se llega argumentativamente al constitucionalismo cosmopolita compartiendo una aproximación normativa, presentando al constitucionalismo cosmopolita como un proyecto político transformador y crítico; (ii) se apoya en argumentos conceptuales y empíricos (en este sentido, recupera parte del discurso de la constitucionalización); (iii) se asigna un rol central a los derechos, la democracia y el Estado de Derecho y; (iv) es una tradición heredera de una larga tradición de ideas políticas, pero con ciertos rasgos particulares.

### 3.2.1. Constitucionalismo cosmopolita como proyecto transformador y crítico

La caracterización del carácter de proyecto de este concepto es explicada por Peters en los siguientes términos: el constitucionalismo cosmopolita (global en términos de Peters) es una «línea de pensamiento (una visión o perspectiva) y una agenda política que pretende la aplicación de los principios constitucionales, como el Estado de Derecho, controles y equilibrios (*checks and balances*), la protección de los derechos humanos y la democracia, en el ámbito jurídico internacional, para mejorar la efectividad y la equidad del ordenamiento jurídico internacional» (Peters, 2010, pp. 214-215).

Pero, a diferencia de aproximaciones como las de la constitucionalización, lo característico de este proyecto es que busca aplicar los principios del constitucionalismo tomando en consideración la realidad internacional, creando a la vez, un nuevo marco de comprensión tanto para el constitucionalismo como para la regulación internacional. El enfoque normativo viene dado por una comprensión común de lo que significa el constitucionalismo como proyecto: autoridad legítima, limitación al poder y garantía de derechos (Bryde, 2005, pp. 106)<sup>21</sup>. En este sentido, en todas las aproximaciones que se desarrollan en el marco de este discurso, se proponen o sugieren criterios para la solución de problemas referentes a la creación y legitimación del Derecho bajo el paradigma constitucionalista. Hay una mirada de futuro que busca ser transformadora y crítica.

Es transformadora en el sentido de que, pese a que se utiliza el lenguaje constitucionalista, esta mirada no cae en la «*domestic analogy*» como estrategia, por el contrario, se buscan desarrollar nuevos criterios (Peters & Armigeon, 2009, pp. 389) para comprender la forma de creación y legitimidad del Derecho en la esfera internacional. En contra de un prejuicio generalizado en contra de esta doctrina, ninguna de las propuestas tiene un compromiso con un Estado mundial, pues como señala Petes «la idea no es crear un gobierno central y globalizado, sino

<sup>21</sup> En palabras de Kumm esta comprensión mínima también puede ser descrita como «ambicioso proyecto normativo de establecimiento de la autoridad legítima entre personas que -en último término- son consideradas libres e iguales», véase: (Kumm, 2013, pp. 609).

constitucionalizar la gobernanza global, poliárquica y multinivel» (Peters, 2008, p. 11; Ferrajoli, 2011a, p. 561; Habermas, 2006, p. 131). Por otra parte, a diferencia de la perspectiva de la constitucionalización, se busca trascender la diferenciación entre Derecho constitucional estatal e internacional, proponiendo un nuevo nivel: el cosmopolita (Kumm, 2013).

La dimensión crítica de este proyecto puede ser entendida en dos sentidos. Por una parte, en relación al propio discurso de la constitucionalización del Derecho Internacional y, por otra, por el carácter inminentemente crítico del proyecto constitucionalista. Es una perspectiva crítica del lenguaje de la constitucionalización, pues no existe aquí un «ansia» o «adicción» a la utilización del lenguaje constitucional sin considerar las condiciones específicas del ámbito internacional (un constitucionalismo que crea jerarquías donde no son evidentes o busca unificar aquellos aspectos donde la diversidad produce ansiedad por la falta de orden) (Schwöbel, 2011, p. 147). Por el contrario, se reconoce la diversidad y especificidad de la esfera internacional y por ello es crítico, en el sentido de poner de relieve las circunstancias que hacen complejo el desarrollo de este paradigma a nivel internacional, pero sin renunciar a esta posibilidad (Peters, 2010, p. 261). A diferencia del discurso descriptivo, no se utiliza el lenguaje constitucional para dotar de una falsa legitimidad al Derecho internacional. Por el contrario, este discurso inicia un debate productivo y constructivo. Se parte de la base de que el ámbito internacional no posee una Constitución completa en el sentido más profundo y legítimo, por ello el proyecto del constitucionalismo cosmopolita ofrece respuestas para sortear las “lagunas” del discurso de la constitucionalización. En este sentido, el potencial crítico se manifiesta en el esfuerzo por identificar tendencias constitucionalistas, pero por sobre todo anti-constitucionalistas, con el objeto de proponer remedios a los déficits (Peters, 2010, pp. 246-252).

En un segundo sentido, el proyecto es crítico por el carácter eminentemente crítico del lenguaje constitucionalista. Éste es un lenguaje que exige someter a revisión continuamente los argumentos para sostener la autoridad legítima y, por ello, no mantiene un compromiso necesario con el status quo ya que ofrece un lenguaje para la crítica también desde una perspectiva interna (Ferrajoli, 2014, pp. 83-90). Por ello el lenguaje constitucionalista es una herramienta adecuada para realizar una crítica a las estructuras del Derecho internacional que se sustentan en la dominación y que exigen ser reconfiguradas en clave de autoridad legítima (Kumm, 2016).

Además de la dimensión constitucionalista a la que nos hemos referido, los vínculos que esta aproximación tiene con el cosmopolitismo hacen también de este discurso una aproximación fuertemente normativa. Es una mirada que tiene una pretensión de ser universal, al tener la humanidad y sus intereses comunes como objeto último de referencia (Peters, 2009a, p. 155; Bryde, 2006, p. 107), y es también es una reacción «a la experiencia universal de dominación de humanos sobre otros humanos» (Peters, 2010, p. 11). A diferencia de otro tipo de discursos normativos (como el constitucionalismo global orgánico)<sup>22</sup>, el constitucionalismo cosmopolita tiene una dimensión axiológica que es más intensa que la mera afirmación de la regulación de las relaciones internacionales. No se trata sólo de juridificación, sino de constitucionalización para la efectiva garantía universal de los derechos humanos.

---

<sup>22</sup> El constitucionalismo global orgánico se presenta como un «universal negativo». En este sentido, el constitucionalismo global orgánico se presenta únicamente como «espacio» disponible para hablar, donde los diversos intereses pueden ser representados. Por ello se sostiene que se debe abandonar la idea presente en el constitucionalismo cosmopolita referida a la existencia de un catálogo de derechos y debe centrarse el discurso en la disputa de los intereses en juego (Schwöbel, 2011, p. 185).



### 3.2.2. Fundamentos conceptuales y empíricos

Otro aspecto común de esta perspectiva, es su vocación por buscar motivaciones conceptuales y empíricas para justificar un constitucionalismo cosmopolita. Siguiendo la línea marcada por Kant (en «Hacia la paz perpetua»), quien buscó tanto razones pragmáticas (vinculadas a las tendencias que evidencian un tránsito hacia el cosmopolitismo), como motivos vinculados a la razón (Arcos, 2004, p. 17), esta aproximación desarrolla una comprensión del constitucionalismo cosmopolita realizando conexiones entre estas dos perspectivas<sup>23</sup>. Como se ha resaltado, se trata de posiciones prescriptivas, que no se limitan a describir o sistematizar las normas vigentes, sino que se proponen fundamentalmente sugerir criterios referidos a la legitimidad. Pero a la vez, este tipo de propuestas tampoco se derivan tan sólo de consideraciones estrictamente conceptuales, sino que también responden a condiciones socio-económicas del mundo contemporáneo, «el cosmopolitismo puede entenderse ciertamente como un programa normativo inherente a los presupuestos ilustrados de la modernidad. La adecuación normativa no es, sin embargo, el único punto de vista para evaluar el proyecto cosmopolita. No es sólo un programa normativo y un implícito diagnóstico de la época, sino también un programa práctico» (Velasco, 2013, p. 180).

Sobre el apoyo en argumentos empíricos, es relevante para el discurso del constitucionalismo cosmopolita el estudio de los procesos de constitucionalización que realiza la aproximación descriptiva. Si consideramos la legalidad internacional como un hecho dado, la reconstrucción en clave constitucionalista no es un artefacto, sino un ejercicio hermenéutico basado en circunstancias existentes en el plano internacional (Peters & Armigeon, 2009, p. 385). En este sentido, para esta aproximación no hay una Constitución propiamente tal, sino una «Constitución embrionaria» (Ferrajoli, 2011a, p. 475; Habermas, 2006, p. 157), en el sentido de que existen un conjunto de reglas y principios contenidos en diversos textos internacionales, que cumplen funciones constitucionales.

Desde la perspectiva conceptual se sostiene que existe una conexión entre constitucionalismo y cosmopolitismo, desde tres perspectivas: (3.2.2.1) vocación expansiva del constitucionalismo; (3.2.2.2) carácter histórico del constitucionalismo y; (3.2.2.3) giro cosmopolita de la legitimidad constitucional.

#### 3.2.2.1 Vocación expansiva del constitucionalismo

Desde la perspectiva conceptual, se sostiene que el constitucionalismo y el cosmopolitismo se encuentran conceptualmente en torno a la idea de la vocación expansiva del constitucionalismo (Ansuátegui, 2008). Esta vocación se da por el carácter expansivo de los derechos y su pretensión de universalidad. La tesis que se encuentra detrás de esto es que «la paulatina consecución de las exigencias de los derechos implica necesariamente una transformación de los marcos históricos y políticos en los que se han desarrollado los mismos» (p. 74). Para sostener la vocación expansiva del constitucionalismo y, por tanto, su conexión conceptual con el cosmopolitismo se utilizan tres argumentos: i) la eficacia, ii) perdurabilidad y, iii) coherencia del proyecto del constitucionalismo. Si el proyecto del constitucionalismo de los derechos, basado en la pretensión de universalidad de los mismos pretende ser eficaz, coherente y perdurable en el tiempo, debe ser un proyecto cosmopolita.

<sup>23</sup> Siguiendo a Diggelman y Altwicker, en su clasificación de las estrategias de justificación del constitucionalismo global, estaríamos frente a aquellas estrategias que ellos denominan «ético-pragmáticas» (Diggelman & Altwicker, 2008, p. 639).

En relación a la eficacia, se sostiene que si los derechos tienen vocación de universalidad y el constitucionalismo es un proyecto destinado a limitar el poder para garantizar los derechos, su ideología debe trascender los márgenes del Estado-nación. Para que la universalidad de los derechos sea eficaz la lógica del constitucionalismo debe expandirse. Se puede arribar a esta conclusión constatando que los derechos humanos pueden ser vulnerados por otros tipos de poderes (además del estatal) y que hay ámbitos de su garantía que no pueden ser satisfechos solo por el Estado-nación. La justificación de la propensión cosmopolita del constitucionalismo basada en la eficacia del proyecto constitucionalista puede ser caracterizada como una justificación «pesimista» (Ansuátegui, 2016, p. 18), en el sentido en que se concentra en las deficiencias del constitucionalismo estatal. O bien, también puede plantearse como una estrategia «compensatoria». Expandir el constitucionalismo permitiría compensar aquellos aspectos que el constitucionalismo doméstico no podría desarrollar de manera eficaz (Peters, 2010).

En un sentido similar, puede ubicarse aquella conexión basada en la necesidad de perdurabilidad del proyecto del constitucionalismo. Si el constitucionalismo aspira a ser un proyecto perdurable en el tiempo, debe adaptarse a las condiciones históricas que van moldeando su evolución para cumplir su vocación de limitación al poder. En el contexto de la globalización, conceptos como los de soberanía y ciudadanía asociados al Estado-nación se transforman en condicionantes que limitan la esfera de garantía de los derechos y justifican un control limitado del poder circunscrito al ámbito nacional (Brito, 2005, p. 115). Además, la progresiva aparición de otros poderes con capacidad regulativa y esferas de normatividad desarrolladas en el ámbito privado supranacional, van desarrollando un «vacío de derecho público» (Ferrajoli, 2005, p. 41), que exigen una expansión del constitucionalismo.

Finalmente, en relación a la coherencia del proyecto del constitucionalismo, se apuntan razones que vinculan conceptualmente el constitucionalismo y cosmopolitismo en relación a su fundamentación. Se debe recordar que tanto el constitucionalismo como el cosmopolitismo comparten la fundamentación de las obligaciones en la igual consideración y respeto por todos los seres humanos (en el caso del cosmopolitismo moral para justificar obligaciones morales y en el caso del constitucionalismo para justificar la acción legítima del poder). En este sentido, comparten en su fundamentación el meta-principio de la autonomía. Como señala Held, esta meta-principio es la base del proyecto cosmopolita y lo es también de la estructura profunda del constitucionalismo moderno (Held, 2012, p. 87). En este sentido, un constitucionalismo coherente con su fundamentación, aspira a ser cosmopolita. Como apunta Kumm, «cualquier concepción de constitucionalismo nacional que contiene la idea central de personas libres e iguales que se autodeterminan colectivamente está internamente conectada con una concepción cosmopolita del constitucionalismo» (Kumm, 2009, p.315).

Las consecuencias prácticas de la coherencia ponen de relieve necesidad de superar las aporías internas del constitucionalismo, como son los conceptos de soberanía y ciudadanía (Ferrajoli, 2010, p. 32; Habermas, 2000, p. 137). La tensión se da porque pese a que los derechos se han configurado teóricamente en términos universales, las condiciones para su realización y garantía se han desarrollado con criterios particularistas basados en criterios de pertenencia al Estado-nación. Frente a esta disyuntiva, las propuestas cosmopolitas plantean la necesidad de considerar a la humanidad como referente moral básico, cuestionando los criterios de exclusión basados, por ejemplo, en la nacionalidad. En este sentido, la exigencia de coherencia demanda revisar y reconfigurar estos conceptos en clave cosmopolita (Benhabib, 2005).

### 3.2.2.2 Vocación histórica del constitucionalismo

Desde una perspectiva histórica, se sostiene que el constitucionalismo tiene una conexión con el cosmopolitismo en dos sentidos diferentes: (i) por la recuperación de la vocación histórica del constitucionalismo, que implica su conexión con el cosmopolitismo y, (ii) por el carácter histórico del constitucionalismo como proyecto en relación a los derechos.

Por una parte, es posible sostener que una comprensión cosmopolita del constitucionalismo en perspectiva contemporánea permite recuperar su sentido histórico en relación a los compromisos que inspiraron las revoluciones americana y francesa (Kumm, 2013, p. 611; Kumm, 2009, p. 315). En efecto, el constitucionalismo estatista (que identifica el constitucionalismo con el Estado-nación) mal interpreta la tradición constitucionalista, pues no considera que la perspectiva cosmopolita es inherente a la idea de autogobierno entre libres e iguales (Kumm, 2009, p.626). Para la tradición del S.XVIII la idea de poder constituyente asociada al concepto «*We the people*» es normativa y justificatoria, no sociológica o explicativa (Kumm, 2016, pp. 697-711).

En un sentido similar, Benhabib nos advierte que ha existido en relación al vocablo soberanía, una confusión entre soberanía estatal y soberanía popular (Benhabib, 2016, pp. 134-137)<sup>24</sup>. Cuando se identifica a los tratados internacionales sobre derechos humanos o la actuación de los organismos supranacionales de derechos humanos como una amenaza a la soberanía, lo que se hace es identificar soberanía popular con soberanía estatal. Sin embargo, si comprendemos a la soberanía como soberanía popular (es decir, aquella que reside en el pueblo donde el pueblo es sujeto y objeto de la ley), podemos advertir que la actuación de estos organismos puede reforzarla en la medida que tenga un sentido de inclusión para aquellos que no tienen voz y, en ese sentido, también es posible sostener que el constitucionalismo tiene una vocación cosmopolita.

Por ello, para esta aproximación es posible sostener que si el sentido histórico del constitucionalismo ha sido evitar la dominación bajo el establecimiento de autoridad legítima, este sentido requiere la incorporación del cosmopolitismo. Lo que se requiere, en este sentido, sería innovación conceptual para recuperar la idea de «voluntad común» en tiempos actuales, lo que se vería facilitado por la unión entre constitucionalismo y cosmopolitismo.

Desde la perspectiva histórica, también es posible sostener que el punto de encuentro entre cosmopolitismo y constitucionalismo se da por el carácter histórico que se ha destacado tanto del constitucionalismo (Fioravanti, 2014) como de los derechos (Peces-Barba, 1986). Este carácter ha supuesto que el constitucionalismo basado en derechos vaya expandiendo sus dimensiones (territoriales y materiales) para cumplir con sus objetivos y, en el caso de los derechos, se ha vinculado con diferentes procesos vinculados con el cosmopolitismo (como es la generalización e internacionalización de los derechos). Es en esta expansión que encuentran conexión histórica el constitucionalismo y el cosmopolitismo en el contexto de la llamada crisis del modelo de la paz de Westfalia, que se traduce en la pérdida de protagonismo de los Estados como actores exclusivos de la esfera internacional y como entes autónomos e independientes para la producción de normas. Es a partir del diseño institucional que se da a partir de la postguerra, caracterizado por la utilización de ciertas estructuras del constitucionalismo (como la garantía jurisdiccional de los

<sup>24</sup> Habermas también nos alerta de un «malentendido colectivista» de la soberanía que ha provocado una confusión que asocia soberanía a Estado (Habermas, 2012b, p. 50).

derechos), que nacen mecanismos de control y normas que trascienden al Estado y lo limitan. El desarrollo de normas de Derecho internacional de los derechos humanos es central en este proceso. La normativa internacional se complejiza y, por tanto, ya no se trata solo de justificar una legalidad internacional, sino una legalidad cosmopolita basada en derechos universales (García Pascual, 2015, p. 153).

### 3.2.2.3 Giro cosmopolita de la legitimidad constitucional

Finalmente, se sostiene que existe una conexión entre constitucionalismo y cosmopolitismo en el sentido de que la legitimidad del constitucionalismo tradicional ha tomado un giro cosmopolita en la medida en que ahora la legitimidad constitucional nacional también depende en cómo el constitucionalismo estatal se integra y relaciona con la gran esfera jurídico-político mundial (Kumm, 2013, p. 612; Held, 2012, p. 30). Conforme a esta perspectiva, los estándares de legitimidad constitucional se derivan por una concepción integrativa del Derecho público que supera la división nacional-internacional y es, por tanto, cosmopolita o, en palabras de Held, la soberanía es vista como «un conjunto de entornos interconectados de autoridad pública, formados y delimitados por un marco cosmopolita global» (Held, 2012, p. 30).

Esta afirmación se sustenta en las características del modelo de legitimidad constitucional. Si establecemos que en la «visión estándar» de la legitimidad constitucional el punto de partida es la necesidad de establecer relaciones justas entre libres e iguales y que, considerando el problema de la motivación y epistémico que subyace a los desacuerdos razonables en asuntos de justicia (Kumm, 2013, p. 615), se requiere un modelo de autoridad legítima que por medio de procedimientos imparciales y participativos permita arribar a decisiones justas, no hay razones válidas para entender que este tipo de razonamiento sólo valga para determinados tipos de externalidades, salvo que estemos dispuestos a entender que la libertad y la igualdad no sean la base del modelo de legitimidad constitucional.

La argumentación que subyace bajo esta concepción es que existen decisiones que aunque en el modelo tradicional de legitimidad se encuentren justificadas, pueden generar externalidades negativas para otros que envuelven necesidades de justificación<sup>25</sup>. Salvo que estemos dispuestos a asumir un modelo de relación de dominación (es decir, legitimidad que funciona como dominación) (Kumm, 2013, p. 617), estas externalidades negativas deben ser incorporadas y, por tanto, la legitimidad constitucional debe asumir un giro cosmopolita que considere que la legitimidad constitucional depende, en parte, en cómo las constituciones nacionales se integran y relacionan con la esfera político-jurídico global (Kumm, 2013, p. 625). Desde esta perspectiva, no hay cuestiones en las que un sistema constitucional (por más democrático que sea internamente) pueda exigir ejercicio de autoridad constitucional legítima si sus decisiones afectan a otros que no han sido considerados en el proceso de decisión (Kumm, 2013, p. 617).

El giro cosmopolita de la legitimidad constitucional implica, por tanto, considerar que en cuestiones de justicia cada Estado está bajo la obligación de estar sujeto, apoyar y ayudar al futuro desarrollo de un sistema constitucional de Derecho

<sup>25</sup> Evidentemente en esta argumentación subyace una visión cosmopolita de la relevancia moral del otro, como explica Benhabib: «cada persona y todo agente moral que tiene intereses y a quienes mis acciones y las consecuencias de mis acciones puede impactar y afectar de una manera u otra, es potencialmente participante en la conversación moral conmigo: tengo la obligación moral de justificar mis acciones con razones ante este individuo o los representantes de este ser» (Benhabib, 2005, p. 15). En este sentido, esta perspectiva vuelve a coincidir en la conexión del conexión entre constitucionalismo y cosmopolitismo en relación a su fundamentación. La perspectiva de la «justificación» es desarrollada especialmente por (Forst, 2014).

Internacional que esté preparado desde la perspectiva del discurso de la autoridad legítima, para enfrentar estos problemas (Kumm, 2013, p. 617). Por ello, la legitimidad con giro cosmopolita implica una mirada conjunta del «*We the people*» que incorpora a la comunidad internacional (Kumm, 2016, p. 709).

### 3.2.3. Importancia de los derechos, la democracia y Estado de Derecho<sup>26</sup>

El constitucionalismo cosmopolita está densamente cargado de prescripciones, que se caracterizan por el rol central que ocupan los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la motivación del proyecto, en lo que se ha caracterizado como la «trinidad del constitucionalismo global» (Kumm, Lang, Tully, & Wiener, 2014). Aunque el concepto y fundamento de los derechos humanos puedan cambiar, las concepciones de la democracia, o bien la institucionalización de la relación entre estos tres elementos<sup>27</sup>, lo cierto es que la conquista de estos objetivos a nivel global se transforma en la meta del constitucionalismo cosmopolita y a la vez, fundamenta la comprensión de la legitimidad en este modelo.

Esto implica que en esta propuesta hay una reflexión en la que Estado de Derecho, democracia y derechos humanos tienen una conexión (es decir, no se trata de elementos que puedan analizarse aisladamente: Ansuátegui, 2013). Sin embargo, no se trata de la misma conexión que se sostiene respecto del modelo del Estado Constitucional, porque se adicionan o modifican elementos en relación a la comprensión de legitimidad del modelo<sup>28</sup>. A grandes rasgos, es posible sostener que la relación se daría de la siguiente manera: en relación con los derechos humanos, la dimensión cosmopolita del proyecto impregna la necesidad de buscar su satisfacción universal. Los derechos operan como meta a alcanzar, y a la vez, como requisito de legitimidad de las decisiones (internacionales e internas). La democracia, por su parte, no sólo se transforma en un objetivo hacia el interior de los Estados (con la novedad adicional de que la perspectiva cosmopolita agrega exigencias a la legitimidad del «modelo tradicional»), sino también forma parte de la instauración de una autoridad legítima a nivel internacional y; finalmente, la dimensión del Estado de Derecho Constitucional resalta que la estrategia de limitación al poder para lograr estos objetivos, es constitucional. Una novedad respecto del modelo que podríamos llamar «radicional», es que la relación con el poder aquí no solo es con el poder público, sino también con cualquier poder que tenga potencial de afectación de los derechos, incluyendo el poder privado. Una de los desafíos que tiene el modelo cosmopolita es articular estrategias jurídicas capaces de identificar y limitar esos poderes.

<sup>26</sup> La expresión utilizada por la literatura del constitucionalismo global es «*rule of law*». El significado de *rule of law*, dependiendo del contexto, puede ser entendido como «imperio de la ley» o «Estado de Derecho». En este caso se ha escogido traducir el sentido de la literatura angloparlante con el vocablo «Estado de Derecho» por el contenido sustantivo que se asocia al *rule of law* en el debate sobre constitucionalismo global. Véase, en general, sobre la relación y diferencias entre ambos conceptos (Ansuátegui, 2013 y Craig, 1997). Existen otras aproximaciones sobre aplicación del *rule of law* a nivel global, pero desde una comprensión que sostiene que es posible separar conceptualmente Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales y, por tanto, es posible plantear un proyecto global de Estado de Derecho cuya estrategia no sea constitucional, véase, por ejemplo: (Palombella, 2012; 2014).

<sup>27</sup> Sobre las diferencias respecto a estos elementos en las diferentes propuestas del constitucionalismo cosmopolita, véase el análisis comparativo de las propuestas de Habermas y Ferrajoli que se realizó en (Núñez, 2017).

<sup>28</sup> En el caso de Habermas se propone una democracia desagregada en múltiples niveles con diferentes cadenas de legitimación (Habermas, 2008; 2016). Para Ferrajoli el desafío consiste en establecer diseños institucionales que logren separar funcionalmente la garantía y gobierno realizando modificaciones relevantes a la estructura de Naciones Unidas y otros organismos internacionales (Ferrajoli, 2011a; Ferrajoli, 2018). Para Kumm se trata de establecer un modelo complejo de legitimidad con criterios sustantivos y procedimentales (Kumm, 2009). Para Peters, se trata de cambiar los conceptos de ciudadanía y representación democrática transnacional (Peters, 2009b).



Por esta razón es que se sostiene también que el constitucionalismo cosmopolita es transformador respecto del constitucionalismo en su totalidad, porque aporta elementos para una reflexión más amplia de cómo concebir el constitucionalismo no sólo en el ámbito internacional, sino que en general se cuestiona la forma en que se ha construido los parámetros de legitimidad y el concepto de poder en el constitucionalismo «estatal».

### 3.2.4. Heredero de una tradición en la historia de las ideas políticas

Finalmente, la última característica relevante para identificar al discurso del constitucionalismo cosmopolita son las influencias de las que es heredero en la historia de las ideas políticas. Una de las aproximaciones doctrinarias que distingue el discurso del constitucionalismo global entre aproximaciones normativas<sup>29</sup>, funcionalistas y pluralistas, destaca que éstas no se diferencian en términos filosóficos, sino más bien en términos pragmáticos (Wiener, Lang, Tully, Maduro, & Kumm, 2012, p. 6). Sin embargo, una de las ventajas del enfoque propuesto es que permite poner de relieve que sí existen diferencias en las diferentes aproximaciones normativas y es que precisamente el constitucionalismo cosmopolita es heredero de una tradición larga en la historia de las ideas políticas vinculada a los ideales de la modernidad y el pacifismo jurídico (a diferencia del constitucionalismo global orgánico que tiene influencias posmodernas) y, por otra parte, a diferencia de la perspectiva descriptiva de la constitucionalización, no sólo se ancla en motivaciones empíricas justificadas por la globalización, sino que es un producto complejo que combina estas dimensiones junto con un anclaje conceptual anterior.

Si situamos al pacifismo jurídico como una tradición cuyos principales elementos inician con Kant y cobran renovada trascendencia en la literatura del S. XX (Kelsen, Bobbio), su tópico común ha sido relevar el rol del Derecho como mecanismo para alcanzar la paz y su necesario desarrollo más allá de los márgenes estatales<sup>30</sup>. En este sentido, el discurso del constitucionalismo cosmopolita es heredero de esta tradición respecto de la cual se erige como continuador (no solo porque sus principales representantes hacen alusión a estos antecedentes, sino por sobre todo porque estas ideas se encuentran en la base de la argumentación actual), y asume el relevo de una construcción teórica que en la actualidad se enfrenta a desafíos complejos y que moldean las especificidades de la respuesta contemporánea. Si Kant inicia este camino y el pacifismo kelseniano lo continúa, el constitucionalismo cosmopolita presente en autores como Habermas o Ferrajoli podría ser considerada la «tercera generación» de esta tradición de filosofía político-jurídica.

Las diferencias que se marcan con los planteamientos precedentes vienen dadas por el contexto histórico en que se empiezan a desarrollar estas ideas y los desafíos diversos y complejos que debe enfrentar un discurso de este tipo en tiempos de globalización. Por ejemplo, uno de los elementos diferenciadores de esta nueva etapa es caracterizado por Koskenniemi en base a tres conceptos: «desformalización», «fragmentación» e «imperio» (Koskenniemi, 2006). La desformalización se referiría a la proliferación de normativa emanada a partir de

<sup>29</sup> Por ejemplo, un ejercicio de análisis interesante en relación a la historia de las ideas en esta materia y sus respectivos relatos filosóficos se hace en el libro «*Handbook of global constitutionalism*», donde se analiza la influencia del cosmopolitismo («*Cosmopolitanism and Global Constitutionalism*» de Garrett Wallace Brown), el liberalismo («*Liberal Theory*» de Iain Ferguson), el constructivismo («*Constructivism*» de Jan Wilknes), el realismo («*Realist perspectives on Global Constitutionalism*» de Oliver Jütersonke), y la teoría crítica («*Critical Theory*» de Gavin W. Anderson), véase: (Lang & Wiener, 2017).

<sup>30</sup> Esta construcción teórica asume algunos de los siguientes postulados: 1) relevancia del Derecho como mecanismo para alcanzar la paz; 2) cuestionamiento de la idea de soberanía; 3) relativización de la importancia del Estado en relación al Derecho y; 4) relevancia de la dimensión jurisdiccional y la centralización del poder. Sobre la tradición del pacifismo jurídico, véase: (García Sáez, 2014).

directrices de comités de expertos, que se presentan como soluciones funcionales; la fragmentación es el fenómeno de división de la normativa internacional en diferentes regímenes diferenciados (como derechos humanos, comercio internacional o medio ambiente); y la característica «imperial», haría referencia a la aparición de patrones de dominación deliberadamente intencionados para avanzar hacia los objetivos de un solo actor dominante. Estas características generan, por ejemplo, que en el caso del discurso del constitucionalismo cosmopolita resulte central la generación de estrategias de coordinación entre sistemas jurídicos, y que, por tanto, se presente como un discurso que busque superar los problemas de fragmentación y se cuestione la idea de monismo clásica del pacifismo<sup>31</sup>.

Junto con estas características generales del panorama jurídico internacional, en relación con el panorama político, si para el pacifismo del S. XX resultaron determinantes las guerras mundiales, para el constitucionalismo cosmopolita del S. XXI desde la perspectiva internacional resulta determinante el unilateralismo de EE.UU, las intervenciones humanitarias y la relativización de los derechos humanos asociada a estos fenómenos y al terrorismo internacional (Habermas, 2006, pp. 113-115). En el ámbito interno, el panorama político reciente ha sido el de la crisis de la democracia constitucional (Ferrajoli, 2018, p. 16; Ferrajoli, 2005), lo que ha incidido en que para este discurso sean relevantes las críticas dirigidas al constitucionalismo como paradigma y la erosión de la democracia constitucional generada por la globalización. Esto ha significado para el constitucionalismo cosmopolita tanto un desafío, como una oportunidad. Un desafío en cuanto debe plantearse fundamentar los principios de la democracia constitucional (aspectos que hasta antes de la crisis no eran cuestionados) y, por otra parte, se presenta como una oportunidad en la medida en que el constitucionalismo cosmopolita logra presentarse como una de las soluciones a esta crisis.

Todos los elementos que hemos señalado inciden en que los aspectos comunes que se han identificado con la tradición pacifista adquieran algunos contornos particulares.

Por ejemplo, en relación con rol del Derecho y el objetivo del proyecto, la centralidad que adquieren los derechos humanos en el modelo del constitucionalismo de postguerra hace que el proyecto del constitucionalismo cosmopolita, a diferencia de sus predecesores, tenga un objetivo más amplio que la garantía de la paz. En efecto, en base a una consideración de que la guerra tiene factores complejos que la explican y sustentan, el constitucionalismo cosmopolita apunta no solo a la prevención de la violencia, sino a los presupuestos reales de una vida en común sin tensiones. Si bien en los antecedentes del debate el tema de la guerra se presentaba como la única preocupación de los cosmopolitas jurídicos, en las propuestas contemporáneas el análisis es de mayor complejidad, incorporando dimensiones económicas y sociales, no solamente jurídicas. La «paz por medio del Derecho» ha cambiado de significado y en la actualidad ya no significa ausencia de guerra, sino fundamentalmente garantía efectiva de los derechos humanos (García Pascual, 2015, pp. 189-190). Esto se puede apreciar, por ejemplo, en las propuestas de Ferrajoli referidas a un constitucionalismo de los derechos sociales o de los bienes comunes de la humanidad o a la importancia que Habermas da a la igualdad de espacios de

<sup>31</sup> Aunque para esta propuesta es relevante la problemática sobre la unidad del Derecho y la coordinación de ordenamientos jurídicos, no existe una visión unificada de cómo abordarse esta cuestión en las diferentes aproximaciones del constitucionalismo cosmopolita. Mientras hay autores que apuestan por el monismo (como Habermas), otros optan por el pluralismo como la mejor forma de abordar las relaciones entre los diversos niveles del Derecho (como Ferrajoli y Kumm). En este sentido, uno de los principales desafíos de la propuesta radica en sostener un discurso que, desde la teoría del Derecho, sea coherente y lo suficientemente complejo como para abordar los desafíos del modelo cosmopolita.

participación democrática en la deliberación transnacional. En todo caso, cabe señalar que el vocablo «Derecho» adquiere connotaciones particulares, ya que no estamos solo frente a la juridificación de las relaciones internacionales, la caracterización constitucionalista añade un elemento vinculado a una promesa de legitimidad vinculado con una idea de autoridad legítima, límite al poder y garantía de derechos.

Por otra parte, las condiciones del mundo contemporáneo y, en particular las exigencias derivadas de la realidad, ya sea por la omisión que los proyectos anteriores hacían de la diversidad cultural<sup>32</sup> o por la emergencia de un discurso de relativización de los derechos humanos, hacen que este proyecto tenga que preocuparse también por fundamentar los derechos humanos desde una perspectiva compatible con su pretensión cosmopolita.

En relación con el cuestionamiento de la soberanía, en el caso del constitucionalismo cosmopolita cobra una importancia vital la idea de desmitificación del Estado (García Sáez, 2017, p. 161). Esta idea que para los pacifistas era necesaria para sostener la validez del Derecho internacional, en el caso del constitucionalismo cosmopolita es un argumento que se profundiza con el objetivo de sostener la posibilidad teórica de hablar de Constitución más allá del Estado. En este sentido, la desmitificación del Estado se transforma en desmitificación de la relación entre Constitución y Estado.

Finalmente, otro rasgo característico de este discurso en relación con la tradición que lo precede, es su vínculo con el poder. Una de las características que se manifiestan en el panorama contemporáneo, son las dificultades en la identificación del poder que se busca regular. Si la tarea de la federación kantiana y del pacifismo era compleja, la del constitucionalismo cosmopolita lo es aún más, en la medida en que ya no son solo los Estados los únicos actores con capacidad para afectar la autonomía de los individuos. Se ha producido una inversión de la jerarquía de los poderes hace que el poder económico se alce por encima incluso del poder político (Ferrajoli, 2018, p. 19). En este sentido, el constitucionalismo cosmopolita debe alejarse la máxima de Kelsen que sostenía que «no es el capitalismo –y esto se aplica a cualquier otro sistema o situación económicas- sino la organización política anárquica del mundo la enfermedad esencial de nuestra civilización» (Kelsen, 2008, p. 50) y debe aventurarse también a incorporar a poderes «salvajes» y difusos en el modelo de coordinación con el Derecho. Una de las preocupaciones centrales del constitucionalismo cosmopolita es la regulación del poder (no solo político, sino también económico), para la garantía de los derechos humanos.

Aunque el escenario descrito sea complejo, también existen elementos presentes en la realidad y que favorecen este tipo de discurso y que, a diferencia del discurso kantiano o pacifista, actualizan las posibilidades del discurso cosmopolita en el contexto de la globalización. Estos rasgos están dados por el surgimiento de problemáticas globales comunes, tratados internacionales, organismos internacionales y supranacionales, diálogo entre tribunales internacionales, entre otros, lo que genera que los rasgos del mundo contemporáneo puedan interpretarse tanto en clave de obstáculo como en clave de posibilidad. La globalización forma un contexto en el que no aparecen como insuperables las resistencias contra un constitucionalismo cosmopolita (Habermas, 2006, p. 167). Estos rasgos hacen que, a diferencia del utopismo que caracterizó el proyecto kantiano y pacifista del S. XX, un

<sup>32</sup> Kelsen, por ejemplo, en el contexto de su discurso pacifista, aludía a la necesidad de una evolución larga y lenta que igualara las diferencias culturales del mundo, lo que se lograría mediante una labor política y educativa (Kelsen, 2008, p. 46).

elemento central para el discurso cosmopolita es la normatividad que brinda el sistema internacional. El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario dotan de una base jurídica a esta aspiración. Como señala García Pascual, «en cierta medida la comunidad internacional que algunos filósofos de la moral buscan y quieren justificar para sobre la misma construir un mundo más justo, ya existe para los juristas. Es la comunidad, todavía frágil por supuesto, que gobierna el Derecho internacional» (García Pascual, 2017, p. 126).

#### 4. Conclusiones

El lenguaje constitucionalista en la esfera internacional ha sido utilizado con diversas nomenclaturas y significados. Se ha sostenido que dentro de este es posible diferenciar entre aproximaciones descriptivas y normativas. El constitucionalismo cosmopolita, aunque contenga elementos descriptivos, se erige como una alternativa a los problemas de las perspectivas descriptivas y es una aproximación normativa que engloba diferentes propuestas referidas a la transformación del paradigma del constitucionalismo en el contexto de la globalización y que busca la aplicación de los principios e instituciones del constitucionalismo a nivel global (democracia, derechos humanos y *rule of law*).

El objetivo del proyecto es establecer las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todo el mundo, fijar límites al poder (que puede ser un poder estatal, supranacional o privado) y condiciones para su ejercicio legítimo considerando las particularidades del escenario postwestfaliano. Pese a que en este discurso hay diferentes enfoques, se destacaron sus rasgos distintivos y comunes. Es un proyecto transformador y crítico, porque la incorporación de la dimensión cosmopolita transforma la comprensión del constitucionalismo tradicional, proponiendo nuevos criterios para la creación y aplicación del Derecho y el establecimiento de la autoridad legítima en términos cosmopolitas. Desde la perspectiva de su fundamentación, se ha destacado que argumentativamente se sustenta en fundamentos pragmáticos (anclados en la realidad de la normativa internacional) y conceptuales (mediante conexiones conceptuales que se hacen entre constitucionalismo y cosmopolitismo). Estas conexiones conceptuales se vinculan a la idea de la vocación expansiva del constitucionalismo, el carácter histórico del constitucionalismo y el giro cosmopolita que ha adquirido la legitimidad constitucional. Asimismo, como característica del proyecto, se resaltó que es un concepto heredero de una larga tradición en la historia de las ideas políticas (pacifismo jurídico), pero con ciertos rasgos particulares vinculados a su objetivo como proyecto y a las características del panorama internacional contemporáneo.

Estos rasgos comunes permiten calificar al constitucionalismo cosmopolita como un discurso específico que pretende plantearse como una alternativa a la comprensión estatal del constitucionalismo, con antecedentes, características y fundamentos que le son propios.

#### Bibliografía

- Ansuátegui, F. J. (2008). La dimensión expansiva del constitucionalismo. retos y exigencias. En VV.AA. *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. II. (pp. 73-104). Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

- Ansuátegui, F. J. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico jurídico*. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Ansuátegui, F. J. (2016). La propensione cosmopolita del costituzionalismo. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 16 (1), pp.12-27.
- Arcos, F. (2004). Una lectura del cosmopolitismo kantiano. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (21), pp.13-38.
- Arcos, F. (2009). *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Atilgan, A. (2017). *Global Constitutionalism: A Socio-Legal perspective*. Berlín; Heidelberg: Springer.
- Beck, U. (2005). *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós.
- Beitz, C. (2005). Cosmopolitanism and global justice. *The Journal of Ethics* 9 (1-2), pp. 11-27.
- Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Benhabib, S. (2016). The new sovereigntism and transnational law: legal utopianism, democratic scepticism and statist realism. *Global Constitutionalism*, 5(1), pp. 109-144.
- Bodansky, D. (2009). Is there an international environmental Constitution? *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), pp. 565-584.
- Bogdandy, A. v. (2006). Constitutionalism in international law: Comment on a proposal from Germany. *Harvard International Law Journal*, 47(1), pp. 223-242.
- Brito, R. (2005). *Constitucionalismo global*. México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Brock, G. y Brighouse, H. (Eds) (2005). *The political philosophy of cosmopolitanism*. Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Brown, G. W. (2012). The constitutionalization of what? *Global Constitutionalism*, 1(2), pp.201-228.
- Brown, G. W. (2013). *Grounding cosmopolitanism: from Kant to the idea of a cosmopolitan Constitution*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Brown, G. W (2016). *Cosmopolitanism and global constitutionalism*. Comunicación presentada en ECPR General Conference, Praga, 7-10 de septiembre de 2016, pp. 1-9.
- Bryde, B.O (2005), International Democratic Constitutionalism. In R. St. J. MacDonald y D. Johnston (Eds.) *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Carbonell, M. (Ed). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed. Madrid: Trotta.
- CDI (2006), Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, April 13' 2006, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf)
- Chernilo, D. (2015). Las relaciones entre nacionalismo y cosmopolitismo. *Papers: Revista de Sociología*, 100 (3), pp. 303-324.
- Cortés, F. & Piedrahita, F. (2011). *De Westfalia a cosmópolis: Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Craig, P. (1997). Formal and substantive conceptions of the rule of law: An analytical framework. *Public Law*, (3), pp. 467-487.
- Comanducci, P. (2002), Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico, *Isonomía*, pp. 89-112.
- Comanducci, P. (2011). Constitucionalismo: problemas de definición y tipología, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (34), pp. 95-100.
- Delanty, G. (2012), The emerging field of cosmopolitan studies, In *Routledge Handbook of cosmopolitan studies*. New York: Routledge.



- Diggelmann, O., & Altwicker, T. (2008). Is there something like a constitution of international law? *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, 68, pp.623-650.
- Dupuy, P. (1997). The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 1(1), pp.1-33.
- Fariñas, M. J. (2000). De la globalización económica a la globalización del Derecho: Los nuevos escenarios jurídicos. *Derechos y Libertades*, 5(8), pp. 179-194.
- Fassbender, B. (1998). The United Nations Charter as Constitution of the international community. *Columbia Journal of Transnational Law*, 36(3), pp. 529-619.
- Fassbender, B. (2010). La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. En A. Peters, M.J. Aznar & I. Gutiérrez, *La constitucionalización de la comunidad internacional* (pp. 121-175), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (9), pp.173-184.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). La crisis de la democracia en la era de la globalización. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (39), pp.37-51.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (7ª ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Principia iuris: teoría del derecho y la democracia*. Vol. II. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (34), pp. 15-54.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Forst, R. (2014). *Justificación y crítica. Perspectivas para una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz.
- García Sáez, J. A. (2014). El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli. En Ansuátegui, F. J.; Fernández, E., Peces-Barba, G. & Rodríguez, J. M. (Eds.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV, Vol II. (pp. 651-685) Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid.
- García Sáez, J. A. (2017). Kelsen versus Morgenthau: Paz, política y Derecho internacional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Pascual, C. (2015). *Norma mundi: La lucha por el derecho internacional*. Madrid: Trotta.
- García Pascual, C. (2017). Orden global justo y derecho internacional en transformación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), pp. 121-126
- Gutiérrez, I. (2010). De la constitución del Estado al Derecho Constitucional para la comunidad internacional. En A. Peters, M.J. Aznar & I. Gutiérrez (Eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional* (pp. 15-92). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Häberle, P. (2013). *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1997). Kant's idea of perpetual peace with the benefit of two hundred years' hindsight. In J. Bohman, & M. Lutz-Bachmann (Eds.), *Perpetual peace: Essays on Kant's cosmopolitan ideal* (pp. 113-153). London: The MIT Press.
- Habermas, J. (2000). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Trad. J. C. Velasco y G. Vilar. Barcelona: Paidós.

- Habermas, J. (2006). *El Occidente escindido: Pequeños escritos políticos X*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2008). The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society. *Constellations*, 15(4), pp.444-455.
- Habermas, J. (2009). *¡Ay Europa!: Pequeños escritos políticos XI*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2012a). The crisis of the European union in the light of a constitutionalization of international law. *European Journal of International Law*, 23(2), pp. 335-348.
- Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2014). Plea for a constitutionalization of international law. *Philosophy & Social Criticism*, 40(1), pp. 5-12.
- Habermas, J. (2015). *The lure of technocracy*. Cambridge: Polity.
- Habermas, J. (2016). ¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (50), pp. 303-315.
- Held, D. (2012). *Cosmopolitismo: Ideales y realidades*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kadelbach, S., & Kleinlein, T. (2007). International law -A Constitution for mankind? an attempt at a re-appraisal with an analysis of constitutional principles. *German Yearbook of International Law*, 50, pp. 303-348.
- Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del Derecho* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Klabbers, J. (2009). Setting the scene. En A. Peters, G. Ulfstein & J. Klabbers (Eds.), *The constitutionalization of international law* (pp. 1-44). Oxford; New York: Oxford University Press.
- Koskenniemi, M. (2005). *From apology to utopia: The structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2006). Constitutionalism as mindset: Reflections on kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, 8(1), pp. 9-36.
- Koskenniemi, M. (2010). El destino del Derecho Internacional Público: entre la técnica y la política. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*, 24, pp. 3-31.
- Kumm, M., Lang, A., Tully, J., & Wiener, A. (2014). How large is the world of global constitutionalism? *Global Constitutionalism*, 3(1), pp. 1-8.
- Kumm, M. (2004). The legitimacy of international law: A constitutionalist framework of analysis. *European Journal of International Law*, 15(5), pp. 907-932.
- Kumm, M. (2009). The cosmopolitan turn in constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the state. En D. Dunoff, & J. P. Trachtmann (Eds.), *Ruling the world? constitutionalism, international law and global governance* (pp. 258-324). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2013). The cosmopolitan turn in constitutionalism: An integrated conception of public law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20(2), pp. 605-628.
- Kumm, M. (2016). Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism - A rejoinder to Neil Walker. *International Journal of Constitutional Law*, 14(4), pp. 914-924.
- Lang, A., & Wiener, A. (2017). A constitutionalizing global order: An introduction. En A. Lang, & A. Wiener (Eds.), *Handbook of global constitutionalism*, pp. 1-20. Cheltenham: Elgar Publishing.
- Loughlin, M. (2010). What is constitutionalization? En P. Dobner & M. Loughlin (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* (pp. 46-69). Oxford: Oxford University Press.
- MacDonald, R., & Johnston, D. M. (2005). *Towards world constitutionalism: Issues in the legal ordering of the world community*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Mac Amhlaigh, C. (2016), Harmonising Global Constitutionalism, *Global Constitutionalism*, 5 (2), pp.173-206.
- Mosler, H. (1980). *The international society as a legal community*. The Netherlands: Sijthoff & Noordhoff.

- Neves, M. (2013). *Transconstitutionalism*. Oxford: Hart Publishing.
- Núñez, C. (2017). *Constitucionalismo cosmopolita en debate*. Tesina para obtener el grado de Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Palombella, G. (2012). *È possibile una legalità globale? il rule of law e la governance del mondo*. Bologna: Il Mulino.
- Palombella, G. (2014). El Estado de Derecho allende el Estado: Fracasos, promesas y teoría. En A. Julios-Campuzano (Ed.), *El horizonte constitucional. ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita* (pp. 341-368). Madrid: Dykinson.
- Peces-Barba, G. (1986). Sobre el puesto en la historia de los derechos fundamentales, *Anuario de Derechos Humanos*, (4), pp.219-258
- Pernice, I. (2012) *La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta global a los desafíos de la globalización*. Documento de Trabajo N° 61. Madrid: CEU Ediciones.
- Pérez de la Fuente, O. (2006). Algunas estrategias para la virtud cosmopolita, *Derechos y Libertades*, (15), pp. 65-100.
- Peters, A., & Armingeon, K. (2009). Introduction. Global constitutionalism from an interdisciplinary perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), pp. 385-395.
- Peters, A. (2009a). Membership in the global constitutional community. En J. Klabbers, A. Peters & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 153-262). Oxford: Oxford University Press.
- Peters, A. (2009). Dual democracy. En J. Klabbers, A. Peters & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 263-352). Oxford: Oxford University Press.
- Peters, A. (2010). Constitucionalismo compensatorio: Las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. En A. Peters, M.J Aznar & I. Gutiérrez (Eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional* (1st ed., pp. 208-262). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peters, A. (2018). Los méritos del constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*, (40), pp. 3-20.
- Petersmann, E. (2013a). Global Constitutional Law? Why Cosmopolitan “Aggregate Public Goods” must be protected by cosmopolitan conceptions of international law. En M. C. Bassiouni, G. Joanna, P. Mengozzi (Eds). *The Global Community yearbook of international law and jurisprudence: global trends: law, policy & justice essays in honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*. Oxford Scholarship online, dx.doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199332304.003.0025.
- Petersmann, E. (2013b). Human rights require ‘cosmopolitan constitutionalism’ and cosmopolitan law for democratic governance of public goods. *EUI Working Paper LAW 2013/04*, pp.1-19.
- Petersmann, E. (2017). Constitutional Constructivism for a Common Law of Humanity? Multilevel Constitutionalism as a Gentle Civiliser of Nations, *MPIIL Research Paper Series No. 2017-24*, pp.1-25.
- Preuss, U. K. (2010). Disconnecting constitutions from statehood: Is global constitutionalism a viable concept? En P. Dobner, & M. Loughlin (Eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* (pp. 23-46). Oxford: Oxford University Press.
- Pogge, T. (2010). Cosmopolitismo, Precedente, pp. 143-169.
- Rodrigo, A. J. (2013). El pluralismo del constitucionalismo internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, (29), pp. 61-109.
- Rodrigo, A.J. (2014). El pluralismo radical del constitucionalismo societal: La fragmentación constitucional. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, (27), pp.1-16.
- Rodrigo, A.J. (2018). La constitución invisible de la comunidad internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, pp. 51-85.

- Rubinfeld, J. (2004). Unilateralism and constitutionalism. *New York University Law Review*, 79(6), 1971-2028.
- Santiago, R. (2009), Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* (9) (2009), pp. 5-20.
- Scheffler, S. (1999). Conceptions of cosmopolitanism, *Utilitas* 11 (3) (1999), pp. 255-276.
- Schwöbel, C. (2010). Organic global constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, 23(3), pp.529-553.
- Schwöbel, C. (2011). *Global constitutionalism in international legal perspective*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- Simma, B. (1994). From Bilateralism to Community Interest in International Law (Volume 250. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden; Boston: The Hague Academy of International Law.
- Slaughter, A. (2004). *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press.
- Tomuschat, C. (1993). Obligations arising for States without or against their will (Volume 241). En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden; Bristol: The Hague Academy of International Law.
- Tomuschat, C. (2010). La comunidad internacional. En A. Peters, M.J. Aznar & I. Gutiérrez (Coords.) *La constitucionalización de la comunidad internacional* (1st ed., pp. 93-120) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Velasco, J. C. (2013). *Habermas: El uso público de la razón*. Madrid: Alianza.
- Waldron, J. (2012). Constitutionalism: a skeptical view, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, (248), pp. 1-46.
- Walker, N. (2002). The idea of constitutional pluralism. *Modern Law Review*, 65(3), pp.317-359.
- Walter, C. (2001). Constitutionalizing (inter)national Governance—Possibilities for and limits to the development of an international constitutional law. *German Yearbook of International Law*, 44, pp.170-202.
- Wet, E. D. (2006). The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(1), pp.51-76.
- Wiener, A., Lang, A., Tully (2012). Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law. *Global Constitutionalism*, 1(1), pp.1-15.
- Zagrebelsky, G., (2013) Constitucionalismo, *Derechos y Libertades*, (29), pp. 19-38.

# Buen gobierno (Altos cargos)

## Good governance (Senior government officials)

Antonio Descalzo González  
 Universidad Carlos III de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-2764-5533  
[antonio.descalzo@uc3m.es](mailto:antonio.descalzo@uc3m.es)

**Cita recomendada:**

Descalzo González, A. (2020). Buen gobierno (Altos cargos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp 239-257.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5275>

Recibido / received: 05/02/2020  
 Aceptado / accepted: 03/03/2020

### Resumen

En este trabajo se identifica el buen gobierno con el estatuto jurídico aplicable a los altos cargos de la Administración Pública. En cuanto personas que acceden y desempeñan tareas públicas conforme al principio de confianza política su régimen se caracteriza, conforme a la legislación vigente objeto de examen, por un sistema dominado por los principios de integridad, transparencia y responsabilidad<sup>1</sup>.

### Palabras clave

Organización pública, buen gobierno, altos cargos, integridad, transparencia, responsabilidad.

### Abstract

*This work identifies good governance with the legal status of government senior officials. These are people that hold public positions through political appointment, so their legal status is based in the principles of integrity, transparency and accountability, according to the current legislation.*

### Keywords

*Administrative organizational structure, good governance, senior officials, integrity, transparency, accountability.*

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: AGE: Administración General del Estado. CE: Constitución española de 1978. CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. LG: Ley 50/1997, 27 de noviembre, del Gobierno. LOEPSF: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. LRAC: Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.



SUMARIO. 1. El buen gobierno en el marco del derecho de la organización. 2. Buen gobierno, gobernanza y buena administración. 3. El ámbito subjetivo del buen gobierno. 4. La separación disciplinaria en materia de buen gobierno. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. El buen gobierno en el marco del derecho de la organización

La preocupación por el buen y recto ejercicio del poder público no es cosa nueva en nuestro derecho. En línea con las fuentes del derecho romano tardío, las Partidas establecieron el llamado «juicio de residencia» o «residencia» «como procedimiento por el cual se revisaba la actuación de algunos oficiales reales tras su cese, y se determinaba y exigía la responsabilidad en que eventualmente hubieren incurrido por los actos realizados en el ejercicio de sus cargos» (González, 1978, p. 193). Esta técnica de control, junto con la toma de cuentas y las pesquisas, se aplicó, con altibajos según las épocas (González, 2000, pp. 253-254), desde el reinado de Alfonso XI hasta la llegada de los Reyes Católicos, quienes, sin perjuicio de las anteriores, establecieron en la ley 60 del Ordenamiento de Toledo de 1480 la llamada «visita». Esta consistía en «una pesquisa general ordenada por el rey sobre el estado de tal o cual tierra, a cuyo agente –el visitador– se concede el poder coercitivo necesario para controlar la conducta de los oficiales públicos e imponer los mandamientos que dicte con el objeto de favorecer el cumplimiento del Derecho» (Garriga, 1991, p. 226)<sup>2</sup>. A su vez, y en paralelo con lo anterior, la atención de nuestro derecho histórico por las cualidades y aptitudes que deben reunir los responsables públicos también es muy antigua y pródiga en ejemplos<sup>3</sup> conforme acredita, por todas, la regla establecida en el libro 2, título 8, Ley 1 de las Ordenanzas Reales de Castilla, según la cual «conviene que el Chanciller sea hombre muy fiel, honrado, de verdad, conveniente y de conciencia, y sabio en su Oficio cumplido, y saviamente, y sea hombre liberal».

La relación entre conducta ejemplar de las autoridades y el buen gobierno de las organizaciones públicas viene, por tanto, muy de lejos. Así lo testimonia de manera excelente la conocida descripción<sup>4</sup> que hiciera en su día el profesor García Pelayo de la imagen del buen gobierno que ofrece el fresco del *Palazzo Comunale* de Siena, obra del siglo XIV de Ambrogio Lorenzetti, al decir que:

la justicia, iluminada por la sabiduría, integra a los hombres en la concordia, y desde ella en la corporación o cuerpo místico de la comuna bajo el gobierno impersonal y abstracto del bien común, el cual, constantemente inspirado por las virtudes políticas, asegura un orden pacífico del que se excluye toda violencia, salvo a los malhechores, obtiene sin presión los impuestos de los ciudadanos y la sumisión de los señores del campo (García-Pelayo, 2009, p. 1239).

Sin afán exhaustivo, esa misma relación aparece, por ejemplo, en la Constitución de Cádiz de 1812, al señalar en su artículo 241 que «los consejeros de Estado, al tomar posesión de sus plazas, harán en manos del Rey juramento de guardar la Constitución, ser fieles al Rey, y aconsejarle lo que entendieren ser

<sup>2</sup> Sobre la importancia de tales técnicas para la explicación de los actuales mecanismos de información, conocimiento y fiscalización (Parejo, 2016).

<sup>3</sup> Una exposición sistemática de las reglas del derecho histórico dedicadas a los agentes públicos puede verse en (Nieto, 1960).

<sup>4</sup> Al respecto véase: Fernández (2007); Bassols (2015), y Castillo (2015).

conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado». Del mismo modo, dentro del Consejo de Estado la preocupación por la recta actuación de sus miembros era ya sentida en épocas anteriores, pues, como resalta J. H. Elliot, «los consejeros eran plenamente conscientes de la importancia de la reputación (de no desprestigiarse) y el concepto era fundamental en la toma de decisiones de política exterior en la España de los siglos XVI y XVII» (Elliot, 2012, p. 124). Y, desde luego, esa apelación al gobierno impersonal y abstracto del bien común, constantemente inspirado por las virtudes políticas, donde no cabe que los responsables públicos miren al interés privado, aparece claramente dibujada tanto para los miembros del Gobierno como para el personal de la Administración Pública según disponen, respectivamente, los artículos 98.3 y 4 y 103.3 de la actual Constitución.

En realidad, como adelantó Eduardo García de Enterría, el problema básico de la organización es:

el de la articulación de un grupo de seres personales, cada uno con su órbita propia de intereses y de tendencias, en el marco abstracto e impersonal de la organización a la cual deben servir, organización que, por otra parte, no puede existir sin que ese grupo de hombres le presten su propia fuerza espiritual, siempre potencialmente disociadora (García De Enterría, 1985, p. 106).

Colocados en este sumario contexto, puede decirse que el bloque normativo formado actualmente por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTBG), y las más recientes leyes 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (LRAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), junto con las modificaciones introducidas por ésta última en la anterior Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), no son otra cosa que un nuevo eslabón en una larga cadena dedicada al buen gobierno en la cosa pública.

Ello no obstante, puede quizás notarse que aportan, sobre la base principal del régimen jurídico aplicable a los llamados altos cargos, la novedad de introducir dentro del derecho de la organización algunas de las principales tendencias que alimentan el diseño interno de las instituciones públicas bajo esa rúbrica general del llamado buen gobierno<sup>5</sup>. Dar cuenta de este perfil del derecho de la organización constituye el objeto de esta voz sobre la base, particularmente, del régimen establecido en la legislación recién citada.

Sin embargo, conviene antes advertir que algunos de los criterios generales que hoy se imponen en nuestras Administraciones públicas en este terreno estaban incluidos entre los principios establecidos en el artículo 3 de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Del mismo modo, incluso antes, en el artículo 3 de la también derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)<sup>6</sup>, aunque, seguramente, hasta el momento no se habían traducido en medidas concretas capaces de ordenar y disciplinar el ámbito de la organización y

---

<sup>5</sup> Al respecto, Ramió señala que hay unanimidad en el diagnóstico y también en las propuestas: «más transparencia, más información (y no tanto marketing político e institucional), más rendición de cuentas (en especial en el aspecto económico), más evaluación de políticas públicas, diseños organizativos más fluidos y menos burocráticos, una función pública más racional» (2016, p. 68).

<sup>6</sup> Pues los principios de transparencia y participación a los que concretamente nos referimos luego fueron incorporados a la LRJPAC, con ocasión de la modificación operada en su interior por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

funcionamiento interior de la Administración Pública desde el parámetro actual del buen gobierno<sup>7</sup>.

Llama igualmente la atención, no obstante, que la vigente normativa en esta materia del buen gobierno no haga una mención expresa a la norma fundamental a la hora de «establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento» (artículo 1 LTBG). Pues, en efecto, basta reparar en el Título V de la Constitución, dedicado a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, para comprobar que su hilo conductor consiste en establecer técnicas de transparencia, control y rendición de cuentas sobre el Gobierno y sus miembros. Y, de la misma manera, procede constatar que una buena parte del contenido del buen gobierno establecido en el indicado bloque encabezado por la LTBG se cifra, como digo, en un catálogo de infracciones y sanciones en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses que traen causa, como se sabe, del artículo 98.4 de la norma constitucional.

Con todo, quizás resulta más llamativo que este bloque normativo no mencione como causa eficiente de su elaboración el clima social de claro malestar – cuando no de crispación– por los casos de mala o deficiente gestión<sup>8</sup> detectados en el funcionamiento de los poderes públicos alrededor, principalmente, del urbanismo, los contratos del sector público y las ayudas públicas y, por tanto, la necesidad de establecer instrumentos jurídicos para prevenir y poner fin a tan penosa situación<sup>9</sup>. Esta relación es, sin embargo, indiscutible como demuestran la relevancia otorgada al valor de la integridad personal en los textos legales –en la exposición de motivos de la LTBG se recalca la idea de que las autoridades «deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta»– y, a su vez, la visible exigencia de la sociedad de dar rápida respuesta a los supuestos de corrupción que, en rigor, han traspasado muy de largo el terreno aludido del urbanismo para penetrar de lleno en una gran parte de la vida pública española<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Circunstancia que viene de lejos como testimonia Nieto, al referir que el derecho administrativo enseña «como puede defenderse el ciudadano contra las agresiones del Poder público; pero nada, o casi nada, le dice sobre cómo tiene que actuar la Administración para ser mínimamente eficiente y para responder de manera eficaz a las exigencias sociales» (1984, p. 10).

<sup>8</sup> En relación con el concepto de mala gestión pública, el artículo 228 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), señala que el Parlamento Europeo elegirá a un Defensor del Pueblo que conocerá de reclamaciones «relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión», entre los que se incluyen, las irregularidades administrativas, la injusticia y el abuso de poder. Y, en directa relación, el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), dispone luego que «todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales». En el derecho interno tales reglas enlazan, como se sabe, con la figura del Defensor del Pueblo, pues, aunque no se utiliza de manera expresa la noción de mala administración, el artículo 1 de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, establece que «es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales» y, en ejercicio de tal cometido, «podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo ciento tres, uno, de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero».

<sup>9</sup> Sobre las causas y respuestas a la corrupción urbanística véase: Menéndez (2008); Iglesias (2007); Parejo (2007), y Parejo (2013).

<sup>10</sup> Véase al respecto, con amplia bibliografía: Villoria e Izquierdo (2016) y Ponce (2012, pp. 93-140); aunque no puede olvidarse que el fenómeno de la corrupción pública fue denunciado hace ya tiempo por Nieto (1997).

No por azar, también en el marco general de la Unión Europea se había detectado esa necesidad de luchar contra los casos de mala gestión pública vinculados a la actuación personal de los altos responsables y, por tanto, de establecer medidas bajo la idea común del buen gobierno. Así, el Informe del comité de expertos independientes sobre presuntos casos de fraude, mala gestión y nepotismo en la Comisión Europea, de 15 de marzo de 1999<sup>11</sup> –que provocó, el mismo día de su publicación, la dimisión colectiva de los miembros de la Comisión presidida por Jacques Santer–, explica que si bien tales categorías de conceptos se superponen y no resulta siempre fácil su distinción en un caso determinado, sirven, no obstante, como indicadores de las normas de corrección que, por el contrario, deben cumplirse en el ejercicio de un cargo público de importancia. De esta suerte y, en ausencia en esa fecha de otras normas o códigos específicos de conducta, el Informe, en sus páginas 10 y 126, expresa que el comportamiento correcto de los cargos públicos exige una actuación independiente, íntegra y discreta al servicio del interés general y conforme con los principios de apertura, transparencia y responsabilidad; notas, todas ellas, que ahora se repiten hasta la saciedad para configurar este llamado buen gobierno.

En suma, la lucha contra las malas prácticas detectadas en el interior de las organizaciones públicas nutre y da sentido a la actual idea del buen gobierno en nuestro derecho al centrarse, tanto en la LTBG como en la LRAC, en un régimen jurídico dibujado por un conjunto de principios generales y de actuación aplicable a los miembros del Gobierno, a los altos cargos de la Administración General, así como a otras autoridades públicas asimiladas a las anteriores de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales en virtud de la LTBG.

## 2. Buen gobierno, gobernanza y buena administración

Sobre la base de cifrar el buen gobierno en un régimen referido sólo a las personas que ocupan los altos cargos de dirección de las organizaciones públicas, el buen gobierno establecido en la LTBG se concreta, principalmente, en un derecho disciplinario –inspirado en su interpretación y aplicación por esos principios generales y de actuación–, al que se suma luego un doble régimen sancionador dedicado, uno, a la gestión económico-presupuestaria y, otro, a los conflictos de intereses en que pueden incurrir dichos responsables públicos. En lo que aquí interesa, este concreto régimen sancionador en materia de conflictos de intereses y de incompatibilidades se remite a la vigente LRAC.

La decisión de la LTBG de identificar el buen gobierno con un código de conducta para los dirigentes públicos de naturaleza esencialmente sancionadora, supone, en primer lugar, adoptar una interpretación reducida dentro de los posibles significados que rodean hoy a la noción de buen gobierno (Fernández, 2007)<sup>12</sup> y que han llevado a encuadrarlo, bien dentro de la llamada nueva gestión pública, bien en el marco de la denominada gobernanza<sup>13</sup>, bien, en fin, en el derecho a una buena

<sup>11</sup> Anterior, por tanto, al *Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza Europea* (Bruselas, 25.7.2001 COM [2001] 428 final), donde los cambios propuestos para la entera Unión pasan por las mismas reglas principales de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia.

<sup>12</sup> Villoria Mendieta e Izquierdo Sánchez consideran que «un buen gobierno sería, en definitiva, aquel que promueve instituciones formales (normas y reglamentos) e informales (lógicas de lo apropiado en cada organización pública) que fomentan la transparencia, la rendición de cuentas, la efectividad, la coherencia y la participación» y, más aun, la integridad y la objetividad en el servicio al interés general (2016, p. 344).

<sup>13</sup> El citado *Libro Blanco* elaborado por la Comisión Europea en el año 2001 identifica la gobernanza con las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia.

administración proclamado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carrillo, 2010, p.1138; Castillo, 2015, pp. 138-143). Estos ámbitos, a su vez, coinciden en parte con el establecido para la buena gobernanza de los organismos reguladores o autoridades supervisoras donde la doctrina económica identifica el buen gobierno con los siguientes cuatro principios: independencia, rendición de cuentas, transparencia e integridad (Quintás, 2012, p. 54).

Así las cosas, el buen gobierno previsto en la LTBG establece las reglas de la relación de servicios que une a la persona física (titular o no del órgano) con la correspondiente Administración Pública<sup>14</sup> y determina, por tanto, su integración en el derecho de la organización, al hacer operativos y aplicables una serie de principios centrales en todas las Administraciones públicas, a saber: la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas.

La LTBG se coloca, entonces, en línea de continuación del conocido Informe Nolan, donde, como se sabe, se llama al altruismo, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia, la honestidad y el liderazgo de los responsables públicos en el ejercicio de su labor de gobierno y administración de las organizaciones<sup>15</sup>. Así mismo, se puede decir de forma más concreta, que tanto los principios generales y de actuación como las concretas infracciones disciplinarias que recoge la LTBG traen causa directa de las reglas previstas en el ya derogado Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 2005, aprobado mediante Orden número APU/516/2005, de 3 de marzo, por el que se aprueba el código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; así como del posterior código de conducta de los empleados públicos, contenido en los artículos 53 a 54 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aunque, como ya se ha insistido, nada se diga al respecto en la exposición de motivos de la LTBG<sup>16</sup>.

De esta manera y, como queda dicho, este amplio y complejo cuadro de valores predicable de los responsables públicos se contempla, en la LTBG, mediante la disposición de un vasto conjunto de principios generales y de actuación (artículo 26) cuya eficacia jurídica consiste en informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador (artículo 26.3) compuesto de tres piezas, a saber: un denominado régimen disciplinario (artículo 29), al que se suma, en segundo lugar, un sistema de infracciones y sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria (artículo 28), derivado de la LOEPSF, así como, en fin, un sistema sancionador en materia de conflictos de intereses (artículo 27), previsto actualmente en la LRAC.

En suma, el buen gobierno que configura la LTBG parte de un conjunto de principios generales y de actuación para los responsables públicos que se traduce luego en un derecho sancionador que atiende a razones diversas.

Por de pronto, no cabe ninguna duda que las infracciones previstas en materia de gestión económico-presupuestaria obedecen a la lógica preocupación por la correcta utilización de los caudales públicos –la incursión en alcance o malversación

---

<sup>14</sup> Santamaría Pastor, observa que «relación de servicios es la del funcionario, pero también es la del ministro o la de cualquier otro cargo político o de confianza» (1984, p. 61).

<sup>15</sup> Sobre el Informe Nolan véase: Martín-Retortillo (1997) y, más recientemente, Bustos Gisbert (2016).

<sup>16</sup> Puede, incluso, repararse en la clara cercanía que hay entre las razones de la Exposición de Motivos del EBEP para establecer su código de conducta y las contenidas en la de la LTBG para fundar el código de buen gobierno de los altos cargos. Sobre la relación entre ambas normas véase Bassols (2015, p. 41).



en la administración de los fondos públicos es la primera de las infracciones— y, por tanto, enlazan sin dificultad con el valor de rectitud e integridad que identifica al buen gobierno, pero es igualmente cierto que restan cierta coherencia al código que quiere instaurarse. De un lado, por razones sistemáticas, ya que las conductas infractoras descritas están relacionadas con disposiciones presupuestarias concretas, por lo que parece más razonable que estuvieran en el texto legal correspondiente. De otra parte y, principalmente, por el sentido último que quiere darse al buen gobierno. Si, como dice la propia exposición de motivos, el buen gobierno responde a la idea de establecer «un modelo de ejemplaridad» para todos los responsables públicos, es evidente que debe nutrirse, como ya apuntaba el Informe Nolan, por una serie de valores o principios de carácter general, referidos a la integridad y rectitud personal de los cargos públicos, susceptibles de inspirar o guiar cualquier posible actuación de los mismos. No debería limitarse, por tanto, a realizar una detallada catalogación de conductas infractoras cuyo objetivo es prevenir y castigar la violación de ciertos mandatos normativos. Esa es la función reservada al derecho administrativo sancionador. Dicho de otra manera, no parece que deba identificarse el buen gobierno, sólo y exclusivamente, con el derecho disciplinario. Como ha señalado la doctrina para el caso específico de la función pública, la promoción de arquetipos éticos, enfatizando los valores y virtudes públicas, debe hacerse desde una óptica positiva que «incentive determinados comportamientos, si no mediante la gratificación económica, sí reconociendo a quienes demuestran una mejor predisposición al interés general y la mejora del servicio» (Rivero, 2012, p. 90).

En segundo lugar y, resaltando también la directa vinculación de la prevención de los conflictos de intereses con el valor de la integridad que caracteriza al buen gobierno, tampoco parece del todo acertada la decisión de la LTBG de incluir dentro del título del buen gobierno las «infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses», prevista en el artículo 27, a cuyo tenor:

el incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este Título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación.

Al margen del escaso valor de recordatorio que cabe otorgar al precepto, ya que es ciertamente obvio que la violación del régimen de conflictos de intereses debe ser sancionada, en su caso, conforme a la correspondiente ley aplicable, esta remisión insiste en identificar el buen gobierno sólo con infracciones concretas del ordenamiento. Es más, y en el extremo, este énfasis legal en la sola perspectiva sancionadora puede conducir a perder de vista el aspecto realmente decisivo del régimen sustantivo de los conflictos de intereses dentro del sistema de buen gobierno. Con ello, además, tampoco se gana aquí en coherencia, pues se mantiene la remisión a un texto legal —la LRAC— cuya regulación quiere integrarse en una suerte de nuevo estatuto personal de los altos cargos: el llamado buen gobierno.

Dicho de otra manera, en lugar de mantener la separación entre la LTBG y la más reciente LRAC, debería, quizás, haberse aprovechado la ocasión para dictar una regulación única.

Por último y, en tercer lugar, se llega al núcleo del buen gobierno dibujado por la LTBG, a saber: un derecho disciplinario (artículo 29) en cuya aplicación deben tenerse cuenta, fundamentalmente, los valores de integridad y rectitud contenidos en los principios generales y de actuación (artículo 26).

Por consiguiente y, de acuerdo con todo lo anterior, puede decirse que la LTBG no asume el reto de establecer un completo estatuto de los responsables públicos donde, junto al régimen de acceso, permanencia y cese en el cargo, haya un sistema de derechos y obligaciones que detalle, por ejemplo, el sistema de retribución, el contenido y evaluación del desempeño, así como la rendición de cuentas; aspectos muy unidos, por cierto, al principio de transparencia que el Título I del texto normativo regula desde la óptica principal de la organización. Pues, en efecto, cabe advertir que una parte considerable del buen gobierno entendido en sentido amplio se refiere, precisamente, a la transparencia en todo lo relativo al ejercicio responsable de la actividad pública (Villoria, 2012).

Vale decir, por tanto, que la LRAC viene a completar en parte la codificación de obligaciones y derechos recogidos en la LTBG, así como a corregir algunas de las deficiencias apuntadas, toda vez que prevé, en particular: i) un régimen de nombramiento y ejercicio presidido, de nuevo, por el valor de la integridad personal, al exigirse, dentro de la idoneidad para el acceso a la condición de alto cargo, el requisito de la honorabilidad<sup>17</sup> (artículo 2 LRAC); ii) un mayor control y publicidad de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales, y iii) la concreción vía presupuestaria de las retribuciones y de los gastos de representación (artículo 4 LRAC).

Además, junto con los principios ya previstos en la LTBG, la LRAC señala, ahora expresamente, que el ejercicio del alto cargo queda sometido especialmente a los de interés general, objetividad, austeridad, integridad, transparencia y responsabilidad (artículo 3 LRAC). Sin dejar nunca de lado la relevancia de los tres primeros en cuanto resulta incluso del entero sistema constitucional de la organización pública ex artículos 31.2, 103.1 y 135 CE, considero, como ya se apuntó más arriba, que los principios de integridad, transparencia y responsabilidad y/o rendición de cuentas son hoy los fundamentales en la configuración del buen gobierno como parte de la organización de las Administraciones públicas.

Al respecto y, en relación con la directa conexión entre transparencia e integridad, debe destacarse que una parte de la regulación de los conflictos de intereses, aspecto central en la configuración de la noción de alto cargo y del buen gobierno, tiene por objeto, justamente, la transparencia, al establecer el control, registro y publicidad de las actividades, bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos (artículos 16, 17, 21, 22 y 23 LRAC)<sup>18</sup>.

Buena prueba de lo anterior es, asimismo, que en el artículo 8.1. f), g) y h) de la LTBG se impone la publicidad activa, a través de las sedes electrónicas o páginas web, de datos referidos a las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos, indemnizaciones por abandono del cargo, compatibilidad para el ejercicio de actividad privada al cese de alto cargo y, en fin, las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales.

Por ello, insisto, no es casual que el primero de los principios generales del buen gobierno sea la «actuación con transparencia en la gestión de los asuntos

<sup>17</sup> Sobre el origen y desarrollo de la regla de la honorabilidad como requisito para el acceso a cargos y actividades véase: Martín-Retortillo (1993) y, desde otra perspectiva, Bermejo Latre (2008).

<sup>18</sup> Regulación de las incompatibilidades y conflictos de intereses que, al mismo tiempo, enlaza con otro principio del buen gobierno que sanciona la CE de manera expresa como es el de la eficacia requerida en toda actuación de la Administración pública. El Tribunal Constitucional tiene perfectamente establecido su necesaria aplicación en esta materia en la Sentencia 178/1989, FJ 3.

públicos», según indica el artículo 26.2.a).1º de la LTBG<sup>19</sup>; y, en la misma línea, que el artículo 3.1d) de la LRAC destaque ahora la «transparencia y responsabilidad» como principios especialmente relevantes en el ejercicio del alto cargo.

El valor otorgado a la transparencia como técnica ligada a la integridad y a la responsabilidad y/o rendición de cuentas con la sociedad en el régimen de buen gobierno queda corroborado, en fin, cuando se observa que la primera sanción que en todo caso se impone para las infracciones muy graves y graves tanto en la LTBG como en la LRAC es la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», o en el diario oficial que corresponda, una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente (artículos 30 y 26, respectivamente).

Sin embargo y, por desgracia, la LRAC no contiene avance significativo alguno respecto de la LTBG en el punto referido al contenido de un correcto sistema de evaluación del desempeño y de rendición de cuentas; pieza ciertamente fundamental para resolver con criterios seguros el cumplimiento de los principios que conforman el buen gobierno.

Es ciertamente llamativo que primero la LTBG y ahora la LRAC presten especial atención al plano final del derecho sancionador –siempre necesario en la ordenación de una materia o sector del ordenamiento–, pero desaprovechen la ocasión para disponer un completo estatuto personal de los responsables públicos.

Ello no obstante, y aunque sea de nuevo con cierta falta de rigor sistemático, el artículo 55.11 de la LRJSP establece para la Administración General del Estado una evaluación y rendición de cuentas, al ordenar que en el desempeño de sus funciones los titulares de los órganos superiores y directivos están sujetos: i) a responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada, y ii) al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.

Y, en fin, puede notarse igualmente que la LRAC regula el régimen retributivo, de protección social y las compensaciones tras el cese para los altos cargos de la Administración General del Estado; regulación que enlaza con la reforma de las remuneraciones y limitación del número de los cargos públicos en las entidades locales<sup>20</sup>.

Supuesto todo esto anterior, procede detenerse a continuación en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación previsto para el buen gobierno en la LTBG.

### 3. El ámbito subjetivo del buen gobierno

Al respecto, es necesario reseñar que la amplia noción de los responsables públicos mencionada en el artículo 1 de la LTBG como personas obligadas a las reglas de

<sup>19</sup> Aunque también es cierto que luego dice, de una manera un tanto contradictoria, que constituye infracción muy grave «la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función», conforme al artículo 29.1d) de la misma LTBG.

<sup>20</sup> La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local introduce en la LBRL, un nuevo artículo 75 bis sobre el límite en el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones locales y del personal al servicio de las entidades locales, así como un nuevo artículo 75 ter sobre limitación en el número de los cargos públicos de las entidades locales con dedicación exclusiva.

buen gobierno queda luego referida, en el artículo 25<sup>21</sup>, a la igualmente extensa de los altos cargos que, en rigor, no tiene tampoco contornos muy precisos en nuestro ordenamiento jurídico (Jiménez, 1998).

Dicho de otra manera, cuando el artículo 25 de la Ley apela a la amplia noción de alto cargo para su concreto objeto de «establecer las “obligaciones” de buen gobierno que deben cumplir los “responsables públicos” así como las consecuencias derivadas de su “incumplimiento”» (artículo 1, el subrayado es mío), se llega a situaciones de difícil encaje, como lo acredita, de manera notoria, que dicha noción del alto cargo comprenda no sólo a titulares de órganos, sino también a los «titulares de cualquier puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquéllos que tengan la consideración de subdirectores generales y asimilados» (artículo 1.2.g LRAC). Pues, de un lado, y conforme a los artículos 73 y 74 del EBEB, la noción de puesto de trabajo se vincula a la organización de la estructura interna de las Administraciones con el correlativo derecho de los empleados públicos al desempeño de los mismos. Y, de otra parte, los subdirectores generales no son nombrados ni cesados por el Consejo de Ministros (artículo 67.2 LRJSP). No parece, por tanto, que la figura del puesto de trabajo sea la adecuada para cerrar el largo elenco de los responsables públicos a los que se dirige las reglas de buen gobierno.

En suma, el loable objetivo normativo de procurar que las reglas de buen gobierno alcancen a todos los que integran la cúpula de las organizaciones públicas enturbia, sin embargo, la distinta naturaleza de la relación jurídica que mantienen los altos cargos con sus respectivas instituciones.

Sea como sea, y fuera de las cuestiones que suscita la integración legal automática de los miembros del Gobierno dentro de la AGE, resulta que la utilización de la noción de alto cargo a los efectos de la aplicación del código de buen gobierno previsto en la LTBG, no tiene tampoco en cuenta las notables diferencias que existen –bajo esta rúbrica común– entre los diferentes responsables de las Administraciones públicas<sup>22</sup>. Muy seguramente, esta situación se debe al éxito y generalización del sistema de confianza política en el acceso a las funciones y cargos públicos en nuestro sistema jurídico. Sistema de confianza patrocinado por la llamada nueva gestión pública, paradigma de la reforma administrativa que durante los años noventa del pasado siglo sostenía como idea fuerza «que los ciudadanos, a través de sus representantes políticos, retomen el control del Estado, desplazado impropiaamente a las manos de los burócratas y de los grupos de interés» (Prats Catalá, 2004, p. 66); idea, en su día, especialmente atractiva para el caso español si se tiene en cuenta que en el marco de la elaboración de la CE una parte de la literatura especializada coincidió en denunciar «la apropiación de las decisiones políticas por los altos cuerpos de la Administración» (Ortega, 2010, p. 13), pero que, de acuerdo con la doctrina (Santamaría, 1988, p. 82; Morell, 1994, y Castillo, 2010), suscita también muy serias

---

<sup>21</sup> El artículo 25 LTBG es del siguiente tenor: «1. En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este Título se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella. A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses. 2. Este Título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. 3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este Título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar».

<sup>22</sup> Que van desde el ejercicio de potestades administrativas hasta las tareas de confianza y asesoramiento.

dudas por la tendencia «desadministravizadora» que conlleva en el acceso y ejercicio de las funciones públicas, conforme a las exigencias del artículo 103.3 CE<sup>23</sup>.

Al respecto, debe notarse, en efecto, que la nota común que todavía abraza a los altos cargos para someterlos a las reglas de buen gobierno previstas en la LTBG y en la LRAC es, como dice para el caso de la Administración general-estatal el artículo 1.2.g) de la LRAC, la formal de que su «nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros» (Carro, 2010, p. 28). Esto es, que tales cargos respondan, como digo, a un modelo o sistema de estricta relación de confianza político derivado del artículo 23 CE, donde, como bien dice la doctrina, «la *confianza* que se deposita en quien se elige o designa para un cargo de esta índole está presente en la regulación del inicio, contenido y extinción de la relación» (Morell, 1994, p. 32, la cursiva en el original). Por ello y, en lo que ahora importa destacar, fuera de esa relación de confianza no ha existido, con carácter general, un estatuto personal común de los derechos y deberes de los altos cargos y, consecuentemente, el cese, que trae causa y se fundamenta en esa misma relación de confianza, corresponde al que elige o designa sobre la base simple del principio del *contrarius actus*.

Supuesto esto anterior, hay que subrayar que este dato del nombramiento y cese basado en la confianza política –ex artículo 23 CE–, que tradicionalmente sirve también para trazar la línea divisoria entre, de un lado, los altos cargos, responsables de las funciones de dirección política de la organización, y, de otra parte, los empleados profesionales encargados de las tareas de ejecución, cuyo acceso a la función pública se cumple de acuerdo a los principios de mérito y capacidad –ex artículo 103.3 CE– (Fuentaja, 2013 y Fernández, 2013), no se revela del todo útil a los efectos de la aplicación del código de buen gobierno establecido por la LTBG. Vale decir, en efecto, que la sola y exclusiva relación de confianza que caracteriza inicialmente a los altos cargos, suscita una necesaria reformulación a la luz del código de buen gobierno previsto en la LTBG y desarrollado en la LRAC.

De entrada, y aunque dejemos de lado la problemática ubicación en este cuadro general del llamado personal directivo profesional, introducido por el artículo 13 EBEP<sup>24</sup>, sucede, insisto, que el sistema de confianza política que parece sostener a los altos cargos no tiene la misma naturaleza en todos los casos.

Hay así, en primer lugar, una confianza política originaria aplicable a los cargos públicos que la reciben directamente de los ciudadanos a través de los correspondientes procesos electorales. Este es el caso de los concejales de los ayuntamientos y de quienes corresponde el gobierno y administración de la respectiva entidad local (artículo 140 CE). Hay, en segundo lugar, una confianza política derivada que alcanza a los cargos públicos que la han recibido, a su vez, de los depositarios de la primera, la llamada originaria. En esta se encuentran, por ejemplo, los alcaldes de los Ayuntamientos (artículo 140 CE), los miembros del Gobierno de la Nación (artículos 99 y 100 CE) y los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (artículo 152). Y, en fin, cabe hablar, además, de una confianza política objeto de matización y de cierto control en el caso del nombramiento de determinados cargos públicos mediante la comparecencia previa ante el Congreso de los Diputados (Blanco Valdés, 1996-1997) de las personas elegidas por el Gobierno para los organismos reguladores o, también, para ser nombrado Presidente de Consejo de Estado<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Tendencia que según algún autor conduce a su degeneración (Parada, 1999).

<sup>24</sup> Sobre dicha figura véase: Ortega y Maeso (2010) y Moreu [et al.] (2012).

<sup>25</sup> Según la disposición adicional tercera de la LRAC, este procedimiento de comparecencia previa será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas Presidente del



Pero, además, fuera ya de la mencionada estricta confianza, el artículo 2.1 LRAC establece la regla general de que «el nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas»; cualidad que se predica sólo de las que reúnen el grado de honorabilidad suficiente y la debida formación y experiencia en la materia. En segundo lugar, en relación con el cese, hay que notar que el principio del *contrarius actus* se funda en el dato mismo de la pérdida de la confianza otorgada en su momento y, por tanto, no exige ni requiere, en principio, el incumplimiento de ninguna determinada obligación. Dicho de otra manera, el cese, al carecer aquí de toda significación de reproche jurídico, no exige de un procedimiento formalizado más allá de su misma exteriorización (Rodríguez, 2013, p. 315).

En esta línea, es paradigmática la situación de los directores de los gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de las Vicepresidencias y de los Ministros, altos cargos de estricta confianza política ex artículos 10 y 16.3 LG, que, en tanto órganos de apoyo político y técnico, realizan tareas de confianza y asesoramiento especial bajo la regla objetiva de que «cesarán automáticamente cuando cese el titular del cargo del que dependen», así como, en su caso, del personal eventual al que igualmente corresponda la condición de alto cargo por razón de su nombramiento por el Consejo de Ministros.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema de estricta confianza política que nutre la noción de los altos cargos no es capaz de explicar en estos momentos el estatuto o código de buen gobierno diseñado primero en la LTBG y desarrollado después en la LRAC.

En corto, a mi juicio, esa dificultad se hace especialmente visible en los siguientes puntos: i) el nombramiento de los altos cargos y no se basa en la estricta relación de confianza cuanto en el cumplimiento de la idoneidad prevista en el artículo 2 de la LRAC; ii) la separación por pérdida de la honorabilidad –artículo 2.1 de la LRAC– y la destitución como sanción disciplinaria, en cuanto medidas principales para lograr «un modelo de ejemplaridad» en la conducta de los responsables públicos, se alejan, igualmente, de la regla del *contrarius actus* que informa la tradicional remoción libre en el sistema de confianza política y, consiguientemente, iii) la determinación del órgano al que corresponde el ejercicio de esa competencia sancionadora se separa del modelo de confianza política, al no corresponder siempre al que la otorgó con el nombramiento.

Como digo, esas diferencias fundamentales hacen necesaria una breve reflexión sobre la nueva situación que –más allá de la estricta relación de confianza– plantean las reglas de buen gobierno para los altos cargos.

#### 4. La separación disciplinaria en materia de buen gobierno

En particular, dentro del régimen jurídico del buen gobierno de los altos cargos, hay que distinguir ahora dos situaciones fundamentales (Bassols, 2015, p. 49):

- i) la tradicional derivada de la estricta relación de confianza política, donde rige la regla de la libre remoción por parte de la autoridad que nombra;

---

Consejo de Estado, máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión, así como presidentes del Consejo Económico y Social, de la Agencia EFE y de la Agencia de Protección de Datos.

ii) y la derivada del buen gobierno y sus principios capitales de transparencia, integridad y rendición de cuentas, donde se puede aplicar el derecho disciplinario al margen de la estricta relación de confianza<sup>26</sup>.

La superación de la regla de la estricta confianza política como única técnica para fijar la relación de los titulares de los altos cargos con la organización pública radica, como se ha dicho un poco más arriba, en el colapso producido en el sistema administrativo por su generosa utilización en la provisión de las estructuras administrativas<sup>27</sup>.

La extensión de este criterio junto con los ya mencionados casos de mala gestión y, en definitiva, las escasas consecuencias habidas en la vida política y administrativa para sus responsables, ha conducido a la pérdida de credibilidad de la idea de confianza como regla central del sistema de funcionamiento de las organizaciones públicas (Nettesheim, 2014). La antigua percepción de que la libre separación de los agentes públicos hacía innecesario un derecho disciplinario ha fracasado<sup>28</sup>.

Esta voluntad de atajar la crisis de confianza general sobre la gestión de los asuntos públicos sujetando la acción de los responsables a un severo escrutinio, aparece resaltada en la exposición de motivos de la LTBG de la siguiente manera:

cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Aunque no se diga de manera expresa, el sistema de transparencia y de buen gobierno previsto en la LTBG y en la LRAC es, insisto, una clara respuesta a esa crisis de confianza causada por los abundantes casos de mala gestión, o incluso corrupción, que viene afectando al funcionamiento de las instituciones públicas.

Esa directa relación entre mala gestión, pérdida de confianza y control a través del buen gobierno es, como se viene diciendo, indiscutible en nuestra reciente legislación en la materia, como prueba, insisto, la relevancia otorgada al valor de la integridad personal en la LTBG –la exposición de motivos resalta que las autoridades «deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta»– y, a su vez, en la exigencia de la sociedad de obtener una rápida respuesta a los supuestos de corrupción (Castillo, 2015, p. 146).

Dicho de otra manera, cabe afirmar que el buen gobierno previsto en la LTBG y en la LRAC trata de atajar la crisis de confianza causada por el fraude y la corrupción, mediante el expediente de establecer el código de conducta que significa el régimen de buen gobierno.

---

<sup>26</sup> Circunstancia en absoluto original en nuestro derecho, pues, conforme observa Nieto (1970, p. 48), «la tesis de la compatibilidad de un derecho disciplinario, con la potestad de separación del Príncipe, se confirma plenamente en las instituciones españolas de la monarquía absoluta. En esta época hay cargos que están a la completa disposición real y se encuentran sometidos a un riguroso control formal, en él se expresan las potestades disciplinarias a través de dos figuras: la residencia castellana y la visita»; técnicas a las que nos hemos referido al principio de este escrito.

<sup>27</sup> Sobre todo ello véase: Sánchez (2011).

<sup>28</sup> Sobre la emergencia del derecho disciplinario en el momento que el Príncipe pierde la facultad absoluta de separar libremente a sus servidores véase: Nieto (1970).

En suma, desde esta perspectiva general, se comprende entonces que la relación servicio de los altos cargos ya no puede descansar solo en la antigua relación de confianza con la autoridad que lo nombró. El buen gobierno –basado principalmente en la transparencia, integridad y rendición de cuentas– exige un nuevo modelo donde es posible el cese al margen de la confianza y, en particular, una nueva pieza para su cumplimiento: el derecho disciplinario.

Muy seguramente, un sector donde puede percibirse mejor la novedad que aporta el estatuto o código de buen gobierno de la LTBG y la LRAC a la noción tradicional de alto cargo, es el referido a las causas de cese en los denominados organismos reguladores o administraciones independientes.

Como se sabe, el dato de la inamovilidad de sus miembros es una garantía esencial de su independencia orgánica respecto del Poder Ejecutivo y supone, consecuentemente, un necesario alejamiento del modelo de funcionamiento del sistema de confianza política sobre el que descansa la noción de alto cargo entre nosotros. Pero, al mismo tiempo, como ha dicho la doctrina, es necesario que el Gobierno disponga también de alguna posibilidad de cese en casos muy concretos y previa instrucción de expediente, pues esto permite que «no tenga a su libre disposición el cese de los componentes de los organismos reguladores salvo en casos límite y, a la vez, mantenga, aunque de manera muy debilitada, la dirección de la Administración de la que habla el artículo 97 CE» (Vírgala Foruria, 2012, p.93).

De esta manera, y por lo que hace a la CNMC, el artículo 23 de su Ley de creación prevé como causas tasadas de cese en el ejercicio del cargo las siguientes: a) por renuncia aceptada por el Gobierno; b) por expiración del término de su mandato; c) por incompatibilidad sobrevenida; d) por haber sido condenado por delito doloso; e) por incapacidad permanente y, en fin, f) mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. Dentro de esta última causa tasada de cese, el artículo 2.2 LRAC incluye ahora expresamente su aplicación automática por falta de honorabilidad sobrevenida, «con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad» (artículo 23 LCNMC).

Sin duda, esta separación acordada por el Gobierno y la sanción administrativa de destitución, salvo que ya hubieran cesado, prevista tanto en el artículo 30.4 de la LTBG como en el artículo 26.2.a) de la LRAC por la comisión de una infracción muy grave, suscitan un posible riesgo para la independencia de la Comisión respecto del Poder Ejecutivo pero, al mismo tiempo, acredita que las reglas de integridad del buen gobierno tienen una clara vocación ordenadora de las autoridades públicas, más allá de la estricta relación de confianza y de la autonomía o independencia de determinadas organizaciones.

En suma, vale decir que la relación entre «confianza» y «observancia de las reglas de buen gobierno», deriva de que la segunda alude a requisitos para el acceso y desempeño del cargo para el que se haya sido nombrado, mientras que la primera atiende al vínculo entre el que designa y el designado. Consecuentemente, el cese por razón de confianza y el derivado del incumplimiento del código de comportamiento son diferentes. Así lo demuestra el caso de las administraciones independientes, pues, en ellas, no hay estricta relación de confianza (esta última solo puede y debe darse allí donde la tarea que comparten el que designa y el designado tenga un contenido político no estrictamente administrativo; pero lo político incluye, como se sabe, la dirección de la Administración ex art. 97 CE).

Supuesto todo lo anterior y, como ha señalado la doctrina (Bassols, 2015, p. 49 y Castillo, 2015, p. 153), cuestión enteramente diferente del derecho disciplinario establecido en la LTBG, es la conveniencia de utilizar para la tipificación de las infracciones de buen gobierno una tipología muy próxima a la empleada para los funcionarios públicos. Procede anotar en este punto la escasa innovación de la LTBG, pues ocurre que las muy graves contenidas en el artículo 29 LTBG no son otra cosa que una mera repetición de las infracciones también muy graves ordenadas antes en el artículo 95.2 del EBEP.

Esta operación de la LTBG de configurar una buena parte del código de buen gobierno de los responsables públicos sobre la base aplicar una serie de infracciones ya previamente establecidas para los empleados públicos, suscita la duda acerca de la corrección de tal opción, pues, como dice la doctrina, «Gobierno y Administración son instituciones distintas y también lo son la ética del político y la del funcionario profesional» (Iruzun, 2010, p. 82).

Por muy similares razones, tampoco resulta pacífica la opinión que merece la redacción de las numerosas infracciones disciplinarias contempladas en el artículo 29 LTBG. Con carácter general, puede decirse que pecan de un contenido ciertamente amplio, indeterminado e, incluso, de muy similar factura y, por tanto, susceptible de causar cierta confusión en su correcta interpretación y aplicación. Notable repetición de ideas y conceptos que se traduce, como ha dicho el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de la LTBG, núm. 707/2012, de 19 de julio de 2012, en una «cierta inclinación a la utilización de términos abiertos y flexibles, lo que en el caso concreto del régimen sancionador pueden provocar una perniciosa quiebra del principio de tipicidad». Riesgo que aumenta si se tiene en cuenta, como ya muy bien sabemos, que el ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones se dirige a un grupo de responsables públicos, los llamados altos cargos y asimilados, que carece de una definición precisa en la propia LTBG.

Sin salir del Derecho disciplinario, debe quizás subrayarse que, si bien es cierto que el cese por pérdida de la confianza en sentido estricto impide, como dicen tanto el artículo 30.4 LTBG como el artículo 26.2.a) de la LRAC, la sanción de destitución por la comisión de una infracción muy grave, nada obsta, en caso de cese, a la debida iniciación, instrucción y resolución del expediente disciplinario de buen gobierno para la aplicación, en su caso, de las demás sanciones previstas en dichas normas. Y, desde luego, conforme tanto al artículo 30.6 y 7 de la LTBG como al artículo 26.3 de la LRAC y al artículo 36.1 de la LRJSP, todo ello sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad penal o patrimonial al alto cargo por la conducta realizada<sup>29</sup>.

De resto, y como ha señalado también la doctrina (Bassols, 2015, p. 55), sería conveniente que el derecho disciplinario de buen gobierno fuera competencia de una autoridad distinta a la que ejerce el control último de la confianza política en el marco de la Administración General del Estado<sup>30</sup>. Autoridad que podría radicar, desde luego, en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y salvaría, muy seguramente, la dificultad de poner en marcha un expediente disciplinario sobre un cargo de confianza ya que, de incoarse, podría poner en duda al órgano que la confirió en su momento.

---

<sup>29</sup> Sobre el tema de la responsabilidad de las autoridades y del personal de las Administraciones públicas véase: Nieto (2008) y Doménech Pascual (2008).

<sup>30</sup> Tanto el artículo 31 LTBG como el 27 LRAC atribuyen la competencia en materia disciplinaria de buen gobierno bien al Consejo de Ministros, bien al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

## 5. Conclusiones

Sobre la base de todo lo expuesto es posible terminar con las siguientes breves conclusiones.

Por de pronto, cabe afirmar que la lucha contra las malas prácticas detectadas en el interior de las organizaciones públicas nutre y da sentido a la actual idea del buen gobierno en nuestro derecho, al centrarse, tanto en la LTBG como en la LRAC, en un régimen jurídico dibujado por un conjunto de principios generales y de actuación aplicable a los miembros del Gobierno, a los altos cargos de la Administración General, así como a otras autoridades públicas asimiladas a las anteriores de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales en virtud de la LTBG.

El buen gobierno se cifra, por tanto, en un régimen referido sólo a las personas que ocupan los altos cargos de dirección de las organizaciones públicas y se concreta, principalmente, en un derecho disciplinario –inspirado en su interpretación y aplicación por esos principios generales y de actuación– al que se suma luego un doble régimen sancionador dedicado, uno, a la gestión económico-presupuestaria y, otro, a los conflictos de intereses en que pueden incurrir dichos responsables públicos. En lo que aquí interesa, este concreto régimen sancionador en materia de conflictos de intereses y de incompatibilidades se remite a la vigente LRAC.

Esta decisión del legislador estatal nacional de identificar el buen gobierno con un código de conducta para los dirigentes públicos de naturaleza esencialmente sancionadora, supone adoptar una interpretación reducida dentro de los posibles significados que rodean hoy a la noción de buen gobierno.

Así las cosas, el buen gobierno previsto en la legislación nacional establece las reglas de la relación de servicios que une a la persona física (titular o no del órgano) con la correspondiente Administración Pública y determina, por tanto, su integración en el derecho de la organización al hacer operativos y aplicables una serie de principios centrales en todas las Administraciones públicas, a saber: la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas.

Por consiguiente y, de acuerdo con todo lo anterior, puede decirse que no se asume por el legislador el reto de establecer un completo estatuto de los responsables públicos donde, junto al régimen de acceso, permanencia y cese en el cargo, haya un sistema de derechos y obligaciones que detalle, por ejemplo, el sistema de retribución, el contenido y evaluación del desempeño, así como la rendición de cuentas; aspectos muy unidos, por cierto, al principio de transparencia. Pues, en efecto, cabe advertir que una parte considerable del buen gobierno entendido en sentido amplio se refiere precisamente a la transparencia en todo lo relativo al ejercicio responsable de la actividad pública.

## Bibliografía

- Bassols Coma, M. (2015). Buen gobierno, ética pública y altos cargos. *Revista española de derecho administrativo* (172), pp. 27-60.
- Bermejo Latre, J. L. (2008). La Administración y el derecho al honor. *Revista de administración pública* (175), pp. 375-398.
- Blanco Valdés, R. (1996-1997). Acción de gobierno, política de nombramientos y control parlamentario. *Documentación Administrativa* (246-247), pp. 145-189.
- Bustos Gisbert, R. (2016). Las reglas de conducta de los políticos: evolución en el



- Reino Unido. *Revista Vasca de Administración Pública* (104-II), pp. 267-292.
- Carrillo Donaire, J. A. (2010). Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En J. A. Santamaría. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo* (pp. 1137-1165). Madrid, España: La Ley.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2010). Ética pública y normativa administrativa. *Revista de Administración Pública* (181), pp. 9-37.
- Castillo Blanco, F. (2010). El sistema de la confianza política como modelo de la función directiva local. En A. L. Ruiz. (coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña* (pp. 493-530). Madrid, España: Iustel.
- Castillo Blanco, F. (2015). Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo* (172), pp. 123-162.
- Elliot, J. H. (2012). *Haciendo historia*. Madrid, España: Taurus.
- Doménech Pascual, G. (2008). Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio. *InDret* (2/2008).
- Fernández Farreres, G. (2007). Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas. *Administración&Ciudadanía*, vol. 2 (2).
- Fernández Ramos, S. (2013). Los falsos empleados públicos: el personal eventual. *Revista General de Derecho Administrativo* (34), pp. 1-37.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J.M. (2020). Transparencia y buen gobierno. *Revista General de Derecho Administrativo* (53).
- Fuentaja Pastor, J. A. (2013). *Pasado, presente y futuro de la función pública*. Madrid, España: Civitas&Thomson.
- García de Enterría, E. (1985). La organización y sus agentes: revisión de estructuras. En *La Administración española*, 4ª edición. Madrid, España: Alianza.
- García-Pelayo, M. (2009). *El buen y el mal gobierno, Obras completas, II*. Madrid, España: CEPC.
- Garriga, C. (1991). Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la «visita» del Ordenamiento de Toledo (1480). *Anuario de Historia del Derecho Español* (61), pp. 215-390.
- Gimeno Feliu, J. M. (2019). Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia. *RITI* (9).
- González Alonso, B. (1978). El juicio de residencia en Castilla. I: Origen y evolución hasta 1480. *Anuario de Historia del Derecho Español* (48), pp. 193-248.
- González Alonso, B. (2000). Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (4), pp. 249-272.
- Iglesias, F. (2007). *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Madrid, España: Fundación Alternativas.
- Irurzun Montoro, F. (2010). Ética y responsabilidad en la Administración pública. *Revista Documentación Administrativa* (286-287), pp. 79-111.
- Jiménez Asencio, R. (1998). *Altos cargos y directivos públicos* (2da edición). Oñati, España: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Martín-Retortillo, L. (1993). Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades. *Revista de Administración Pública* (130), pp. 23-96.
- Martín-Retortillo, L. (1997). Reflexiones de urgencia sobre el informe Nolan. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (11), pp. 149-164.
- Menéndez Rexach, A. (2008). El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (12), pp. 542-590.
- Morell Ocaña, L. (1994). *El sistema de confianza política en la Administración pública*. Madrid, España: Civitas.

- Moreu Carbonell, E. [et al.] (2012). La función directiva. *Revista catalana de dret públic* (45), pp. 76-93.
- Nettesheim, N. (2014). Confianza y «gobernanza» democrática. La confianza como presupuesto de legítima «gobernanza» democrática europea. *Revista de Estudios Políticos* (165), pp. 95-115.
- Nieto, A. (1960). Fuentes legislativas preconstitucionales para la historia de la burocracia en España. *Revista de Administración Pública* (33), pp. 273-304.
- Nieto, A. (1970). Problemas capitales del Derecho disciplinario. *Revista de Administración Pública* (63), pp. 39-84.
- Nieto, A. (1984). Los estudios sobre la Administración pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada. *Revista Documentación Administrativa* (200), pp. 7-42.
- Nieto, A. (1997). *Corrupción en la España democrática*. Barcelona, España: Ariel.
- Nieto, A. (2008). *Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado*. Intervención en la sesión del día 22 de abril de 2008 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, España.
- Ortega Álvarez, L. (2010). *Prólogo a la obra colectiva La alta dirección pública: análisis y propuestas*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ortega Álvarez, L. y Maeso Seco, L. F. (coords.) (2010). *La alta dirección pública: análisis y propuestas*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parada Vázquez, R. (1999). La degeneración del modelo de función pública. *Revista de Administración Pública* (150), pp. 413-452.
- Parejo Alfonso, L. (2007). La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo, al remedio del arbitrio urbanístico y su secuela de corrupción. *Cuadernos de Derecho Público* (31), pp. 51-78.
- Parejo Alfonso, L. (2013). Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad. *Temas para el Debate* (223), pp. 35-41.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativa*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (2012). La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local. *Anuario del Gobierno Local*, pp. 93-140.
- Ponce Solé, J. (2019). La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida. *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*.
- Prats Catalá, J. (2004). Las transformaciones de la Administraciones públicas de nuestro tiempo. En F. Sainz. (Ed.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (pp. 27-102). Madrid, España: editorial.
- Quintás Seoane, J. R. (2012). *Supervisando al supervisor bancario: riesgos y estrategias de cobertura*. Barcelona, España: Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras.
- Ramió, C. (2016). *La renovación de la función pública*. Madrid, España: Catarata.
- Rivero Ortega, R. (2012). *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rodríguez Escanciano, S. (2013). *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*. Madrid, España: Iustel.
- Sánchez Morón, M. (2011). Sobre la captura del empleo público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* (1), pp. 71-79.
- Santamaría Pastor, J. A. (1984). La teoría del órgano en el Derecho administrativo. REDA, núm. 40/41.
- Santamaría Pastor, J. A. (1988), Gobierno y Administración: una reflexión preliminar, *Revista Documentación Administrativa*, (215), pp. 67-84.
- Villoria, M. (2012). Transparencia y valor de la transparencia. Marco conceptual.

- Publicación digital 2/2012, Fundación Democracia y Gobierno Local*. Recuperado de [https://www.gobiernolocal.org/docs/publicaciones/Transparencia\\_ponencias2.pdf](https://www.gobiernolocal.org/docs/publicaciones/Transparencia_ponencias2.pdf)
- Villoria M. y Izquierdo Sánchez, A. (2016). *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid, España: Tecnos.
- Villoria Mendieta, M.; Gimeno, J. M. y Tejedor J. (2016). *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona, España: Atelier.
- Vírgala Foruria, E. (2012). Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible. *Revista Española de Derecho Constitucional* (94), pp. 61-115.
- Zambonino Pulito, M. (2019). *Buen Gobierno y buena administración*. Madrid, España: lustel.

# Secreto de Estado\*

## State Secret

José Antonio Sendín Mateos  
 Universidad de Salamanca  
 ORCID ID 0000-0002-8740-2752  
[jasendin@usal.es](mailto:jasendin@usal.es)

**Cita recomendada:**

Sendín Mateos, J. A. (2020). Secreto de Estado. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 258-273.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5276>

Recibido / received: 17/02/2020  
 Aceptado / accepted: 06/04/2020

### Resumen

En este trabajo me ocuparé de los problemas que plantea el recurso a los secretos de Estado en los sistemas democráticos, prestando especial atención a la forma como se regulan en el derecho español. Tras una breve aproximación al concepto, realizaré un examen crítico de los mecanismos de control y, en especial, del control jurisdiccional. El tema de los secretos de Estado es de máxima actualidad en España, debido a que el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados ha puesto en marcha un proceso de reforma de la Ley de secretos oficiales de 1968, que a día de hoy aún sigue vigente.

### Palabras clave

Secreto de Estado, publicidad, transparencia, actos políticos, actos discrecionales.

### Abstract

*In this research I will deal with the problems posed by state secrets in democratic systems, paying special attention to the way in which they are regulated in Spanish law. After a brief approach to this concept, I will carry out a critical examination of the control mechanisms, and especially of the jurisdictional control. The issue of state secrets is a highly topical subject in Spain, because the Basque Parliamentary Group (EAJ-PNV) in the Chamber of Deputies has launched a process to reform the Official Secrets Act of 1968, which to this day it is currently valid.*

### Keywords

*State secret, publicity, transparency, political acts, discretionary acts.*

\* Trabajo desarrollado en el proyecto de investigación FFI2017-82535-P («El desván de la razón: Cultivo de las pasiones, identidades éticas y sociedades digitales»), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER. Desde una perspectiva diferente y sin la pretensión de profundizar en un análisis conceptual, he escrito sobre los secretos de Estado en Sendín (2019).

SUMARIO. 1. Los secretos de Estado: un debate de actualidad. 2. Sobre el concepto de «secreto de Estado». 3. Publicidad y secretos de Estado. 4. La regulación española del secreto de Estado. 5. Las restricciones al acceso a la información en la Ley de Transparencia y Buen Gobierno. 6. El ámbito de lo secreto. 7. El control judicial de los secretos de Estado. 8. La Proposición de Ley de reforma de la Ley de secretos oficiales.

## 1. Los secretos de Estado: un debate de actualidad

Los secretos de Estado son una expresión de lo que habitualmente se conoce como «razón de Estado»<sup>1</sup>. Estos secretos son generalmente utilizados por los gobiernos de forma excepcional –pues la publicidad de sus actuaciones ha de ser la regla en cualquier estado democrático–, y solo a condición de que contribuyan a asegurar la pervivencia del propio Estado. Este es el cometido principal al que sirven y al que deberían estar siempre limitados. Sin embargo, en ocasiones desde el poder ejecutivo y otros organismos públicos (políticos o militares) que son competentes para hacer uso de los secretos de Estado, se ha recurrido a ellos con intenciones diferentes y menos honestas, a saber: encubrir comportamientos ilegítimos con la intención de ocultarlos a los ojos de la opinión pública. Es en esas ocasiones cuando se utiliza el secreto no para garantizar la continuidad del Estado, sino más bien para salvaguardar el gobierno de turno o algún otro centro de poder, tratando de obstaculizar que ciertas informaciones que puedan provocar escándalo o indignación lleguen a conocimiento de la ciudadanía y sean de dominio público. Naturalmente, esto supone incurrir en un abuso de autoridad.

No es de extrañar, pues, que en el recurso a los secretos de Estado se ponga a prueba la integridad –en términos éticos y políticos– de los gobiernos, que nunca deberían sobrepasar los límites legalmente establecidos para hacer un uso legítimo de ese instrumento. Siempre que se utilice dentro de esos límites, el secreto de Estado cumple una función instrumental (Sánchez Ferro, 2006, p. 11) de gran trascendencia social: salvaguardar, dentro de los estándares de exigencia ética propios de un Estado democrático, intereses comunes tan vitales como la seguridad nacional y la defensa.

No hay, por tanto, ninguna razón para pensar que los secretos de Estado son incompatibles con la política democrática y que no hay lugar para ellos en un Estado constitucional. Frente a otros recursos de los que, invocando una «razón de Estado», suele servirse el poder y que en modo alguno son moralmente aceptables –v. gr. el engaño o la mentira<sup>2</sup> a la ciudadanía–, el secreto de Estado podrá tener admisibilidad a condición de que su utilización sea respetuosa con las prescripciones y cautelas legales y de que su objetivo sea la salvaguarda de un interés público superior, como el aseguramiento y la supervivencia de la propia constitución (de Lucas, 1990, p. 141). Para ello, deberá estar sujeto a algún tipo de control institucional, bien sea legislativo, o bien jurisdiccional.

<sup>1</sup> Del Águila (2000) ofrece una reflexión, en términos éticos y políticos, sobre la razón de Estado y el papel que juegan los secretos como instrumento a disposición del poder.

<sup>2</sup> Como indica de Lucas (1990, p. 140) «[...] el engaño, la mentira, son reprobables en la vida pública, porque constituyen [...] un obstáculo dirigido contra los principios sin los cuales no cabe democracia: el acceso de los ciudadanos a la información, al conocimiento sin el cual no pueden ejercer de forma libre y consciente su voluntad soberana, y, en consecuencia y en segundo lugar, la posibilidad misma de control del poder».



La necesidad de impedir o restringir severamente el acceso a ciertas materias cuyo conocimiento pueda poner en riesgo la seguridad del Estado y de mantener el uso de los secretos sujeto a control, son exigencias que la regulación española de los secretos de Estado trata de satisfacer, si bien sus resultados, como luego explicaré con más detalle, deben ser valorados de forma muy crítica. En efecto, la Ley 9/1968 de 5 de abril, sobre secretos oficiales<sup>3</sup> (LSO) y su Reglamento de desarrollo<sup>4</sup> –dos vestigios de la legislación del franquismo que siguen mostrando gran capacidad de resistencia a día de hoy–, justifican que ciertas materias se puedan clasificar, de modo que se prohíba el libre acceso a las mismas, cuando su conocimiento pueda poner en grave riesgo los intereses fundamentales de la Nación y supongan una amenaza para la defensa nacional, la paz exterior y el orden constitucional.

Esta pretensión no solo es admisible, sino que también es loable y, seguramente, es compartida en cualquier estado democrático de nuestro entorno más próximo. Un serio problema de la regulación española consiste en la dificultad de ejercer un control efectivo de las decisiones gubernamentales sobre la clasificación de materias, pues los secretos de Estado pueden extenderse de forma prácticamente indefinida al no fijarse plazos para su desclasificación automática y al no estar claramente regulada la forma de efectuar el control jurisdiccional de los mismos, lo que ha dado lugar a una interesante discusión doctrinal sobre cuál es la mejor forma de realizar ese control.

Al no estar establecido ningún plazo de desclasificación automático y obligatorio de las materias secretas, la vía para acceder a ellas es mediante la cancelación del secreto o la concesión de un permiso especial. Pero esto también es problemático, porque en nuestro sistema la autoridad que puede tomar esas decisiones es la misma que actualmente tiene atribuida la potestad única para declarar secretos: el Pleno del Consejo de Ministros. Por esta razón los secretos de Estado tienden de forma natural a prolongarse *sine die*. España es, como se ha escrito en algún medio de prensa, un país donde los secretos nunca mueren (Rodríguez, 2020).

Las deficiencias de la regulación española de los secretos de Estado apenas fueron mitigadas tras la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y buen gobierno<sup>5</sup> (LTBG). Esta norma, lejos de contribuir a resolver los problemas más serios, ha agravado la situación, pues a pesar de tener como objeto la regulación de la transparencia, paradójicamente ha impuesto restricciones adicionales al acceso a la información, fijando límites al conocimiento de ciertas materias más allá de hasta donde permitía llegar la LSO. En la práctica, esto supone una ampliación muy preocupante del caudal de datos e informaciones que pueden permanecer lejos del alcance de la opinión pública.

La problemática que rodea a la legislación española en materia de secretos de Estado ha demandado una atención especial en fechas recientes, especialmente después de que en la XII legislatura el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados presentara una proposición de ley de reforma de la LSO. Aunque no fue aprobada y caducó al concluir prematuramente la legislatura<sup>6</sup>, no cabe

<sup>3</sup> BOE de 6 de abril de 1968. Fue reformada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales (BOE de 11 de octubre de 1978). Para tener una visión de conjunto de la Ley y su Reglamento, véanse los comentarios de Cousido (1995).

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (BOE de 24 de febrero de 1969).

<sup>5</sup> BOE de 10 de diciembre de 2013.

<sup>6</sup> El discurrir parlamentario de la proposición de ley fue tortuoso, pues el trámite de enmiendas se alargó demasiado, siendo superado finalmente el 20 de marzo de 2018, tras cuarenta y dos ampliaciones del plazo. La legislatura concluyó cuando el texto estaba pendiente del informe de la Comisión

duda de que ha supuesto el intento más serio hasta la fecha de reformar el tratamiento que reciben los secretos de Estado en nuestro ordenamiento jurídico. El Grupo Vasco presentó nuevamente el texto en la XIII legislatura<sup>7</sup> –corriendo la misma suerte– y también en la actual XIV legislatura<sup>8</sup>. Si el trámite parlamentario se acelerara y no se propusieran nuevas enmiendas más allá de las que ya se habían presentado en la XII legislatura, es probable que en un futuro próximo sea aprobada por fin la reforma de la LSO, incorporando importantes novedades. La más determinante será el sistema de plazos para la desclasificación automática de datos e informaciones.

## 2. Sobre el concepto de «secreto de Estado»

Desde un punto de vista semántico el vocablo «secreto» es ambiguo o, si se prefiere, equívoco. Es un término que tiene aplicaciones diversas en el lenguaje ordinario. En el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua aparecen registradas varias definiciones léxicas del concepto, refiriéndose la primera de ellas a una «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta». Como explica Sánchez Ferro (2006, p. 3), esta definición no está desencaminada, pues por «secreto» debemos entender todo aquello que se mantiene en condiciones de confidencialidad. Además, es necesario que la ocultación de esas informaciones sea intencionada, pues el hecho de que no sean conocidas no es suficiente por sí solo para entender que son secretas. Para que exista un secreto es indispensable el ánimo de ocultar las informaciones o datos que son objeto del mismo, con el objetivo de evitar su difusión y conocimiento (de Lucas, 1990, p. 138). Esto lleva a diferenciar entre el secreto y la información que se pretende mantener oculta. Esta no se identifica con el secreto, sino que más bien constituye su objeto (Sánchez Ferro, 2006, pp. 3-4).

Un rasgo que distingue al secreto es su carácter discriminatorio. De Lucas (1990, p. 136) lo califica como «un conocimiento intencionalmente separado», dado que el secreto establece una doble división: (i) por un lado, en relación con las materias que son objeto del secreto, trazando una línea de separación entre las que se pretenden mantener ocultas y las que son de dominio público, y (ii) por otro lado, en relación con los sujetos, discriminando entre los conocedores del secreto, que están en posesión de ese conocimiento arcano, y los ajenos a él, que se encuentran frente a los primeros en situación de exclusión<sup>9</sup>. Por esta razón, es comprensible que se genere un vínculo de complicidad entre quienes comparten el secreto y que se contemple con recelo y desconfianza a quienes tratan de desvelar su contenido (de Lucas, 1990, p. 138).

¿Cuál puede ser ese contenido? ¿Qué es lo que se esconde tras el secreto? Esa información puede ser cualquiera. Lo determinante es la voluntad de que permanezca oculta. Esto se mantiene, con carácter general, cuando pasamos al terreno jurídico: el secreto tiene carácter formal y normalmente está desprovisto de contenido sustantivo. Se hace uso de él buscando proteger determinados bienes jurídicos. Así ocurre, por ejemplo, con el secreto de las comunicaciones –garantizado por el art. 18.3 CE–, que tiene carácter formal, pues el secreto recae sobre el contenido de lo que se comunica con independencia de cuál pueda ser este<sup>10</sup>.

---

Constitucional, produciéndose su caducidad. No era la primera vez que sucedía esto, pues el Grupo Vasco ya presentó la proposición de ley en la breve XI legislatura, que concluyó al no designarse un presidente del Gobierno.

<sup>7</sup> Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BGCG), Serie B, 38-1, 25/06/2019.

<sup>8</sup> BGCG, Serie B, 31-1, 17/01/2020.

<sup>9</sup> En este sentido el vocablo «secreto» es consecuente con su etimología, pues proviene del participio perfecto latino *secernere*, cuyo significado es el de separar o aislar (Sánchez Ferro, 2006, p. 4, nota 6).

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido en la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

Ahora bien, cuando nos referimos a los secretos de Estado la cosa es diferente, pues en estos casos el uso del secreto se justifica por la necesidad de proteger unos bienes jurídicos determinados: la seguridad nacional y la defensa. Por esta razón, a diferencia de otros secretos –como el que protege el contenido de las comunicaciones, que es meramente formal– los secretos de Estado tienen un contenido específico y se refieren a un tipo particular de informaciones, impidiendo su difusión a fin de evitar los daños que su conocimiento podría ocasionar a los intereses vitales que se protegen. En realidad, en relación con los secretos de Estado, el elemento formal tendría una presencia mínima y quedaría prácticamente reducido a la declaración de voluntad del órgano u órganos que, de acuerdo con las normas reguladoras, son competentes para clasificar una materia (Sánchez Ferro, 2006, p. 8).

Para concluir esta aproximación terminológica, y situando el foco en la normativa española, puede parecer extraño que la ley reguladora lleve la denominación de «Ley de Secretos Oficiales», en lugar de «Ley de Secretos de Estado». En la doctrina no hay unanimidad al referirse a esos secretos de una manera u otra. Ciertamente, aunque no existe aquí un problema de fondo, me parece pertinente explicar por qué opino que la denominación «secreto de Estado» es preferible y más rigurosa. La razón es sencilla: por «oficial» debe entenderse algo sumamente amplio e impreciso. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua lo define como lo «que emana de la autoridad del Estado» y cuyo ámbito, por tanto, excede con mucho el de los secretos de Estado. Por esta razón, la denominación «secreto oficial» puede generar confusión (Sánchez Ferro, 2006, p. 16).

En cambio, cuando hablamos del «secreto de Estado» la confusión desaparece, pues este se utiliza siempre con un objetivo preciso: proteger intereses tan sensibles para la continuidad del Estado como la seguridad y la defensa (Sánchez Ferro, 2006, p. 18). Este es el contenido específico de este tipo de secretos y lo que determina su carácter particular. No debe olvidarse que lo que se pretende es evitar poner en riesgo la seguridad del Estado, y no la del Gobierno o ninguna otra (Wilkinson, 2007, p. 250).

### 3. Publicidad y secretos de Estado

La necesidad de proteger los bienes jurídicos de la seguridad nacional y la defensa es lo que justifica que los secretos de Estado puedan encontrar acomodo en un Estado constitucional. Para ello, según Manuel Aragón (2006, p. XIX), esos secretos deben operar «como rigurosa excepción a la regla general de publicidad», estando sometidos a unas condiciones exigentes. Es decir, que su utilización debe ser siempre un recurso excepcional, y su regulación legal debe ir encaminada a evitar que puedan convertirse en regla (Wilkinson, 2007, p. 89).

Los estados democráticos se caracterizan porque tratan de satisfacer la legítima aspiración de que los actos de quienes ejercen el poder sean «visibles», en el sentido de que la opinión pública pueda conocerlos, quedando sujetos a su escrutinio. Ahora bien, junto a las actuaciones «visibles» de los poderes del Estado, hay un Estado y un poder que Bobbio (1985, p. 20; 1986, pp. 23 y 65) calificó como «invisible», pues trata de que sus actuaciones se mantengan en secreto. Bobbio recuerda que la democracia nació justamente con la pretensión de erradicar el poder invisible de la vida pública, y de materializar el ideal de un «poder sin máscaras» que actúe desde la publicidad y la transparencia, sin dejar resquicio al abuso de los *arcana imperii*, característicos de los estados autocráticos.

De forma muy parecida, también Kelsen sostiene que la publicidad es la seña de identidad de la democracia, mientras que los sistemas autocráticos se caracterizan por la opacidad de los actos de sus dirigentes (Kelsen, 1968, p. 1963; 2006, p. 234), a fin de eliminar cualquier posibilidad de ejercer un control político o jurídico efectivo de los actos del gobierno, que pudiera dar pie a críticas y a que sus decisiones se sometan a la vigilancia de la opinión pública. La publicidad se contempla, así, como una aspiración y un valor estrechamente ligado a la democracia, cuya calidad como sistema político será mayor cuanto más se logre avanzar en la satisfacción de esa aspiración. Fue en la Ilustración cuando se dieron los primeros pasos para institucionalizar el principio de publicidad, quedando limitado el recurso al secreto a situaciones de excepcionalidad, evitando que pudiera servir como «el más firme escudo de la tiranía», según palabras de Beccaria (de Lucas, 1990, p. 138).

El valor democrático fundamental de la publicidad se expresa con total nitidez en el conocido apéndice de *Hacia la paz perpetua*, donde Kant (2018, p. 120) formula el principio –que vale como principio ético y como principio jurídico– de que «Todas las acciones referidas al derecho de otros seres humanos que no sean compatibles con la publicidad son injustas». Para el filósofo prusiano este es el principio trascendental del derecho público, que permite censurar como injustas las actuaciones del Estado que solo se pueden llevar a término a condición de que sea secretamente, puesto que, si se pretendieran realizar a la vista de todos, provocarían la reacción desfavorable de la opinión pública.

Al margen de la calificación moral que podamos hacer de las manifestaciones del poder invisible, en todos los estados –incluidos los estados constitucionales actuales– existen secretos. Bobbio admite que, si bien el ideal de la democracia es que el poder se ejerza con visibilidad, en circunstancias excepcionales el secreto puede encontrar justificación. Esto le lleva a formular una exigencia que en su opinión es ineludible en cualquier estado constitucional: «la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no puede aminorar la regla, ya que el secreto está justificado al igual que todas las medidas excepcionales [...] solamente si está limitado en el tiempo» (Bobbio, 1986, p. 67).

Así pues, en los estados constitucionales el secreto solo se puede admitir como excepción a un principio general de publicidad, cuya aplicación se extiende a todas las actuaciones de las instituciones y organismos públicos<sup>11</sup>. Este principio se sustenta en la convicción de que la democracia necesita para subsistir de una opinión pública que muestre una actitud crítica y cuente con una amplia información que la habilite para el ejercicio de una función de control y de exigencia de responsabilidades al Gobierno y los poderes públicos<sup>12</sup>. De otro modo, sin publicidad, el poder se ejercería sin freno y se caería en la pura arbitrariedad, quedando la democracia constitucional seriamente comprometida<sup>13</sup>.

Para evitar este desenlace y, para que los secretos de Estado puedan encontrar cobijo en la democracia constitucional en coexistencia con el principio de publicidad, las decisiones sobre la clasificación de materias deben ser controladas,

<sup>11</sup> Así lo indican Aragón (2006, p. XVIII), Díez-Picazo (1998, p. 81) y Díez Sánchez (1999, p. 191).

<sup>12</sup> Bobbio (1986, p. 68) opina que «Siempre se ha considerado como uno de los puntos fundamentales del régimen democrático, el que todas las decisiones y, en general, los actos de los gobernantes deban ser considerados por el pueblo soberano. El régimen democrático ha sido definido como el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo».

<sup>13</sup> Por eso para Aragón (2006, p. XVII) el problema de los secretos de Estado es uno de los más delicados a los que se ha enfrentado el constitucionalismo, «pues pocos asuntos, como éste, ponen de manifiesto la tensión entre la necesidad de preservar el Estado, sin cuya existencia no cabe la convivencia política, y la necesidad de controlar a ese mismo Estado, sin lo cual esa convivencia no estaría basada en la libertad».

bien a través de órganos políticos –v. gr. comisiones parlamentarias como la de Secretos Oficiales– o bien de órganos jurisdiccionales, que en el transcurso de un procedimiento tratan de armonizar la presencia del secreto con el deber institucional de juzgar.

Uno de los defectos de la regulación española de los secretos de Estado es que estos son difíciles de controlar –por motivos que luego explicaré con detalle– y tienden a perpetuarse, por varias razones. Por un lado, el marco normativo vigente se puede considerar caduco. Esto no tiene tanto que ver con el origen preconstitucional de las normas reguladoras –pues esto no influye ni positiva ni negativamente en la calidad de su técnica legislativa– como con el hecho de que la LSO y su Reglamento establecen procedimientos que no son homologables a los que se aplican en países cercanos, en los que las materias se desclasifican automáticamente al transcurrir un cierto número de años. Pero tampoco debe olvidarse que la LSO fue aprobada por el gobierno de un Estado autocrático y, por lo tanto, poco inclinado a dar publicidad a sus actuaciones. A esto hay que añadir que la legislación sectorial que se ha ido aprobando después –ya en democracia– sobre distintos ámbitos en los que puede haber secretos, es dispersa y ha complicado el panorama jurídico existente. Por último, ocurre algo parecido con la LTBG aprobada en 2013, que, como luego explicaré, ha supuesto una ocasión perdida para reformar la normativa y acomodarla a los tiempos.

#### 4. La regulación española del secreto de Estado

El texto de la LSO de 1968 es respetuoso, al menos formalmente –no olvidemos que se trata de legislación franquista–, con la exigencia de que los secretos de Estado se pueden utilizar solo como excepción al principio general de publicidad. Según el art. 1:

Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo en los casos en que por la naturaleza de la materia sea esta declarada expresamente «clasificada», cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente ley.

La Ley también distingue dos categorías de materias clasificadas: las secretas y las reservadas. El art. 3.1 del Reglamento dispone que son secretas las materias que

[...] precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

Mientras que las materias reservadas (art. 3.2) se refieren a

[...] los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

Como puede apreciarse, en ambos casos se trata de proteger los mismos bienes jurídicos. La diferencia estriba en que las materias secretas revisten una «importancia excepcional», mientras que las reservadas son «menos importantes». La ley no indica criterios para diferenciar entre materias de una u otra índole (Wilkinson, 2007, pp. 104 y 219) y por eso la única forma de hacerlo es mediante una decisión discrecional: el



art. 4 de la LSO atribuye la competencia exclusiva para declarar materias como secretas o reservadas al Pleno del Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes del Estado Mayor. De esta manera, junto al elemento objetivo de la clasificación –los bienes jurídicos que se pretende proteger: la seguridad del Estado, la defensa nacional, etc.– aparece un elemento subjetivo: los órganos competentes para emitir esa declaración.

Seguramente lo que mejor caracteriza el modelo español es que atribuye a esos órganos no solo la competencia de clasificación, sino también las de cancelación y la de conceder autorización para acceder a las materias clasificadas (arts. 7 y 11.2 LSO). Esto tiene dos consecuencias: por un lado, que es difícil controlar esa clasificación, lo que facilita que el órgano competente pase de la discrecionalidad a la arbitrariedad. Y, por otro lado, que en la práctica apenas habrá diferencia entre clasificar una materia como secreta o como reservada, pues en ninguno de los dos casos se podrá acceder a ella a menos que se cancele la clasificación o se conceda un permiso. Seguramente la única diferencia es que las materias secretas están sujetas a unas condiciones de seguridad y custodia más exigentes que las de las reservadas<sup>14</sup>.

Aunque la LSO atribuye esas competencias al Pleno del Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, hay que puntualizar dos cosas: (i) en 1978 las Cortes Constituyentes modificaron la LSO para que el Congreso de los Diputados y el Senado pudieran tener acceso a cuantas informaciones reclamasen, en la forma que es indicada en sus reglamentos «y, en su caso, en sesiones secretas» (art. 10.2), y (ii) tras aprobarse la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, se otorga al mando del ejército<sup>15</sup> una competencia meramente consultiva (art. 97), lo cual, como observa Díez Sánchez (1999, p. 199), desactiva la competencia de desclasificación. Además, después de que las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 –que resolvieron el famoso caso de los «papeles del CESID»– dictaminaran que la competencia de desclasificación «es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 CE», se concluye que la competencia de clasificación solo se puede atribuir al Gobierno, en virtud de esa misma potestad.

Resumiendo, el problema de la regulación española del secreto de Estado no es solo que fuera tardía (en Suecia existe una legislación sobre transparencia y acceso a la información desde 1766), sino que cuando finalmente fue aprobada se optó por un modelo que dejaba las decisiones sobre la desclasificación en manos de los mismos órganos encargados de clasificar, que han de ponderar el impacto que pueden tener esas materias para bienes jurídicos que, como la seguridad nacional y la defensa, se consideran dignos de protección. A diferencia de países como Reino Unido, Francia o Italia –donde la desclasificación se produce automáticamente al transcurrir un número de años que es establecido legalmente–, la normativa española no fija plazos ni para la desclasificación de esas materias ni para la revisión de las mismas, a fin de comprobar si se siguen dando las circunstancias que justificaron la

<sup>14</sup> El reglamento regula de forma diversa cómo debe custodiarse el material clasificado como secreto (art. 13) y como reservado (art. 14); y también cuáles son las condiciones para llevar a cabo su traslado (arts. 18 y 19). Leer estos artículos puede provocar nostalgia, y son la demostración de que estamos ante una norma propia de otro tiempo. Sobre el material secreto, al art. 13 dispone que «estará guardado en una caja fuerte o armario-archivador a prueba de incendios y dotados de cerraduras de combinación de disco, cuyas dimensiones, peso, construcción e instalación hagan mínimas las posibilidades de robo, violación o indiscreciones». La actualización que demanda la regulación española de las materias clasificadas ha de adaptarse también a la era tecnológica.

<sup>15</sup> Esta Ley otorga el mando de la estructura operativa del Ejército al Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), que sustituye a la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUEM).

clasificación (Wilkinson, 2007, pp. 105 y 238). Esos plazos no son obligatorios y mientras no sean establecidos –lo cual es algo que pretende llevar a cabo la proposición de ley del Grupo Parlamentario Vasco–, la única vía para desclasificar sigue siendo una decisión del Pleno del Consejo de Ministros, que es el órgano con potestad clasificatoria exclusiva. Por eso España se puede considerar un país de secretos «eternos», donde es difícil que algunas materias e informaciones puedan llegar al conocimiento de la ciudadanía.

## 5. Las restricciones al acceso a la información en la Ley de Transparencia y Buen Gobierno

Hasta 2013 España era uno de los cuatro países de la Unión Europea, junto a Malta, Chipre y Luxemburgo, que no contaban con una ley de transparencia. La LTBG que se aprobó ese mismo año fue decepcionante en varios aspectos que ahora explicaré. En relación con los secretos de Estado, lejos de contribuir a que su regulación garantice en mayor medida la satisfacción de las exigencias de publicidad, esta ley ha ampliado notablemente el abanico de materias a las que se puede limitar el libre acceso.

Antes de explicar este punto hay que preguntarse por la relación que existe entre los principios de publicidad y de transparencia. Sobre la publicidad, parece obvio que su contenido es más amplio y su alcance mayor, que el del principio de publicidad de las normas que recoge el art. 9 CE. Según Isabel Lifante (2018, p. 24) la publicidad es un principio regulativo que cumple una función vital en los estados constitucionales, imponiendo cauces de acción a los poderes públicos. Otros valores del mismo tipo son los de veracidad, libre acceso a la información, etc. La publicidad y esos otros valores expresan exigencias que se derivan del reconocimiento de otro principio afín pero que opera a un nivel más abstracto: el principio de transparencia (Lifante, 2018, p. 25).

Las exigencias que están incluidas en el principio de transparencia, entre las que se encuentra la de publicidad, son «instrumentales» en el sentido de que contribuyen a la mejora de la calidad de las instituciones democráticas y del Estado constitucional (Lifante, 2018, p. 26). Quizás el mayor logro de la LTBG es haber promocionado que se cumplan esas exigencias, al imponer a las administraciones públicas obligaciones de «publicidad activa», tal como se explica en la exposición de motivos:

La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.

El Capítulo II de la LTGB regula cómo ha de materializarse la publicidad activa, estableciendo unos principios generales, fijando mecanismos de control y creando el Portal de Transparencia. Además, se da un paso importante en relación con el art. 105.b) CE, según el cual 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 los delitos y la intimidad de las personas». Aunque este precepto era ya interpretado como un derecho de acceso, este terminó siendo reconocido de forma expresa en el art. 12 LTBG, donde se dispone que «todas las personas tienen

derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley»<sup>16</sup>.

Ahora bien, la LTBG encierra una llamativa paradoja: al tiempo que reconoce que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, impone severas restricciones a ese derecho de acceso. Algunas están más justificadas que otras. Las que se derivan de la necesidad de proteger los datos personales<sup>17</sup> (art. 15) y el secreto profesional y la propiedad industrial son muy razonables. También lo están las dirigidas a proteger los bienes jurídicos que, de acuerdo con la LSO –que, por cierto, no aparece mencionada en el texto–, pueden justificar que se clasifique una materia, a saber: la seguridad nacional y la defensa. En estos casos, la restricción del acceso supondría –llevando a cabo una interpretación sistemática de la LTBG en conjunción con la LSO– que esas materias tendrían que clasificarse, al menos, como reservadas. Sin embargo, la LTBG no dice nada en ese sentido, y parece como si de súbito en el ordenamiento jurídico español la LSO se hubiera desvanecido sin dejar rastro.

Junto a esas restricciones hay otras que limitan el libre acceso a la información sobre asuntos entre los que figuran las relaciones exteriores, la seguridad pública, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria y la protección del medioambiente. Pero, seguramente, las más preocupantes desde la pretensión de satisfacer las exigencias de la transparencia y evitar comportamientos indebidos, son las que se refieren a «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» (art. 14.1.g) y a «la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» (art. 14.1.k). La LTBG se expresa con indeterminación. Aunque el art. 14.2 establece que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso», lo cierto es que con la LTBG en la mano es posible restringir el acceso a la información sobre los procesos públicos de decisión (*v. gr.* en las licitaciones de obras y servicios públicos, la concesión de licencias, etc.) y el control sobre los mismos. La gran paradoja de la LTBG es que permite ir más lejos de hasta donde permitía llegar la LSO en la limitación del acceso a la información pública, aumentando ostensiblemente el número de supuestos y sin hacer uso del secreto o la reserva. Esto sorprende más aún, teniendo en cuenta que el gran logro de la LTBG es que impone obligaciones de publicidad activa a las administraciones. Por lo demás, esta ley no introdujo cambios en la regulación del secreto del Estado.

## 6. El ámbito de lo secreto

El secreto tiene un ámbito de aplicación más amplio que el de los secretos de Estado. Dependiendo de los bienes jurídicos que se pretenden proteger, los secretos pueden ser privados –si protegen intereses particulares– o públicos –si protegen el interés del Estado– (Sánchez Ferro, 2006, pp. 9-10). En el ámbito de la privacidad, se protegen por medio del secreto bienes jurídicos como la inviolabilidad del domicilio, la intimidad y el secreto de las comunicaciones (art. 18 CE), así como el derecho a no declarar sobre las propias creencias (art. 16 CE). La Constitución garantiza estos aspectos de la vida privada y cualquier intromisión se percibe como antijurídica, a menos que el afectado haya dado su consentimiento o exista autorización judicial<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Como subraya Torres Ventosa (1998, p. 365), el derecho de acceso no solo es susceptible de ejercerse en los archivos públicos, sino también en los privados, siempre que lleguen a tener trascendencia pública.

<sup>17</sup> Esas restricciones complementan las medidas de protección previstas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

<sup>18</sup> Torres Ventosa (1998, p. 364) explica que el art. 20.4 CE impone un límite al derecho a la información, puesto que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en

Los secretos de Estado también suelen estar presentes en ciertos ámbitos. Uno de ellos es el del intercambio de información entre las agencias de inteligencia de los Estados en la lucha contra amenazas globales como el terrorismo internacional<sup>19</sup>. Aquí me referiré solo a dos muy concretos: (i) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, es decir, el ámbito de aplicación del art. 105.b) CE, y (ii) en el desarrollo de los procesos judiciales y, muy especialmente, de los procesos penales, en los que puede ser más necesario que nunca el control jurisdiccional del secreto.

(i) El art. 105.b) establece que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros y registros administrativos, «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». El art. 12 de la LTBG de 2013 al fin reconoce expresamente, como antes he indicado, el derecho de todas las personas a acceder a la información.

La presencia de secretos de Estado puede justificar que se prohíba o restrinja el libre acceso a los archivos y registros. En estos casos se abren varias vías posibles de conflicto, pues se ponen trabas al trabajo de estudiosos e investigadores. En sintonía con el art. 105.b) CE, la Ley 16/1985 de 25 de junio, del patrimonio histórico español<sup>20</sup>, dispone (art. 57) el libre acceso al patrimonio documental de las instituciones públicas, aunque con dos excepciones: los documentos «que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos»; y, por otro lado, los «que contengan datos personales de carácter de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad o a la propia imagen». Así pues, la libertad de acceso puede colisionar, según los casos, bien con un interés del Estado, bien con algún derecho de ámbito personal y privado.

Las limitaciones impuestas por la necesidad de proteger la privacidad suelen ser menos problemáticas para los investigadores, quienes no obstante rechazan el exceso de secretismo que recae sobre los arcanos de los archivos sujetos al régimen de la LSO. En algunos casos, como el del Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, se mantienen en secreto legajos que datan de hace siglos. Además, según los expertos, en nuestro país hay un complejo sistema archivístico, en el que los archivos militares, dependientes del Ministerio de Defensa, constituyen un sistema autónomo (Malalana Ureña y Moreno Pérez, 2018, p. 338). En particular, en los archivos españoles no es fácil acceder a documentos pertenecientes al periodo de la Guerra Civil y la Dictadura. La «Ley de Memoria Histórica»<sup>21</sup> de 2007 tampoco ha

---

los preceptos de las leyes que lo desarrollen 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».

<sup>19</sup> Prácticamente todo lo que rodea al Centro Nacional de Inteligencia (CNI) español es secreto. De él se conoce quién es su directora (Paz Esteban López) y poco más. Sus actividades, organización, estructura interna, medios, personal e instalaciones son secretos. En su caso es razonable, porque es un servicio de inteligencia. Sin embargo, como en el derecho español no se regulan plazos legales para desclasificar la información, es difícil conocer datos sobre el pasado del CNI (Escudero, 2016). Carlos Ruiz Miguel (2002, pp. 25-26) defiende que en los Estados constitucionales existan espacios secretos como el CNI, que deberían resguardarse: «el Estado constitucional, en cuanto Estado y en cuanto constitucional, necesariamente tiene que preservar una serie de áreas reservadas».

<sup>20</sup> BOE de 29 de junio de 1985.

<sup>21</sup> Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (BOE de 27 de diciembre de 2007).

despejado el camino, y muchos investigadores se han visto obligados a buscar información fuera de nuestras fronteras (Hernández Luis, 2016, p. 107).

Otro fenómeno preocupante para los investigadores son los casos en los que no solo se clasifican materias, sino que el propio acuerdo de clasificación del Consejo de Ministros es declarado secreto. Tal fue el caso del Acuerdo de 15 de octubre de 2010, que permaneció tan en secreto como las materias que clasificaba<sup>22</sup>, y no se publicó en el BOE del día correspondiente (Malalana Ureña y Moreno Pérez, 2018, p. 340). Como resultado de seguir estas prácticas, se ha pasado de la clasificación de documentos a, por así decirlo, añadir «extensiones» a esa clasificación, que amplían la cobertura del secreto en materias cuyo conocimiento pueda suponer un perjuicio para las relaciones internacionales de España. Esta es una de las razones que se suelen invocar para no desclasificar ciertos documentos (Malalana Ureña y Moreno Pérez, 2018, p. 341).

(ii) Los secretos de Estado también pueden repercutir en los procesos judiciales, lo cual puede tener serias consecuencias, en particular, en los juicios penales. El art. 105.b) CE limita el acceso de los ciudadanos a la información, pero este artículo no se puede interpretar en el sentido de impedir que los órganos judiciales lleven a cabo sus investigaciones (Díez-Picazo, 1998, p. 31), en especial cuando en un procedimiento hay indicios de que cierta información clasificada puede ser relevante para conocer los detalles del caso.

Los secretos de Estado pueden suponer un límite a la pretensión de conocer la verdad de los hechos a través del proceso, que tanto preocupa a los epistemólogos. La presencia de un secreto puede ocasionar que en un proceso el valor epistémico de la verdad sea derrotado por otros valores no epistémicos, como la seguridad nacional y la defensa. En los procesos penales esta situación puede darse tanto en la práctica de las pruebas testificales como de las pruebas documentales.

(a) En la práctica de las pruebas testificales los jueces pueden tropezarse con los denominados «testigos privilegiados». Larry Laudan (2013, p. 230) explica que esos testigos son individuos que, teniendo información sobre los hechos delictivos del caso, no pueden estar sujetos a interrogatorio ni pueden ser obligados a prestar testimonio, pues la información que pueden aportar está sometida a un estatus jurídico especial. La mayor parte proviene de relaciones personales: no se puede obligar a los cónyuges a testificar el uno contra el otro, ni a un abogado a revelar las conversaciones con sus clientes, ni a un psiquiatra el contenido de las sesiones con sus pacientes.

En ocasiones, el privilegio es determinado no por la relación entre el acusado y un profesional, sino por el propio carácter de la información. Por ejemplo, la identidad de los informantes de la policía no puede ser revelada, como tampoco se puede obligar a nadie a desvelar el sentido de su voto en unas elecciones. El ejemplo más claro de un testigo privilegiado de este tipo es la persona que posee información que se considera secreto de Estado, que no puede ser obligada a revelarla ante los tribunales (Laudan, 2013, p. 231). A Laudan la racionalidad de los secretos de Estado le parece evidente, pues «al privilegiar ciertos tipos de pruebas testificales se impone un costo epistémico innegable en nombre de la posibilidad de otorgar ciertos beneficios sociales» (2013, p. 236).

---

<sup>22</sup> El Acuerdo clasificaba diecisiete materias, entre las que figuraban las negociaciones para la liberación de los cooperantes españoles secuestrados en Malí en Somalia, las gestiones para apoyar a Repsol en Argentina, los preparativos del viaje del Rey Juan Carlos I a Brasil y a Chile o la candidatura del entonces Ministro de Asuntos Exteriores Miguel Ángel Moratinos –que cesó del cargo una semana después– como Director General de la FAO (González, 2012).



(b) Con respecto a las pruebas documentales, los órganos jurisdiccionales deben poder acceder en todo caso a los documentos que sean relevantes para la instrucción de los sumarios y la práctica de las pruebas. Esto es particularmente importante en los procesos penales, puesto que si un acusado encontrara obstáculos para acceder a los medios de prueba que le permitan organizar su estrategia de defensa –por ejemplo, si la información que necesita está clasificada– esto podría tener para él consecuencias dramáticas.

De acuerdo con el art. 106 CE corresponde a un tribunal independiente controlar los actos del poder ejecutivo. De no ser así, se estaría dando pie a que el Gobierno y los poderes públicos actuaran con absoluta arbitrariedad, abusando del poder que les confieren los secretos de Estado para encubrir actuaciones ilegítimas. Esto fue lo que ocurrió cuando a mediados de los años noventa la democracia española fue puesta a prueba después de que se filtraran a los medios de prensa los documentos secretos conocidos como «papeles del CESID», que contenían importante información sobre la «guerra sucia» contra el terrorismo de ETA.

Cuando tras las elecciones de marzo de 1996 llegó al poder el Partido Popular, las acusaciones particulares del «caso Gal» instaron al Gobierno de José María Aznar a desclasificar esos documentos para usarlos como prueba. La solicitud fue rechazada y las acusaciones interpusieron tres recursos contencioso-administrativos ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, por entender que se había vulnerado del derecho a la tutela judicial efectiva en su variante de utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Mediante las sentencias de 4 de abril de 1997, la Sala 3ª resolvió a favor de las acusaciones particulares y ordenó dar traslado de los documentos a los juzgados de instrucción, algo a lo que el Gobierno no podía negarse en virtud del art. 118 CE. Esas sentencias pueden considerarse un hito, pues en el derecho español nunca se habían cancelado secretos de Estado por mandato judicial.

## 7. El control judicial de los secretos de Estado

En las tres sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo los magistrados sostuvieron que el hecho de que en la LSO no se regulara el control de los secretos de Estado no quiere decir que queden cerradas las vías de acceso a la justicia, dado que los actos del poder ejecutivo están sujetos al control de los tribunales. En este caso, el acto que se impugna está limitando la efectividad de un derecho fundamental. Por eso, para dar solución, se realizó una ponderación de los intereses constitucionalmente enfrentados: la seguridad del Estado y un derecho tan proteico como la tutela judicial efectiva, en su faceta de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. El criterio de la Sala fue que, en casos de delitos graves, la seguridad del Estado debe ponderarse con otros intereses constitucionales y, en su caso, ceder ante ellos (Díez-Picazo, 1998, p. 73).

Ahora bien, en este proceso el elemento genuinamente innovador fue anterior a las sentencias. En tres autos de 2 de febrero de 1997, la Sala 3ª ordenó al Gobierno la entrega de los documentos secretos para que los magistrados los inspeccionaran *in camera*. La decisión fue un ejemplo de creatividad judicial, pues, aunque las *in camera inspections* son un recurso habitual en los sistemas anglosajones, en nuestro derecho eran algo desconocido, que no estaba contemplado en las leyes procesales. La Sala 3ª justificó la decisión argumentando que para ponderar los intereses constitucionales en juego era necesario inspeccionar reservadamente los documentos.

Aunque las sentencias de 1997 marcaron un antes y un después en el control de los secretos de Estado, a día de hoy sigue habiendo polémica sobre la mejor forma de materializar el control jurisdiccional (Sánchez Ferro, 2006, p. XL). De entrada, no hay un consenso sobre la manera como debe entenderse el acto de clasificación. Hay dos alternativas principales en disputa: o bien es un acto político –propio de la potestad de dirección política del Gobierno– que según la concepción tradicional estaría exento de control jurisdiccional, o bien es un acto discrecional, que es ajeno a esa potestad y ha de entenderse como un acto de aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, de manera que su control sería competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (Wilkinson, 2007, pp. 200 y 202).

Entre quienes sostienen que las decisiones sobre clasificación son actos políticos pueden distinguirse dos posiciones: la de quienes consideran que el acto político está exento de control judicial y la de quienes defienden que ese acto no debería implicar inmunidad. Pues bien, esta segunda postura, que no es la tradicional –pues mantiene que el acto de declaración del secreto de Estado, al poder ser controlado, se halla a medio camino entre el acto político y el acto discrecional–, se impuso en las sentencias de 1997. Aunque la Sala 3ª del Tribunal Supremo se refiere a las decisiones del Consejo de Ministros en las que se rechaza la desclasificación como «actos políticos», las trata, *de facto*, como si fueran actos discrecionales y termina ordenando la desclasificación (Wilkinson, 2007, p. 201). La decisión fue acorde con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>23</sup>, cuya exposición de motivos establece que los «actos políticos» en cuanto «supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho».

## 8. La Proposición de Ley de reforma de la Ley de secretos oficiales

Para concluir, explicaré cuáles son las novedades más importantes que se sugieren en la proposición de ley de reforma de la LSO, que el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) ha presentado de nuevo recientemente en la XIV legislatura. Su texto es breve, pues consta de una exposición de motivos y un artículo único, que pretende introducir cambios en la ley. El más significativo es el sistema de plazos. El art. 4.2 establece un plazo de veinticinco años para la desclasificación de las materias secretas, y de diez años para las reservadas. El Consejo de Ministros podrá conceder excepcionalmente una prórroga de diez años, tratándose solo de materias secretas y a condición de que se motive la decisión.

De acuerdo con el nuevo art. 7.1, una vez transcurridos esos plazos las materias quedarán desclasificadas de forma automática, si no han sido canceladas antes por el Consejo de Ministros. El art. 7.2 establece que cuando el Congreso de los Diputados y el Senado accedan a una información clasificada en sesión no secreta, ello conllevará su desclasificación. Además, conforme al art. 10.2, tanto el Congreso de los Diputados como el Senado seguirán teniendo acceso a cuantas informaciones reclamen, siempre de acuerdo con sus reglamentos. Del artículo solo se elimina el matiz final: «y, en su caso, en sesiones secretas».

Por último, se añade una disposición transitoria según la cual todas las materias clasificadas que ya hubieran cumplido los plazos de vigencia señalados en el art. 4 al entrar en vigor la ley, serán automáticamente desclasificadas. Mientras que, las que no los hubieran cumplido, se desclasificarán automáticamente al cumplirse dichos plazos, sin perjuicio de lo que dispone el art. 7. Esto supone que una vez entre en vigor la ley, el caudal de informaciones que de súbito es susceptible de ser canalizado

<sup>23</sup> BOE de 14 de julio de 1998.

a la opinión pública es enorme. Seguramente esta es una razón que podría explicar las reticencias a aprobar la ley en la XII legislatura, como lo demuestran las enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios.

Si en la legislatura actual esta ley llegara a aprobarse se incorporaría por fin el sistema de plazos para la desclasificación de materias, con lo que el tratamiento de los secretos de Estado en el derecho español se asimilaría a los que se aplican en países cercanos. Esto sería muy deseable, pues el valor de la transparencia es una exigencia irrenunciable en la actuación de los poderes públicos. Por eso, es necesario contar con un modelo claro y simple, que permita contrarrestar las deficiencias de una normativa que hace tiempo que ha caducado.

## Bibliografía

- Aragón, M. (2006). Prólogo. En Sánchez Ferro, S. *El secreto de Estado*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1985). La crisis de la democracia y la lección de los clásicos. En Bobbio, N., Pontara, G., y Veca, S., *Crisis de la democracia* (pp. 5-25). Barcelona, España: Ariel.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Cousido, P. (1995). *Comentarios a la ley de secretos oficiales y su reglamento*. Barcelona, España: Bosch.
- Del Águila, R. (2000). *La senda del mal: política y razón de Estado*. Madrid, España: Taurus.
- De Lucas, J. (1990). Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. *Anuario de Filosofía del Derecho* (7), pp. 131-145.
- Díez-Picazo, L. M. (1998). *Sobre secretos oficiales*. Madrid, España: Civitas.
- Díez Sánchez, J. J. (1999). *Razones de Estado y Derecho*. Madrid, España: Tirant lo Blanc.
- Escudero, J. (10/12/2016). España, un país de secretos oficiales: «La impresión es que hay mucho que ocultar aún». *El Confidencial*. Recuperado de [https://www.elconfidencial.com/espana/2016-12-10/reforma-ley-secretos-oficiales-transparencia-materias-reservadas\\_1301546/](https://www.elconfidencial.com/espana/2016-12-10/reforma-ley-secretos-oficiales-transparencia-materias-reservadas_1301546/)
- González, M. (03/06/2012). Exteriores blinda todos sus documentos. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/politica/2012/06/03/actualidad/1338750887\\_077908.html](https://elpais.com/politica/2012/06/03/actualidad/1338750887_077908.html)
- Hernández Luis, J. L. (2016). Reflexiones desde un servicio de referencia: propuestas para mejorar la atención al ciudadano en los archivos. *Revista General de Información y Documentación*, 26 (1), pp. 103-118.
- Kant, I. (2018). *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico*. Madrid, España: Alamanda.
- Kelsen, H. (1968). Demokratie. En Klecatsky, H., Marcic, R., y Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (2) (pp. 1743-1776). Viena, Austria: Europa Verlag.
- Kelsen, H. (2006). Verteidigung der Demokratie. En Jestaedt, M., y Lepsius, O. (eds.), *Verteidigung der Demokratie* (pp. 229-237). Tübinga, Alemania: Mohr Siebeck.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Lifante, I. (2018). *Lo público y lo privado*. Buenos Aires, Argentina: B de f.
- Malalana Ureña, A., y Moreno Pérez, L. (2018). La Ley de Secretos Oficiales, lastre para la investigación histórica. *Ayer*, 110 (2), pp. 333-347.
- Rodríguez, J. (05/01/2020). Entramos en el laberinto de los secretos de Estado en

- España (reportaje). *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2019/12/27/eps/1577459032\\_834241.html](https://elpais.com/elpais/2019/12/27/eps/1577459032_834241.html)
- Ruiz Miguel, C. (2002). *Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional*. Madrid, España: Tecnos.
- Sánchez Ferro, S. (2006). *El secreto de Estado*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sendín, J. A. (2019). El conflicto entre publicidad y secretos de Estado: la proposición de Ley de reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales. En García Amado, J. A., (coord.), *Conflictos de Derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos* (pp. 177-205). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Torres Ventosa, J. J. (1998). La regulación legal de los Secretos Oficiales. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 16, pp. 357-387.
- Wilkinson, H. (2007). *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*. Barcelona, España: Atelier.

# Norma internacional

## International norm

Ruth Martínón Quintero

Universidad de La Laguna

ORCID ID 0000-0001-8013-7215

[ruth.martinon@ull.es](mailto:ruth.martinon@ull.es)

Cita recomendada:

Martinón Quintero, R. (2020). Norma internacional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 274-284.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5277>

Recibido / received: 12/02/2020

Aceptado / accepted: 04/03/2020

### Resumen

La norma internacional es especialmente adaptativa a la realidad de la sociedad internacional que regula. Los cambios en la estructura del ordenamiento jurídico internacional a través de su institucionalización y humanización, por un lado, y el mismo proceso de globalización, por otro, han redefinido la caracterización de la norma internacional. No solo se trata de la expansión de la materia objeto de regulación y el incremento de los actores que participan más o menos formalmente en su formación, sino también en la misma caracterización de la norma internacional como elemento del ordenamiento jurídico, al dotarse éste de jerarquía y, pese a su ampliación y complicación, mantener la sistematicidad.

### Palabras clave

Tratado, costumbre, jurisprudencia, derecho blando, ius cogens, erga omnes, formación del derecho internacional, Estado, organización internacional, actores internacionales, sociedad internacional

### Abstract

*The international norm is especially adaptive to the reality of the international society it regulates. Changes in the structure of the international legal system through its institutionalization and humanization, on the one hand, and the process of globalization, on the other, have redefined the characterization of the international norm. It is not only about the expansion of the subject matter of regulation and the increase of the actors that participate more or less formally in its formation, but also in the same characterization of the international norm as an element of the legal system, when it is endowed with hierarchy and, despite its expansion and complication, maintains systematicity.*

### Keywords

*Treaty, customary law, soft law, ius cogens, erga omnes, formation of International Law, State, international organization, international actors, international society.*



SUMARIO. 1. Introducción. 2. La relevancia del elemento histórico. 2.1. La globalización. 2.2. La institucionalización y humanización del derecho internacional. 3. El derecho internacional público como sistema. 4. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

Entendemos por normas internacionales las reglas jurídicas que junto a los principios forman el ordenamiento jurídico de la Sociedad internacional contemporánea (Díez de Velasco, 2017, p. 75). El interés que puede tener una reflexión sobre estas normas internacionales parte de que el ordenamiento jurídico internacional tiene una caracterización propia y marcadamente distinta de la de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Una de las razones es la profunda variación que experimenta en función de los cambios protagonizados por la sociedad que regula, la sociedad internacional. Aunque la interdependencia entre norma jurídica y sociedad regulada por ella es propia de todos los ordenamientos jurídicos (*sic societas, sicut ius*), es aún más evidente en el ordenamiento jurídico internacional en la medida en que estos cambios no solo se aprecian en el contenido material de las regulaciones jurídicas, sino en la misma naturaleza y características de las fuentes formales del derecho internacional e, incluso, en quiénes pueden ostentar la subjetividad jurídico internacional.

Por todo ello es relevante detenerse en el marco histórico de la norma internacional. A continuación, atenderemos a su incardinación en el ordenamiento jurídico internacional como sistema, en la medida en que consideramos que la reflexión sobre la sistematicidad o no de este ordenamiento es también un aspecto importante para la comprensión de la norma internacional en nuestros días.

## 2. La relevancia del marco histórico

La referencia al momento histórico es un factor imprescindible para acercarnos a una comprensión de la norma internacional que vaya más allá de la conceptualización formal que la identifica simplemente con la norma creada por los procedimientos propios del derecho internacional. De hecho, atender a esos procedimientos ya nos obliga a abordar al referente histórico.

En concreto, el proceso de adaptación del derecho internacional de nuestros días es fruto de dos procesos interrelacionados pero distintos: el fenómeno de la globalización, y la institucionalización y correlativa humanización del derecho internacional. Ambos afectan a la tradicional omnipotencia del Estado en la configuración de este ordenamiento jurídico y ello tiene consecuencias directas en la caracterización de la norma internacional.

### 2.1.1. La globalización

La globalización es el fenómeno que no solo supone la unificación del espacio y el tiempo terrestres, con la consiguiente intensificación de las interacciones internacionales, sino que, como explica el profesor Celestino del Arenal (2008, p. 216), conlleva también la instantaneidad de dichas relaciones y el incremento de la conciencia de los seres humanos de pertenecer a un mundo único. Este fenómeno no es solo económico, la política se deslimita y se desestataliza (Del Arenal, 2008, p. 217), la mayor parte de los retos son globales, surgen nuevos actores en la sociedad

internacional y, todo ello, supone límites fácticos a la soberanía del Estado en su concepción tradicional (Palomares, 2006, p. 26).

Este fenómeno tiene diferentes efectos sobre el ordenamiento jurídico internacional. En primer lugar, la profunda interdependencia de los actores, los espacios y los acontecimientos, supone una demanda creciente de la intervención del derecho internacional (Boyle y Chinquin, 2007, p. 19). El terrorismo, el deterioro del medio ambiente y el cambio climático, los movimientos migratorios, los movimientos de mercancías y capitales, el tráfico de armas y estupefacientes, entre otros muchos desafíos, requieren la cooperación en términos jurídicos más allá de las fronteras nacionales. De este modo, la ampliación de los ámbitos regulados por el derecho internacional público ha hecho que sea difícil encontrar un espacio material que quede reservado al ámbito intraestatal.

Si antaño un elemento definitorio del derecho internacional era el ámbito de relaciones que regulaba, actualmente este aspecto sustancial o material no puede cumplir esa función definitoria. De hecho, ya Kelsen (2013/1952, pp. 156-157) había observado que el ámbito de regulación de este ordenamiento jurídico es potencialmente ilimitado. Sin embargo, esta ampliación del campo objeto de regulación sí afecta a la modelación de la norma internacional desde dos perspectivas básicas. Por un lado, porque aunque este proceso de globalización ha impulsado el aumento de las regulaciones internacionales en general, se puede apreciar que dicho fenómeno ha supuesto, a su vez, una especial proliferación del tratado como tipo de norma internacional idónea para regular cuestiones técnicas que requieren regulación en detalle. También se genera el incremento del número de sistemas de resolución de controversias, incluyendo la creación de nuevos tribunales internacionales. Precisamente, es la necesidad común de hacer frente a los fenómenos que no respetan las fronteras estatales lo que obliga a los Estados a trascender las relaciones de coexistencia para abordar las de cooperación (Carrillo Salcedo, 1997, p. 588). Las normas para la cooperación expresan un haz de valores e intereses comunes mucho más amplio que en las normas meramente reguladoras de coexistencia.

En segundo lugar, si como veremos, el proceso de institucionalización y humanización del Derecho internacional acarrea el planteamiento de cuestiones difíciles sobre la subjetividad internacional, el proceso de globalización permite que nuevos actores, distintos del Estado, tengan capacidad para participar en el escenario internacional, incluidos los procesos de creación de las normas, con independencia de su consideración o no como sujetos de derecho internacional. Ello acontece, asimismo, en un escenario en el que también se desdibuja la frontera entre público y privado, lo que en la doctrina anglosajona Koh ha sintetizado en el concepto de derecho transnacional (1996, p. 183). Con él describe un proceso en el que múltiples actores públicos y privados, nacionales e internacionales construyen, interpretan, internalizan y ejecutan las normas de ese derecho transnacional que, entre otras cosas, sirve para explicar por qué actores poderosos como Estados Unidos acaban cumpliendo preceptos del derecho internacional que les resultan incómodos. El tiempo nos dirá si estamos ante una combinación de derecho interno y derecho internacional, o ante un Derecho conceptualmente distinto sobre el que incluso se puede dudar que sea Derecho (Cotterrell, 2012, pp. 501-504).

Ciertamente, las organizaciones internacionales, pero también los tribunales internacionales y nacionales, las empresas transnacionales, los actores públicos subestatales, las organizaciones no gubernamentales y los seres humanos pueden afectar, y con frecuencia lo hacen, el proceso de creación normativa, aunque los Estados mantengan la última palabra en la medida en que el carácter relacional del derecho internacional se muestra irreductible (Carrillo Salcedo, 1997, p. 595).

No solo se ha otorgado a muchas ONGs un papel consultivo en órganos de Naciones Unidas, y son conocidos los casos en los que han logrado el desarrollo de esferas tan importantes del derecho internacional como el derecho humanitario (impulsado por el Comité Internacional de la Cruz Roja), la influencia en la determinación del denominado derecho consuetudinario transnacional (Müller, 2008, p. 24) y la firma de importantes tratados internacionales (como la Convención contra la tortura, impulsado por Amnistía Internacional; o la Convención contra la minas antipersona, de nuevo impulsada por una campaña del Comité Internacional de la Cruz Roja; entre otros). Incluso las personas individualmente consideradas han tenido grandes logros como el del profesor Raphael Lemkin que definió el genocidio y logró su penalización internacional.

Esta realidad ha hecho que se haya llegado a plantear que las actividades de las ONGs sean aceptadas como prácticas que pueden constituir normas internacionales consuetudinarias, como recogen Boyle y Chinkin (2007, p. 36). Sin embargo, es importante diferenciar el papel de grupo de presión que, en su caso, puede regularse como tal, por ejemplo de las ONGs, y el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho internacional. En el caso de las personas, esa personalidad jurídica internacional parece estar conformándose progresivamente; pero no por ese posible papel de influencia en la creación normativa, sino por su condición de titulares de los derechos humanos, la responsabilidad penal internacional, y la posibilidad de *ius standi* activo y pasivo al efecto. De modo que, de acabar consolidándose este estatus para las personas, existiría una subjetividad jurídica internacional que no acarrearía la capacidad de crear derecho (como sí sucede con los Estados o las organizaciones internacionales).

También es evidente el papel de las empresas transnacionales a través de los tratados de inversión que amparan sus intervenciones en Estados distintos al de la matriz, y los contratos que firman con gobiernos colocándolos en una posición de cierta subjetividad internacional ad hoc (Mariño, 1993, p. 187). De hecho, son múltiples los esfuerzos de Naciones Unidas para tratar de evitar las vulneraciones de derechos humanos por parte de estos poderosos actores internacionales, aunque sin lograr sacar adelante el proyecto de tratado sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos.

Todos estos procesos han impulsado también el uso del soft law más allá de los tradicionales memorandos de entendimiento –MOU– (los acuerdos internacionales no normativos de la Ley 25/2014). Se trata de aquellas normas que carecen de vinculatoriedad jurídica conforme se entiende en los contenidos clásicos del derecho (Garrido Gómez, 2017, p. 59), porque están debilitadas bien en su obligatoriedad bien en su precisión. Ofrecen diferentes ventajas respecto al hard law, como nos explican Abbott y Snidal (2000, p. 423): con frecuencia son más fáciles de alcanzar (sobre todo en temas en los que los Estados son especialmente celosos de soberanía), ofrecen modos más efectivos para lidiar con la incertidumbre (sobre todo en temas en los que se va a ir aprendiendo a medida que se implementen los acuerdos), y facilitan el compromiso y, por tanto, la cooperación entre actores con diferentes intereses, valores, poder y subjetividad jurídica. En el ámbito de la Unión Europea, las recomendaciones y los dictámenes sirven para coadyuvar al cumplimiento del derecho (además de para ayudar a su interpretación en sede judicial), y múltiples acuerdos de soft law sirven para la cooperación entre las instituciones entre sí y con los Estados, o para llegar acuerdos con terceros que no podrían existir como tratados (Garrido Gómez, 2017, p. 81). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que acaben evolucionando en normas en sentido estricto, recurribles ante sistemas de solución de controversias. Pues hoy es aceptado que no constituyen

una fuente nueva de derecho internacional y que de acabar siendo obligatorias para los Estados es porque se han reconducido “a alguna de sus fuentes, sobre todo a los tratados o la costumbre internacional” (Garrido Gómez, 2017, p. 60).

## 2.2. La institucionalización y humanización del derecho internacional

El proceso de institucionalización del derecho internacional es creado por los propios Estados con la proliferación de las organizaciones internacionales, principalmente a partir de la II Guerra mundial. Este es el más importante factor de transformación del derecho internacional, ya que el progreso de las normas imperativas y la consiguiente jerarquización normativa tiene origen en este proceso, en un ordenamiento hasta entonces caracterizado por su horizontalidad (Carrillo Salcedo, 1976, p. 285).

En concreto, fue decisivo el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas y su objetivo fundamental de paz, principalmente a través de la consolidación en su Carta del principio de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, y la promoción del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, es una noción clásica continuamente renovada (Carrillo Salcedo, 1976, p. 48) la existencia de un vínculo estrecho e indiscutible entre el respeto de los derechos humanos en el interior del Estado y el mantenimiento de la paz entre los Estados.

La institucionalización supone: el paso de un derecho internacional con el Estado como protagonista único, al reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales y la apertura de la reflexión sobre la personalidad de otros actores en un debate que continúa abierto; la convivencia del bilateralismo con el multilateralismo; el paso de la concepción del ordenamiento con la finalidad de permitir la coexistencia entre sujetos, al fomento de la cooperación entre los mismos; y, por tanto, la transición de normas de delimitación competencial indiferentes a las diferencias ideológicas, a la demanda de cierta homogeneidad de valores. Como explica sintéticamente el profesor Alcaide Fernández (2005, p. 91), la presencia e intensificación de esos valores e intereses comunes, promovidos por estas organizaciones internacionales, se traduce en el derecho internacional contemporáneo en el distinto rango jerárquico de las normas (normas dispositivas y normas imperativas o de *ius cogens*), y en la distinta naturaleza y alcance de las obligaciones (obligaciones con efectos bilaterales y las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto).

La jerarquía de las normas en el derecho internacional contemporáneo se expresa en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y, sobre todo, en el reconocimiento de normas imperativas en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, declarando nulos los tratados contrarios a las mismas, sin importar el íter temporal. Se trata de normas, que como expresión de intereses y valores supremos de la comunidad internacional, se imponen al resto de normas del ordenamiento jurídico condicionando su validez. Parece existir consenso en considerar, al menos, normas de esta naturaleza, las referidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; a la existencia y a la igualdad de los Estados; el derecho de libre determinación de los pueblos, y el núcleo básico de los derechos humanos (Casado Raigón, 1999, p. 64). Se trata de normas de derecho internacional general y oponibles *erga omnes*, de modo que la exigencia de la responsabilidad por su violación deviene universal, más allá de las víctimas concretas. Aunque no se pretenda una correlación exacta entre las normas de *ius cogens* y las responsabilidades *erga omnes* (Alcaide Fernández, 2005, p. 95), no es difícil aceptar que de las normas imperativas dimanen obligaciones oponibles a todos

(Casado Raigón, 1999, p. 57). Sin embargo, no todo el derecho internacional general está compuesto por normas imperativas. Dentro de este, destacan los principios estructurales y fundamentales del derecho internacional, que, lejos de ser principios generales del Derecho, son normas básicas de este ordenamiento jurídico (Jiménez Piernas, 2011, p. 61). Recogidos originariamente en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, hoy tienen su expresión formal más completa en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, aunque ésta no tiene carácter exhaustivo. No es casualidad la coincidencia entre las normas imperativas del derecho internacional y algunos de estos principios estructurales.

No son tampoco desdeñables los efectos de la institucionalización del derecho internacional en los mismos procesos de creación normativa. En primer lugar, destaca la labor de codificación de la costumbre internacional. Aunque se trata de una actividad con precedentes públicos y privados (Irigoin, 2005, p. 181), cobra una dimensión totalmente distinta cuando la Carta de las Naciones Unidas (artículo 13.1.a) establece que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para, entre otros, impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, labor que ha venido realizando la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. El tratado también ha cobrado protagonismo por ser el instrumento principal a través del cual se ha procedido a la codificación, clarificando y precisando el derecho y, por tanto, aumentando la seguridad jurídica (Díaz Barrado, 1995, pp. 35, 36 y 46).

También es relevante, en segundo lugar, el surgimiento de un nuevo tipo de norma internacional consuetudinaria. Las resoluciones en principio no jurídicamente vinculantes de la Asamblea General de Naciones Unidas o de conferencias internacionales generalmente impulsadas por esta organización, con frecuencia sirven de expresión del elemento espiritual u *opinio iuris* de estas normas jurídicas (Pastor Ridruejo, 2019, p. 76). De modo que, tras producirse la consiguiente adecuación del comportamiento de los Estados a esas expresiones de voluntad, nace una costumbre en un período de tiempo mucho más corto que en el derecho internacional clásico, en un proceso en el que el elemento espiritual ha precedido al elemento material (también de manera novedosa) y contando con un documento escrito de referencia que les permite una precisión mucho mayor. Hay que tener en cuenta que este proceso, junto al de la codificación y la proliferación de tratados multilaterales, ha llevado a que determinadas normas consuetudinarias sean coincidentes con normas recogidas en normas de carácter convencional (ora anteriores, como desencadenantes, ora posteriores a la norma consuetudinaria). Ello no impide que ambas gocen de autonomía y obliguen a quien corresponda según su propia naturaleza.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta la capacidad de las organizaciones internacionales para crear derecho, lo que en el caso de las Naciones Unidas y sus organismos especializados tiende a tener un alcance universal. Sin embargo, pocas veces las organizaciones internacionales tienen competencias para poder crear Derecho obligatorio para sus Estados miembros, e incluso directamente aplicable a los particulares bajo su jurisdicción, como sí sucede y de manera profusa en el caso de la Unión Europea. En el ámbito de Naciones Unidas, hay que destacar el papel que puede jugar el Consejo de Seguridad. De acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas (artículos 24 y 25), este órgano puede, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales, adoptar decisiones que los miembros de Naciones Unidas aceptan cumplir. En un principio, se entendió que se trataba, principalmente, de medidas sancionadoras dirigidas a Estados concretos, primero, y a organizaciones privadas o personas, después. Con la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre (reacción a los ataques terroristas a Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001), el



Consejo de Seguridad estableció normas para combatir el terrorismo, jurídicamente vinculantes para todos los Estados (en un contexto totalmente distinto a las medidas adoptadas hasta ese momento para disciplinar a un Estado concreto), convirtiéndose en una suerte de legislador de la comunidad internacional. La Resolución 1540 (2004) confirmó esta posibilidad, que, en la medida en que supone la creación de derecho internacional general más allá de las categorías clásicas de la costumbre y el tratado, ha sido calificado de revolucionaria (Lavalle, 2004, p. 436).

Por último, no podemos ignorar el papel de la amplia jurisprudencia de los numerosos tribunales internacionales en la determinación y precisión (incluso la creación) de la norma internacional (Von Bogdandy y Venzke, 2012, pp. 18-19; Zariyev, 2012, p. 7). Aunque el referente habitual de las fuentes del derecho internacional, el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, considera la jurisprudencia como mero medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, y se niegue otro valor que su obligatoriedad para las partes en litigio en el caso concreto (artículo 59 del Estatuto), lo cierto es que el papel de estos órganos ha ido mucho más allá, adoptando un papel proactivo. El propio Tribunal Internacional de Justicia ha jugado un papel fundamental en la confirmación de la existencia de instituciones fundamentales como las normas de *ius cogens* y la responsabilidad *erga omnes*. Su relevancia tiene origen en las propias características del ordenamiento jurídico internacional, en el que los jueces no solo han tenido que interpretar la norma, sino también con mucha frecuencia han de constatar y precisar la existencia de normas consuetudinarias o de los mismos principios generales y los principios estructurales del derecho internacional. Las cortes internacionales son también decisivas en la confirmación del carácter de *ius cogens* y *erga omnes* de ciertas normas, y también destaca su papel en el impulso de la transformación del *soft law* en *hard law*, la expansión de la relación entre costumbre y tratado, o dotando de autoridad al proceso de codificación de la Comisión de Derecho Internacional incluso antes de la finalización de su trabajo (Boyle y Chinkin, 2007, p. 269).

Por otro lado, el proceso de institucionalización y correlativa humanización del derecho internacional también incide en su fundamento al poner de manifiesto un aspecto objetivo (más allá del subjetivismo protagonizado por los Estados). Sin embargo, podemos considerar que dicho fundamento objetivo siempre existió en la medida en que es imprescindible para la misma existencia de este ordenamiento jurídico. Podemos identificarlo con la *Grundnorm* kelseniana, que el profesor austriaco primero fijó en el *pacta sunt servanda* como regla de derecho natural (Kelsen, 1953, p. 131) y, finalmente, una norma “que establezca a la costumbre constituida por el comportamiento recíproco de los Estados como hecho productor de derecho” (Kelsen, 1986/1960, p. 327). Los mismos principios de igualdad soberana de los Estados y de buena fe son fundamentales en el derecho internacional. La particularidad del derecho internacional contemporáneo es que esos elementos objetivos se amplían, y se agrandan así los límites a la voluntad del Estado, y, por tanto, al relativismo del derecho internacional.

En este sentido, es paradigmático el derecho internacional de los derechos humanos, expresión indiscutible de ese proceso de institucionalización y consiguiente humanización del derecho internacional, pues nos permite observar cómo el reconocimiento de los derechos humanos «penetra en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones de un Estado con las personas que se encuentre bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado» (Carrillo Salcedo, 1999, p. 20).

Es importante señalar que, en la medida en que la soberanía estatal encuentra algún límite, se trata también de una soberanía más sujeta al derecho. De este modo,

aunque la soberanía de los Estados sigue siendo un principio estructural del derecho internacional (hay quienes defienden incluso que la norma fundamental), esta se formula, al menos en el derecho internacional contemporáneo, como libertad del Estado limitada por el derecho internacional nacido del propio consentimiento de los Estados. «Esto es así porque la igualdad soberana se configura como una igualdad ante el Derecho más que como una igualdad de derechos» (Espósito, 2009, p. 297).

### 3. El Derecho Internacional Público como sistema

Actualmente, resulta relevante para precisar el concepto de norma internacional la concepción de sistema del derecho internacional (entendido como conjunto interrelacionado en lugar de una mera adición de normas) y su vinculación al problema de la fragmentación de este ordenamiento jurídico. En principio, la creación de regímenes internacionales específicos o especiales, la intensificación del regionalismo jurídico y la creación de un buen número de órganos jurisdiccionales internacionales como manifestación del pluralismo de la comunidad y el derecho internacional, no impiden mantener la unidad del ordenamiento jurídico internacional, debido a la existencia de normas primarias universales (en cuyo núcleo básico estarían las normas relativas a los derechos humanos fundamentales) compatibles con la autonomía relativa de los regímenes especiales. De este modo, el peligro de fragmentación solo existiría ante la aplicación del derecho sin conocimientos suficientes (Rodrigo y García, 2011, pp. 19, 23).

En especial, se ha escrito mucho sobre las posibles amenazas a la unidad del ordenamiento jurídico internacional por la proliferación actual de tribunales internacionales. Un estudio realizado por Charney (1998, p. 347) analizando la labor de múltiples tribunales, concluyó que, aunque el incremento del número de cortes internacionales sin un sistema jerárquico efectivo entre ellas hace imposible una uniformidad completa de las decisiones, «estos tribunales están claramente comprometidos con la misma dialéctica. Los fundamentos del derecho internacional general permanecen iguales sin importar cuál es el tribunal que decide el caso».

Sin nos centramos de nuevo en el derecho internacional de los derechos humanos, pese a la primera apariencia, observamos que no solo no se produce fragmentación, sino que parece ir configurándose una interrelación entre todos los niveles jurídicos, internacionales y domésticos, dedicados a la protección de la dignidad de la persona. Esto podría constituir un primer paso en la evolución hacia un derecho global de los derechos humanos, en la medida en que los convenios y los tribunales regionales están creando una misma cultura jurídica a partir de la generación de estándares comunes (García Roca y Carmona Cuenca, 2017, p. 35). Los tribunales internacionales de derechos humanos no solo tienen en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con él, sino también el sistema dentro del cual se inscriben, es decir, el conformado por todos los instrumentos en la materia, las decisiones de comités y tribunales que trabajan con ellos, y el derecho internacional en su conjunto.

Podemos encontrar un diálogo judicial en sentido más estricto (Bustos Gisbert, 2019, p. 48) en el ámbito europeo, pues, en la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión, no solo se produce una asunción del derecho internacional universal (consuetudinario, convencional, resoluciones del Consejo de seguridad...), sino que, además, se trata de conflictos en los que confluyen varios ordenamientos jurídicos con sus propios órganos judiciales supremos. Así, la decisión que se adopte en cualquiera de ellos tiene

efectos en los otros ordenamientos jurídicos. Algo similar sucede con la Corte IDH y algunos tribunales constitucionales como el colombiano, en un diálogo judicial transformador y promotor del respeto de los derechos humanos que ha llevado a hablar de un *Ius Constitutionale Commune* (von Bogdandy, 2015).

Ahora bien, los adjetivos internacional y global por definición no pueden conceptualmente estar referidos solo a Europa y América. ¿Podemos ampliar estas reflexiones al resto de los Estados del mundo, a la sociedad internacional en su conjunto, base social del derecho internacional? Anthea Roberts (2017), en su libro *Is International Law International?* muestra el resultado de entrevistar a iusinternacionalistas en ejercicio y académicos de los cinco Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, para constatar que el derecho internacional no puede considerarse realmente uno y universal, en la medida en que es entendido, interpretado, aplicado y explorado de formas muy distintas por actores de diferentes Estados. En las instituciones universales es evidente el predominio de occidente y del inglés como lengua vehicular, pero eso no impide que Estados tan relevantes como Rusia y China muestren discrepancias sobre cuestiones tan importantes como que la soberanía estatal no ha de ceder ante los derechos humanos, por seguir en este ámbito del derecho internacional. Esta realidad nos recuerda la importancia de la política en el derecho internacional, y de dónde pueden provenir las verdaderas amenazas a la unidad del ordenamiento jurídico internacional.

#### 4. Reflexiones finales

La norma internacional ha experimentado múltiples cambios en los últimos setenta años. La costumbre y el tratado se han transformado, ha cobrado protagonismo el derecho de las organizaciones internacionales y ha proliferado un nuevo tipo de regla, el derecho blando o *soft law*, que con independencia de su evolución o no hacia una fuente cierta de derecho como la costumbre o el tratado, también juega una función en la regulación de las relaciones internacionales. Los tribunales internacionales, múltiples y activos, juegan un papel determinante en la precisión y determinación de la existencia de la norma internacional y en su caracterización, sin que su pluralidad y falta de jerarquización haya deshecho la unidad sistémica del ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista del contenido material, la norma internacional también se ha enriquecido en un doble sentido. Por un lado, ha ampliado el ámbito regulatorio en respuesta a los desafíos planteados por un mundo cada más interdependiente y, por tanto, necesitado de regulación internacional, especialmente para la cooperación. De ahí, la dificultad de encontrar ámbitos sustantivos reservados a la regulación intraestatal. Por otro lado, la norma internacional se ha nutrido de valores. No solo juega un papel de regulación de relaciones entre Estados, sino que impone la protección de intereses propios de toda la comunidad internacional sobre el sustrato de unos valores comunes básicos.

Estos cambios sufridos por la norma internacional están relacionados también con el incremento de las voces que se expresan a través de este ordenamiento jurídico. La globalización permite que actores más o menos poderosos jueguen cierto papel en el proceso de creación normativa. Las organizaciones internacionales, nuevos sujetos de derecho internacional, lideran el proceso de transformación de la creación de las normas y modificación del contenido de las mismas, previamente referidos, al constituirse en los marcos propicios de defensa de intereses colectivos y comunitarios: defensa de la paz y la seguridad internacionales, los derechos humanos, el derecho al desarrollo, la protección del medio ambiente, etc.

De este modo, aunque en última instancia siempre encontremos al Estado, nacen normas que suponen un límite a su soberanía. Más aún si se trata de normas imperativas o principios estructurales del derecho internacional. De este modo, la soberanía estatal encuentra en la norma internacional, de manera paralela a los límites fácticos de la globalización, un límite jurídico más allá de las obligaciones relacionales asumidas directamente por el Estado.

En conclusión, la norma internacional contemporánea tiene una caracterización rica y compleja, donde confluyen formas antiguas y nuevas, contenidos y funciones clásicos e innovadores.

## Bibliografía

- Abbott, Kenneth W. y Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54 (3), pp. 421-456.
- Alcaide Fernández, J. (2005). Orden público y Derecho Internacional: desarrollo normativo y déficit institucional. En Salinas de Frías, A. y Vargas Gómez-Urrutia, M. (Ed.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Tomo I* (pp. 91-115). Sevilla, España: Servicios de publicaciones de las Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga.
- Boyle, A. y Chinquin, C. (2007). *The Making of International Law*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Bustos Gisbert, R. (2019). La noción de diálogo judicial en el espacio judicial europeo. En Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.) y González Herrera, D. (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales* (pp. 45-68). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1999). *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*. Madrid, España: Trotta.
- Carrillo Salcedo, J. (1997). Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *EJIL*, Vol. 8 (4), pp. 583-595.
- Carrillo Salcedo, J. (1976). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, España: Tecnos.
- Casado Raigón, R. (1999): *Notas sobre el ius cogens internacional*. Córdoba, España: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Charney, J. (1998). Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? *Recueil des cours*, Vol. 271, pp. 101-382.
- Cotterrell, R. (2012). What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, Vol. 37 (2), pp. 500-524.
- Del Arenal, C. (2009). Mundialización, creciente interdependencia y globalización. *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz 2008* (pp. 181-268). Bilbao, España: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.
- Díaz Barrado, Castor M. (1995). La necesidad de la codificación en el Derecho internacional público. *REDI*. Vol XVII (I), pp. 33-53.
- Díez de Velasco, M. (2017). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, España: Tecnos.
- Espósito Massicci, C. D. (2009). Soberanía e igualdad en el derecho internacional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (13), pp. 291-310.
- García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.) (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

- Garrido Gómez, M<sup>a</sup> I. (2017). *El soft law como fuente del Derecho extranacional*. Madrid, España: Dykinson.
- Irigoin Barrenne, J. (2005). La codificación de la costumbre internacional. *Revista De La Facultad De Derecho* (8), pp. 181-194.
- Kelsen, H. (1986/1960). *Teoría pura del Derecho*. México D. F., México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Kelsen, H. (1953). Théorie du droit international public. *Recueil des Cours*, Vol. 84 (III), pp. 1-201.
- Kelsen, H. (2013/1952). *Principios de Derecho Internacional Público*. Granada, España: Comares.
- Koh, Harold Hongju (1996). Transnational Legal Process. *Faculty Scholarship Series*. Paper 2096, pp. 181-207. Recuperado de [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096).
- Lavalle, R. (2004). A Novel, If Awkward, Exercise in International Law-Making: Security Council Resolution 1540 (2004). *Netherlands International Law Review*, 51 (3), pp. 411-437. doi:10.1017/S0165070X04004115
- Mariño Menéndez, F. M. (1993). *Derecho internacional público*. Madrid, España: Trotta.
- Müller, T. (2008). Customary Transnational Law: Attacking the Last Resort of State Sovereignty. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 15 (1), pp. 19-47.
- Palomares Lerma, G. (2006): *Relaciones internacionales en el siglo XXI*. Madrid, España: Tecnos.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2019). *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid, España: Tecnos.
- Roberts, A. (2017). *Is International Law International?* Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Rodrigo, A. J. y García, C. (2011). La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico. En Rodrigo, A. J. y García, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009 (pp. 15-40). Madrid, España: Tecnos.
- Von Bogdandy, A. (2015). Ius constitutionales commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. *Derecho del Estado* (34), pp. 3-50. doi: 10.18601/01229893.n34.01.
- Von Bogdandy, A. y Venzke, I. (2012). In whose name? An investigation of International Court's public authority and its democratic justification. *The European Journal of International Law*, 23 (1), pp. 7-41. doi: 10.1093/ejil/chr106
- Zarbiyev, F. (2012). Judicial activism in international law: A conceptual framework for analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (2): 1-32. doi: 10.1093/jnlids/ids005.



# Rebelión (Delito de)\*

## Rebellion (Crime of)

Nicolás García Rivas  
 Universidad de Castilla-La Mancha  
 ORCID ID 0000-0002-6519-0410  
[nicolas.garcia@uclm.es](mailto:nicolas.garcia@uclm.es)

Cita recomendada:

García Rivas, N. (2020). Rebelión (Delito de). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 285-310.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5278>

Recibido / received: 01/06/2019  
 Aceptado / accepted: 26/02/2020

### Resumen

El delito de rebelión se erige como principal figura jurídico-penal para la protección del sistema constitucional. Ello implica la exigencia de una conducta de lesividad máxima que exprese un intento no sólo ilegal sino violento contra dicho sistema, dado que la Constitución permite su propia reforma íntegra. La acotación del término "violencia" mediante una interpretación literal, teleológica y sistemática obliga a exigir del alzamiento público que sustantiviza la conducta típica del delito de rebelión una idoneidad para la ruptura del sistema constitucional que está lejos de acreditarse en el "Procés" independentista catalán (STS 459/2019). Ello concuerda con la falta de declaración del estado de sitio, auténtico "alter" de la rebelión no sólo en la legislación vigente sino a lo largo de toda la historia española contemporánea.

### Palabras clave

*Delitos contra la Constitución, rebelión, alzamiento, violencia*

### Abstract

*The crime of rebellion stands as the main legal-criminal figure for the protection of the constitutional system. This implies the demand for a conduct of maximum harmfulness that expresses an attempt not only illegal but violent against this system, since the Constitution allows its own full reform. The dimension of the term "violence" by means of a literal, teleological and systematic interpretation obliges to demand of the public uprising that sustantiviza the typical conduct of the crime of rebellion an suitability for the rupture of the constitutional system which is far from accredited in the "Procés" catalan independence (STS 459/2019). This is consistent with the lack of a declaration of the state of siege, authentic "alter" of the rebellion not only in the current legislation but throughout the whole of contemporary Spanish history.*

### Keywords

*Crimes against the Constitution, rebellion, uprising, violence*

\* Este trabajo es ejecución del Proyecto de Investigación *Criminalización del radicalismo violento: tendencias y límites*, (DER2017-88145-P), dirigido por el propio autor.

SUMARIO. 1. Breve historia del delito de rebelión: la militarización del orden público en la España contemporánea. 2. Bien jurídico protegido. 3. Estructura. 4. La conducta punible. 5. Finalidades típicas.

## 1. Breve historia del delito de rebelión: la militarización del orden público en la España contemporánea

El delito de rebelión presenta una singularidad notable respecto a otras figuras delictivas, ya que su historia no puede escribirse atendiendo únicamente a la regulación y aplicación de los sucesivos Códigos Penales (por lo demás bastante uniforme) sino observando atentamente cómo nace y se desarrolla en la etapa liberal el espacio jurídico excepcional dedicado a la preservación del «orden público», cuya noción rebasa con mucho la actual, pues no se refiere sólo al mantenimiento del orden o la paz en la calle sino al «orden político o social» del país, cuya «alteración» depende más de la disidencia ideológica que del alboroto callejero. Se trata, por lo demás, de un territorio normativo cuyas señas de identidad responden al dominio del monarca sobre el Ejército y sobre la nación y no tanto a las claves constitucionales propias del Estado liberal.

La clave normativa que permitió el arraigo de ese espacio jurídico excepcional y castrense en la España liberal es sin duda la conocida «cláusula de orden público», que aparece en todas las Constituciones del XIX. Los poderes con que se reviste al monarca absoluto cuando pisa el suelo liberal le permiten seguir ostentando la soberanía, ahora compartida con la nación, como expresión de la emergencia burguesa, tal y como rezan los postulados del liberalismo doctrinario español<sup>1</sup>. Desde la Constitución de 1812, todos los textos constitucionales decimonónicos incluyen una cláusula del siguiente tenor:

La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes<sup>2</sup>.

Ese atributo ilimitado del soberano sería teorizado después por CARL SCHMITT en *La Dictadura*, verdadera hagiografía del fascismo escondido tras la sutil apelación al «estado de cosas» que el soberano debe preservar (Schmitt, 1985, pp. 221 y ss.)<sup>3</sup>. En el caso del liberalismo español, la hegemonía militar sobre todo lo concerniente a la preservación del orden público se deriva de la plena vigencia

<sup>1</sup> Vid. , Díez del Corral (1944, pp. 85 y ss.).

<sup>2</sup> Vid. Martín-Retortillo Baquer (1983, pp. 29-31), para quien la noción de «orden público se incorpora en el sistema jurídico para aludir a una competencia regia que permite la participación militar en la vida civil, lo que permite a las autoridades militares recurrir, como representantes de la Corona, a la implantación de los estados de «sitio» o de «guerra» para garantizar el orden público interior».

<sup>3</sup> En tal obra Schmitt analiza el «estado de sitio» contemporáneo. Es bien conocida la influencia del «doctrinario» Donoso Cortés sobre el politólogo alemán. En Donoso Cortés (2002, pp. 35 y ss.) este enfatiza: «Cuando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura [...]. Digo, señores, que la dictadura en ciertas circunstancias, en circunstancias dadas, en circunstancias como las presentes, es un gobierno legítimo, es un gobierno bueno, es un gobierno provechoso, como cualquier otro gobierno».

durante toda esa etapa de las Reales Ordenanzas de Carlos III, que datan de 1768. En ellas, el monarca ordena:

Si yo nombrase Capitán General que mande en jefe al Ejército [...] tendrá facultad para promulgar los Bandos que hallase conducentes a mi servicio: éstos serán la ley preferente en los casos que explicase y comprenderán a todos los que declarase en ellos las penas que impusieren.

Como consecuencia de la aplicación de esta norma, los capitanes generales de las distintas regiones o plazas se atribuyeron la potestad para declarar el estado de guerra cuando ellos mismos –sin sujeción a control alguno– considerasen que se había alterado el orden público lo suficiente como para adoptar una medida tan excepcional; medida que traía consigo la concentración de poder sobre todo aquello que la autoridad militar considerase oportuno en los bandos que –no se olvide– constituían ley preferente<sup>4</sup>.

Aunque en este caso «normalización» significa absorción en el sistema jurídico de la excepcionalidad o, si se prefiere, «legalización» de la misma, a partir de 1870 los estados de excepción y guerra aparecen regulados en las Leyes de Orden Público. El art. 13 de la Ley de Orden Público (LOP) de 23 de abril de 1870 establece que se entrará provisionalmente en el estado de guerra «desde el momento en que se manifieste la rebelión o rompan fuego los rebeldes», quedando investida la autoridad militar a partir de entonces para «dictar los bandos que considere necesarios para mantener mejor el orden público, estableciendo en dichos bandos las penas en que incurrieren los infractores, y las aplicarán gubernativamente». La posterior LOP de 1933 corregiría la militarización de los estados excepcionales atribuyendo al poder civil su declaración, hecho que invalida por completo la tesis fascista que justifica la rebelión de 1936 por la aplicación de dicha legislación republicana.

Mientras se producía este desarrollo normativo en el territorio de la excepcionalidad jurídica, los sucesivos Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870 describieron la rebelión (común) en torno al concepto de alzamiento –los dos últimos– o levantamiento e insurrección –el de 1822–, exigiendo que se realizara para destronar al Rey, suplantarlo al Gobierno legítimo, disolver las Cortes, etc. La finalidad separatista aparecía mencionada en los Códigos Penales de 1848 y 1870 bajo la expresión de «Sustraer el reino o parte de él [...] de la obediencia al supremo Gobierno». La rebelión aparece siempre entre los delitos contra el orden público y fuera de los delitos de traición, junto a la sedición, considerada con mucha frecuencia «una rebelión en pequeño»<sup>5</sup>.

A partir de la promulgación del CP 1870 resulta trascendental el efecto atractivo que ejerce la codificación penal militar sobre el delito que nos ocupa. En materia de fuentes, el art. 2º del Código Penal (CP) para el Ejército de 17 de noviembre de 1884 declaraba «justificables» las acciones u omisiones «comprendidos en los bandos que los generales en jefe y los gobernadores de las plazas sitiadas o

<sup>4</sup> Dos obras me parecen decisivas en este aspecto: Ballbé Mallol (1983) y López Garrido (2004). La primera desarrolla de manera pormenorizada el tinte militarista del orden público y la segunda explica que la Guardia Civil es pieza clave en esa militarización porque en ese Cuerpo confluye la misión de preservación del orden público y su carácter orgánico militar.

<sup>5</sup> Pacheco (1856, p. 143).

bloqueadas por el enemigo dicten con arreglo a sus facultades». La Exposición de Motivos enfatiza que «una de las variaciones esenciales que el Código registra es haber hecho del delito común de rebelión una especialidad puramente militar siempre que lo cometen individuos del Ejército». La Ley constitutiva del Ejército de 1878 incluía en éste a la Guardia Civil (art. 22), confiriéndole facultades de preservación del orden público. Ese carácter militar, unido a su función de choque contra las revueltas populares, sean de la dimensión que fuere, dará lugar a la catalogación del delito como castrense en virtud de lo previsto en el art. 237 del Código de Justicia Militar (CJM) –que integra en un solo cuerpo legal las leyes penales castrenses–, en cuya virtud será militar la rebelión si se «hostiliza a las fuerzas del Ejército antes o después de declarado el estado de guerra», pero también si se trata de una «partida militarmente organizada de 10 o más individuos». Será difícil, pues, escapar a la calificación como rebelión militar, como lo demuestra el Auto del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1911, que califica como tal una revuelta organizada por paisanos, a los que se tiene por organizados militarmente «por la uniforme obediencia prestada por los culpables», algo que resulta sencillamente sarcástico.

Durante la IIª República española se promulgó un Código Penal de nueva planta que no modificó un ápice la definición de la rebelión<sup>6</sup>. Al propio tiempo, ve la luz una nueva Ley de Orden Público que traspasa a la autoridad civil la competencia para declarar el estado de guerra (art. 48), siendo contundente el art. 50 al decretar que «sólo al Gobierno de la República corresponderá la declaración y el levantamiento del estado de guerra en todo el territorio de una región autónoma»<sup>7</sup>, hecho que ocurrió el 6 de octubre de 1934, cuando el Presidente de Cataluña, Lluís Companys declaró el «Estado catalán» dentro de la República española, a raíz de lo cual se produjeron combates entre el Ejército de la República y los *Mossos de Esquadra*, con varios muertos. El Tribunal de Garantías Constitucionales le condenó en Sentencia de 6 de junio de 1935 como autor de un delito de rebelión militar a la pena de 30 años de reclusión<sup>8</sup>.

Con fecha de 19 de julio de 1936, el Presidente de la República, Manuel Azaña, dicta un Decreto en el que manifiesta: «Vengo a decretar la anulación del estado de guerra en todas las plazas de la Península, Marruecos, Baleares y Canarias, donde se ha dictado esta medida»<sup>9</sup> por parte de la ilegítima «Junta de Defensa Nacional», que había suplantado al poder constitucional de la República. El 28 de julio de 1936, el autoproclamado Presidente de la misma, general Cabanellas, dicta un bando declarando todo el territorio español en estado de guerra y en su art. 5º establece que los delitos de «rebelión, sedición y sus conexos» quedan sometidos a la jurisdicción de guerra y al mismo tiempo define como rebelión conductas como propalar noticias falsas tendenciosamente, poseer armas antirreglamentariamente o celebrar cualquier reunión sin autorización. Con ello, se desnaturalizaba completamente el delito, cuya vis expansiva resulta manifiesta. Esa «norma» estaría en vigor hasta la Ley de 2 de marzo de 1943, que normalizó esa excepcionalidad, extendiendo hasta el paroxismo el concepto de rebelión militar, hasta el punto de que lo sería cualquier daño a la propiedad causado por «móviles políticos, sociales o

<sup>6</sup> Vid. ampliamente Barbero Santos (1977, p. 60). Califica esa reforma penal de «parca», aunque en ella colaboraron los penalistas más prestigiosos: Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz, Ruiz Funes.

<sup>7</sup> Amplias referencias en García Rivas (1990, pp. 99 y ss.) y Saldoval Coronado (2013, pp. 55 y ss.).

<sup>8</sup> Sobre estos hechos, ampliamente, Nieto García (2014). Asimismo, García Rivas (1990, pp. 98 y ss.).

<sup>9</sup> *Gaceta de Madrid*, 19 de julio de 1936, p. 723. Puede leerse en García Rodríguez (2013, p. 37): «Todas las guarniciones sublevadas el día 17 de julio de 1936 y días siguientes proclamaron el estado de guerra, mediante los correspondientes bandos. Estos bandos de ámbito local, provincial o regional, fueron refundidos en uno de aplicación general, dictado por la Junta de Defensa Nacional el 28 de julio [...] más tarde, decretos posteriores ampliaron la extensión del delito de rebelión a muchos hechos que no eran “el alzarse en armas”».

terroristas». Mientras tanto, la brutal represión durante la guerra y después de ella se basó en una justicia títere que utilizaba «fórmulas» predeterminadas para dictar sentencia<sup>10</sup>.

En el marco de la legislación represiva de postguerra, cuyo primer período finaliza en 1945<sup>11</sup>, cabe señalar que la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939 retrotraía sus efectos al 1 de octubre de 1934, dictada bajo un orden jurídico dominado por la acusación de “rebeldé” a todo aquel que no hubiera luchado en el bando fascista, el art. 4 de la Ley contemplaba graves penas restrictivas de derechos (inhabilitación) y económicas (pérdida total de bienes) a quienes hubieran sido condenados por rebelión militar. A esa Ley se unió un año después (1 de marzo de 1940) la de «represión de la masonería y el comunismo», que contemplaba penas de reclusión de 20 años para los “inductores, dirigentes y activos colaboradores de la tarea o propaganda soviética, trotskista, anarquista o similares», recurriendo en última instancia a esta analogía para cerrar el paso a posibles indulgencias. Se creaba al efecto un Tribunal especial, cuya tarea ha descrito magistralmente Portilla Contreras como «paradigma del Derecho penal de autor y uno de los instrumentos más eficaces en la política de exterminio desarrollada» por el Estado fascista entre 1941 y 1958 (Portilla Contreras, 2010). La competencia para juzgar estos hechos se adjudica, como no podía ser menos, a la jurisdicción militar, mediante un procedimiento sumarísimo de urgencia (Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 31 de agosto de 1936 y Decreto de Franco de 1 de noviembre del mismo año) que burlaba por completo las garantías inherentes a un juicio penal, impidiendo una defensa mínimamente digna<sup>12</sup>. Dichos Decretos mantuvieron su vigor hasta la promulgación de la Ley de Seguridad del Estado de 12 de julio de 1940, pero su vigencia perduró más allá, mediante un rosario de leyes que atribuían a la jurisdicción militar la competencia para juzgar disidentes políticos, una vía que se bifurca a partir de la constitución del Tribunal de Orden Público en 1963 y que llega hasta los fusilamientos del 27 de septiembre de 1975, en aplicación de un Decreto-Ley de excepción que asignaba a la jurisdicción castrense determinados delitos, incluido el terrorismo o, mejor, lo que la dictadura entendía por tal<sup>13</sup>. Mientras tanto, extramuros de esa legislación de excepción, los Códigos penales común y castrense no modificaron sustancialmente la definición del delito, pero añade este último una cláusula abierta según la cual «también se considerarán reos de rebelión militar los que así se

<sup>10</sup> García Rodríguez (2013, p. 38), recoge una fórmula predeterminada utilizada en los Consejos de Guerra sumarísimos, donde se prejuzga la calificación como delito de rebelión militar por el mero seguimiento del orden político legítimo: «Resultando que en los días 16 y 17 de julio de 1936 las Autoridades Militares, por la suprema razón de salvar a España, tuvieron que asumir y asumieron mediante la declaración del Estado de Guerra los Poderes Públicos, pero contra ellas surgió en diversos puntos del territorio nacional un Alzamiento en Armas [sic], que aún perdura y en relación con dicho Alzamiento las organizaciones del Frente Popular [...] consiguieron adueñarse de dicha provincia e hicieron frente, hasta mantener tenaz resistencia con las armas, a las Autoridades del Ejército, durante el tiempo que se señala, se encontraban allí los procesados de esta Causa, D... y D. / [...] Considerando que el extenso Alzamiento en Armas, a que se refiere el primer resultando de esta Sentencia “constituye una rebelión militar”, ya que las Autoridades Militares que asumieron los Poderes Públicos a los que se refiere el párrafo 1.º del artículo 237 del Código de Justicia Militar “eran las legítimas”, pues con ello cumplían el deber primordial que al Ejército como institución impuso el artículo 2.º de su Ley Constitutiva de 29 de noviembre de 1878, la cual al fijar las normas básicas de la existencia y organización del Ejército, señaló como su primera y más importante misión la de sostener la independencia de la Patria y “defenderla de sus enemigos exteriores e interiores” y, además, “en el Alzamiento en Armas surgido contra aquellas Autoridades concurren las circunstancias que son características del delito de rebelión militar, según el citado artículo n.º 237”».

<sup>11</sup> Vid. Berdugo Gómez de la Torre (1981, p. 98) y Rodríguez Devesa (1943, p. 49).

<sup>12</sup> Cfr. Jiménez Villarejo (2007, pp. 17 y ss.).

<sup>13</sup> Vid. sobre la legislación represiva del franquismo, Barbero Santos (1972, pp. 259 y ss.), y Barbero Santos (1977, pp. 90 y ss.), sobre los últimos fusilamientos del franquismo.



declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares» (art. 286.5 CJM).

Debido a la brevedad con la que debo tratar aquí esta cuestión, baste señalar que hasta la Constitución (CE) vigente no se normalizó o «civilizó» el delito de rebelión. Paradójicamente, contribuyó a ello sobremanera el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, pues generó en el cuerpo legislativo la necesidad imperiosa de actuar para regular el estado de sitio –cuya declaración atribuye el art. 116.3 CE a la mayoría absoluta del Congreso–, promulgando la Ley Orgánica (LO) 4/1981, de 1 de junio, según la cual dicho estado podrá declararse sólo «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32). Y también para incluir en el tipo de la rebelión –como aseguró el entonces Ministro de Justicia, Francisco Fernández Ordoñez– «el atentado directo contra la Constitución, para provocar un cambio, por la fuerza, del sistema democrático vigente, a través de un golpe de Estado»<sup>14</sup>, lo que tuvo lugar mediante la LO 2/1981, de 4 de mayo, que incluyó como finalidad de la rebelión la de «derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución»<sup>15</sup>, pero también mantenía una extraña modalidad de rebelión sin alzamiento, consistente en atentar «contra la integridad de la Nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal Nación» mediante «astucia o por cualquier otro medio contrario a las leyes»<sup>16</sup>, una mención expresa al separatismo cuya cobertura bajo el paraguas del delito de rebelión parece deberse más a una razón de oportunidad que a un concienzudo estudio sobre las modalidades de este delito.

En un proceso de sucesiva reducción del ámbito de la rebelión militar, el Código Penal castrense de 1985 confinó la rebelión militar al denominado «tiempo de guerra» (art. 79), de manera que incluso la cometida por militares en tiempo de paz perdía ese carácter. La LO 14/1985, de 9 de diciembre, que sirve para adaptar ambos Códigos a la nueva situación sostiene que la rebelión militar «se incorpora» a la legislación común, lo que es cierto para tiempo de paz. Por otra parte, el art. 117.5 CE se había encargado ya de limitar el ámbito jurisdiccional castrense a los delitos estrictamente militares. Tiempo después, en 2015, el art. 9.2 b) del nuevo Código Penal Militar modifica esa expresión bélica por la de «conflicto armado internacional», es decir «conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes» de los Convenios de Ginebra (art. 2 del I Convenio), lo que incluye aquellos en los que se lucha «contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas» (art. 1.4 del I Protocolo). Mientras tanto, la gran transformación del delito de rebelión se produce con la promulgación del Código Penal de 1995, que por una parte incluye la exigencia de la «violencia» en el alzamiento y, por otra, arrumba al baúl de la historia la rebelión sin alzamiento, decisiones legislativas que provocan una reducción drástica del radio de acción de este delito, como se verá a continuación.

<sup>14</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (DSCD) núm. 155, p. 9632, de 1 de abril de 1981.

<sup>15</sup> El Proyecto presentado el 17 de marzo de 1981 preveía la inclusión de un artículo nuevo en el que se castigara a quien «por la fuerza “o fuera de los cauces legales”, intentaren modificar o suspender la Constitución o derogarla total o parcialmente». En la reunión de la Ponencia se rechazó este texto debido a las enmiendas presentadas por los Grupos Vasco, Comunista y Socialista, quedando el texto que definitivamente se aprobó de este artículo.

<sup>16</sup> *Diario de Sesiones del Senado* (DSS), núm. 100, de 13 de abril de 1981, p. 5093. «El proyecto enviado por el Gobierno rezaba literalmente: “la sustracción de una parte del país a la obediencia del Gobierno”, y parecía más explícito y más enfático colocar inicialmente –tal cual venía en la enmienda del Senador Del Burgo– “la declaración de la independencia de una parte del país”, siguiendo después tanto el texto del proyecto enviado por el Gobierno como el de la enmienda socialista».

Como conclusión de este amplio apartado histórico, cabe señalar como idea central que el concepto de rebelión está dialécticamente unido al de la situación excepcional conocida como estado de sitio (aunque en la España tradicional recibió la denominación de estado de guerra). Dicha relación hace depender el concepto de rebelión de la «situación de necesidad» a que da lugar dicha «declaración», siendo clave para su comprensión la autonomía de la que las autoridades militares han dispuesto siempre –salvo en la IIª República– para utilizar ese arma contra el enemigo político y, ulteriormente, para utilizar la potestad legislativa que le atribuían las Reales Ordenanzas o los sucesivos Códigos de Justicia Militar de dictar «Bandos» con valor de ley preferente, normas en las que se calificaban como rebelión conductas que en muchos casos poco tenían que ver con las definiciones de los Códigos Penales, ya fueran comunes o castrenses. Todo ello dibuja un panorama de arbitrariedad represiva que choca frontalmente con una Constitución democrática que reconoce derechos fundamentales.

## 2. Bien jurídico protegido.

Más allá de la catalogación habitual de este delito, junto a la sedición, como delitos contra el orden público, el *excursus* histórico nos ha permitido comprobar que dicho concepto de orden público no se compadece con el que puede mantenerse hoy, a plena vigencia de la Constitución democrática<sup>17</sup>. La rebelión siempre ha sido considerada un delito «antisistema», definido por su carácter de atentado contra el orden político vigente y no sólo por la algarada o levantamiento; los hay de muchos tipos, pero de consistencia suficiente como para permitir la declaración del estado de guerra; deberían serlo menos, aunque hay que reconocer que la arbitrariedad que ha caracterizado esta legislación excepcional no permite asegurar que dicho estado haya sido declarado siempre a causa de insurrecciones de suficiente entidad como para poner en peligro inminente el sistema político<sup>18</sup>.

Saliendo ya de esas consideraciones, parece claro que nuestro Código Penal vigente ha edificado los delitos contra la Constitución atribuyendo al delito que nos

<sup>17</sup> Sobre el concepto de orden público y su desarrollo, exhaustivamente, Rebollo Vargas (2018, pp. 151-168). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 2ª, 228/2018, de 17 de mayo de 2018: «el concepto de paz pública trasciende al de orden público, centrado en el normal funcionamiento de instituciones y servicios, para proyectarse hacia el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana y la efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en un clima de libertad y respeto mutuo», y Sandoval Coronado (2013, pp. 147 y ss.). Con amplias y extensas referencias bibliográficas. vid. también, por su trascendencia colectiva: Grupo de Estudios de Política Criminal (2018, p. 9): «En las sociedades democráticas el concepto de orden público ha de vincularse necesariamente con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que la existencia de éstos constituye el presupuesto de la propia organización política» (asimismo, p. 34). Desde un punto de vista garantista, pero observando lo insatisfactorio que puede resultar un concepto de orden público «negativo» o «excluyente» respecto al ejercicio de derechos fundamentales en una sociedad democrática compleja, Paredes Castañón (2011, pp. 919 y ss.).

<sup>18</sup> La STS, Sala 2ª, 459/2019, de 14 de octubre, lleva a cabo un rodeo argumental para incluir en el concepto de orden público democrático ingredientes propios del concepto autoritario de orden público, que le acercan al mantenido por la LOP de 1959: «El genérico concepto de orden público no es de pacífica configuración en la doctrina ni en la literatura del propio código penal. Suele recurrirse a conceptos de seguridad en un sentido material como presupuestos de pacífica convivencia, reflejo de principios inderogables de alcance constitucional que, en todo caso, deben diferenciarse de la mera tranquilidad pública. “Se trataría, en fin, de la protección penal del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones” –siempre de acuerdo con los principios democráticos que confieren legitimidad a su actuación– y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado» (FJ 17.3). El art. 1º de la LOP decía así: «El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público». Creo que la similitud salta a la vista.

ocupa el carácter de tipo de máxima relevancia –por eso ocupa el primer lugar– y el único, además, en el que la propia Constitución como norma es considerada objeto material protegido. En efecto, lo que protege el art. 472 CP, al tipificar el alzamiento violento con la finalidad de derogar o modificar la Constitución o alterar gravemente a las instituciones básicas del Estado democrático, es el «orden o sistema constitucional»<sup>19</sup> entendiéndose por tal la protección de esas instituciones, como marco en el que se desenvuelve el principio democrático que caracteriza a nuestra norma fundamental. Disolver las Cortes, defenestrar al Jefe del Estado, separar un territorio del conjunto, sustituir el Gobierno de la Nación por otro, todo ello sin pasar por el procedimiento establecido en la propia Constitución y la normativa que la desarrolla, representa un grave atentado contra ese «sistema u orden» constitucional. Por todo ello, que el delito de rebelión sea el que encabece el Título de los delitos contra la Constitución es perfectamente aceptable, pues cabe afirmar que la insurrección es el acto que pone en crisis el proyecto político configurado por la norma fundamental<sup>20</sup>.

En relación con el bien jurídico protegido y su importancia hermenéutica creo que debe aludirse a la paradójica situación que se produjo en la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 6 de junio de 1935, que juzgó a Companys y al resto de independentistas. El Código Penal de 1932 incluyó por primera vez un Título de delitos contra la Constitución, pero no se incluyó en él la rebelión, que continuó ocupando el primer lugar entre los delitos contra el orden público. Paradójicamente, el Código de Justicia Militar tipificaba la rebelión como alzamiento en armas contra la Constitución (art. 237), siendo este tipo penal el que se aplicó en aquella Sentencia. Pues bien, un nutrido grupo de magistrados presentó un voto particular contra la condena por considerar que la actuación de Companys no atentó al orden público (sino a «algo más»: la Constitución) y que debería primar la aplicación del Código Penal común<sup>21</sup>.

Lógicamente, también alude al bien jurídico la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 459/2019<sup>22</sup>. Se afirma con rotundidad que siendo un delito contra la Constitución, «no bastará cualquier tipo de vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista. El riesgo proscrito ha de concernir al núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaure y garantiza. Desde luego, la secesión territorial, sin la previa reforma del texto constitucional alcanzaría ese rango de relevancia penal típica» (FJ B), 3.2), aseveración completamente cabal en términos de lesividad y proporcionalidad.

### 3. Estructura

La lesión del bien jurídico así delineado supondría en alguno de los casos (art. 472.1 CP) la transformación completa del sistema jurídico. Por ello, el legislador anticipa la consumación al momento en que se verifica el alzamiento y se constata que los alzados persiguen alguna de las finalidades señaladas en el art. 472 CP. Ello da lugar a una estructura típica irregular, en la que los aspectos objetivo y subjetivo no concuerdan, como sí lo hacen en la mayoría de los tipos dolosos, cuyo dolo debe abarcar la totalidad de la parte objetiva. En este caso, la intención de los alzados va más allá del mero alzamiento: se orienta a atentar gravemente contra el sistema democrático, de forma que esta orientación o finalidad excede el tipo objetivo (la conducta) y transforma el tipo en un «delito de resultado cortado». Por exigencias del

<sup>19</sup> García Arán y López Garrido (1996, pp. 195 y ss.), García Rivas (2016b, pp. 90 y ss.), González Rus (2005, pp. 999 y ss.) y Rebollo Vargas (2018, pp. 146-151).

<sup>20</sup> Cfr. García Rivas (1990, pp. 136 y ss.) y Sandoval Coronado (2013, pp. 221 y ss.).

<sup>21</sup> Gaceta de Madrid, 6 de junio de 1935, p. 163-164.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 459/2019, de 14 de octubre.

principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la conducta en sí misma debe expresar un peligro objetivo de consecución de los fines rebeldes y no basta, por tanto, con la constatación de cualquier alzamiento público y violento<sup>23</sup>. Debe ser, además, idóneo para alcanzar los fines que se proponen los alzados. lo que obliga a realizar un juicio en el que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes y no sólo las que puedan percibirse por un espectador objetivo<sup>24</sup>. En este sentido, aunque es cierto que el legislador castiga también los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación) dichos actos deben acreditar que el plan, de haberse ejecutado, habría supuesto un peligro real para las instituciones democráticas. Así lo analizó el Tribunal Supremo en los casos de la “Operación Galaxia” (STS –Militar– de 22 de junio de 1980) y de la «Operación Marte» (STS –Militar– de 14 de noviembre de 1984). En esta última se afirma que en dicha «Operación» (cuyo objetivo último era paralizar el ascenso al poder del Partido Socialista, tras las elecciones del 27 de octubre de 1982) concurría «el doble elemento, el subjetivo que es la voluntad colectiva de los agentes totalmente rebeldes al derecho de convivencia en régimen democrático, y el objetivo de poner en peligro de manera resuelta el orden jurídico establecido».

Conviene aclarar que la «situación» a la que denominamos «peligro» es el fruto de un juicio que se efectúa sobre una base de datos que contiene las circunstancias o condiciones presentes en ese instante, a cuya detección accede el observador con mayor o menor grado de conocimiento, siendo indiferente esta cognición respecto a la efectiva presencia de los datos. Por otra parte, esa situación a la que denominamos peligro se caracteriza por su condición relativa, entendiendo por ello la naturaleza de un fenómeno que debe su razón de ser a la existencia jurídica de la lesión del bien jurídico, con cuya esencia se relaciona en sentido negativo: el peligro es, básicamente, antagonista de la lesión, porque nace de un enlace lógico con ella, pero presupone su ausencia. Ya sostuvo Finger (1930, p. 233) que

el peligro es un concepto asentado en una perspectiva dinámica y funcional. Carece de entidad bajo una óptica estática. Con el término “peligro” se designa una “situación” dada que no interesa por sí misma, sino porque –de acuerdo con nuestro raciocinio– de ella se puede derivar otra. De manera que con ella se describe no un ser estático sino una “posibilidad” de desarrollo, no una mera energía sino una potencialidad.

Ese dinamismo y funcionalidad pueden traducirse en nuestra disciplina afirmando que la detección de la situación peligro se basa en un «juicio» que expresa una relación de «probable» lesión del bien jurídico. A la hora de enfrentarnos a la verificación del peligro debe adoptarse una doble perspectiva: *ex post* respecto a la «constatación» del «resultado de peligro» (como ocurre con todo resultado), pero *ex ante* respecto a la probabilidad de «lesión», cuya verificación queda fuera del tipo, pero hacia la que se dirige la acción (de ahí que el resultado se considere «cortado»). La primera perspectiva obliga, por lo demás, a tomar en consideración todas las circunstancias existentes –sean o no conocidas para el autor o para el espectador objetivo cuando se realiza la acción–, justamente porque se trata de un «resultado». La segunda perspectiva obliga a situarse en una perspectiva *ex ante*, pero tomando como base del juicio «todas» las circunstancias existentes –como se acaba de explicar– y realizar la oportuna «prognosis» respecto a la probable verificación del resultado.

<sup>23</sup> Ampliamente en García Rivas (1990, pp. 151-176), aplicando las tesis de la doctrina penal «constitucionalista» italiana (Bricola). Lo recoge, actualizándolo, Llabrés Fuster (2019, pp. 42 y ss.).

<sup>24</sup> Respecto al modo de realizar el juicio de peligro, García Rivas (1998, pp. 85 y ss.) y García Rivas (2005, pp. 73 y ss., en particular, p. 77 y ss.).

Traducida esta teoría general al caso de la rebelión, se requiere un alzamiento público y violento con capacidad real –peligro objetivo de acuerdo con las circunstancias existentes– para «derogar, suspender o modificar la Constitución» o lograr la verificación de cualquiera de los fines que alternativamente describe el legislador en el art. 472 CP, como por ejemplo «declarar la independencia de una parte del territorio nacional». En relación con el 23F, el Consejo Supremo de Justicia Militar, en su Sentencia de 3 de junio de 1982 consideró que el alzamiento no tenía como meta la supresión del orden constitucional ni la destitución del Rey sino «sólo» atentar contra el Gobierno legítimo y contra los Diputados. La STS 791/1983, de 22 de abril, corrigió este extremo y en su Considerando 13 aclara que el levantamiento iba dirigido «contra la legalidad constituida, contra la Constitución, contra el Gobierno y contra las instituciones fundamentales de la nación, como es el Congreso».

La reciente STS 459/2019, sobre el *Proceso* independentista catalán, sigue casi literalmente este hilo argumental:

Desde la perspectiva de la dogmática penal, el delito de rebelión es calificado como delito de consumación anticipada. La previsión de la especificidad típica de una concreta finalidad en los actos llevados a cabo por el autor permite construir el tipo penal de tal suerte que se adelanta con el mismo la barrera protectora que supone la sanción penal. El momento de la consumación se anticipa respecto de la eventual obtención de lo que era finalidad del autor. Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a situar estos delitos en la categoría que se denomina delitos de “resultado cortado” [...] el resultado se proyecta sobre el juicio de relevancia típica de los actos del autor, pero sin exigencia de que su materialización se haya logrado. Ciertamente el de rebelión no constituye un delito que exija la lesión del bien jurídico que el tipo busca proteger, a saber, la Constitución española como garantía de valores y principios democráticos, o la integridad territorial del Estado español. “La tipicidad surge desde la puesta en peligro de tales bienes jurídicos. Pero ese riesgo –insistimos– ha de ser real” y no una mera ensoñación del autor o un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos que creyeron estar asistiendo al acto histórico de fundación de la república catalana y, en realidad, habían sido llamados como parte tácticamente esencial de la verdadera finalidad de los autores.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que el medio empleado (alzamiento violento) debe ser «funcional» a los fines rebeldes, lo que expresa la necesidad de conectar uno y otro extremo en un juicio de idoneidad<sup>25</sup>; dicho con otras palabras: «lo que se exige es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación». Y concluye ese juicio de idoneidad (lo llama «de tipicidad») negativamente, lo que desactiva la concurrencia de este tipo delictivo, porque se aprecia «absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán».

Al tratarse de un delito de resultado cortado, como se acaba de explicar, el dolo de los autores debe ir dirigido a lograr los fines típicos. En el caso del *Proceso* habría que demostrar que los independentistas querían lograr efectivamente “declarar la independencia de una parte del territorio nacional”. Aunque está a la vista de todos que no sólo lo pretendieron sino que efectivamente realizaron esa «declaración», aunque seguramente prescindiendo de las formas jurídicas necesarias, la STS

<sup>25</sup> Abunda en este aspecto, con anterioridad a la sentencia, Cano Paños (2019, p. 16).



459/2019 considera que el dolo de los procesados no era en realidad efectuar dicha declaración sino una «ensoñación» o «artificio engañoso», un señuelo, en definitiva para movilizar a unos ciudadanos incautos. Explicado así, claro, no se daría el elemento subjetivo del delito de resultado cortado, porque no habría ningún “corte” en el mismo: el exceso subjetivo propio de esta clase de delitos quedaría anulado. Y es precisamente esta desactivación del tipo lo que consume mayor crítica por parte de Gimbernat Ordeig en un reciente trabajo sobre el tema, porque considera que los intentos «mediatos» de lograr la independencia son tan típicos como los «inmediatos» (Gimbernat Ordeig, 2019, pp. 16 y ss.). Siguiendo el razonamiento que antes expuse, el peligro típico debe ser muy cercano a la lesión del bien jurídico, lo que cabe traducir en este caso por un peligro «inmediato» de separación del territorio catalán, algo que niega el Tribunal Supremo, concluyendo –en coherencia con ello– con la inexistencia de la «relación típica». En mi opinión, convendría añadir que al realizar el juicio de peligro del modo que he explicado antes, habría que incluir un ingrediente jurídico ineludible en el razonamiento; un mecanismo del que dispone el texto constitucional para salvaguardar el ordenamiento en momentos de «crisis territorial»: el art. 155 CE. La previsión de una cláusula de seguridad constitucional como ésta debería tenerse en cuenta a la hora de valorar el peligro objetivo de «declaración de independencia» con efectos jurídicos plenos.

## 5. La conducta punible

El art. 472 CP define como conducta rebelde la de «alzarse violenta y públicamente». Por lo que se refiere al sustantivo, ya se ha explicado que desde un punto de vista histórico estamos ante una insurrección, término que utiliza también el art. 32 de la LO 4/1981 para definir la situación que habilita para la declaración del estado de sitio. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, al definirse la conducta de ese modo se está catalogando el delito dentro de los plurisubjetivos, pues será necesaria una convergencia de voluntades que, al unísono, la orienten hacia la consecución de los fines típicos. Ese carácter se observa en algunas definiciones ofrecidas por la jurisprudencia, que hacen alusión a una estrategia de los alzados. Por lo demás, ese carácter colectivo del alzamiento ha figurado como requisito expreso en los Códigos castrenses de 1884 (para el Ejército), 1888 (de la Marina), 1890 y 1945 (Código de Justicia Militar) y 1985, bien de manera expresa, bien al exigir que lo realizaran más de diez personas. Por el contrario, en la definición de los Códigos Penales comunes no aparece este requisito (se solía definir como «alzamiento público en abierta hostilidad contra el Gobierno»), aunque ya Pacheco decía que «la rebelión es un delito colectivo, que se hace en público, que se sostiene con armas; nunca hay un rebelde como no haya muchos rebeldes» (Pacheco, 1856, p. 178). Otras ideas, como la de «resistencia» o «desobediencia colectiva», han sido criticadas –con razón– por Rebollo Vargas porque el verbo típico exige una conducta activa que no se compadece con esta idea de resistencia, que puede ser meramente pasiva (Rebollo Vargas, 2018, pp. 169 y ss.)<sup>26</sup>. En la fundamental STS 791/1983<sup>27</sup> se repiten esas ideas, añadiéndose la muy hispana del «pronunciamiento» (FJ 77). Conviene por último aclarar que el carácter eminentemente activo del alzamiento no permite la inclusión de conductas omisivas, previstas expresamente en el otro tipo, que exige la condición de militar para tal imputación (art. 476 CP)<sup>28</sup>.

La transformación del cuadro delictivo histórico, que situaba la sedición junto a la rebelión y extendía ésta hasta modalidades que no exigían siquiera el alzamiento,

<sup>26</sup> En este pasaje, el autor critica la exigencia de una «desobediencia» que late en las propuestas de Muñoz Conde y Tamarit Sumalla.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5ª, 791/1983, de 23 de abril.

<sup>28</sup> García Rivas (1990, pp. 180 y ss.) y Llabrés Fuster (2019, p. 9).

se produce en el Proyecto de Código Penal de 1994, que desembocó en el texto punitivo vigente. Sin embargo, no aparecía en el mismo la exigencia de que el alzamiento se produjera «violentamente»; ese requisito añadido fue el fruto de un empeño pertinaz de los grupos nacionalistas<sup>29</sup>, que no transigieron con la mayoría progresista de aquel momento (PSOE e IU) hasta que aceptaron una enmienda transaccional en el Senado que dio vida al texto vigente. Para aclarar definitivamente la *mens legislatoris* conviene saber que antes de esa aceptación –en concreto el 7 de junio de 1995, en la Comisión de Justicia del Congreso– el diputado Olabarria (PNV) afirmó lo siguiente:

Declarar la independencia de una parte territorio nacional es una causa política en el sentido más aristotélico del término Proclamar, inducir o proponer la independencia de una parte del territorio nacional no es una conducta que pueda ser considerada como delictiva. Vamos a pedir la supresión de este delito, de esta conducta considerada como delictiva<sup>30</sup>.

El ponente de la mayoría, López Garrido, se empeñó en demostrar que no hacía falta incluir la expresión «violentamente» para que se estuviera exigiendo un alzamiento de esas características: «Alzarse públicamente es desobedecer y resistir, enfrentarse “violentamente” al poder legítimamente constituido»<sup>31</sup>. El texto finalmente aprobado remacha la exigencia de una típica de un movimiento insurreccional violento, que deja fuera –como querían los partidos nacionalistas– la «mera» declaración de independencia de una parte del territorio nacional, por muy antijurídica que obviamente sea.

Cuestión distinta es qué se entiende por «violencia» a los efectos de aplicar el art. 472 CP. Esta ha sido una cuestión central en el proceso penal que ha concluido con la STS 459/2019; en su FJ B) 3.2, ésta sostiene:

sin necesidad de recurrir a interpretaciones jurisprudenciales históricas que han espiritualizado al máximo esa expresión –hasta identificarla con la violencia sobre las cosas, *vis in rebus*–, lo cierto es que en el código penal, el “uso ordinario del adjetivo violento” comprende, no solo acciones que se proyectan sobre las personas, con exigencia de un contacto físico, sino también la violencia compulsiva, equivalente a la intimidación grave. “El empleo de violencia psíquica no puede descartarse” como elemento integrante del delito de rebelión. No postulamos una interpretación analógica llamada a subsanar deficiencias de técnica legislativa que pueden alentar la crítica por una hipotética infracción del principio de taxatividad. Se trata, simplemente, de atender al fin de protección del tipo penal, que autoriza una conclusión que abarque en la incriminación sublevaciones planeadas de forma incruenta pero intimidatoria o alzamientos que no llegan a consumar su objetivo y “que no realizan actos de violencia física” de cierta entidad.

En la doctrina española se advierte una neta separación entre quienes consideramos que la expresión «violencia» debe ser interpretada exclusivamente como violencia física y quienes entienden –como el Tribunal Supremo– que el concepto es más amplio e incluye la violencia psíquica. Por mi parte, me sitúo en la teoría restrictiva junto a Boix Reig, Mira Benavent, Cugat Mauri, Rebollo Vargas, Quintero Olivares, Carbonell Mateu, Tomás-Valiente Lanuza y Gimbernat Ordeig<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Explicado detalladamente en García Rivas (2017).

<sup>30</sup> Boletín Oficial del Congreso (BOCG), V Legislatura, serie A, número 77-1, p. 15805.

<sup>31</sup> BOCG, V Legislatura, serie A, número 77-1, p. 15806 ss.

<sup>32</sup> García Rivas (2019a, pp. 393 y ss.); García Rivas (2019b, pp. 92 y ss.); Boix Reig y Mira Benavent (2019, pp. 122 y ss.); Boix Reig (2019, pp. 11-12); Cugat Mauri (2018, pp. 567 y ss.), que aunque no se inclina definitivamente por el concepto más restrictivo, parece aplaudirlo al señalar que es muy difícil imaginar una rebelión sin armas; Quintero Olivares (2019, pp. 68 y ss.); Carbonell Mateu (17 de octubre de 2019); Tomás-Valiente Lanuza, (2019, p. 165); Gimbernat Ordeig (29 de noviembre de 2018) y

La teoría más amplia, que incluye la intimidación, es sostenida por, Bages Santacana, Llabrés Fuster, Arroyo Zapatero y Sandoval Coronado<sup>33</sup>.

En general se argumenta que desde un punto de vista teleológico es igualmente eficaz una fuerza física ejercida sobre aquellos que están llamados a preservar el orden constitucional democrático como la intimidación grave que tiene la misma finalidad. Sin embargo, conviene advertir de que la interpretación teleológica sólo puede entrar en juego, en términos de estricto respeto al principio de legalidad, sobre la base de un tenor literal posible que no debe ampliarse en ningún caso. La letra de la ley se convierte en límite absoluto de la interpretación judicial. Esa es la línea argumental de la STS 459/2019:

Se trata, simplemente, de atender al fin de protección del tipo penal, que autoriza una conclusión que abarque en la incriminación sublevaciones planeadas de forma incruenta pero intimidatoria o alzamientos que no llegan a consumir su objetivo y que no realizan actos de violencia física de cierta entidad (p. 265). El simple significado gramatical del adjetivo “violento” incluye en sus distintas acepciones una referencia a la violencia compulsiva (p. 266).

Por encima de estas consideraciones y de las alusiones al lenguaje «ordinario» que realizan algunos penalistas para justificar la extensión de la violencia a la intimidación, hay que recordar que el legislador utiliza los vocablos con un sentido determinado y que es él quien distingue ambas expresiones en más de una treintena de preceptos. Dicho de otro modo: sea cual sea el significado vulgar de la expresión «violencia», el legislador penal distingue entre violencia física e intimidación; cualquier interpretación que desconozca este extremo está desfigurando el tipo de la rebelión. La STS 165/2015 (ponente Marchena)<sup>34</sup> contiene un voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibañez:

El término “violencia” denota una agresión física, que en la copiosa jurisprudencia al respecto, se ilustra con otros como sujetar, golpear, agarrar, arrastrar [...]. “Intimidación” es la acción de intimidar, que es inducir temor, de una intensidad tal que lo haga apto para modificar de manera sensible el comportamiento del afectado, que, de otro modo, sería distinto. “Amenazar” es anunciar a alguien que se le va a inferir de modo inmediato un mal, en este caso “grave”, es decir, importante, normalmente para conseguir de él que obre de una manera a la que, en otro caso, no estaría dispuesto.

Estos matices quedan totalmente difuminados con la aplicación que hace el Tribunal Supremo en la STS 459/2019.

Para terciar en esta polémica, creo que resulta muy interesante la matización que realiza Tomás-Valiente Lanuza, en un breve pero esclarecedor trabajo sobre este problema. Dice la autora que «en su exigencia de la violencia como exclusivo modo comisivo, la rebelión se constituye en lo que suele conocerse como delito de medios determinados. A este respecto, y por coherencia con el conjunto del Código (pues

---

Gimbernat Ordeig (11 de marzo de 2019), que aunque considera que sí hubo rebelión, lo sostiene sobre la base de considerar que sí hubo violencia física.

<sup>33</sup> Bages Santacana (2018, pp. 536 y ss.); Llabrés Fuster (2019, pp. 16 y ss.), aunque exigiendo que se trate de «una amenaza que se hará realidad de un modo inminente si los representantes del poder legítimo del Estado no se allanan a las pretensiones»; Arroyo Zapatero (2019, pp. 62 y ss., en especial p. 66), donde sostiene que la voluntad del legislador «no permite concluir otra cosa que lo que se quería excluir por el legislador de la incriminación de referencia era que alcanzara a las declaraciones en pro del cambio constitucional o incluso de la independencia realizadas sin el concurso de una “violencia, fuerza o intimidación” para imponerla» (el entrecorillado es mío); Sandoval Coronado (2013, p. 334).

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 165/2015, de 17 de marzo.

cuando el legislador quiere abarcar en la tipicidad otras formas comisivas como la intimidación o la fuerza en las cosas, las incluye expresamente), ha de entenderse la violencia típica como violencia física sobre las personas, en la que se incluiría “la amenaza de su utilización inmediata” sobre ellas –como aconteció con los disparos al aire que se produjeron en el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981–, distinguible de la intimidación concebida como anuncio de un mal futuro más lejano (que sí se encontraría claramente excluida del tipo)» (Tomás-Valiente Lanuza, 2019, pp. 164 y ss.). En efecto, quizá podría incluirse en la expresión «violentamente» una «amenaza inmediata» de ejercicio de la violencia física, pero no la difusa intimidación que, según el Tribunal Supremo, supondría la convocatoria de una concentración o de la votación en referéndum (por muy ilegal que fuese)<sup>35</sup>.

Respecto a la necesidad de que el alzamiento público y violento sea, además, «armado», obviamente tienen razón quienes esgrimen –en este caso– una estricta interpretación literal del art. 472 CP, que no contiene, desde luego, ese adjetivo. En mi monografía de 1990 le dediqué unas cuantas páginas a defender esa tesis, basándome en diversos argumentos. En primer lugar, la conexión dialéctica explicada entre rebelión y estado de sitio aboca a los alzados a enfrentarse a las Fuerzas Armadas o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así ocurrió aquel 6 de octubre de 1934 en Barcelona, cuando los disparos de Mossos y del Ejército de la República redujeron el alzamiento a 10 horas de enfrentamiento «armado». Esa significación típica era ya planteada por Pachecho, cuando el precepto sancionador de este delito sólo exigía un «alzamiento público» –ni siquiera violencia–, porque, en su opinión «la rebelión es un delito colectivo que se hace en público, que se sostiene con armas» (Pachecho, 1856, pp. 177). Aparte de ese mero indicio histórico, sostenía entonces que las alusiones del legislador a «esgrimir armas» y al «combate», para construir un tipo agravado que todavía pervive, a «deponer las armas» como exigencia dirigida a los meros ejecutores para que se puedan beneficiar de la atenuación punitiva y, en fin, a la integración absoluta de la rebelión militar en la rebelión común, siendo aquella protagonizada por miembros de las Fuerzas Armadas<sup>36</sup>. Muy recientemente, sobre todo Llabrés Fuster, pero también Mira Benavent y Tomás-Valiente Lanuza han insistido en la solidez de la argumentación tendente a incorporar la exigencia del carácter armado en la rebelión, apoyándose sólidamente en el tenor de la STC 199/1987<sup>37</sup>, que convalidó la posibilidad de aplicar el art. 55.2 CE a la rebelión, que no aparece citada en el precepto, en el que se alude expresamente a «bandas armadas o elementos terroristas», justamente porque asignó el carácter armado «por definición» a la rebelión. Un argumento tan sólido como el órgano que lo sostuvo, por mucho que algunos autores lo consideren obsoleto, como bien recuerda y explica Llabrés Fuster (2019, pp. 23-37)<sup>38</sup>.

## 6. Finalidades típicas

### *1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*

Como se explicó en su momento, esta finalidad sólo aparece como típica de la rebelión tras el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, al incluirlo la LO

<sup>35</sup> Vid., a este respecto García Rivas (2016a, p. 61), donde considero esa posibilidad.

<sup>36</sup> García Rivas (1990, pp. 179 y ss.). En el mismo sentido, Rebollo Vargas (2018, pp. 171 y ss.), y Sandoval Coronado (2013, pp. 349 y ss.).

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal constitucional 199/1987, de 16 de diciembre.

<sup>38</sup> Con una extensa y profunda argumentación y una sólida contestación a Gimbernat Ordeig (29 de noviembre de 2018), donde refiere el «elemental argumento a contrario» que consistiría, en su opinión, en que la existencia de un subtipo agravado que requiere «esgrimir armas» supone, sin más, que el tipo básico no lo exige. Se suman a la tesis de la exigencia del alzamiento armado, Llabrés Fuster y Mira Benavent (10 de diciembre de 2017), y Tomás-Valiente Lanuza (2019, p. 166). Llabrés Fuster reitera dicha postura al analizar la STS 459/2019 en Llabrés Fuster (2019, pp. 79 y ss.).

2/1981, de 4 de mayo. Contaba con el precedente de la entonces reciente modificación del Código de Justicia Militar, cuyo art. 286 fue reformado por la LO 9/1980, de 6 de noviembre, para definir la rebelión como «alzamiento en armas contra el ordenamiento constitucional». Ni siquiera el Proyecto de CP de 1980, posterior por tanto a la promulgación de la Carta Magna, había incluido esta finalidad en el delito de rebelión (art. 523). Es claro, pues, que se trató de dar una respuesta jurídica al intento golpista y así se expresó en la urgente tramitación parlamentaria el Ministro de Justicia (Fernández Ordóñez), al decir que debía cubrirse una importante laguna en nuestro ordenamiento punitivo: «el atentado directo contra la Constitución, para provocar un cambio, por la fuerza, del sistema democrático vigente, a través de un golpe de Estado». De hecho, el proyecto se denominó «de defensa de la Constitución».

Antes de nada, conviene advertir de que nuestra Constitución no impide su reforma, ni siquiera su «revisión total», como establece el art. 168.1 CE<sup>39</sup>, de manera que la creación de un movimiento político cuyo objetivo sea reformar «toda» la Constitución no puede considerarse antijurídico; en consecuencia, menos aún el que pretenda «sólo» una reforma «parcial» que dejara fuera a Cataluña o al País Vasco. A este respecto, conviene recordar que el Consejo de Estado (2006)<sup>40</sup> alude al procedimiento de reforma total (art. 168 CE) en estos términos:

se refiere solo a la intención de acometer una revisión total de la Constitución, o una parcial que afecte a las partes antes indicadas. Es indiscutible que la iniciativa que “propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar [...] ha de partir del Gobierno, de una u otra Cámara de las Cortes o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas”.

Es decir, que no existen en nuestro texto constitucional «cláusulas de eternidad», al modo en que las define HAEBERLE<sup>41</sup>. El propio Tribunal Constitucional se ha hecho eco en numerosas resoluciones del rechazo a una concepción del texto constitucional como algo inamovible:

la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, es decir, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que “no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional (entre otras, STC 31/2009, FJ 13)” (STC 42/2014)<sup>42</sup>.

Se protege aquí la Constitución como norma, es decir un texto normativo autónomo distinto de las instituciones y órganos establecidos y de los principios políticos que en forma de derechos fundamentales y libertades públicas proclama y garantiza. Aunque en otros países, como Italia, el término ha sido interpretado de manera extensa, abarcando las leyes fundamentales del sistema democrático, el principio de legalidad obliga a adoptar esta interpretación más estricta, considerando

<sup>39</sup> Artículo 168. 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

<sup>40</sup> Consejo de Estado (2006, p. 337).

<sup>41</sup> Haerberle (2003, pp. 145 y ss.). En el mismo sentido Aragón Reyes (1994, p. 18).

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, de 25 de marzo.



que se trata de proteger la Constitución en dos aspectos esenciales propios de su naturaleza de norma jurídica y de su carácter fundamental: en primer lugar, su vigencia, absoluta y directa, frente a la derogación o modificación; en segundo lugar, su carácter inmodificable al margen del procedimiento que ella misma establece<sup>43</sup>.

En mi opinión, expresada ya hace treinta años (García Rivas, 1990, pp. 207 y ss.), los Estatutos de las Comunidades Autónomas deben considerarse objetos protegidos en este apartado del precepto. La Constitución reconoce el derecho de autonomía a las nacionalidades y regiones que integran el Estado (art. 2). Para la integración de los Estatutos en este apartado 1º del art. 472 CP no es preciso forzar la letra de la norma y vulnerar el principio de legalidad; basta con percatarse de que una modificación violenta de los mismos supone, desde luego, una modificación «parcial» de la Constitución. Por otra parte, la protección que este precepto brinda a las instituciones legislativas y gubernamentales de las Comunidades Autónomas permite aplicar a este caso un criterio sistemático de pura lógica: no sería plausible que se protegieran esas instituciones y no la norma jurídica estatutaria de la que emanan.

Por lo que se refiere a la «suspensión» de la Constitución, cabe decir que debería tratarse de una suspensión de elementos esenciales de la misma y no de cualquier precepto, dado el bien jurídico protegido por la norma y las penas impuestas, que exigen una conducta cuyo desvalor sea acorde con esa magnitud, en aras del principio constitucional de proporcionalidad. Así, desde luego, sería un supuesto de rebelión el alzamiento público y violento para suspender derechos fundamentales y otros elementos normativos esenciales de la Carta Magna, como la autonomía de las nacionalidades y regiones o los preceptos que delimitan el procedimiento de reforma constitucional. En tales casos, se produciría una desnaturalización del sistema democrático vigente que permitiría atribuir a la conducta la lesividad exigida.

*2º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*

El sistema de monarquía parlamentaria instaurado por la Constitución coloca al Rey en la Jefatura del Estado como «símbolo de su unidad y permanencia» (art. 56.1 CE). El carácter hereditario de la Corona (art. 57.1 CE) impide la elección del Jefe del Estado, que es sucedido –tal y como ha ocurrido en 2014, tras la abdicación de Juan Carlos I– por algún familiar, más próximo o más remoto (art. 57.1 CE). Sólo en caso de que se extingan «todas las líneas llamadas en Derecho» intervendrían las Cortes Generales para nombrar sucesor, aunque el procedimiento para ello no se especifica en el art. 57.3CE. Asimismo deben intervenir las Cortes cuando se produce el supuesto de abdicaciones y renunciaciones, según lo previsto en el art. 57.5 CE, tal y como ha ocurrido al aprobar la LO 3/2014, de 18 de junio «por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón», norma en la que se recuerda que la Constitución no faculta a las Cortes para «autorizar» la abdicación, pero se utiliza esa fórmula por ser la más conveniente. De hecho, el artículo único, apartado 2 de esa LO establece que sólo a partir de su entrada en vigor «la abdicación será efectiva».

La destitución del Jefe del Estado ha figurado siempre entre los fines de la rebelión y en un lugar destacado, en razón del papel que se otorgaba a esta institución en el siglo XIX, como cabeza del poder ejecutivo, compartiendo soberanía con el

<sup>43</sup> Arroyo Zapatero (1981, p. 382).

órgano representativo. No así la segunda parte del precepto (obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad), desconocida hasta el CP de 1870, ya que en el de 1848 se refería tan solo a privarle de su libertad personal. Sin embargo, en la Constitución vigente el Jefe del Estado carece de dichas atribuciones ejecutivas, limitándose a actuar como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, y su tarea se circunscribe –como afirma el art. 56.1 CE– a arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones, asumiendo la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes. Como recuerda Sandoval Coronado, nuestra Constitución no menciona expresamente la destitución del Rey sino tres causas de cese en el ejercicio de su función: fallecimiento, abdicación e inhabilitación. Cabría entender que el término «destitución» se refiera a forzar la abdicación regia, única causa en la que interviene su voluntad (Sandoval Coronado, 2013, p. 254, nota).

Por lo que se refiere a la Carta Magna, el art. 62 enumera una serie de funciones en las que el Jefe del Estado actúa siempre como mero sancionador formal de decisiones de los poderes legítimamente elegidos: desde la disolución de las Cortes hasta la declaración de la guerra. No existe función alguna en la que el Jefe del Estado tenga capacidad para decidir por sí mismo. Por tanto, al incluir esta finalidad como propia de la rebelión, el legislador está protegiendo en realidad la mera ejecución de esas decisiones políticas adoptadas por los órganos constitucionales capaces de tomarlas, ya sea el Gobierno o las Cortes Generales. Igual ocurre en relación con la Justicia, que de acuerdo con el art. 117.1 CE, «se administra en nombre del Rey», locución que tiene un sentido meramente simbólico. Por lo que se refiere a la Regencia, que puede constituirse en Jefatura del Estado si el monásticamente designado para la sucesión es menor o resulta inhabilitado (art. 59 CE). En tal caso, las atribuciones del art. 62 pasan a esa persona y el legislador penal la protege en el art. 472 CP porque es el o la Jefe del Estado.

Mención especial merece la alusión en este precepto a la finalidad de «obligar al Jefe del Estado a realizar un acto contrario a su voluntad», pues este tipo de conductas aparecen previstas también en el art. 489 CP, dentro del Título de los delitos contra la Corona. La diferencia entre ambas figuras estriba, obviamente, en que la calificación como rebelión exige que ese acto coactivo sea realizado mediante una insurrección, mientras que el delito del art. 489 CP protege a la persona del Jefe del Estado contra ataques que pueden provenir de una sola persona o de un grupo, pero que no constituya un alzamiento público y violento. Por lo demás, el art. 472 CP reclama una interpretación sistemática que obliga a restringir su radio de acción a aquellas conductas que atenten contra el orden constitucional democrático vigente, de manera que no sería cabal calificar como rebelión una insurrección que tenga como objetivo, v.gr., obligar al Rey a desistir de realizar un viaje a una determinada Comunidad Autónoma. Es patente que este «acto» no compromete en ningún caso una «función constitucionalmente relevante».

Las facultades meramente arbitrales que la Constitución asigna al Jefe del Estado constituyen una suerte de prerrogativas: sancionar leyes, nombrar al Presidente del Gobierno, etc. En el ejercicio de todas ellas, el Rey actúa como mediador, árbitro o moderador, pero sin asumir la responsabilidad de sus actos. Quien los refrende será responsable, como recuerda la STC 8/1987<sup>44</sup>: «el refrendo es un instituto autónomo en el proceso de formación de los actos jurídicos, en el que no aparece como elemento esencial la participación activa del refrendante en el

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1987, de 29 de enero.

contenido de los mismos». Y ello porque no se puede confundir «el sentido traslativo de responsabilidad inherente al mismo, con la función que ha venido a desempeñar en la esfera de la potestad ejecutiva». Es decir, que así como hay supuestos en los que el refrendante es el autor material del acto, hay otros en los que se limita, con su firma, a responder de la adecuación del acto regio al ordenamiento jurídico, sin haber tenido ninguna participación en la determinación de su contenido. Es decir, nuestra Constitución mantiene una concepción tradicional del refrendo no exigiendo necesariamente que la persona que debe refrendar sea el autor efectivo de la propuesta o actuación. En consecuencia, si un alzamiento público y violento pretende despojar al Rey de sus prerrogativas, la conducta atenta en realidad contra esas normas constitucionales que le atribuyen determinadas funciones esenciales para el funcionamiento del sistema democrático: si una ley no puede alcanzar vigencia porque se impide la sanción regia, el problema no es que el Rey haya perdido una prerrogativa sino que el pueblo no haya podido expresar su voluntad mediante esa ley. Por tanto, y en definitiva, sólo podrá calificarse como rebelión aquel alzamiento público y violento que pretenda trastocar el sistema constitucional democrático despojando al Rey de alguna de sus prerrogativas o facultades<sup>45</sup>.

La asimilación de la Reina al Rey en virtud de lo dispuesto en la reforma del Código Penal de 2015 carece por completo de sentido si nos atenemos a la función que desempeña dicha persona y al bien jurídico protegido en este precepto. Salvo en caso de regencia (que ya estaba contemplado) su función constitucional es perfectamente irrelevante.

### *3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*

Mediante las elecciones para cargos públicos se expresa la soberanía popular, siendo la elección el único sistema que la Constitución reconoce para acceder a cargos de las Instituciones del Estado (a excepción de la Jefatura del Estado), Comunidades Autónomas o Municipios. El tipo no especifica si esas elecciones a cuyo impedimento se dirige el alzamiento deben ser de uno u otro ámbito. Con anterioridad a la promulgación de la LO 14/1985, de 9 de diciembre, el precepto añadía la expresión «en todo el territorio de la Nación» –siguiendo una tradición que se remonta al CP de 1848–, lo que relegaba los alzamientos que pretendían impedir otras elecciones de ámbito inferior al tipo de la sedición. Pero la citada reforma modificó esta doble tipificación del supuesto que nos ocupa y amplió el tipo de la rebelión hasta abarcar, como se acaba de decir, cualquier elección para cargos públicos. A partir de la letra de la ley conviene, en mi opinión, ajustar su radio de acción teniendo en cuenta sendos criterios restrictivos. Por una parte, la afectación del bien jurídico aconseja dejar fuera del tipo aquellos alzamientos que pretendan impedir la celebración de elecciones en algún municipio, relegando su castigo a otras figuras, como desórdenes públicos, coacciones o delito electoral (arts. 146 y 147 de la LO 5/1985, de 19 de junio). Por otro, una visión en conjunto del precepto que ahora se analiza indica que el legislador ha querido proteger las instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero no las municipales, lo cual, unido al criterio anterior, permite considerar que serán típicos aquellos alzamientos públicos y violentos que tengan como finalidad impedir las elecciones para cargos públicos en el territorio del Estado o de una Comunidad Autónoma, siempre que con ello se atente contra el bien jurídico protegido: sistema constitucional democrático, y no se trate sólo de una mera algarada de carácter esporádico. La STS –Sala Militar– de 14 de noviembre de 1984, que juzgó la conspiración para el golpe de Estado que se proyectaba ejecutar el 27 de octubre de 1982, un día antes de las elecciones generales que llevarían al poder por primera vez en nuestro país al PSOE, especifica que el plan de los conspiradores consistía

<sup>45</sup> García Rivas (1990, p. 65).

en intervenir ese día para evitar las elecciones del día siguiente y tomar el poder en España. Desde luego, sería un buen ejemplo de comisión del delito de rebelión en la modalidad que ahora nos ocupa.

*4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.*

La disolución ilegal de las Cortes aparece como fin típico de la rebelión desde el CP de 1848. La LO 14/1985 amplió la protección a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (CCAA), lo que indica que la intención del legislador es proteger la sede de la soberanía nacional, tanto la que se expresa para todo el Estado como la que lo hace en cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con una distribución competencial que nace en la Constitución y se desarrolla en los respectivos estatutos de autonomía y que convierte a las Asambleas en órganos legislativos con plena capacidad normativa en aquellas materias (o competencias sobre materias) que establezca la Constitución y su Estatuto de Autonomía<sup>46</sup>.

La Constitución establece una regulación para la disolución de las Cortes, del Congreso o del Senado que atribuye al Presidente del Gobierno la facultad para decretarla, pero no podrá hacerlo cuando esté tramitándose una moción de censura o cuando haya pasado menos de un año desde la anterior, a no ser que la votación de investidura del Presidente sea infructuosa durante dos meses, supuesto en el cual el Rey, refrendado por el Presidente del Congreso, disolverá ambas Cámaras (arts. 115 CE y 99.5 CE). La disolución es también obligada cuando se proceda a una reforma constitucional que así lo exija (art. 168.1 CE).

El art. 115.1 CE establece que el Decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones. Si este requisito no se cumple porque el Presidente del Gobierno fuera partícipe de un alzamiento público y violento que tuviera por objeto dejar vacías las Cámaras, creo que podría reconducirse la calificación penal al apartado anterior del art. 472 CP, porque en realidad se estaría impidiendo la celebración de elecciones, aunque no deja de ser también una disolución espuria con fines atentatorios contra el sistema constitucional democrático. En el ámbito de las CCAA, el régimen es diferente, aunque a estas alturas todos sus Presidentes tienen atribuida la facultad de disolver la correspondiente Asamblea, de manera que la disolución de la misma al margen de la ley supone al principio de auto-organización estatutaria que rige en este campo.

La segunda finalidad típica de este apartado 4º requiere que los alzados pretendan impedir que ese órgano legislativo se reúna, deliberen o resuelva. A diferencia de lo previsto en el art. 498 CP, que se refiere a impedir con violencia o intimidación a un parlamentario (estatal o autonómico) el acceso a la sede del órgano legislativo, en el art. 472 CP se requiere una conducta capaz de atentar contra el bien jurídico protegido, que no es la libertad del parlamentario sino el peligro que para el sistema constitucional democrático supone el alzamiento público y violento que pretende inutilizar una pieza básica de ese sistema como es el órgano legislativo. Ahora bien, dicha conducta no puede ni debe confundirse con la convocatoria de manifestaciones reivindicativas frente a la sede del Congreso, del Senado o de alguna Asamblea autonómica, cuando se producen altercados y, por tanto, una cierta

<sup>46</sup> La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 relegaba al delito de sedición la protección de los atentados de esta clase contra los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas. Entonces sostuvo que debía equipararse en esta parte del Código la protección a los órganos estatales y autonómicos. Vid. García Rivas (1985, p. 1206).

violencia. La rebelión, como delito de convergencia, exige que los alzados hayan organizado la operación con la finalidad de bloquear el órgano legislativo para poner en peligro el sistema constitucional democrático. En el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, el alzamiento incluyó la entrada en el Congreso de una compañía de la Guardia Civil, que mantuvo secuestrados a los diputados durante veinte horas. Al margen de otros fines de los alzados, pues, en lo que se refiere al que nos ocupa, éstos no sólo intentaron sino que lograron impedir que se reunieran para evitar la elección del Presidente del Gobierno. Por lo demás, el caso analizado en la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 31/2014<sup>47</sup>, relativa a las manifestaciones convocadas frente al *Parlament* de Cataluña, en junio de 2011, bajo el lema: «Paremos el *Parlament*, no permitiremos que aprueben recortes», que reunió a unas mil personas, no constituyó un «alzamiento público y violento» pese a que algunos parlamentarios tuvieron serias dificultades para acceder a la sede del *Parlament*. La sentencia, aun reconociendo que se ejerció cierta intimidación contra dichos parlamentarios por parte de los manifestantes, fundamenta correctamente la inexistencia de delito contra las instituciones (art. 498 CP) por aplicación de la doctrina del efecto desaliento, que exige ponderar el ejercicio de un derecho fundamental y valorar restrictivamente los excesos que le acompañen, siendo leve, además, la lesividad de dichas conductas en este caso. No cabría hablar entonces de «alzamiento público y violento» en el marco del desarrollo de una manifestación reivindicativa.

Finalmente, el precepto habla de «arrancar alguna resolución» o «sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias». Por lo que se refiere a lo primero, tiene sentido incluir aquí esa expresión en tanto en cuanto la resolución que se apruebe quepa en el ámbito competencia de la Cámara respectiva. Si la resolución adoptada de manera forzada carece de relevancia por quedar fuera de ese ámbito competencial estaríamos ante una tentativa inidónea que debería valorarse siempre con criterios restrictivos. Así, por ejemplo, la generación de un alzamiento público y violento para que el Congreso de los Diputados convalide un Decreto-Ley, para lo cual es competente, sería rebelión; por el contrario, realizar esa misma actividad para que el Congreso «resuelva» la aplicación del art. 155 CE, que permite la intervención del Estado sobre una Comunidad Autónoma cuando ésta no cumpla con sus obligaciones, sería manifiestamente inidónea ya que compete al Senado y no al Congreso su realizar adoptar dicha decisión.

Por lo que se refiere a la «sustracción de atribuciones o competencias», debería valorarse si dicha sustracción transformaría el sistema constitucional o no, es decir debería interpretarse de manera restrictiva. Así, por ejemplo, el art. 92.2 CE establece que cualquier referéndum debe ser propuesto por el Presidente del Gobierno y autorizado por el Congreso de los Diputados. Si se pretendiese realizar dicha consulta al margen de la mentada autorización, la conducta sería ilícita, pero debería valorarse si al sustraer al Congreso de dicha competencia se pone en peligro o no el sistema democrático, lo cual tiene mucho que ver con cuál sea la consulta que se realiza: si se trata de separar una parte del territorio del Estado, es obvio que lo pondrá; por el contrario, si el referéndum trata de legalizar la compraventa de hachís, claramente no.

##### *5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*

En la introducción histórica se ha dado cuenta de lo ocurrido en octubre de 1934, cuando Companys proclamó el Estado catalán. En el juicio celebrado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales en 1935 se produjo una clara división de opiniones

<sup>47</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, 31/2014, de 7 de julio de 2014.



centrada en el análisis jurídico-penal de una proclamación como aquella, que no suponía la creación de un Estado al margen de la República sino de configurar de distinta manera la relación entre ésta y Cataluña. El voto particular convergente de cinco magistrados consideró que aquella declaración «estaba fuera de su competencia y evidentemente violó la ley de manera formal, pero no por ello constituía un alzamiento», y más adelante sostiene que al incluir el Estatuto la expresión «Cataluña se constituye en región autónoma», está ejerciendo su derecho de autodeterminación, y la Constitución republicana –según estos magistrados– no prohibía la federación de regiones de manera expresa. Es decir, que de la República «de regiones» podría pasarse a una República «federal» sin romper por ello la Constitución. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 6 de junio de 1935 no lo entendió así y condenó a Companys a treinta años de prisión como autor de un delito de rebelión militar.

Lo sucedido en Cataluña en septiembre y octubre de 2017<sup>48</sup> concluyó con la declaración de la independencia catalana en dos momentos: 10 y 27 de octubre. Es cierto que la misma careció de las formalidades legales necesarias para considerarse una real y efectiva «proclamación». Se trató más bien de un acto de reivindicación política de la soberanía. Sin embargo, conviene no olvidar que la función del legislador penal en este punto es la de reprimir los atentados contra el orden constitucional democrático y que el comportamiento de un grupo de políticos disidentes no tiene por qué revestir necesariamente las formalidades previstas en un ordenamiento del que precisamente quieren separarse. Por tanto, si los hechos acaecidos en Cataluña en septiembre y octubre de 2017 no han constituido un delito de rebelión (tal y como corrobora la STS 459/2019) no es porque la declaración fuera «informal» o por su falta de «efectividad» jurídica plena (ya que la cláusula de seguridad del art. 155 CE está precisamente para impedirlo) sino porque no se dio la violencia típica<sup>49</sup>.

A este respecto, existe un precedente cercano, juzgado ya por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el llamado «Plan Ibarretxe», que esencialmente proponía una reforma del Estatuto de autonomía que incluyera el derecho de autodeterminación. El Auto 25/2007, de 27 de noviembre, sostiene que:

en definitiva y como dejaba recogido este Tribunal en su Auto de fecha 1 de marzo de 2005), “las manifestaciones del Lehendakari no se pueden interpretar más que como la expresión de un deseo y el anuncio de una intención de naturaleza política y futuro incierto. Como significa el Fiscal, y estamos de acuerdo, el Estado de Derecho tiene mecanismos suficientes al margen del Derecho Penal, para, en esta fase en la que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales y constitucionalmente establecidos”.

Y descarta de plano la existencia de una proposición para la rebelión.

**6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de**

<sup>48</sup> El relato de los hechos, con profusión de detalles, en Ekaizer (2019).

<sup>49</sup> «Es especialmente significativo, a la hora de valorar la ausencia de una verdadera voluntad de dar eficacia al resultado del tumultuario referéndum, que el día 10 de octubre el Presidente de la Comunidad Autónoma catalana, tras proclamar el resultado de la consulta –desde luego, no acreditado como veraz desde los estándares al uso compartidos internacionalmente– dejó “en suspenso” la declaración de independencia. Y el 27 de octubre, con ocasión de la votación en el Parlament de la propuesta reflejada en el *factum*, los coacusados deslindaron de forma bien meditada, de una parte, el retórico componente independentista, de otra, el contenido concreto de las resoluciones insertas al final de esa declaración. Así se cuidó de exponerlo muy insistentemente la coacusada Sra. Forcadell» (STS 459/2019, p. 272)

*sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*

Esta finalidad típica de la rebelión se orienta a la protección del poder ejecutivo, de forma semejante a como el apartado 4º protege el poder legislativo. El art. 98.1 CE establece que «el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley». Dicha composición no ha sido ampliada por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo art. 7 concibe a los Secretarios de Estado como órganos de apoyo y colaboración, pero no como miembros del propio Gobierno. Una estructura básica que se repite a escala en los distintos Gobiernos autonómicos, compuestos por el Presidente y los Consejeros.

Tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, lógicamente, se regula normativamente el sistema de sustitución de un Gobierno por otro, tras el cese del primero por las causas constitucionalmente tasadas (art. 101.1 CE) y la apertura de un proceso de elecciones y la subsiguiente elección del Presidente del Gobierno, estatal o autonómico. Por tanto, el primer inciso del art. 472.6º CP requiere la generación de un alzamiento público y violento que tenga como finalidad alterar ese sistema de sustitución por otro inconstitucional o contrario al Estatuto correspondiente, según los casos. El segundo inciso («usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma o a cualquiera de sus miembros de sus facultades»), que podríamos denominar «usurpación», se refiere más bien a las funciones asignadas respectivamente a los Gobiernos (tanto estatal como autonómicos) o a sus miembros, equiparando el legislador el alzamiento dirigido a lograr dicha «usurpación» tanto respecto al órgano colegiado como al unipersonal.

El resto del apartado 6º del art. 472 CP se refiere más bien al «ejercicio» de las funciones, que debe realizarse sin intromisiones ilegítimas. Conviene tener en cuenta que, al igual que ocurre respecto al apartado 4º, existen otros lugares del Código en los que se protege a los miembros del Gobierno (o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma) respecto a actos de esa clase que no van acompañados de un alzamiento público y violento y, por tanto, carecen de la gravedad del previsto aquí. En concreto, el art. 503 CP castiga a «los que invadan violentamente o con intimidación el local donde esté constituido el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma» (apdo. 1º) y a «los que coarten o por cualquier medio pongan obstáculos a la libertad del Gobierno reunido en Consejo o de los miembros de un Gobierno de Comunidad Autónoma, reunido en Consejo, salvo que los hechos sean constitutivos de otro delito más grave» (apdo. 2º). Para distinguir ambos delitos es necesario recordar que sólo cabe hablar de rebelión cuando existe un alzamiento público y violento con capacidad para causar una transformación antidemocrática del Estado democrático constitucional vigente. Otro tipo de acciones colectivas, con reivindicaciones concretas, deben tratarse al margen de la rebelión. Así, por ejemplo, una hipotética invasión del Palacio de la Moncloa por un grupo de manifestantes en protesta por la política gubernamental de educación, lógicamente pretende influir en el Gobierno para que no apruebe una determinada medida y, por tanto, podría entenderse –al menos en el análisis de la tipicidad– que concurren los requisitos del delito del art. 503.2º CP (posiblemente justificado –en parte– por el ejercicio –abusivo– del derecho de reunión y manifestación), pero en ningún caso podría considerarse un supuesto de rebelión. Por el contrario, el diseño de la conocida «Operación Galaxia» (STS -Militar- de 2 julio 1980. RJ 1980\3209), que planeaba la invasión del Palacio de la Moncloa para secuestrar al Gobierno en pleno y así iniciar un golpe de Estado, fue calificada correctamente como conspiración para la rebelión, porque lo planificado era un alzamiento público y violento en toda regla.

### *7º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.*

La Exposición de Motivos de la LO 5/2005, de la Defensa Nacional, declara que

la organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia. La Ley establece el mandato de regular las reglas esenciales para el cumplimiento del deber por parte de quienes integran la organización militar.

Aunque a la altura del siglo XXI dicha declaración parezca obvia, no queda lejos en el tiempo la tesis de la «autonomía» del poder militar, anclada tras la promulgación de la Constitución en el art. 8 de la norma fundamental, que les asigna las misiones de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», así como en el art. 62 h) que sitúa al Rey al mando de las mismas. La tesis de la “autonomía” se sostendría sobre un puente imaginario entre ambas normas, sin pasar por el Gobierno. Hoy en día, nadie la auspicia. De ahí que la obediencia de los militares tenga como destinatario el Gobierno de la Nación y no la voluntad personal del Jefe del Estado, tal y como establece el art. 97 CE.

El art. 13 de la LO 5/2005 establece que el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire componen la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y que «cada uno de ellos está compuesto por: la Fuerza, establecida como el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares». Así pues, habría que considerar que la expresión «fuerza armada» que figura en el apartado que nos ocupa debe interpretarse en el sentido de esta Ley fundamental de la defensa de la Nación. A partir de ahí, conviene realizar una interpretación que tenga en cuenta la índole del delito de rebelión, porque la expresión «cualquier clase de fuerza armada» podría incluir conductas de mera indisciplina que nada tienen que ver, ni en gravedad ni en afectación del bien jurídico, con la rebelión, desde un punto de vista armónico y sistemático. Por tanto, debería tratarse en todo caso de una «clase de fuerza armada» con dimensión orgánica y operativa suficiente como para poner en jaque a los poderes del Estado. Se trata, en consecuencia, de una interpretación muy restrictiva de este apartado 7º del art. 472CP, que debería desaparecer del mismo, pues se trata más bien de una reminiscencia decimonónica, basada en el principio de autoridad y en la necesidad de subrayar la disciplina militar, sujeta hoy a las variables democráticas que reclama nuestra Constitución.

El art. 475 CP castiga a quienes «sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión», conducta participativa en la insurrección que debe distinguirse de la que comentamos, por cuanto en el art. 472.7ª CP se castiga un alzamiento que tiene por objeto lograr que una parte de las Fuerzas Armadas desobedezca al Gobierno, mientras que en el art. 475 CP se castiga la efectiva consecución de tropas que colaboren con el alzamiento.

## Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (1994). La constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 42), pp. 9 y ss.
- Arroyo Zapatero, L. (2019). El Procés en la comprensión escénica de la sentencia del Tribunal Supremo. *La Sentencia del procés (El Cronista del Estado social y democrático de Derecho)* (núm. 82-83), pp. 62 y ss.
- Arroyo Zapatero, L. (1981). La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo. *Cuadernos de Política Criminal* (núm. 15), pp. 379 y ss.
- Bages Santacadena, J. (2018) El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, pp. 536 y ss.
- Ballbé Mallol, M. (1983). *Orden público y militarismo en la España constitucional*. Madrid, España: Alianza Universidad.
- Barbero Santos, M. (1977). *Política y Derecho penal en España*. Madrid, España: Tucar Ediciones.
- Barbero Santos, M. (1972). Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el decreto de 21 de septiembre de 1960. *Estudios de Criminología y Derecho penal*, pp. 259 y ss.
- Berdugo Gómez de la Torre, J.R. (1980). Derecho represivo en España durante los períodos de guerra y posguerra (1936-1945). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 3, pp. 97 y ss.
- Boix Reig, F.J., Mira Benavent, J. (2019). A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre. *La Sentencia del procés (El Cronista del Estado social y democrático de Derecho)* (núm. 82-83), pp. 122 y ss.
- Boix Reig, F.J., Mira Benavent, J. (2019). Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal. *Revista jurídica de Cataluña* (núm. 1), pp. 9 y ss.
- Cano Paños, M.A. (2019). Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán. *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad* (núm. 5).
- Carbonell Mateu, J.C. (17 de octubre de 2019) La Sentencia: aspectos cuestionables. *Al revés y al derecho (un blog colectivo sobre derecho humanos)* [blog]. Recuperado de <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5724>
- Consejo de Estado (2006). *Sobre modificaciones de la Constitución Española*. Recuperado de: <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>
- Cugat Mauri, M. (2018). La violencia como elemento del delito de rebelión. En en AAVV, *Liber Amicorum Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, pp. 567 y ss. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Díez del Corral, L. (1944). Introducción al doctrinarismo. *Revista de estudios políticos* (núm. 15-16), pp. 85 y ss.
- Donoso Cortés, J. (2002). *Discursos políticos*. Madrid, España: Tecnos.
- Finger, A. (1930). Der Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht. En AAVV, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, vol. I (pp. 230 y ss.). Tübinga, Alemania: Scientia Verlag Aalen.
- García Arán, M., López Garrido, D. (1996). *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, España: Dykinson.
- García Rivas, N. (2019a). Luces y sombras de una sentencia histórica. En Ekaizer, E., *Cataluña año cero* (pp. 393 y ss.). Barcelona, España: Espasa.
- García Rivas, N. (2019b). Injusta condena por sedición: un delito anacrónico y derogable. *La Sentencia del procés (El Cronista del Estado social y democrático de Derecho)* (núm. 82-83), pp. 92 y ss.

- García Rivas, N. (2017). La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada. *Diario La Ley* (29 de septiembre de 2017).
- García Rivas, N. (2016a). Delito de rebelión. En Álvarez García, F.J., Ventura Püschel, A. (dirs.), *Tratado de Derecho penal*, Tomo IV (pp. 37 y ss.), Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García Rivas, N. (2016b). ¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue 'sombras rebeldes'. *Eunomía* (núm. 10), pp. 90 y ss.
- García Rivas, N. (2005). Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria. *Revista de Derecho penal y criminología* (núm. 15), pp. 55 y ss.
- García Rivas, N. (1998). *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*. Barcelona, España: Praxis.
- García Rivas, N. (1990). *La rebelión militar en Derecho penal*. Cuenca, España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- García Rivas, N. (1985). Título XVIII. Delitos contra los poderes y orden públicos. En Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Gabinete de Documentación y Publicaciones, *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, *Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, Vol. 2 (p. 1206). Madrid, España.
- García Rodríguez, J. (2013). *Conspiración para la Rebelión militar del 18 de julio de 1936*. Madrid, España: Silex Ediciones.
- Gimbernat Ordeig, E. (2019). El Procés en el Tribunal Supremo. *La Sentencia del procés (El Cronista del Estado social y democrático de Derecho)* (núm. 82-83), pp. 14 y ss.
- Gimbernat Ordeig, E. (11 de marzo de 2019). De nuevo sobre el delito de rebelión. *El Mundo*.
- Gimbernat Ordeig, E. (29 de noviembre de 2018). Sobre los delitos de rebelión y sedición. *Diario del Derecho (Iustel)*.
- González Rus, J.J. (2005). Delitos contra la Constitución. En Cobo del Rosal, M., *Derecho penal español. Parte Especial* (pp. 999 y ss.). Madrid, España: Dykinson.
- Grupo de Estudios de Política Criminal (2018). *Una nueva política en materia de espacio y orden público*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Haeberle, P. *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Hierro, Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Jiménez Villarejo, C. (2007). La destrucción del orden jurídico republicano. *Hispania Nova* (núm. 7).
- Llabrés Fuster, A., (2019). El concepto de violencia en el delito de rebelión (art. 472 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (núm. 21).
- Llabrés Fuster, A., (2019). Rebelión no, sedición tampoco (a propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el Procés). *Teoría y Derecho* (núm. 26), pp. 79 y ss.
- Llabrés Fuster, A., Mira Benavent, J. (10 de diciembre de 2017). Una 'rebel·lió' judicial contra l'estat de Dret. *Vilaweb*. Recuperado de: <http://www.vilaweb.cat/noticies/una-rebellio-judicial-contra-lestat-de-dret/>
- López Garrido, D. (2004). *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1983). Notas para la historia de la noción de orden público. *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 36), pp. 19 y ss.
- Nieto García, A. (2014). *La rebelión militar de la Generalidad de Cataluña contra la República*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Pacheco, J.F. (1856). *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo II, 2ª ed. Madrid, España: .
- Paredes Castañón, J.M. (2011). El orden público como bien jurídico autónomo y legítimo. En Luzón Peña, D.M. (dir.), *Derecho penal del Estado social y*



- democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig* (pp. 919 y ss.). Madrid, España: La Ley.
- Portilla Contreras, G. (2010). *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*. Granada, España: Comares.
- Quintero Olivares, G. (2019). La tormenta catalana y la capacidad del Derecho penal: sobre la Sentencia 459/2019 de 14 de octubre de 2019. *La Sentencia del proceso (El Cronista del Estado social y democrático de Derecho)* (núm. 82-83), pp. 68 y ss.
- Rebollo Vargas, R. (2018). Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico. *Revista de Derecho penal y Criminología* (núm. 19), pp. 139 y ss.
- Rodríguez Devesa, J.M. (1943). La ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia Militar. *Revista de Estudios Penales*.
- Sandoval Coronado, J.C. (2013). *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2019). Exigencias típicas del delito de rebelión y su inaplicabilidad al caso catalán. *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XX, pp. 164 y ss.

# Progresividad fiscal (España)\*

## Tax progressivity (Spain)

Rafael Sanz Gómez  
 Universidad Nacional de Educación a Distancia  
 ORCID ID 0000-0003-0781-3891  
[rafaelsanz@der.uned.es](mailto:rafaelsanz@der.uned.es)

Cita recomendada:

Sanz Gómez, R. (2020). Progresividad fiscal (España). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 311-326.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5279>

Recibido / received: 13/06/2019  
 Aceptado / accepted: 31/01/2020

### Resumen

El artículo 31.1 de la Constitución española recoge el principio de progresividad como característica del sistema tributario. Este trabajo estudia el contenido del principio y su interacción con otros principios constitucionales, así como la limitada función de control desarrollada por la jurisprudencia constitucional. Analiza también la evolución histórica de la aplicación del principio, mostrando las conexiones entre la normativa española y el contexto europeo/occidental. Finaliza planteando posibles vías de evolución futura del sistema para un fortalecimiento del principio de progresividad.

### Palabras clave

Progresividad, redistribución, igualdad, sistema tributario, IRPF, reforma tributaria.

### Abstract

*The Article 31.1 of the Spanish Constitution includes the principle of progressivity as a characteristic of the tax system. This paper studies the content of the principle and its relation to other constitutional principles, as well as the limited control function developed by the case-law of the Constitutional Court. It also analyses the historical evolution of the application of this principle, evidencing the links between Spanish legislation and the European/Western context. Finally, it proposes potential future evolution trends towards a strengthening of the principle of progressivity.*

### Keywords

*Progressivity, redistribution, equity, tax system, personal income tax, tax reform.*

\* El autor quiere agradecer las sugerencias realizadas por las tres personas anónimas encargadas de la revisión de una versión original de este artículo.

SUMARIO. 1. Definición y fundamento del principio de progresividad. 2. La interpretación conjunta de los principios del artículo 31 de la Constitución como elementos de un sistema tributario justo. 3. Progresividad como característica del sistema tributario. 4. Evolución histórica de la aplicación del principio de progresividad en España. 4.1. El sistema tributario de la posguerra europeo en la Transición española. 4.2. Globalización y cambio de paradigma: la eficiencia tributaria. 4.3. La crisis de 2007 y la desigualdad económica como problema 5. Conclusiones

## 1. Definición y fundamento del principio de progresividad

El principio de progresividad fiscal implica que, cuanto mayor sea la capacidad económica de una persona, *en mayor proporción* deberá contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos. Requiere un trato desigual según el nivel de renta (equidad vertical) para perseguir la igualdad real o material en la distribución de las cargas fiscales. La progresividad, en tanto que “regla técnica matemática” (STC 19/2012, de 15 de febrero) puede definirse como una característica de aquellos tributos concretos para los cuales el tipo medio de gravamen es creciente a medida que crece la base imponible. La forma habitual –pero no única– de obtener este efecto es mediante tarifas (progresividad por escalones).

La Constitución de 1978 (en lo sucesivo, CE) es la primera de la historia española que recoge expresamente el principio de progresividad. Las Constituciones de 1812, 1837, 1869 y 1876 simplemente establecían un deber contribuir a los gastos del Estado en proporción de los haberes de cada persona. Por su parte, la Constitución de 1931, en su artículo 44, vinculaba el deber de contribuir con la subordinación de la riqueza del país “a los intereses de la economía nacional”, subordinación que en la Constitución vigente encontramos recogida en el artículo 128.1.

Las constituciones europeas tampoco suelen hacer referencia expresa al principio, con la destacable excepción de la Constitución italiana de 1948 (en cuyo artículo 53 se inspira el art. 31 CE). La Constitución portuguesa de 1975 no requiere que el sistema tributario sea progresivo, pero sí que lo sea el impuesto sobre la renta de las personas físicas<sup>2</sup>. Por último, el principio de progresividad está presente en la última oleada de constitucionales latinoamericanas, como es el caso de Venezuela (art. 316), Ecuador (art. 300) o Bolivia (art. 323.I).

Exista o no una mención explícita en el texto constitucional correspondiente, el principio de progresividad es característico de los sistemas contemporáneos. La creación del impuesto progresivo sobre el ingreso constituyó la principal innovación en materia fiscal del siglo XX (Piketty, 2014, p. 546). Los Estados de nuestro entorno apostaron por la centralidad del principio de equidad y la prevalencia de impuestos generales, personales y progresivos de manera decidida ya desde la Segunda Guerra Mundial; pero, en España, estos principios solo pudieron hacerse efectivos tras el fin de la dictadura franquista.

El fundamento del principio de progresividad ha sido tradicionalmente objeto de discusión y se ha analizado profusamente no solo desde una perspectiva jurídica,

sino también económica o sociológica. El hecho de que la Constitución española reconozca este principio de manera expresa no resta utilidad a tales debates, porque nos permite dotar razonadamente de contenido a lo que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado.

Los fundamentos propuestos suelen agruparse en dos ejes (Pérez de Ayala, 2002, pp. 14-15; Calderón Corredor, 2017, pp. 281-282). El primer bloque hace referencia a “la utilidad decreciente de la renta a medida que ésta aumenta” o bien a “su utilidad social, es decir, la evaluación sociológica y política de sucesivas unidades de renta” (Calvo Ortega, 2015). Si la utilidad de la renta no es lineal, se necesitan tributos progresivos para que el sacrificio de cada contribuyente sea equivalente, en la medida en que las necesidades que cubren los primeros niveles de renta son más importantes que las que cubren niveles posteriores (Soler Belda, 2015, p. 67). Esta argumentación es más relevante en sistemas jurídicos que no reconocen expresamente el principio de progresividad tributaria, ya que permite justificar la diferenciación entre contribuyentes con distinta renta.

El segundo grupo de teorías vincula la progresividad con la redistribución de la renta, que pasaría así de ser una idea extraña a la fiscalidad a ser “un objetivo primario de justicia que opera a través de los tributos” (Pont Mestres, 1981, pp. 392). A su vez, la redistribución puede estar orientada principalmente a reducir las diferencias sociales de renta y riqueza (Piketty, 2014) o bien a garantizar unas condiciones de vida dignas para las personas económicamente más desfavorecidas (Murphy y Nagel, 2002, p. 135).

## 2. La interpretación conjunta de los principios del artículo 31 de la Constitución como elementos de un sistema tributario justo

Los principios tributarios materiales del 31.1 CE son los de generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscación. Formalmente, igualdad y progresividad inspiran el concepto del “sistema tributario justo”, pero la justicia tributaria es más amplia que la suma de estos dos conceptos (Cazorla Prieto y Blasco Delgado, 2001, p. 729). Un sistema tributario justo también exige que no haya privilegios fiscales (principio de generalidad) o que cada cual tribute de acuerdo con su capacidad económica. Todos los principios del artículo 31.1 CE están estrechamente vinculados, por lo que un análisis de la relación entre el de progresividad y los demás puede terminar de definir el contenido de aquel.

Tradicionalmente se ha buscado en el principio de capacidad económica el fundamento para el grado de contribución al mantenimiento de las cargas públicas (Pont Mestres, 1981, p. 391), pero la Constitución de 1978 resuelve esta cuestión en favor de la progresividad (del sistema en su conjunto). El principio de capacidad económica es también un presupuesto necesario para la efectividad del principio de progresividad. Solo si cada contribuyente tributa en virtud de su auténtica capacidad económica, la progresividad establecida en el sistema será real. Para García Añoveros (1998, p. 6), “la progresividad en el impuesto personal solo tiene sentido de equidad efectiva si alcanza a la globalidad de esa manifestación de capacidad [...] La progresividad fuerte para partes de renta es una evidente iniquidad”.

El objetivo de que cada contribuyente tribute según su capacidad económica puede malograrse si la norma mide la materia objeto de gravamen a partir de indicios o estimaciones que no se correspondan con la realidad (Pérez de Ayala, 1979, p. 79). En la actualidad, el sistema de módulos podría tener este efecto pernicioso. Aunque tradicionalmente se ha justificado por la simplificación en la gestión que aporta al sistema, también es cierto que su desprestigio es creciente, sobre todo por

considerarse una fuente potencial de fraude. Precisamente, el incumplimiento tributario en cualquiera de sus formas es otra forma en que puede distorsionarse la capacidad económica, impidiendo una progresividad efectiva. Se ha afirmado que unos tipos marginales elevados estimulan la evasión (Brennan y Casas Pardo, 1990, p. 60).

La relación entre el principio de igualdad y el de progresividad es bifronte. Por una parte, en tanto que se prohíbe la discriminación por razones subjetivas (mandato que el Tribunal Constitucional vincula con el artículo 14 CE), el grado de progresividad deberá determinarse en función de la base imponible y no de la condición personal del sujeto o de sus relaciones con otras personas, salvo que tales elementos sean factores determinantes del impuesto en cuestión (STC 45/1989, de 20 de febrero). Uno de los principales problemas que genera el principio de progresividad en relación con el artículo 14 CE es la determinación del modo de tributación familiar. En función de cómo se configure la unidad contribuyente y cuál sea el reparto de la fuente de rentas en el interior de una familia, la tributación puede variar enormemente entre unidades impositivas con una renta similar. Si la tributación es individual, es necesario crear reglas para la atribución de rentas entre los componentes de una unidad familiar; si es conjunta, deberá aplicarse alguna técnica que tenga en consideración el número de miembros que componen la familia (como el *splitting*), lo cual a su vez puede tener efectos distorsionadores desde una perspectiva de género.

En la vertiente objetiva del principio de igualdad (vinculada con la capacidad económica del sujeto), la progresividad impone la introducción de una cierta desigualdad cualitativa (STC 27/1981), vinculada con la equidad vertical (trato diferente de contribuyentes con distintos niveles de renta). Esta diferencia de trato tiene como función promover la igualdad real y efectiva, de acuerdo con el art. 9.2 CE. La jurisprudencia constitucional (STC 27/1981, FJ 4) vincula el principio de progresividad con “la aspiración a la redistribución de la renta”. En este sentido, el artículo 40.1 de la Constitución encomienda a los poderes públicos “promove[r] las condiciones favorables para [...] una distribución de la renta regional y personal más equitativa”. Sin embargo, la vinculación este artículo 40.1 CE y el 31.1 CE no es evidente. Para García Añoveros (1998, p. 8), el mandato de perseguir una distribución de la renta más equitativa no implica necesariamente redistribución. En efecto, también puede alcanzarse el mismo objetivo a través de la predistribución, regulando las condiciones del mercado de trabajo, y el propio art. 40.1 CE *in fine* hace referencia a una política orientada al pleno empleo. Si considerásemos que no hay una vinculación directa entre ambos artículos, el mandato de redistribución a que se refiere el Tribunal Constitucional encontraría su fundamento en el propio artículo 31.1 CE y en el artículo 9.2 CE ya citado.

Finalmente, el principio de no confiscación del art. 31.1 CE suele leerse (probablemente por su ubicación sistemática) como un límite al principio de progresividad, aunque “dista de hallarse doctrinalmente clarificad[o]” (STC 150/1990, de 4 de octubre). Según el Tribunal, obliga a “no agotar la riqueza imponible [...] so pretexto del deber de contribuir”; se trata de un límite constitucional que se establece con referencia al resultado de la imposición y vinculado al principio de capacidad contributiva (podría considerarse confiscatorio, por tanto, todo tributo que no se base en este). Normalmente se considera que el principio de no confiscación es un límite superior al principio de progresividad, cuyo efecto es moderar los tipos asociados a los tramos más altos de una escala. Sin embargo, también podría operar en los tramos inferiores: la progresividad del tributo solo debe operar a partir de un determinado grado de capacidad económica, ya que la renta necesaria para la subsistencia no está disponible para el pago de impuestos (Tipke, 2002, p. 35).



En la STC 150/1990, el Tribunal apuntó “la dificultad de situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio”. Se trata de una cuestión con un fuerte componente político, ya que “cuanto más acusada sea la función social que se atribuya a la propiedad, mayor será el recorrido que se le otorgue a la progresividad del sistema tributario y más lejos estará la línea roja de la confiscatoriedad” (Varona Alabern, 2014). De manera equivalente, la Constitución tampoco establece el grado concreto de progresividad que se derivaría del artículo 31 CE (Calderón Corredor, 2017, p. 118). Todo lo que puede afirmarse es que su límite inferior vendría constituido por la proporcionalidad del sistema, que no sería admisible; y que su límite superior se encuentra en el principio de no confiscación. Dentro de este amplio y difuso marco se encuentra el espacio para el debate académico, político y ciudadano. Recordamos que el principio de progresividad es una de las manifestaciones de la justicia tributaria, y que dicho principio, según la doctrina constitucional, “refleja en cada momento la concepción política que sobre ella tenga el legislador” (STC 27/1981).

### 3. Progresividad como característica del sistema tributario

La progresividad, de acuerdo con la literalidad del artículo 31.1 CE, forma parte de los principios configuradores del sistema tributario. Es tan innecesario como imposible que cada tributo, en sí mismo, cumpla con el principio de progresividad. Es la aplicación del sistema tributario globalmente considerado la que debe ofrecer como resultado que personas con una capacidad económica superior aporten en mayor proporción al sostenimiento de los gastos públicos.

Se han propuesto diferentes métodos para medir la progresividad del sistema en su conjunto, de los que destacaremos dos. Por un lado, puede analizarse la distribución de cargas del sistema fiscal, estimando la carga fiscal mediana para una serie de grupos de renta (normalmente, quintiles o deciles). Otra forma, esta indirecta, de calcular la progresividad del sistema es analizar sus resultados en términos de redistribución. Por ejemplo, para Lindert (2017) el grado de progresividad de un sistema podría medirse atendiendo a su impacto en el coeficiente de Gini.

Los diversos estudios publicados por Fedea sobre la distribución de cargas tributarias entre los hogares españoles analizan dicha distribución entre la población clasificada por percentiles de renta. El último de estos estudios (López Laborda, Marín González y Onrubia, 2019, pp. 14-15), relativo a 2016 y 2017, confirma los resultados de los análisis anteriores de los mismos autores: el sistema tributario español es progresivo en términos generales, y lo es gracias al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), que compensa el efecto regresivo del resto de tributos y de las cotizaciones a la Seguridad Social. Con todo, se observa una anomalía: el primer quintil presenta un tipo impositivo medio superior al que corresponde a algunos hogares con una renta bruta mayor. Otros estudios confirman esta estructura impositiva<sup>3</sup>. Los autores afirman que la regresividad en la parte inferior de la distribución por renta se debe al peso que suponen para los hogares del primer quintil los impuestos indirectos y las cotizaciones sociales (sobre todo las de los autónomos), así como a la existencia, en el primer centil, de hogares con rentas brutas negativas.

Estos estudios no reflejan, como sí se ha advertido en otros países (Piketty, 2014, p. 549), una menor presión fiscal para las rentas más altas. Una razón puede ser que dicho grupo no está correctamente reflejado en la Encuesta de Condiciones de Vida, que es la base de datos empleada para obtener información sobre la renta y sus componentes (López Laborda, Marín González y Onrubia, 2019, p. 22). Los propios autores señalan que el estudio no aprecia la caída en el tipo medio de IRPF

para las rentas más altas que sí se refleja en las estadísticas de Hacienda, lo cual constituye una limitación del trabajo.

El Tribunal Constitucional no realiza este tipo de análisis (de carácter más económico que jurídico) al valorar la aplicación del principio de progresividad al sistema tributario. Su aproximación al problema ha partido de identificar cuáles son los tributos centrales del sistema para luego determinar cuáles de ellos son los más aptos para la implementación del principio de progresividad. Los tributos centrales son los impuestos globales sobre la renta –el IRPF, el Impuesto sobre Sociedades (IS) y, en conjunción con los dos anteriores, el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)– y el impuesto global sobre el consumo –el IVA, aunque no se ha afirmado de manera explícita<sup>4</sup>–. Por su parte, los impuestos más adecuados para garantizar el principio de progresividad son los personales y directos que recaen sobre las personas físicas: el IRPF, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) y el Impuesto sobre el Patrimonio (IP). De estos, como hemos visto, sólo el IRPF ha sido calificado de tributo central. La conclusión es que el IRPF constituye “la figura impositiva primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el artículo 31.1 CE, dada su estructura y su hecho imponible” (STC 182/1997, de 28 de octubre), ya que permite que “se personalice el reparto de la carga fiscal en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad” (STC 137/2003, de 3 de julio). Ha añadido que “en un sistema tributario justo pueden tener cabida tributos que no sean progresivos, siempre que no se vea afectada la progresividad del sistema”, y parece sostener que “una medida concreta” solo infringirá el principio de progresividad cuando “afecte a la justicia del conjunto del sistema” (STC 7/2010, de 27 de abril). Fuera de estas circunstancias concretas, la progresividad operaría como un criterio “cercan[o] a lo político-programático” (Cazorla Prieto y Blasco Delgado, 2001, p. 732).

La doctrina ha analizado cómo, en su caso, podrían introducirse elementos de progresividad en el resto de los tributos. En el ámbito de la imposición indirecta española, dada la naturaleza real y proporcional de los principales tributos, solo es posible calcular y tener en cuenta la incidencia de determinados consumos en función de la renta. Así, podría contribuir a la progresividad global la creación de un impuesto sobre consumos de lujo, en la medida en que dichos consumos crecen más que proporcionalmente que la renta (Pérez de Ayala, 1979, p. 105). En el IVA, se ha observado que los tipos superreducidos tienen cierto efecto corrector de la regresividad, por el tipo de consumos sobre los que recaen; por el contrario, las exenciones ahondan en la regresividad (López Laborda, Marín González y Onrubia, 2018, p. 65). Con todo, además del peso limitado del principio de progresividad en la imposición indirecta, es necesario tener en cuenta que existen otros criterios en juego: por ejemplo, los impuestos sobre determinados consumos (tabaco, alcohol, hidrocarburos) son regresivos, pero puede considerarse que tiene mayor peso el fin extrafiscal (sanitario, medioambiental) que se persigue.

Algunos autores han afirmado que del art. 31.1 CE podría extraerse que están constitucionalmente prohibidas las figuras tributarias con un efecto regresivo inequívoco, como “impuestos de capitación basados en el principio del beneficio, al estilo del *Poll Tax*, establecido [...] por el gobierno de Margaret Thatcher” (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 52). En un sentido parecido se pronuncia García Dorado (2002, p. 79). Son de la opinión contraria Eserverri et al. (2014, p. 129) quienes consideran que “incluso se pued[e] defender la constitucionalidad de la existencia de tributos con tipos regresivos”, en la medida en que su peso sea menor dentro del sistema. Como hemos visto, la jurisprudencia constitucional solamente exige que el sistema tributario en su conjunto sea progresivo, lo cual es un argumento a favor de esta última tesis. Sin embargo –dentro de la vinculación entre los diversos principios que informan el

sistema tributario— cabe cuestionarse si un impuesto que establezca una cuota fija (y de efecto claramente regresivo) no sería contrario al principio de capacidad económica.

Nótese que hablamos de impuestos: la conclusión sería diferente para las tasas y contribuciones especiales, por el peso que tiene el principio de equivalencia en su configuración. La doctrina suele considerar que el principio de progresividad no se exige de estas figuras (Calvo Ortega, 2015) y, aunque en su momento se alegó que la configuración de las tasas judiciales tras la reforma de 2012 infringía este principio, el TC las declaró inconstitucionales por otros motivos y afirmó que no procedía entrar ya a analizar su compatibilidad con la progresividad (STC 140/2016, de 21 de julio).

Finalmente, parte de la doctrina considera que un análisis de la progresividad del sistema tributario debe considerar los efectos del gasto público sobre la capacidad económica de los contribuyentes. La justificación que se apunta es la estrecha vinculación entre las vertientes del ingreso y del gasto en el ordenamiento financiero (Martín Delgado, 1979, p. 83). Para Rodríguez Bereijo (1992, p. 19), las limitaciones del principio de progresividad tributaria obligan a hacer recaer el efecto redistributivo sobre el gasto, ya que “el sistema fiscal, por muy justo y muy progresivo que aparezca [...] en el mejor de los casos, consigue una distribución proporcional, pero no progresiva, de la carga tributaria”; añade que “un programa justo de gastos públicos es más redistributivo que el más justo de los impuestos sobre la renta”. En este sentido, el ya citado estudio de López Laborda, Marín González y Onrubia (2019), además de poner de manifiesto los problemas de progresividad del sistema tributario, detecta un claro efecto progresivo derivado de las principales prestaciones monetarias: las transferencias estatales obtenidas por el primer quintil (0-20%) equivalían al 67,3% de su renta bruta, frente a un 18% para el noveno decil (80%-90%) y un 4,1% para el 1% más rico.

#### 4. Evolución histórica de la aplicación del principio de progresividad en España

##### 4.1. El sistema tributario de la Transición española

Los principios tributarios de la CE de 1978 (y la reforma fiscal de la Transición) son los comunes a los Estados de nuestro entorno en ese momento, presentes en documentos como el Informe Neumark (1962). La visión entonces prevalente sobre cómo el diseño tributario consideraba que la equidad debía tener un rol fundamental. Llevado a la práctica, ello implicaba la creación de impuestos generales, personales y progresivos. El hecho de que España se sumase tardíamente a este paradigma permitió hacer uso de la experiencia acumulada a lo largo del tiempo.

Las líneas que seguiría la mencionada reforma fiscal quedaron fijadas en el Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía (uno de los dos “Pactos de la Moncloa”), firmado el 25 de octubre de 1977. El Acuerdo determinó los impuestos esenciales y la estructura recaudatoria general del sistema. La recaudación debía crecer (para financiar el incremento de gasto público previsto) y ser más progresiva. Este último criterio se concretó en que, en los presupuestos para 1978, los ingresos por tributos directos (renta y patrimonio) deberían ser equivalentes a los indirectos (consumo) y superarlos desde entonces. Esta última previsión se ha respetado salvo en el período 1986-1988 (como consecuencia de la introducción del IVA, que produjo un fortalecimiento de la imposición indirecta) y el año 2000.

El tributo principal del nuevo sistema sería un IRPF de carácter global, personal y progresivo; a ello debía añadirse un Impuesto sobre Sociedades más

“moderno” y una reforma de la imposición indirecta que fuera sentando las bases para poner en marcha el IVA cuando la situación económica fuera favorable. También se hacía referencia al Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Este cuadro impositivo había sido diseñado en los últimos años del franquismo por el equipo dirigido por Fuentes Quintana desde el Instituto de Estudios Fiscales, dependiente del Ministerio de Hacienda.

Cinco días después de la firma de los Pactos de la Moncloa, el Gobierno presentó un proyecto de ley que, tramitado por la vía de urgencia, resultó en una de las primeras normas que aprobaron las Cortes Constituyentes: la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, de 14 de noviembre de 1977. La total implantación del modelo culminó con la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; y, por tanto, se solapó con un cambio de paradigma en el ámbito tributario, como veremos ahora.

#### 4.2. Globalización y cambio de paradigma: la eficiencia tributaria

Los años 1980 coincidieron con un nuevo ciclo vinculado con la hegemonía creciente del neoliberalismo, con los gobiernos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan a la cabeza. Desde entonces, el principio de progresividad ha ido perdiendo fuerza ante la necesidad de garantizar la competitividad de los Estados para atraer inversiones en el marco de la globalización económica y la libre circulación de capitales. A grandes rasgos, “los objetivos de neutralidad, eficiencia, simplificación y equidad horizontal han sido prioritarios frente a los de equidad vertical o progresividad formal” (Cordón Ezquerro, 2005, p. 7). Estos objetivos se concretan, desde un punto de vista técnico, en una minoración de la progresividad de las tarifas (reducción de los tipos marginales y del número de tramos) y un ensanchamiento de la base imponible (normalmente mediante la supresión de exenciones y otros beneficios fiscales).

Este cambio de modelo a nivel internacional se reflejó, en España, en un nuevo consenso de los partidos mayoritarios, que puede observarse en las sucesivas reformas normativas. En el IRPF, un ejemplo sería la Ley de 1991, aún bajo un gobierno del PSOE<sup>5</sup>, que introdujo una reducción del tipo marginal de 13 puntos (del 66% al 53%) y reguló dos bases imponibles distintas (regular e irregular), moderando también la progresividad de la tributación de las ganancias patrimoniales (Pérez Royo, 2016, p. 52). La reforma más profunda de este tributo llegó tras ganar las elecciones el Partido Popular en 1996, mediante la introducción de un IRPF decididamente dual (donde las rentas del ahorro tributan de manera separada y más ventajosa). Ahora bien, cuando el PSOE volvió al gobierno en 2004 respetó los nuevos criterios (Comín, 2017): por ejemplo, la Ley de IRPF de 2006 consolidó y profundizó en el modelo dual.

Los otros dos tributos progresivos previstos en los Pactos de la Moncloa eran el IP y el ISD. El primero fue suprimido en 2008, aunque luego se recuperó en 2011, en principio con carácter temporal (aunque aún se mantiene). El ISD está tendiendo a su casi desaparición en el ámbito de las herencias entre familiares directos.

El cuerpo de jurisprudencia creado por el Tribunal Constitucional no ha supuesto un freno a esta tendencia hacia una menor progresividad. Concretamente, el Tribunal ha rechazado que el art. 31.1 CE impida modificar algún elemento de un tributo de modo que sea más regresivo que en la regulación anterior (STC 19/2012). Esta doctrina es coherente con la ausencia de un derecho a la estabilidad regulatoria o a la inmutabilidad de las normas precedentes. También es coherente con la necesidad de interpretar la Constitución de manera sistemática y la existencia de principios en tensión frente al propio principio de progresividad; tensión que debe resolver el legislador.

Veamos pues las tendencias que explican esta evolución legislativa. Las primeras críticas al principio de progresividad se vinculaban con una falta de generalidad producto del fraude fiscal; también con el efecto distorsionador de la inflación sobre las tarifas del IRPF (Calderón Corredor, 2017, p. 140). Con todo, la cuestión central es la tensión entre el principio de progresividad y los de neutralidad y eficiencia económicas. Los principios de neutralidad y eficiencia suelen definirse atendiendo a sus efectos: su función es, respectivamente, no alterar en exceso la asignación de recursos que se obtendría en situaciones de libre competencia y no afectar negativamente a las decisiones económicas de los individuos y las empresas, para así favorecer en último término el crecimiento económico (Lagares et al., 2014, p. 43). Las reformas de esta etapa parten de considerar que los tipos de gravamen fuertemente progresivos distorsionan las conductas de los contribuyentes. Como consecuencia, “la equidad vertical tiende a estar presente casi exclusivamente en el impuesto sobre la renta personal, y de manera más matizada (con tipos marginales menos elevados), mientras que en el resto de los tributos prevalece el objetivo de buscar la neutralidad (sobre la progresividad)” (Lagares et al., 2014, p. 39).

Una justificación clásica para el IRPF dual es que las llamadas rentas del ahorro son más móviles, y es necesario ofrecerles condiciones fiscales ventajosas para garantizar su atracción y desincentivar la erosión de bases imponibles. La exposición de motivos de la Ley de IRPF de 2006 justifica la consolidación del modelo dual, entre otras cuestiones, por “la creciente globalización de la economía” y las “nuevas tendencias en la fiscalidad internacional”. El fortalecimiento de los principios de eficiencia y neutralidad se refleja en varios argumentos contenidos en la STC 19/2012. Por una parte, el Tribunal Constitucional considera que una de las razones que legitiman la reforma es favorecer el crecimiento económico, ya que el régimen anterior de las ganancias de capital tenía efectos distorsionadores sobre las decisiones económicas. También afirma que la recuperación de la actividad económica ayudaría a cumplir los criterios de convergencia en el marco de la futura incorporación al euro.

Parte de la doctrina considera que el Tribunal Constitucional actúa de manera muy complaciente frente a las decisiones políticas del legislador, a las que, en la práctica, acomoda el contenido de los principios constitucionales, lo cual resulta en un “déficit del control constitucional tributario” (Checa González, 2010, p. 32). Aunque debe reconocerse al legislador un margen de discrecionalidad coherente con el principio de pluralismo político, los principios del artículo 31.1 CE tienen rango constitucional y vinculan al legislador: por tanto, solo deberían ceder ante principios del mismo rango.

En este sentido, no es claro el engarce constitucional de los principios de eficiencia y neutralidad. Ortiz Calle (2008, p. 173) señala que no todos los argumentos económicos pueden oponerse a los principios tributarios del art. 31.1 CE: el propósito de mantener o atraer inversiones sería “una consideración de mero pragmatismo y [...] de naturaleza puramente fiscal o recaudatoria”. Frente a ello, sí considera legítimas las normas que tienen como finalidad orientar la conducta de sus destinatarios hacia objetivos de política socioeconómica constitucionalmente protegidos. La diferencia no es tan evidente para quienes consideran que la atracción de inversiones puede favorecer el empleo o el consumo y tener un impacto positivo en una (pre)distribución más justa de la renta y la riqueza (art. 40.1 CE); o desde el momento en que se puede establecer una vinculación –como hace el TC– entre la neutralidad fiscal y el cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea. Lo que sí nos parece evidente es que la consolidación de la eficiencia y la neutralidad como principios tributarios capaces de oponerse al de progresividad del art. 31.1 CE constituye una situación cercana a la novación constitucional. La



eficiencia y la neutralidad tienen cierto engarce en el Derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional; pero, en última instancia (como venimos desarrollando en este epígrafe) su incorporación se explica por las transformaciones socioeconómicas que suceden en el marco geográfico del que España forma parte.

Es consustancial al proceso de reducción de la progresividad un efecto de retroalimentación. La necesidad de evitar la erosión de las rentas más móviles (o de atraerlas) en un contexto de globalización hizo que se introdujeran elementos de dualidad en el IRPF. Como consecuencia, se crearon diferentes regímenes específicos que convivían (y aún conviven) con la escala aplicable a la renta general. Un ejemplo, tal y como destaca Calderón Corredor (2017, p. 141) es el régimen de los residentes desplazados a territorio español del artículo 93 de la Ley del IRPF, cuyo objetivo es atraer a España a trabajadores por cuenta ajena altamente cualificados y que implica la tributación a un tipo fijo (el propio del IRNR). Otro, al que ya hemos hecho referencia, es la tributación separada de las rentas del ahorro, inicialmente a un tipo fijo. La convivencia de diversos regímenes implica una progresividad sólo para una parte de la renta, lo que genera una desigualdad que, sin embargo, no está vetada según la jurisprudencia constitucional. La STC 19/2012 afirmó que el IRPF dual no era discriminatorio, porque lo que prohíbe la Constitución es tratar de manera diferente “idénticas manifestaciones de riqueza”. Por el contrario, ante diferentes tipos de renta, y “en el ejercicio de su libertad de configuración normativa”, el legislador puede aplicar tratamientos diferentes, incluso “por simples razones de política financiera o de técnica tributaria” (afirmación excesiva que no compartimos: el principio constitucional de igualdad tributaria sólo debe ceder ante intereses protegidos también por la Constitución). Al analizar específicamente la conformidad del IRPF dual con el principio de progresividad, la STC 19/2012 se limitó a afirmar que la progresividad es exigible del sistema en su conjunto, por lo que es compatible con la existencia de elementos sujetos a tributación proporcional en el IRPF.

Ahora bien, el impuesto dual puede tener un efecto regresivo, como consecuencia de una distribución de las rentas del capital más desigual que las del trabajo (Gerber et al., 4). En España, las Memorias de la Administración tributaria detectan este efecto para las rentas más altas. Según la Memoria de 2017, “para las bases imponibles superiores a 600.000 euros el tipo medio disminuyó hasta situarse en el 32,4 por ciento, como consecuencia del mayor peso relativo en dicho estrato de la base imponible del ahorro, gravada a los tipos marginales del 19, 21 y 23 por ciento”. Esto podría justificar un incremento del tipo marginal de la escala de la renta general o un incremento en los tramos de la escala de la renta del ahorro; aunque tal medida, como vemos, no sería constitucionalmente exigible. Considerando que este efecto regresivo es producto de un trato más favorable de las rentas del ahorro, otra solución sería moderar los tipos de gravamen progresivos de la escala general. Se trata de una opción más compatible con los objetivos de política económica a que hemos hecho referencia (neutralidad del sistema tributario) pero debería también valorarse su impacto en términos recaudatorios.

En el ISD podría estar generándose un efecto de retroalimentación equivalente al que hemos descrito *supra*. Se ha producido una eliminación paulatina de la tributación sobre las herencias de familiares directos, introduciendo mínimos exentos o bonificaciones que reducen la cuota tributaria a una cantidad testimonial. También en este caso, entre las justificaciones de estas reformas se encuentran incentivar el ahorro y evitar la erosión de bases imponibles<sup>6</sup>. Y, como en el caso del IRPF, la dualidad introducida genera diferencias sustanciales entre la carga impositiva que recae sobre familiares directos (descendientes, ascendientes y cónyuges) y la que recae sobre otros familiares o extraños. Cuando estas diferencias se perciben como

discriminatorias, también se genera una presión (por el momento, incipiente) para moderar la progresividad sobre el resto de los contribuyentes<sup>7</sup>.

### 4.3. La crisis de 2007 y la desigualdad económica como problema

Si las décadas de 1980 y 1990 marcan el cambio desde un paradigma tributario basado en la equidad (donde el principio de progresividad tiene un peso relevante) a una mayor preocupación por la eficiencia, y donde la equidad horizontal prevalece sobre la equidad vertical, podríamos estar asistiendo a una nueva oscilación del péndulo. Esta tendencia (incipiente) se vincula con una serie de fenómenos vinculados con la crisis económico-financiera de 2007. El primero es su impacto en la desigualdad económica que, en los países occidentales, se ha manifestado en la pérdida de peso de las clases medias y al acusado enriquecimiento (en un proceso ya iniciado antes de la crisis) de, aproximadamente, el 1% más rico. La existencia de nuevos métodos de análisis económico y el acceso a nuevos datos permiten medir y analizar con mayor exactitud la desigualdad económica entre grupos sociales y analizar sus consecuencias. Tanto el FMI como la OCDE han presentado un renovado interés por esta cuestión, y en el marco de ambas instituciones se ha señalado que las políticas públicas (entre las que se encuentra la tributaria) impactan en la distribución de la renta (OCDE, 2015, p. 114; Dabla-Norris et al., 2015, p. 4). Por otra parte, los debates sociales sobre el reparto de los costes de la crisis han dado lugar a la introducción de criterios éticos en la fiscalidad (conceptos como planificación fiscal agresiva o *fair share* son claros ejemplos).

Las reformas tributarias en España durante la crisis introdujeron algunos criterios de progresividad. Un ejemplo es la recuperación del Impuesto sobre el Patrimonio a través del Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, cuya exposición de motivos afirmaba que se pretendía “la aplicación del principio de equidad para que haya una mayor contribución a la salida de la crisis por parte de quienes tienen una mayor capacidad económica”. Otro es la revisión de las tarifas del IRPF. El Real Decreto-ley 20/2011 introdujo un gravamen complementario que incrementaba los tipos de gravamen de la escala aplicable a la renta general desde 0,75 puntos (para bases inferiores a 17.707,20 euros) hasta 7 puntos (para bases superiores a 300.000,20 euros). Este gravamen complementario estuvo en vigor entre 2012 y 2014. Por su parte, la renta del ahorro pasó de estar sujeta a un tipo fijo a aplicar una escala de dos tramos (19 y 21%) en 2010. Entre 2012 y 2014 también se aplicó un gravamen complementario, cuya supresión (a partir de 2015) no supuso una vuelta al punto de partida: se introdujo, ahora con carácter permanente, un tercer tramo en la escala:

	2010-2011	2012-2014	2015-2019
0 a 6.000	19%	21%	19%
6.000,01 a 24.000	21%	25%	21%
24.000,01 a 50.000	21%	27%	21%
50.000,01 en adelante	21%	27%	23%

Las propuestas contenidas en el Programa de gobierno conjunto PSOE- Unidas Podemos pueden inscribirse en esta línea. El programa contiene un epígrafe dedicado al “aumento de la progresividad del sistema fiscal”, con medidas en el IS (tributación mínima del 15% o 18% para grandes corporaciones; tipo reducido del 23% para pymes que facturen menos de un millón de euros; limitación a las exenciones de dividendos/plusvalías de sociedades por su participación en otras sociedades) y en el IRPF (incrementar en dos puntos el tipo aplicable a la renta general para bases superiores a 130.000 euros y cuatro puntos para bases superiores a 300.000 euros;

incrementar en cuatro puntos el tipo de rentas del capital para las rentas superiores a 140.000 euros). También se señala que “se estudiará la fiscalidad de las grandes fortunas al objeto de que contribuyan a un sistema fiscal más justo y progresivo”.

Las teorías que proponen reformas tributarias progresivas comparten una serie de ideas. Con carácter general, parten de considerar que la desigualdad económica es excesiva (y de constatar que se ha incrementado en los últimos años) y ponen de manifiesto los problemas que una distribución desigual de la renta genera en la eficiencia y el crecimiento económico (OCDE, 2015). Así, se afirma que la desigualdad económica frena el crecimiento económico y su sostenibilidad (Dabla-Norris et al., 2015, p. 6) y que no está demostrado que moderar la progresividad favorezca una mejor asignación de recursos que impulse el crecimiento (Gerber et al., 2018, p. 5): el impacto de la redistribución en el crecimiento económico sería, como mínimo, neutral (OCDE, 2015, p. 69). Los análisis de la OCDE que citamos tienen un enfoque muy amplio y no determinan qué medidas concretas serían más progresivas y económicamente eficientes. Como apuntan Murphy y Nagel (2002, p. 89), un sistema tributario no puede valorarse separadamente de las instituciones económicas en que se inserta o, en general, de su contexto social, económico, tecnológico, etcétera.

Sobre estas bases, nos plantearemos ahora en qué sentido puede formularse una reforma tributaria que mejore la progresividad del sistema sin lesionar desproporcionadamente otros principios que se encuentran en tensión. Entraremos por tanto en el ámbito de las propuestas: no nos referiremos tanto a medidas específicas, sino a campos de actuación que pueden ser relevantes. La redistribución, si recordamos las diversas concepciones a que hicimos referencia *supra*, puede tener como objetivo principal obtener una reducción absoluta de las desigualdades (actuando tanto sobre las rentas bajas como sobre las rentas altas) o una mejora de las condiciones de vida de las rentas bajas (centrando su actuación en las clases bajas).

Se considera que la tensión entre el principio de progresividad y el de neutralidad es más fuerte en relación con las rentas más altas (el sistema tributario influiría más en las decisiones económicas tomadas por dichas personas). Un elemento común de los principios de progresividad y de neutralidad es que, al menos en parte, se definen atendiendo a sus objetivos. El principio de progresividad persigue una distribución más justa de la riqueza. El principio de neutralidad tiene como fin último favorecer el crecimiento económico (al permitir una asignación de recursos eficiente). Por tanto, un modo fundamental en que deben valorarse las medidas que invoquen estos principios es atendiendo a su efectividad. Ya que, según el estudio citado de la OCDE (2015, pp. 69-71), las medidas redistributivas dirigidas a las clases altas tienen un efecto neutro en el crecimiento económico, y si los resultados de este y otros trabajos citados *supra* resultan ser suficientemente robustos y se confirman en un futuro, podría replantearse el equilibrio actual entre ambos principios.

También se ha afirmado que una progresividad demasiado elevada puede tener un efecto negativo al estimular el incumplimiento tributario. Sin negar la verdad de esta afirmación, también debe contextualizarse. Los estudios sobre psicología social demuestran que el grado de cumplimiento no depende solo de la carga fiscal efectiva (en el sentido de que, a mayor carga fiscal, mayor propensión al incumplimiento, de acuerdo con un cálculo coste-beneficio). El pago de impuestos es un ejemplo de cooperación condicional, donde la conducta propia depende en alta medida de la conducta ajena y de la percepción que cada sujeto tenga del grado de justicia del sistema. Si se produjera lo que se ha venido a llamar la “secesión fiscal” de los ricos, existe el riesgo de que el sistema pierda legitimidad (Piketty, 2014, p.

550). Esto sería así incluso si la pérdida de progresividad en el extremo superior de la escala se produce por vías legales, por lo que el riesgo de incumplimiento generalizado o deslegitimación no se evita necesariamente reduciendo la progresividad formal del sistema.

Al hilo de ello, toda posible reforma dirigida a las rentas altas debe operar en dos vías. Al tiempo que se incrementa la progresividad formal del sistema tributario, es necesario fortalecer los mecanismos para prevenir el incumplimiento tributario en sus diversas formas: la elusión, la evasión y ciertas formas de planificación fiscal toleradas por el ordenamiento, pero con un efecto regresivo (por ejemplo, el uso de SICAV como instrumentos de inversión individual). De lo contrario, la progresividad no será real.

De acuerdo con los datos publicados por la AEAT a los que hemos hecho referencia *supra*, la concentración de rentas del ahorro entre los percentiles más ricos de la población son el principal motivo para que el IRPF pierda su progresividad a partir de cierto nivel de ingresos. Consideramos coherente con la jurisprudencia constitucional –que encomienda a dicho tributo la garantía de un sistema progresivo– promover una modificación de los tipos de gravamen de modo que se evite este efecto.

La redistribución a largo plazo precisa también, en nuestra opinión, de un Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones armonizado. La casi supresión del tributo para las herencias entre familiares directos no solo elimina la progresividad formal del tributo (las escalas son inoperativas), sino que es, en buena medida, consecuencia de la competencia fiscal entre Comunidades Autónomas (acelerada por la pérdida de legitimidad social del impuesto). No se trata de un equilibrio entre principios cuidadosamente buscado por el legislador; por el contrario, la competencia fiscal genera equilibrios alejados del óptimo (como demuestra la teoría de juegos) y provoca que los poderes públicos tomen decisiones destinadas a atraer o retener capitales, lo cual entra en contradicción con el principio de neutralidad tal y como se define, por ejemplo, en Lagares et al. (2014).

El régimen actual también establece una diferencia de trato excesiva entre distintas fuentes de renta. Normalmente, cuando se invoca el principio de igualdad frente al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se comparan unas Comunidades Autónomas con otras (Varona Alabern, 2014) y en el juicio subsiguiente tiene relevancia el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, consideramos que la diferencia de trato relevante es la que se establece entre distintas fuentes de renta dentro de una misma Comunidad Autónoma: las sujetas a IRPF y las sujetas a ISD. Aunque el legislador tiene un importante margen de discrecionalidad para tratar de manera diferente distintas fuentes de renta, la diferencia de trato es desproporcionada.

En relación con las rentas más bajas, creemos que puede impulsarse paulatinamente una transformación sustancial del sistema a partir de un punto donde parece existir un amplio consenso: la necesidad de racionalizar los beneficios fiscales. Centrémonos en el IRPF. En el extremo inferior de la distribución de rentas, los beneficios que se reconocen pueden ser, a la vez, ineficaces y regresivos de manera indirecta cuando los contribuyentes de menor renta no puedan acceder a ellos porque su base o cuota es insuficiente para aplicarlos. La clásica propuesta de trasladar los beneficios fiscales de la base (que benefician a cada contribuyente en función de su tipo marginal) a la cuota (que benefician por igual a cada contribuyente, independientemente de su renta) mantiene el problema de que no alcanzan al contribuyente que no disponga de renta suficiente. Una excepción son las

deducciones que se aplican sobre la cuota diferencial (arts. 81 y 81 bis LIRPF) y que materialmente no son deducciones sino ayudas exentas, hasta el punto de que se puede solicitar su abono de forma anticipada. Pues bien, consideramos ante todo que debería racionalizarse el uso de beneficios fiscales atendiendo a su efectividad para luego, en los casos en que se considere justificado su mantenimiento, plantear su conversión en beneficios aplicables a la cuota diferencial. Se avanzaría así lentamente hacia un impuesto negativo, que a medio plazo podría fusionarse con un mínimo de subsistencia o mínimo vital garantizado.

## 5. Conclusiones

El principio de progresividad tributaria está expresamente previsto en el artículo 31 CE. Esto constituye un dato distintivo tanto en relación con otras cartas magnas de la historia española como frente a otros Estados. El sistema tributario español parece ser progresivo a grandes rasgos al analizar la presión fiscal por grupos de renta. Con todo, se detectan algunos problemas relativos tanto a las rentas más bajas (que experimentan un tipo de gravamen superior al deseable) como en el caso de las rentas muy altas (en el IRPF, del que depende la progresividad del sistema, el tipo medio efectivo deja de crecer a partir de los 600.000 euros de base imponible). Esto no significa que exista una infracción flagrante y sostenida del principio de progresividad, sobre todo si analizamos conjuntamente el sistema tributario y el gasto público. Pero, una vez identificados las principales fuentes o ámbitos de regresividad del sistema tributario, es posible diseñar medidas específicas que mejoren la efectividad del art. 31 CE.

Pese a su constitucionalización expresa, el principio de progresividad opera en la práctica como un criterio político-programático, cuyo cumplimiento es difícil de exigir jurisdiccionalmente. De hecho, no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional que anule una norma por violación del principio de progresividad. Nuestro análisis nos ha permitido identificar tres razones: primero, el principio de pluralismo político se imprime con fuerza en la definición de la progresividad (como componente de la justicia tributaria) por ser un principio de difícil concreción y naturaleza fuertemente política, ya que en última instancia hace referencia a la distribución de los recursos económicos. Segundo, la doctrina constitucional afirma que la progresividad se predica del sistema en su conjunto. Esta doctrina, unida a que un tribunal constitucional, en tanto que legislador negativo, suele analizar disposiciones concretas, hace que el principio de progresividad resulte poco operativo como instrumento de control. Finalmente, la estrecha imbricación entre los diversos principios del artículo 31 CE hace que se invoquen frecuentemente de manera conjunta. Normalmente, el Tribunal Constitucional analiza el principio de progresividad en último lugar: por tanto, si declara la inconstitucionalidad de una norma por infracción de otro de los criterios invocados, no continuará su análisis. En cierto modo, se produce un proceso de retroalimentación: la falta de análisis de la potencial violación de este principio implica un cuerpo jurisprudencial más reducido, lo cual a su vez dificulta que los recurrentes argumenten la existencia de infracción constitucional y favorece que el propio Constitucional analice antes la posible violación del resto de principios, mucho más desarrollados por su jurisprudencia. Como consecuencia, el desarrollo jurisprudencial de este principio sigue siendo más limitado que el del resto del artículo 31.1 CE.

En la práctica, la definición última y el peso relativo del principio de progresividad están vinculados con las tendencias internacionales dominantes en la política económica y tributaria en cada momento. Esto permite explicar de qué modo determinados principios no recogidos en el artículo 31.1 CE (como los de neutralidad fiscal o eficiencia) se han impuesto con éxito frente al de progresividad desde la



década de 1990. También invita a tener muy en cuenta las nuevas tendencias internacionales que, tras la crisis económica, han vuelto a situar la igualdad y la redistribución en el debate público. Una aportación relevante para este debate ha sido el cuestionamiento de una idea hasta ahora hegemónica en el diseño de los tributos: que una progresividad reducida es positiva en términos de neutralidad y eficiencia y, por tanto, favorece el crecimiento económico. Por el contrario, diversos estudios concluyen que una mayor progresividad/redistribución en el extremo inferior de la distribución de renta es positiva para el crecimiento económico; y que los efectos de subir los tributos en el extremo superior serían, como mínimo, neutrales. Se abre por tanto una oportunidad para replantear el papel que debe tener el principio de progresividad en los sistemas tributarios contemporáneos.

## Bibliografía

- Brennan, G. y Casas Pardo, J. (1990). La Constitución española a la luz de la economía política de las constituciones. *Hacienda pública española*, 116, pp. 53-68.
- Calderón Corredor Z. (2017). *Principios impositivos de justicia y eficiencia: fundamentos, conflicto y proyección. Un enfoque transdisciplinar*. Madrid: Dykinson.
- Calvo Ortega, R. (2015). *Curso de Derecho financiero*. Cizur Menor: Civitas.
- Cazorla Prieto, L. M. y Blasco Delgado, C. (2001). Comentario al artículo 31.1. En *Comentarios a la Constitución. Tercera edición ampliada* (pp. 715-738). Paracuellos de Jarama: Civitas.
- Checa González, C. (2010). La degradación de los principios tributarios como consecuencia de la globalización económica. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, XXVIII, pp. 17-40.
- Comín, F. (2017). La fiscalidad del Estado del bienestar frente a la fiscalidad del franquismo (1940-2016), Comunicación presentada en *La evolución de los sistemas fiscales desde la España medieval a la contemporánea: objetivos y consecuencias*. Universidad de Málaga, 23 y 24 de junio. Recuperado de [https://www.aehe.es/wp-content/uploads/2016/01/201709\\_Francisco-Comin.pdf](https://www.aehe.es/wp-content/uploads/2016/01/201709_Francisco-Comin.pdf).
- Cordón Ezquerro, T. (2005). La tributación de las rentas del capital en el IRPF: gravamen dual o único. *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, 30, pp. 1-38.
- Dabla-Norris, E., Kochhar, K., Suphaphiphat, N., Ricka, F. y Tsounta, E. (2015). Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective Era. *IMF Staff Discussion Note*, SDN/15/13.
- Eseverril Martínez, E., López Martínez, J., Pérez Lara, J. M. y Damas Serrano, A. (2014). *Manual práctico de Derecho Tributario. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Añoveros, J. (1998). La reforma del impuesto sobre la renta. *Claves de razón práctica*, 82, pp. 5-12.
- García Dorado, F. (2002). *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*. Madrid: Dykinson.
- Gerber, C., Klemm, A., Lui, L. y Mylonas, V. (2018). Personal Income Tax Progressivity: Trends and Implications. *IMF Working Paper*, WP/18/246.
- Holmes, S. y Sunstein, C. R. (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company.
- Lagares Calvo, M., Herrera Molina, P.M., Fernández Méndez de Andes, F., Álvarez Melcón, S., Ortiz Calzadilla, R., Corona Ramón, J.F., Castellano Real, F., Carpio García, M. Y Hernández de Cos, P. (2014). *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español*.

- Lindert, P. H. (2017). The rise and future of progressive redistribution. *CEQ Working Paper*, 73.
- López Laborda, J., Marín González, C. y Onrubia, J. (2019). Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones monetarias entre los hogares españoles. Cuarto informe: 2016 y 2017, *FEDEA-Estudios sobre la Economía Española*, 36.
- López Laborda, J., Marín González, C. y Onrubia, J. (2018). Tipo reducido, superreducido y exenciones en el IVA: una estimación de sus efectos recaudatorios y distributivos a partir de las encuestas de hogares. *FEDEA-Estudios sobre la Economía Española*, 23.
- Martín Delgado, J. M. (1979). Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978. *Hacienda pública española*, 60, pp. 61-93.
- Mirrless, J., Adam, S., Besley, T., Blundell, R., Bond, S., Chote, R., Gammie, M., Johnson, P., Myles, G. y Poterba, J.M. (2011). *Tax by design*. Oxford University Press.
- Murphy, L. y Nagel, T. (2002). *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford University Press.
- OCDE (2015). *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*. Paris: OECD Publishing.
- Ortiz Calle, E. (2008). La “dualización” del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: Concepción sintética del gravamen versus Impuesto Dual. *Crónica tributaria*, 129, pp. 141-174.
- Pérez de Ayala, J.L. (2002). Prólogo. En García Dorado, F. (2002). *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*. Madrid: Dykinson.
- Pérez de Ayala, J.L. (1979). Las cargas públicas: Principios para su distribución. *Hacienda pública española*, 59, pp. 87-112.
- Pérez Royo, F. (2016). “Apuntes sobre la historia del IRPF”, en Cubero Truyo, A. (Dir.). *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Homenaje al Profesor Dr. D. Juan Calero* (pp. 33-58). Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.
- Pont Mestres, M. (1981). La justicia tributaria y su formulación constitucional. *Revista española de Derecho financiero*, 31, pp. 365-403.
- Rodríguez Bereijo, A. (1992). El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Revista española de Derecho constitucional*, 12, (36), pp. 9-69.
- Simón Acosta, E. (2008). La progresividad de los impuestos. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 752.
- Soler Belda, R. (2015). *La progresividad en las reformas tributarias*. Madrid: Dykinson.
- Tipke, K. (2002). *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons.
- Varona Alabern, J. E. (2014). Razones constitucionales para la rehabilitación y la necesaria reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones” *Quincena fiscal*, 15-16, pp. 45-87.

# Datos abiertos

## Open data

Edgar A. Ruvalcaba Gómez  
 Universidad de Guadalajara (México)  
 ORCID ID 0000-0003-0999-0680  
[edgar.ruvalcaba@cucea.udg.mx](mailto:edgar.ruvalcaba@cucea.udg.mx)

Cita recomendada:

Ruvalcaba Gómez, E. A. (2020). Datos abiertos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 327-334.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5280>

Recibido / received: 03/06/2019  
 Aceptado / accepted: 19/11/2019

### Resumen

Los Datos Abiertos (DA) u *Open Data* están siendo un tema de alta relevancia en las administraciones públicas cuando se habla de innovación y modernización del sector público, no solo por su reciente disrupción, sino por su potencial en términos de valor público. La puesta en marcha de políticas que impulsan el acceso libre de datos está transformando, en gran medida, los servicios que ofrecen los gobiernos y generando un valor transformador sin precedentes. Este fenómeno se está dando principalmente bajo el nuevo modelo de gestión pública llamado Gobierno Abierto. En este sentido, este trabajo presenta una revisión sobre el concepto de DA principalmente vinculado a una idea de apertura gubernamental, así mismo se discute la relevancia de los DA y se hacen algunas reflexiones sobre el rol y las implicaciones político-administrativas que representan este tipo de datos.

### Palabras clave

Datos abiertos, gobierno abierto, gestión pública, valor público.

### Abstract

*Open Data (OD) is a topic of high relevance in public administrations related to innovation and modernization of the public sector, not only for its recent disruption, but for its potential in terms of public value. The implementation of policies that promote free data access is transforming the services offered by the government and generating unprecedented value. This phenomenon is occurring mainly under the new public management model called Open Government. In this sense, this paper presents a review of the concept of OD mainly linked to an idea of government openness, the relevance of OD is also discussed and some reflections are made about the role and political-administrative implications that these data represent.*

### Keywords

*Open data, open government, public management, public value.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Marco teórico-conceptual. 3. Relevancia de los Datos Abiertos. 4. Discusión y reflexiones.

## 1. Introducción

Los modelos de gestión pública que ha asumido el aparato gubernamental han cambiado considerablemente debido fundamentalmente al uso social de las nuevas tecnologías, donde la información fluye en grandes cantidades y en tiempo real. En este sentido han surgido fenómenos disruptivos asociados a las tecnologías sociales que están revolucionando el sistema gubernamental, muestra de ello son los Datos Abiertos (DA) u *Open Data*. Los DA están cobrando relevancia bajo un enfoque más amplio conocido como «gobierno abierto», que es un modelo de gestión pública que busca estar en sintonía con una nueva realidad y, dar rumbo a un sector público que demanda mayor cooperación entre gobierno y sociedad.

En los últimos años, se ha presentado una tendencia en los gobiernos de diferentes niveles hacia liberar y publicar datos, no solo como un medio para generar transparencia y acceso a la información, sino también para impulsar el uso de la información en nuevas iniciativas que busquen mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Los principales beneficios de la apertura de los datos tienen que ver, por un lado, con la mejora en la calidad democrática, que tiene relación con tener acceso a datos que dé lugar a una participación ciudadana más informada. Por otro lado, encontramos el beneficio económico, el cual busca que iniciativas privadas agreguen valor a la información través de procesos de innovación que generen nuevos productos.

Cuando hablamos de DA debemos pensar en el contexto de apertura gubernamental como una nueva forma de entender la relación entre sociedad y gobierno, una idea donde la información pública y los datos son de libre acceso, sin restricción de derechos y con ciertas características que los hacen útiles para los ciudadanos. Los DA tienen las características de ser utilizados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona para los fines que a ellos convengan. Esto nos habla de que la información debe estar disponible como un todo, normalmente descargándola de Internet de una forma accesible y en formatos manipulables.

La idea de asumir los DA gubernamentales como un tema de estudio ha crecido progresivamente desde el año 2008 cuando Murray-Rust (2008) comenzó a estudiarlo desde una perspectiva académica y práctica. Sin embargo, aumentó significativamente su relevancia cuando en el 2009 se inicia el lanzamiento de diversas plataformas de DA, abriendo una nueva ventana a la información gubernamental y agregando características de gran potencial y valor público.

En el caso de España los DA han encontrado un incremento drástico a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2013. La Ley ha venido a garantizar el derecho de acceso a la información, así como a reconfigurar dependencias y procesos dentro de las entidades públicas como la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Administraciones Locales, el Congreso, el Senado, el Tribunal Constitucional, agencias estatales, entidades públicas empresariales, entre otros organismos, que son sujetos de la ley.

En el desarrollo de este trabajo se presenta un análisis de los DA desde diferentes miradas. En la siguiente sección se expone un marco teórico-conceptual en el que se debaten principalmente el concepto de DA y su emergencia dentro de un nuevo modelo de gestión pública como es el gobierno abierto. En la tercera sección se describen y analizan las razones por las cuales son relevantes los DA. Por último, en la cuarta sección, se establece una discusión en torno al rol que están jugando los DA hoy en día, principalmente enfocado a un modelo de gobierno dentro de las administraciones públicas, así como algunas reflexiones en torno al uso de los DA.

## 2. Marco teórico-conceptual

El tema de DA u *Open Data* ha emergido de manera disruptiva dentro de la era de la información. Los DA aparecen muy vinculados a la investigación en materia de gobierno abierto en años recientes y han supuesto un crecimiento drástico dentro de la literatura. En la actualidad los DA se han convertido en un pilar para materializar las estrategias de apertura gubernamental (Attard et al., 2015; Barry y Bannister, 2014; Conradie y Choenni, 2014; Janssen et al., 2012; Khayyat y Bannister, 2015; Linders, 2013; Luna-Reyes et al., 2014; Mellouli, 2014; Sayogo y Pardo, 2013; Safarov et al., 2017; Whitmore, 2014; Zuiderwijk et al., 2018). Este concepto ha sido sumamente asociado al gobierno abierto y ha logrado desvincularse conceptualmente de temas de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas.

Con lo anteriormente señalado, se debe precisar que la apertura gubernamental va más allá de la transparencia como el simple hecho de revelar información, el cómo se revele esta información condiciona el potencial y la capacidad para hacer uso de la misma información (Ruijter et al., 2018). Es decir, no basta exclusivamente con la transparencia para lograr gobiernos abiertos, puesto que es indispensable que surjan incentivos de participación que promuevan la colaboración entre gobierno y sociedad civil organizada, y es ahí donde los DA están jugando un rol interactivo con la sociedad. En este sentido, es posible precisar que la transparencia y los DA no son lo mismo, pero tienen una relación intrínseca donde lo segundo potencializa a lo primero.

Los elementos básicos del gobierno abierto representan un debate permanente que depende de las perspectivas de los investigadores y los estudios que los respaldan. Diversos autores hablan del gobierno abierto como un tema en desarrollo y con poca investigación (Criado y Ruvalcaba-Gómez, 2016; Lee y Kwak, 2012; Oszlak y Kaufman, 2014). Estudios realizados en los últimos años han considerado que los DA tienen características diferentes e independientes para desvincularse de la transparencia (Abu-Shanab, 2015; Ruvalcaba-Gómez et al. 2018; Williamson, y Eisen, 2016).

Los DA configuran un gran recurso que está siendo cada vez más explotado por personas y organizaciones que, con diferentes tipos de datos gubernamentales, generan un uso práctico. Para definir el término de DA, Kassen (2013, p. 508), menciona que «*The governmental open data project can be described as an official web-portal launched at the federal or local level aimed at making certain types of governmental datasets publicly accessible via Internet in a machine-readable format*». Aquí encontramos una descripción simple y pragmática del tema para entender fácilmente la lógica de los DA dentro de los gobiernos. Por otro lado, se ha definido el *open data* como «un movimiento que promueve la liberación de datos, generalmente no textuales y en formatos reutilizables como csv (*comma-separated values*), procedentes de organizaciones diversas» (Peset et al., 2011, p.165).



Para el *Open GovernmentWorkingGroup* (2013) los principios de DA de gobierno son: 1. Completo. Todos los datos públicos están disponibles. Los datos públicos son datos que no están sujetos a restricciones de privacidad, seguridad o privilegios de algún tipo. 2. Primario. Los datos son recolectados de la fuente, con el nivel más alto posible de granularidad, no de manera agregada o de una forma modificada. 3. Oportuno. Los datos se ponen a disposición tan pronto como sea necesario para preservar su valor. 4. Accesible. Los datos están disponibles para una gama más amplia de usuarios y propósitos. 5. Procesables automáticamente. Los datos se estructuran razonablemente para permitir su procesamiento automático. 6. No discriminación. Los datos están disponibles para cualquiera, sin requisitos de registro. 7. No propietario. Los datos están disponibles en un formato sobre el cual ninguna entidad tiene un control exclusivo. 8. Licencia libre. Los datos no están sujetos a ningún derecho de autor, patentes, marcas o reglamento de secreto comercial. Se pueden permitir restricciones razonables de privacidad, seguridad y privilegio.

Partiendo de la premisa de que la información pública es de todos los ciudadanos y debe gozar de accesibilidad, se piensa en la forma de materializar dicha idea, aunque muchas veces los gobiernos no tienen capacidad para producir todo el valor social que los datos pueden ofrecer. Los ciudadanos o las empresas pueden hacer uso de esos datos para generar valor y servicios. De este modo los DA cumplen una función que va más allá de la simple transparencia o la rendición de cuentas, pues se convierten en herramientas asequibles y útiles a la sociedad.

Hoy en día las políticas de DA tienen el potencial de incentivar la participación y la interacción de los gobiernos con múltiples sectores y, también contribuyen a una integración social en donde los datos son ofrecidos en igualdad de condiciones para estimular el crecimiento económico y propiciar otros beneficios sociales (Ruvalcaba-Gómez, 2017; Zhao y Fan, 2018; Zuiderwijk y Janssen, 2014). Existen iniciativas internacionales que han cobrado la atención de la comunidad global como *Followthe Money*, que consiste en una plataforma que rastrea todo el proceso del dinero público, permitiendo visualizar y manipular los datos que se producen en formato libre y abierto.

De forma sistemática surgen iniciativas de DA no solo a nivel nacional, sino también en niveles supranacionales como es el caso de la Unión Europea (<https://data.europa.eu>). Incluso a niveles subnacionales se puede encontrar una gran cantidad de casos como los de Vancouver (<http://data.vancouver.ca/datacatalogue/cityStreets.htm>), San Francisco (<https://datasf.org>) y New York (<https://nycopendata.socrata.com>), que destacan por ser pioneros en este ámbito. En España, hoy en día, se cuenta con múltiples iniciativas de datos abiertos a nivel regional y municipal. A nivel nacional destaca el sitio web <https://datos.gob.es/>, que configura un esfuerzo de diferentes dependencias gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

### 3. Relevancia de los Datos Abiertos

El rol y la relevancia de los DA ha tenido un análisis teórico y empírico en los últimos años. Las iniciativas que se han puesto en marcha en este sentido han destacado su valor en diversos aspectos. En la lógica del modelo de gobierno abierto tiene como objetivo lograr un gobierno que permita la cooperación entre gobierno y sociedad, para que sea más transparente y democrático. Los DA no solo mejoran la transparencia y la rendición de cuentas de un gobierno, sino que también pueden generar beneficios económicos, soluciones innovadoras para el avance de la comunidad y el apoyo a las funciones de las administraciones públicas. Además,

estos beneficios pueden lograrse simplemente publicando y reutilizando datos, que ya se han producido en el gobierno.

En base a lo anterior es posible asumir que las dos razones principales que motivan a los gobiernos a publicar DA son: a) el desarrollo de la calidad democrática y, b) el desarrollo de la economía. Con respecto a la primera razón, los gobiernos explotan las iniciativas de DA para dar acceso a la información y ser más transparentes. La segunda razón, por otro lado, permite el crecimiento de la información y la generación de valor social y emprendedor. Si bien los datos confidenciales o personales no se pueden compartir por una protección jurídica, otros datos pueden tener un valor económico para empresas o individuos si se explotan. En este sentido, la publicación de datos, como datos de tráfico, meteorológicos, presupuestarios, geoespaciales y geográficos, brinda a los consumidores la oportunidad de crear nuevos servicios que, además de ser rentables, también pueden beneficiar el bien común.

Existen diferentes razones que dan sentido a la implementación de políticas de DA, estas razones tienen que ver con beneficios sociales, los cuales tienen implicaciones prácticas en la calidad de vida de una sociedad. Para el grupo de trabajo *Open Government Data de la Open Knowledge Foundation* hay tres razones principales para abrir datos de carácter gubernamental:

1. **Transparencia:** para tener una sociedad democrática que funcione bien, los ciudadanos y otras partes interesadas deben poder monitorear las iniciativas gubernamentales y su legitimidad. La transparencia también significa que los interesados no solo pueden acceder a los datos, sino que también deben estar habilitados para usarlos, reutilizarlos y distribuirlos. El éxito para lograr la transparencia da como resultado un aumento considerable en el control social ciudadano.

2. **Liberar valor social y comercial:** los gobiernos son uno de los mayores productores y recolectores de datos en muchos aspectos. Todos los datos, ya sean direcciones de escuelas, datos geoespaciales, datos medioambientales, datos de transporte y planificación, o datos presupuestarios, tienen valor social y comercial. Estos pueden utilizarse para una serie de propósitos distintos que son diferentes de los previstos originalmente. Al publicar dichos datos, el gobierno alienta a las partes interesadas a innovar y crear nuevos servicios.

3. **Gobernanza participativa:** a través de la publicación de datos del gobierno, los ciudadanos tienen la oportunidad de participar activamente en los procesos de gobernanza, como la toma de decisiones y la adopción de políticas, en lugar de votar esporádicamente en una elección. A través de iniciativas de datos gubernamentales abiertos, como portales, las partes interesadas también pueden estar más informadas y ser capaces de tomar mejores decisiones.

En España a partir de la creación de la Ley de Transparencia en 2013, han surgido múltiples iniciativas que utilizan los DA como elemento fundamental para potenciar acciones gubernamentales. Como ejemplo destacado podemos mencionar el portal «Decide-Madrid», el cual liberó una serie de datos de forma estructurada, sin restricciones legales y sobre todo útiles para que los ciudadanos pueda tomar decisiones. Es importante mencionar que este tipo de iniciativas son impulsadas y demandadas por organizaciones de la sociedad civil como Fundación CIVIO y Transparencia Internacional. Incluso la misma Ley de Transparencia tuvo un trabajo coordinado con organizaciones para llegar a definir atributos de la información y datos,

estableciendo la periodicidad, actualización, claridad, gratuidad, estructura, y calidad como características primordiales de los datos.

Los beneficios de los DA se traducen en una apertura a la información que implica mayor responsabilidad y que, a su vez, funciona como un dispositivo anticorrupción. Además, mediante la creación de nuevos servicios basados en DA, los usuarios agregan valor social, que también puede tener impacto e intereses comerciales. En este sentido, la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones también es un aspecto muy importante de la apertura de datos gubernamentales, ya que permite que los gobiernos estén más centrados en las necesidades de los ciudadanos. Sin embargo, la participación ciudadana no solo se limita al proceso de toma de decisiones. Las iniciativas de gobierno abierto también pueden permitir a las partes interesadas proporcionar retroalimentación sobre las acciones del gobierno y, colaborar en la formulación de políticas.

#### 4. Discusión y reflexiones

Es evidente la relevancia y trascendencia de los DA actualmente en los gobiernos y diversos sectores que trabajan con grandes cantidades de información. Las políticas de DA que impulsan muchas administraciones públicas experimentan una serie de obstáculos culturales que les impiden alcanzar su máximo potencial. En este sentido, existen gobiernos que no muestran la voluntad política de abrir los datos, en otros casos se carece del recurso humano capacitado para instrumentalizar estrategias de DA. Por otro lado, existen supuestos en los que hay una percepción de que la apertura de datos requiere una gran cantidad de recursos y esfuerzos, o que la publicación de datos del gobierno podría ser contraproducente. Sin embargo, estas ideas están cambiando paulatinamente en todo el mundo, principalmente debido a la presión de la sociedad civil y el isomorfismo institucional, que consiste en replicar prácticas de otras instituciones.

La idea positivista sobre los beneficios de los DA señala que al liberarse los datos se producirá crecimiento económico, mejoras en la democracia y mejores servicios públicos. La idea de «abrir por defecto» tiene sentido y ha cobrado gran peso dentro de la sociedad civil, que demanda más apertura democrática a los gobiernos (Carrara et al., 2015; Hossain et al., 2015). Sin embargo, existen algunas restricciones legales que limitan la apertura de datos debido a la protección de datos personales y a cuestiones de seguridad. Es importante analizar sobre el fenómeno de los DA, utilizando enfoques teóricos que permitan comprender los procesos de desarrollo e implementación, con el fin de obtener evidencias sobre la apertura y calidad de los datos bajo un enfoque de gobierno abierto.

Los DA muestran un potencial tan elevando que se ha llegado hablar de una revolución de datos (Melamed, 2014), esto implica un cambio disruptivo en la agenda de los gobiernos. Esta transformación podría tener efectos negativos si se llegara a salir de control, el poder de los datos cada día es mayor dentro de una era de la información, como la que estamos viviendo. En la actualidad, muchas sociedades son dependientes de sistemas tecnológicos que trabajan con datos, y aunque el tema de la protección de datos ha cobrado mucho auge en un sentido normativo, existen interés económicos y políticos que han sacado ventaja desleal de los datos. Considerando el peligro y fragilidad de manejar los datos con intereses perversos, es necesario y complicado valorar cuidadosamente la apertura de datos y el tipo de datos al que se busca tener acceso universal con el fin de generar beneficios sociales.

Analizando las tendencias en la gestión pública (Criado, 2016), es posible inferir que la adopción de una nueva perspectiva de gobernanza pública que impulsa

los DA, está causando cambios en las políticas públicas de innovación, las cuales se están implementando bajo la concepción de un modelo de gobierno abierto. Aunque el impulso a la apertura de datos se encuentra en una fase emergente en cuanto a su implementación entre los gobiernos, su desarrollo ha sido disruptivo para los procesos de gestión pública. En los últimos años, España ha dado muestra de ser un país sumado en la tendencia de DA, y que de la misma manera sus gobiernos subnacionales están apostando por extraer beneficios de estas iniciativas.

Derivado de estas reflexiones es fundamental destacar la importancia de incorporar plataformas digitales, que establezcan bases de datos abiertas, estructuradas y organizadas para el uso de los ciudadanos. El gobierno abierto requiere una planificación estratégica de cara a lograr una traducción de la retórica y discursos políticos en acciones de política pública con valor social que promuevan la correcta explotación de los DA. Por otro lado, este fenómeno se puede entender desde la lógica del buen gobierno, de manera que la incorporación de iniciativas de DA también pueden considerarse como una búsqueda de legitimidad ante los problemas de opacidad y la percepción de corrupción de la ciudadanía.

## Bibliografía

- Attard, J., Orlandi, F., Scerri, S., y Auer, S. (2015). A systematic review of open government data initiatives. *Government Information Quarterly*, 32(4), 399-418.
- Barry, E., y Bannister, F. (2014). Barriers to open data release: A view from the top. *Information Polity: The International Journal of Government & Democracy in the Information Age*, 19(1), 129-152
- Carrara, W., Chan, W. S., Fischer, S., y Steenbergen, E. van. (2015). *Creating Value through Open Data: Study on the Impact of Re-use of Public Data Resources*. European Commission.
- Criado, J. I., y Ruvalcaba-Gómez, E. A. (2016). *¿Qué es y qué se entiende por Gobierno Abierto? Análisis de la percepción e implementación del Gobierno Abierto en el ámbito local español*. Madrid, España: Laboratorio de Gobierno para la Innovación Pública.
- Criado, J. I. (2016). Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma en la gestión pública? En *Nuevas tendencias en la gestión pública: Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas* (pp. 22-48). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Conradie, P., y Choenni, S. (2014). On the barriers for local government releasing open data. *Government Information Quarterly*, 31, 1(0), S10-S17.
- Hossain, M. A., Dwivedi, Y. K., y Rana, N. P. (2015). State of the Art in Open Data Research: Insights from Existing Literature and a Research Agenda. *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, 26(1), 14-40.
- Janssen, M., Charalabidis, Y., y Zuiderwijk, A. (2012). Benefits, adoption barriers and myths of open data and open government. *Information Systems Management*, 29(4), 258-268.
- Kassen, M. (2013). A promising phenomenon of open data: A case study of the Chicago open data project. *Government Information Quarterly*, 30(4), 508-513.
- Khayyat, M., y Bannister, F. (2015). Open data licensing: More than meets the. *Information Polity. The International Journal of Government & Democracy in the Information Age*, 20(4), 231-252.
- Lee, G., y Kwak, Y. H. (2012). An open government maturity model for social media-based public engagement. *Government Information Quarterly*, 29(4), 492-503.

- Linders, D. (2013). Towards open development: Leveraging open data to improve the planning and coordination of international aid. *Government Information Quarterly*, 30(4), 426-434.
- Luna-Reyes, L. F., Bertot, J. C., y Mellouli, S. (2014). Open government, open data and digital government. *Government Information Quarterly*, 31(1), 4-5.
- Melamed, C. (2014). *A World That Counts Mobilisation the Data Revolution for Sustainable Development*. New York. Retrieved from <http://www.undatarevolution.org/wpcontent/uploads/2014/12/A-World-That-Counts2.pdf>
- Mellouli, S., Luna-Reyes, L., y Zhang, J. (2014). Smart government, citizen participation and open data. *Information Polity: The International Journal of Government & Democracy in the Information Age*, 19(1), 1-4.
- Murray-Rust, P. (2008). Open data in science. *Serials Review*, 34(1), 52-64.
- Open Government Working Group. (2013). *World Bank's Open Government Data Working Group. "Open Data Toolkit"*. Published at [data.worldbank.org/ogd](http://data.worldbank.org/ogd)
- Oszlak, O. y Kaufman, E. (2014). *Teoría y práctica del gobierno abierto*. Red Gealc, OEA, IDRC. Organización de los Estados Americanos.
- Peset, F., Ferrer-Sapena, A., y Subirats-Coll, I. (2011). Open data y linked open data: su impacto en el área de bibliotecas y documentación. *El profesional de la información*, 20(2), 164-172.
- Ruijter, E., Grimmelikhuisen, S., van den Berg, J., y Meijer, A. (2018). Open data work: understanding open data usage from a practice lens. *International Review of Administrative Sciences*, 86(1) 3-19.
- Ruvalcaba-Gómez, E. A. (2017). Perceptions about the Concept and Benefits of Open Government in Local Governments in Spain. *Proceedings of the 10th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance* (pp. 594-597). ACM.
- Ruvalcaba-Gómez, E. A., Criado, J. I., y Gil-García, J. R. (2018). Discussing open government as a concept: a comparison between the perceptions of public managers and current academic debate. *Proceedings of the 19th Annual International Conference on Digital Government Research: Governance in the Data Age* (p. 71). ACM.
- Safarov, I., Meijer, A., y Grimmelikhuisen, S. (2017). Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users. *Information Polity*, 22(1), 1-24.
- Sayogo, D. S., y Pardo, T. A. (2013). Exploring the determinants of scientific data sharing: Understanding the motivation to publish research data. *Government Information Quarterly*, 30, Supplement 1(0), S19-S31.
- Whitmore, A. (2014). Using open government data to predict war: A case study of data and systems challenges. *Government Information Quarterly*, 31(4), 622-630.
- Williamson, V., y Eisen N. (2016). *The impact of open government: Assessing the evidence*. Washington, DC, USA: The Brookings Institution.
- Zhao, Y., y Fan, B. (2018). Exploring open government data capacity of government agency: Based on the resource-based theory. *Government Information Quarterly*, 35(1), 1-12.
- Zuiderwijk, A., y Janssen, M. (2014). Open data policies, their implementation and impact: A framework for comparison. *Government Information Quarterly*, 31(1), 17-29.
- Zuiderwijk, A., Janssen, M., y Davis, C. (2014). Innovation with open data: Essential elements of open data ecosystems. *Information Polity: The International Journal of Government & Democracy in the Information Age*, 19(1), 17-33.



# Derecho popular versus derecho de juristas. La querella alemana entre las Escuelas romanista y germanista

## People's Law versus jurist's Law. The German dispute between the Romanist and the Germanist historical Schools

Joaquín Garrido Martín  
 Universidad de Sevilla  
 ORCID ID 0000-0002-3315-8408  
[jgmartin@us.es](mailto:jgmartin@us.es)

### Cita recomendada:

Garrido Martín, J. (2020). Derecho popular versus derecho de juristas. La querella alemana entre las Escuelas romanista y germanista. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 335-358.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5282>

Recibido / received: 10/03/2020  
 Aceptado / accepted: 16/03/2020

### 1. Introducción. Contextualización de un inédito de Puchta

Ofrecemos al lector en su versión castellana el escrito de Georg Friedrich Puchta *Crítica del derecho popular y derecho de juristas de Georg Beseler*, un texto de interés histórico y teórico notable que no ha conocido versión en español, como ningún otro texto de este jurista fundamental del siglo XIX alemán<sup>1</sup>. Puchta pertenece en efecto a ese número reducido de juristas que gozaron del máximo prestigio en el siglo alemán de mayor esplendor jurisprudencial, como Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Jhering o Bernhard Windscheid.

Se trata de un denso y crítico comentario que escribió en respuesta al famoso escrito *Derecho popular y derecho de juristas (Volksrecht und Juristenrecht, 1843)* del germanista más importante del momento, Georg Beseler (1808-1891). Ambas piezas forman parte del elenco de textos esenciales de la cultura jurídica de la Alemania del XIX; la que se abre al siglo de la modernidad jurídica con la caída en 1806 del Sacro

<sup>1</sup> Para una semblanza biográfica vid. Bohnert (1979), Haferkamp (2010), Mecke (2009, p. 51 y ss.), Garrido (2019, p. 17 y ss.).

Imperio y que tiene a los franceses, a su *Code civil*, en parte importante del país (al oeste de Rin); la Alemania del romanticismo, del retorno al mundo clásico, de la erudición y de un revitalizado humanismo; la de la Escuela histórica, la Pandectística y la Jurisprudencia “de Conceptos”, después de “Intereses”, “Libre” y de “Valoraciones”<sup>2</sup>; la Alemania del historicismo jurídico que pospondrá todo un siglo el momento racionalista codificador, reinante en el resto de Europa desde finales del XVIII y de forma decisiva con la promulgación del *Code* en 1804, nutriendo de “vocación” científica (*Beruf*) una cultura jurídica que no verá la luz del BGB hasta 1900: el suelo alemán sobre el que se ha levantado la ciencia jurídica contemporánea, nuestra teoría y dogmática moderna.

El texto es pieza clave de la historia del XIX jurídico alemán por ser expresión de la disputa de mayor relieve del siglo, junto a la famosa *Kodifikationsstreit* o polémica codificadora de 1814. Por eso se consideran los escritos de Beseler y de Puchta documentos análogos, en temática e importancia política, a los que protagonizaron la disputa del Código, el *Über die Notwendigkeit* de Thibaut y la réplica *Vom Beruf* de Savigny<sup>3</sup>. La querrela que protagonizan Thibaut y Savigny enfrentó razón e historia; ley y costumbre, legislador y sabio, político y jurista. El tema, que toca el sistema de fuentes formal o “externo”, afectaba a todo ordenamiento, motivo de la extraordinaria recepción internacional que conoció la querrela del Código, que dio universalidad a la figura de su vencedor, Savigny<sup>4</sup>. Esta otra polémica, que enfrentó a germanistas y romanistas, concernía a la dimensión “material” o interna del problema siempre político de las fuentes, pues afectaba a la vida interna del derecho alemán, a su historia jurídica particular, germana y romana: romana era por un lado la tradición jurídica alemana, recibida en el Renacimiento europeo del siglo XI y proyectada por la vía del *ius commune*, con el suelo privilegiado de la Italia de los primeros tiempos de Glosadores y Comentaristas, pero girando paulatinamente su estudio a suelos francés y alemán a partir del siglo XVI con el humanismo jurídico, hasta presentarse la Alemania de la *Pandektenwissenschaft* como la gran nación del derecho romano en el siglo XIX, lugar de peregrinación necesaria para el estudioso de aquel derecho clásico, modelo culto de derecho civil. En contraste con este pasado romano se presentaba la más genuina herencia germana, defendida con progresiva pasión a medida que se consolidaba el espíritu romántico y nacionalista característico de los tiempos. Y lo que en sus inicios fue alma compartida de clasicismo antiguo (romano) y romanticismo moderno (alemán), expresión, puede decirse con Meinecke, de un *Weltbürgertum und Nationalstaatsgedanke*<sup>5</sup>, se iría resquebrajando paulatinamente hasta dividirse en dos almas claramente diferenciadas y opuestas en sus principios espirituales (identitarios) fundamentales<sup>6</sup>. Sin duda la división de los bandos germanista y romanista, unidos en un inicio por las manos de Savigny y Eichhorn en la primera hora de la Escuela, representó el drama de aquella elevada cultura alemana, *pathos* de su derecho moderno que enfrentó dos formas de ver (de vivir) el pasado y el presente jurídico-cultural alemán. El progresivo distanciamiento

<sup>2</sup> Una panorámica de los presupuestos histórico-metodológicos de estas corrientes puede cf. en Garrido (2020).

<sup>3</sup> Lo han afirmado los mejores conocedores del periodo: Franz Wieacker (1967a, p. 411), Ulrich Falk (1989, p. 237 y ss.), Jan Schröder (2017, p. 56), o Joachim Rückert (1988, p. 62).

<sup>4</sup> Sobre el recorrido internacional del mensaje del *Beruf* vid. ahora Rückert *et al.* (2015), Meder *et al.* (2016).

<sup>5</sup> En que se apoya Wieacker para exposición de este punto (1967, p. 411).

<sup>6</sup> Ya Friedrich Ludwig Freiherr von Bernhard –a quien Ernst Landsberg (1910, p. 497) consideró decisivo en la reanimación del derecho germánico con su *Ueber die Restauration des deutschen Rechts, insbesondere in Beziehung auf das Grundeigentum* (1829) –, reconoció a los romanistas en su celo por el estudio del romano el mérito de haber despertado, por contraste, el espíritu jurídico germánico («das römische Recht der individuellen Nationalität der Römer zurückzugeben und uns damit auf unser eigenes germanisches Nationalgefühl gewiesen, welches höherer Art ist als das Antike»): Bernhard (1829, p. 17). Al respecto Luig (1995, p. 109).

condujo en los últimos años de la primera mitad del siglo a los momentos de mayor fricción entre Escuelas<sup>7</sup>, un enfrentamiento del que fue expresión clara la publicación del libro de Beseler, de 1843, transparente mensaje de ruptura germanista con el espíritu romanístico dominante en la Jurisprudencia de la época. La *Kritik* que dedica Puchta a desmontar las tesis de Beseler, imagen de lo que la Escuela representaba tres décadas después de su fundación, terminó por confirmar la división. Prueba de la repercusión que tuvo la disputa entre Beseler y Puchta es la recepción que tuvo entre las figuras más representativas de cada bando. Ninguno de los grandes (salvo Savigny)<sup>8</sup> dejó pasar la ocasión para intervenir en ella: Gustav Hugo, Theodor Mommsen, Heinrich Thöl, Bernhard Windscheid, Ernst Zitelmann, Otto von Gierke, Eugen Ehrlich<sup>9</sup>.

La polémica tocaba la historia del derecho, concebida en estos tiempos de historicismo como base fundamental del sistema jurídico, premisa de la teoría de las fuentes (aquí no había división: nadie era racionalista). Pero tocaba también y de modo esencial el problema, característicamente romano (europeo), de la autonomía jurídica (científica, no moral, que recorre otros caminos). Pues si el derecho germano se interpretaba en términos de derecho popular, manifestación espontánea de un espíritu transparentemente alemán, el romano era en cambio expresión de un modelo técnico, científico, que en su acusada formalidad pudo elevarse sobre el concreto pueblo que lo vio nacer para anudarse a cuantos quisieron nutrirse de su poderoso aparato de conceptos, útiles en la medida que técnicos. Una técnica que exigía un conocimiento avanzado, un aprendizaje demorado: un intelectual, el jurista. Frente al derecho popular alemán, el derecho romano de juristas; la autonomía jurídica típicamente romana o el modelo alemán de heteronomía jurídica. En estos términos se presentó el debate, que llegó por supuesto al BGB<sup>10</sup> y se proyectó más allá de la consagración del Código.

Una breve presentación de los elementos de la disputa entre las Escuelas romanista y germanista será de interés para aproximarnos al problema fundamental planteado en el texto: el conflicto entre la autonomía jurídica y el derecho popular (y consuetudinario)<sup>11</sup>.

## 2. Elementos de la querrela

<sup>7</sup> Para un contexto de estos concretos años vid. Rückert (1974).

<sup>8</sup> Que no quiso entrar en la querrela para mantenerse hasta el final como especie de padre intelectual de la ciencia jurídica de su tiempo: «*Lange, allzulange, hat er geschwiegen*», decía Thieme (1963, p. 12).

<sup>9</sup> Vid. el examen de las posiciones que presentó Kern (1982, p. 371 y ss., en concreto 391 y ss.), aunque en su inclinación natural hacia las posturas de Beseler no es justa la lectura que hace de las críticas dirigidas a la obra del germanista, empezando por la del propio Puchta, que según Kern no desciende a los argumentos de Beseler (*ibíd.*, p. 393), lo cual, al margen de la mayor o menor solvencia de sus argumentos, es incierto. La dureza en las formas no evitó un detenido examen de las premisas de la obra por parte de Puchta. Hasta tal punto fue esto así que Beseler sintió la necesidad de presentar una réplica, que creyó la primera de muchas (*Erster Nachtrag*), en un errado vaticinio, pues las tesis las consideró ya debidamente desbaratadas Puchta con su larga recensión: Beseler (1844).

<sup>10</sup> Rudolph Sohm recogió en 1895 las tres críticas fundamentales dirigidas al BGB al término de su preparación: el nuevo Código era expresión de un “derecho de juristas” en lugar de un “derecho popular” («*Juristenrecht statt Volksrecht*»), era “más romano que alemán” («*mehr römisch als deutsch*»), y como consecuencia de todo ello resultaba “*Antisozial*” (1895, p. 741, 742, 747). Al respecto vid. el examen de Repgen (2001, p. 2 y ss., 35 y ss.).

<sup>11</sup> En esos términos entendió la disputa el joven Mommsen en su recensión al libro de Beseler (1907a).

## 2.1. Romanismo y germanismo en los inicios del historicismo jurídico

Todavía hoy las parcelas del derecho romano y germánico mantienen una clara separación espiritual y material<sup>12</sup>: diversa se nos presenta la práctica de su historia jurídica; independientes las cátedras de *römisches* y *germanisches Recht*; diferenciadas se publican aún las secciones *romanistisch* y *germanistisch* de la emblemática *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (continuación natural de la que fundó Savigny). Lo que hoy aparece dividido no lo estuvo sin embargo en sus orígenes intelectuales<sup>13</sup>. Sabido es, que en los inicios de la Escuela, es decir en los primeros compases de la Jurisprudencia alemana del XIX, las raíces romanas y germanas se percibían ligadas por el nexo común alemán, que las contemplaba en unidad. En el escrito fundacional de la Escuela, Savigny insistía en que solo un buen conocimiento histórico permitiría levantar el edificio teórico que la Alemania de la época demandaba: ciencia antes que ley, cuyas armas debían ser antes históricas que filosóficas. En esta necesaria auscultación del pasado Savigny colocaba en mismo lugar de atención los derechos romano y germánico. Es más, «ningún germanista hubiera hablado de un modo más hermoso sobre el Derecho germánico, ni profetizado tan sabiamente su futuro» como lo había hecho Savigny, escribía Otto von Gierke pasadas las décadas<sup>14</sup>. Del mismo modo en el *Beruf*, el panfleto probablemente más conocido de la historia del derecho europeo<sup>15</sup>, además de batallar exitosamente contra la propuesta codificadora, Savigny animaba junto al romano el estudio histórico del derecho «germánico», pues si aquel debía ser ejemplo de nuestro trabajo científico<sup>16</sup>, este había de atenderse en forma privilegiada dada la raíz espiritual que todavía pervivía en la conciencia jurídica alemana, y que podría así despertar instituciones «dormidas» gracias al estudio cuidado de su pasado jurídico<sup>17</sup>. Karl Friedrich Eichhorn, cofundador germanista de la Escuela junto a Savigny y autor de la monumental *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* en cuatro tomos (1808-1823) – todavía hoy pieza esencial de la historia del derecho alemán–, reclamaba esa misma

<sup>12</sup> Una buena aproximación a los antecedentes de esta histórica oposición, examinados en su génesis los *topos* «romano-liberal» y «social-alemán», convertidos en lugares comunes (solo a partir de la segunda mitad del siglo XIX), puede hallarse en Luig (1987; 1995).

<sup>13</sup> Es común recordar aquí el trabajo de Karl Kroeschell, ocupado en subrayar la sintonía entre las doctrinas romanística y germanística de la *Eigentumslehre* en la primera mitad del siglo (1977).

<sup>14</sup> En el texto tal vez más emblemático sobre la disputa entre las Escuelas (1908, p. 119).

<sup>15</sup> La comunión de ambos caminos romanista y germanista los seguiría defendiendo Savigny pasadas las décadas. Así en el prólogo a su esperado *System des heutigen römischen Rechts*, aparecido finalmente en 1840: no se trata entre ambos derechos romano y germánico de «elegir uno, rechazar el otro; la tarea es más bien disolver los contrastes percibidos en una unidad superior, que es la única forma de asegurar el progreso en la ciencia» («*das Eine zu wählen, das Andere zu verwerfen; vielmehr geht die Aufgabe dahin, die wahrgenommenen Gegensätze in höherer Einheit aufzulösen, welches der einzige Weg zu sicherem Fortschritt in der Wissenschaft ist*») (1840, p. X); o en privado a Johannes Kaspar Bluntschli en 1840, (la carta en Stoll, p. 360), que había publicado el relevante escrito sobre la escisión de Escuelas *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 1839.

<sup>16</sup> Pues ciertamente «sobre el valor material del derecho romano las opiniones pueden ser muy variadas, pero nadie que tenga voz en esto dudará acerca de la ejemplaridad del método jurídico aquí representado» («*über den materiellen Wert des römischen Rechts können die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die hier dargestellte Meisterschaft in der juristischen Methode sind ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme haben*»): Savigny (1840, p. 78 y ss.).

<sup>17</sup> Es idea defendida en diversos lugares; vid. solo Savigny (2015, p. 73). El argumento lo retomará Beseler. De hecho, la *Genossenschaftstheorie* puede muy bien interpretarse como ejemplo de una de estas referidas instituciones que el jurista de sensibilidad germanística podía y debía rescatar. Es lo que hizo él mismo y es la labor que continuó, y dio fama, a su eminente discípulo Otto von Gierke, que dedicó el primer volumen de su escrito de habilitación, su famoso *Genossenschaftsrecht*, a su maestro Beseler. Esta tarea de recuperación de instituciones germanas había sido realizada señaladamente con el *Gewere* de Albrecht (1828), que al tratar sobre la institución germana análoga a la romana *possessio* guardaba relación con el modélico trabajo dogmático sobre el hecho posesorio presentado por el joven Savigny en 1803: *Das Recht des Besizes*. Junto a Beseler y Albrecht, en esta línea de primeros estudios de germanística, habría que mencionar los sistemas de derecho privado germánico de Eichhorn, de Mittermaier o de Maurenbrecher.

atención a los “principios guía” del derecho de raíz germánica, a esas *höhere Regel* («reglas superiores»)<sup>18</sup> que posibilitaban un conocimiento refinado del derecho alemán, necesario para la construcción científica que demandaba<sup>19</sup>. Y el más genuinamente germanista Jakob Grimm, que había aprendido de su maestro Savigny «lo que significa la voluntad por el estudio»<sup>20</sup>, colaboró en el arranque del proyecto con aportaciones sustanciosas a la revista, hoy muy recordadas. En la mente de todos está su *Vom Poesie im Recht* (1816), trabajo que quintaesenciaba la comunión espiritual entre derecho y lengua, tan recorrida en este ambiente de romanticismo y clasicismo de principios de siglo<sup>21</sup>. Pocos libros atrajeron la atención del maestro como los *Deutsche Rechtsaltertümer* (1828) del discípulo<sup>22</sup>.

### 3.1. El derecho como producto cultural: la revolución del *Beruf*

La Escuela histórica del derecho nació como *Schule* de romanistas y germanistas. Su enseñanza sobre la historicidad del derecho, la calificación del hecho jurídico como fenómeno histórico, producto de las fuerzas espirituales del pueblo expresado en su historia, se convirtió en dogma incontestable para todo jurista –para todo humanista: «Lo substancial de la nueva teoría [histórica] es eterno», dijo Gierke, germanista *maior*, pues «se trata de aquellas verdades que, una vez descubiertas, no pueden volverse a perder. Ha pasado ya a ser carne y sangre nuestra la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida común humana; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura»<sup>23</sup>. Con razón otorgó Gierke y otros tantos<sup>24</sup> la fuerza de este «descubrimiento» a Savigny<sup>25</sup>. Otros juristas de gran prestigio como Eichhorn o Gustav Hugo, que Savigny reconoció maestro de los nuevos estudios históricos, prepararon el camino a la historización del derecho, pero no sentaron las bases teóricas de la nueva doctrina, que interpretaba el derecho «actual» (*heutig*) como fenómeno histórico-cultural, parte de la vida espiritual del pueblo, como la lengua o el orden ético-social. La Escuela, explicó con claridad Wieacker, no apuntó como tal fin en sí mismo a la comprensión histórica del derecho (aunque esta fuese auxilio fundamental y se le diera importancia incluso metafísica), «sino a renovar la Jurisprudencia de su tiempo; su tema era realmente el

<sup>18</sup> El argumento en Eichhorn (1815, p. 124 y ss.).

<sup>19</sup> Y que no dejó de absorber el «sistemático» método «pandectístico» para ello: son abundantes los *Deutsche Rechtssystemen* de la época (Björne, 1984; Lewinski, 2000).

<sup>20</sup> «[...] in Ihrer Lehre ahnen und begreifen lernte, was es heisse, etwas studieren zu wollen, sei es die Rechtswissenschaft oder eine andere», según se lee en la dedicatoria al maestro con que se abre la *Gramática alemana* (Grimm, [1819] 1840, p. III).

<sup>21</sup> Sobre Grimm, vid. *infra* n. 36. Cf. el reciente volumen colectivo dedicado a las relaciones entre romanticismo y derecho (Arnold, 2018). Es estupendo el cuadro del momento que ofrece Safranski (2009).

<sup>22</sup> «*Was ist das für ein Buch!*», exclamaba Savigny en su carta de agradecimiento (Stoll II, p. 140).

<sup>23</sup> (Gierke, pp. 114-115). Al respecto Janssen (1974, p. 171 y ss.).

<sup>24</sup> Como Solari (1950), cuya exposición profunda ha de destacarse entre una abrumadora literatura dedicada al fundador de la Escuela y los métodos con ella inaugurados. Iluminante es asimismo la obra que Dieter Nörr dedicara a Savigny (1994).

<sup>25</sup> La temporalidad ontológica del derecho, su positividad esencial, desde Protágoras a Pedro Abelardo, había sido desde antiguo idea defendida por una parte importante de nuestra tradición iusfilosófica occidental (entre numerosa literatura clásica, en términos generales preferible a la más contemporánea, vid. Welzel, 1955). Ciertamente Savigny no descubrió la raíz del derecho en un tiempo y espacio, aquella que desconoce el trascendentalismo platónico y cristiano, secular después pero aún trascendental (Kant); pero sí destacó –y en cierto modo descubrió– su historicidad, y con ella el «método genético» como única vía para inteligir el fenómeno jurídico, temporal en esencia. La fórmula emblemática rezaba: «¿es posible comprender el presente de una situación orgánica de otra manera que en conexión con su pasado, es decir, de una manera genética?» (Savigny, 2015, p. 102). Con razón ha podido decir Dieter Nörr, que «la influencia de Savigny a menudo se basa menos en la originalidad del contenido que en su presentación (retórica)» («*der Einfluss Savignys häufig weniger auf der Originalität der Inhalte als auf der Darstellung (Rhetorik) beruht*»): Nörr (1994, p. 288).



sistema jurídico actual de la nación y su realidad social»<sup>26</sup>. La renovación consistió en hacer de la Jurisprudencia una ciencia *histórica* por vez primera, con asiento en una historia que deviene así (idealmente) elemento ontológico, ser mismo del derecho (y por eso para conocerlo no cabe sino remontarse a su pasado, como enseñara ya Gayo en una lección advertida muy pronto por Savigny). Esta formulación de principios programáticos, expresados en el *Beruf*<sup>27</sup> y completados con la *Zeitschrift*, fue obra de Savigny. Por eso estos trabajos son considerados las piezas fundamentales del programa de la Escuela, romanista y germanista a un tiempo, cuyos efectos culturales perdurarían hasta la entrada del Código, «hijo tardío del modelo»<sup>28</sup>. Dos notas ayudarán a entender las razones y el alcance del modelo de Savigny.

La legitimación histórica del *ius commune* en la forma del *Usus modernus pandectarum* había quedado tocada tras la caída del Antiguo Régimen; tocada estaba también la legitimidad de los grandes sistemas de derecho natural, con el criticismo epistemológico e histórico de Kant y Montesquieu, respectivamente. La aportación decisiva de Savigny fue la de abrir un nuevo horizonte de legitimación con raíz en el espíritu del pueblo, es decir en su historia, pero no en la inmediata desacreditada del *Usus modernus*, sino en la más gloriosa e idealizada de la antigüedad. La imagen (referida arriba en la fórmula de Meinecke) de un pasado inmediato nacional germano y uno más lejano romano, «modelo ideal» para la doctrina, propiciaba este doble fundamento de legitimidad: romanismo y germanismo como modelo histórico de futuro.

El éxito de la propuesta savigniana se debe así relacionar con los cambios profundos que vive esta sociedad de la revolución, de la dis-continuidad (*Sattelzeit*). Un tiempo de ruptura, cancelado el curso histórico de las sociedades con su deslegitimado ayer inmediato. Con la quiebra del orden social vigente y el desarrollo y aceleración del tiempo político (que traía la instauración del nuevo Estado en la Francia napoleónica pero también en la Alemania de los principados), se experimentó un acusado distanciamiento entre pasado y presente que propició la apertura de lo que Koselleck dio en llamar «horizonte de expectativa» (*Erwartungshorizont*)<sup>29</sup>, cuya principal consecuencia consistió en una mayor consciencia histórica del hombre, que racionalizaba el devenir histórico y en esa medida podía (o creía) disponer de él (aflorando así la idea de progreso)<sup>30</sup>. Esto explica la posibilidad misma de fundar, sobre un pasado remoto como el romano, un «espacio de experiencia»

<sup>26</sup> «Die Schule zielte nicht auf historisches Verstehen ab, sondern auf Erneuerung der Rechtswissenschaft ihrer Zeit; auch ihr Gegenstand war also wirklich die aktuelle Rechtsordnung der Nation und ihre gesellschaftliche Realität» (1967, p. 411). En otras palabras, también de Wieacker e igualmente exactas: «La escuela histórica renovó la Jurisprudencia al concebirla a su manera como "histórica"; apuntaba a una nueva dogmática jurídica, no a la investigación histórica por sí misma» («Die historische Schule erneuerte die Rechtswissenschaft, indem sie auf ihre Weise als "geschichtliche" begriff; sie zielte damit auf eine neue Rechtsdogmatik, nicht auf Geschichtsforschung um ihrer selbst willen») (1967, p. 416). Lo explicó Wieacker en diversos lugares; una síntesis la ofreció en (1967c).

<sup>27</sup> No debe pasarse por alto que el *Beruf* no fue un escrito «circunstancial», no lo escribió Savigny para responder a la contingencia de la polémica codificadora, que fue solo motivo de su publicación, no de su elaboración, que venía gestándose tiempo atrás para servir como introducción a la poderosa *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (Wieacker, 1967, p. 18).

<sup>28</sup> «Spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft», en las conocidas palabras de Wieacker (1974, p. 15). Desde un punto de vista material puede por eso decir Zimmermann que el BGB «ciertamente no es un punto de inflexión en el desarrollo del derecho alemán» («sicherlich kein Wendepunkt der deutschen Rechtsentwicklung») (Zimmermann, 2011, p. 7). Aún hoy la dogmática puede hacerse y se hace desde un punto de vista histórico, como *Dogmengeschichte*, legado savigniano. Vid. Zimmermann (2002).

<sup>29</sup> El argumento es desarrollado en Koselleck (1979, pp. 349-375).

<sup>30</sup> Idea de progreso que Koselleck consideró es percepción colectiva del cisma temporal posterior a 1750 (1975). Cuenta con críticos en este punto, como Czock (2016), que observa este marco mental ya en tiempos medievales.

(*Erfahrungsraum*) sobre el que proyectar un futuro «arquetípico»<sup>31</sup>, cuya utilidad misma pudo apreciarse gracias a ese horizonte de expectativa abierto por la Ilustración: a la razón histórica que trajo consigo<sup>32</sup>. Esto plantea la cuestión, ya formulada por Dieter Nörr, de hasta qué punto el pensamiento histórico de Savigny contiene elementos ilustrados<sup>33</sup>.

La ruptura radical con la historia, con el devenir, propició la intelectualización de un presente (separado ahora –idealmente– del pasado) que permitió, falsa paradoja, un mejor apoyo en la historia (un reconocimiento de los diversos «estratos del tiempo» histórico<sup>34</sup>), gracias desde luego a su mejor conocimiento (con las abundantes Escuelas históricas de la época) pero sobre todo a la identificación con momentos estelares de la tradición jurídica (o a su «romantización», como pedía Novalis en este contexto de *Romantik*): así Savigny, que mira al pasado jurídico más admirable (desde luego para él), el mundo romano clásico, un tiempo histórico que a diferencia de otros recientes ofrecía el modelo científico a seguir: *Muster juristische Methode*<sup>35</sup>; así Grimm<sup>36</sup> con el mundo arcaico teutón, prehistoria de germanismo ligado al mito y la fábula<sup>37</sup>, en una línea sobre todo medievalística que acoge a germanistas como el propio Beseler<sup>38</sup>. (No se olvide que el aliento metafísico del *Volksgeist* no se pierde hasta bien entrado el siglo con el naturalismo jurídico importado del darwinismo<sup>39</sup>, ni que la crítica del «culto a las momias», el famoso *Mumienkultus*, tardaría aún en cuajar<sup>40</sup>).

Esta visión de la Historia constituye la base espiritual del *Beruf*. Una Historia que si no era ya *magistra vitae*, pues el pasado inmediato no era ya apoyo seguro, ofrecía en cambio a través de su estudio erudito la imagen del «pasado ideal»: «El

<sup>31</sup> Vid. las sugerentes páginas de Koselleck sobre este *Futuro pasado* (1979). Hipostasiar el derecho, su *System*, en la autonomía de la voluntad (como –con reservas– hicieron Puchta y Savigny), permitió la adecuación del modelo jurídico romano con la contemporaneidad industrial. Sobre el punto ha insistido Caroni (2012, p. 27 y ss., entre otros lugares). El argumento *koselleckiano* sirve a Dilcher para la exposición de la Jurisprudencia alemana del XIX, reconstruida desde las coordenadas del romanticismo, el realismo y la racionalización (2016).

<sup>32</sup> Encajan con este argumento las valoraciones que hace Wieacker sobre la «idealización» por parte de Savigny del pasado romano (1967b, p. 183).

<sup>33</sup> Vid. el *Appendix 17: «Materialien zur Geschichtsauffassung Savignys»*, y dentro de él el apartado segundo «*Savigny und die Historiographie des 18. Jahrhunderts*», aportación magnífica como todas las de Nörr, que resulta insubstituible dentro de una vasta literatura dedicada al proyecto cultural de Savigny (Nörr, 1994, p. 343 y ss.).

<sup>34</sup> Es de nuevo Koselleck quien nos sirve el punto de apoyo (2001, p. 35 y ss.).

<sup>35</sup> Modelo de ciencia, de pensamiento jurídico, y por eso también modelo de enseñanza, como defendieron muchos, pero Hugo emblemáticamente: Haferkamp (2018, p. 55 y ss.).

<sup>36</sup> Vid. entre la abundante literatura Ogris (1986), Busse (1997), Wyss, (1979).

<sup>37</sup> Un ejemplo elocuente nos lo muestra Grossi, «*Condominiu iuris germanici: un fantasma benéfico*» (1992, p. 723).

<sup>38</sup> Vid. el desarrollo de la historia nacional que ofrece en *Volksrecht und Juristenrecht* (1843, p. 5 y ss.). Al respecto (Kern, p. 376 y ss., 381 y ss.).

<sup>39</sup> Para una panorámica sobre este punto, cf. Wieacker (1973), Wittkau (1998, p. 198 y ss.).

<sup>40</sup> Al menos hasta mediados de siglo, con la quiebra del dogma del *Volksgeist*, entre otros factores. Por otra parte, el desplazamiento del elemento histórico de la dogmática jurídica se produjo antes por una necesidad «práctica» que por un alejamiento «espiritual» del elemento romanístico, que acompañó siempre a la pandectística. Ofrecen dudas por tanto las críticas formuladas ya en tiempos de Savigny (así Thibaut, 1838, p. 395) de que se había roto, con la vuelta al *Corpus Iuris*, la continuidad del elemento romano de los siglos medievales e inmediatamente del *Usus modernus*; crítica pronunciada incluso por nombres como el de Rudolph Sohm: «*Indem die historische Schule die volle Herrlichkeit des klassischen römischen Rechts restaurierte, war sie zugleich [...] der wichtigste Factor, um uns von der praktischen Geltung desselben zu befreien*»: (Sohm, 1880, p. 79). Vid. la exposición de Hans Thieme (1963, p. 25), que comparte la tesis. Parece difícil, sin embargo, pensar en Savigny como factor de alejamiento del derecho romano. El propio Thieme reconoce líneas más tarde la deuda enorme que tienen romanistas y germanistas con Savigny; su «consciencia» misma tiene origen, afirma, en la Escuela histórica: «*Die Germanistik ist durch die historische Schule erst zum Bewusstsein ihrer selbst gelangt*» (Thieme, 1963, p. 25).

pensamiento del pasado, como el espectáculo de la creación, es un consuelo inquebrantable, medio humillante y medio inspirador, que nos conecta con Dios en ambos sentidos», escribía Grimm a Savigny<sup>41</sup>. Este substrato ideal (romántico, cabe decir) de la investigación histórica caracterizaría así esta ciencia jurídica, historicista más que histórica, *geschichtliche Rechtswissenschaft* antes que *Rechtsgeschichte*<sup>42</sup>.

Una idealización de la historia (de «idealismo objetivo» habló Joachim Rückert)<sup>43</sup> que se ajusta, por otra parte, al concepto de libertad de la filosofía idealista del momento (esencial también para entender el substrato intelectual del empeño cultural de Savigny)<sup>44</sup>, y que podemos leer, entre otros muchos lugares<sup>45</sup>, en las *Investigaciones filosóficas* de Schelling, publicadas en mismo espacio y tiempo (la bávara Universidad de Landshut de 1809) en que Savigny impartía sus *Vorlesungen*<sup>46</sup>. Schelling fue, además, profesor de juristas eminentes de la Escuela, como Stahl, o como Puchta y Beseler<sup>47</sup>. Aquella relación «orgánica» que guardaba el derecho con el pueblo y su historia señalada en el *Beruf*<sup>48</sup>, aparecía en términos muy similares en la segunda versión (1813) de *Las edades del mundo (Die Weltalter)*. Trataba allí Schelling de captar el vivo «sentir histórico» que, como decía Savigny, «ha despertado por doquier»<sup>49</sup>, y que expresa este idealismo historicista compartido en la época por romanistas y germanistas que tratamos de explicar: «La ciencia es, ya por el significado de la palabra, historia. No pudo serlo mientras fue entendida como una mera serie o desarrollo de conceptos y pensamientos propios. Es un privilegio de nuestros tiempos haber vuelto a dar a la ciencia la esencia, y de hecho (como bien podemos afirmar) de tal manera que no es fácil que la pueda volver a perder. A partir de ahora, el desarrollo de un ser real, vivo, es lo que se expone en ella»<sup>50</sup>.

#### 4.1. Los caminos del «espíritu»: lecturas romanista y germanista de la doctrina del *Volksgeist*

La armonía de los inicios no tardaría en romperse. La lectura diversa del dogma de la época, el *Volksgeist*<sup>51</sup>, conducía a cada bando en direcciones opuestas. Es clásica la lectura germanista sobre los motivos de la separación: la profunda contradicción que late en la doctrina de la Escuela; la «deslealtad», incluso, de Savigny hacia sí mismo, en palabras de Gierke<sup>52</sup>. Pues si era cierto que el derecho, como paradigmáticamente defendió el maestro en el *Beruf*, nace y se desarrolla en forma «orgánica» como producto espiritual del pueblo, como «convicción popular» («*gemeinsame*

<sup>41</sup> «Das Gedenken der Vorzeit, wie der Anblick der Schöpfung, ist uns ein unversieglicher halb demütigender halb erhebender Trost, der uns zu Gott verbindet auf beiden Wegen» (Schoof, 1953, p. 173) Vid. la sugerente presentación de Liebrecht, que nos brinda esta carta (2016, p. 86).

<sup>42</sup> Sobre una y otra en contexto vid. Rückert (1997a).

<sup>43</sup> (1984, p. 232 y ss., 292 y ss.). Es punto controvertido. Una voz crítica es la de Nörr (1994, p. 196).

<sup>44</sup> Vid. entre la múltiple literatura el bosquejo audaz de Sten Gagnér (1960, p. 37 y ss.); en general sobre la influencia de Schelling en la Jurisprudencia del momento, Sandström (1989); para la ejercida sobre Puchta vid. ahora Haferkamp (2004, p. 315 y ss.).

<sup>45</sup> Un repaso de ello en Kondylis (1979).

<sup>46</sup> «Es ist Zeit, dass der höhere oder vielmehr der eigentliche Gegensatz hervortrete, der von Notwendigkeit und Freiheit, mit welchem erst der innerste Mittelpunkt der Philosophie zur Betrachtung kommt»: Schelling (2011[1809], p. 4).

<sup>47</sup> Para Beseler cf. Kern (1982, p. 25); para Puchta, Garrido (2019, p. 20).

<sup>48</sup> Y en tantos lugares del momento; aproximación en Coing (1973).

<sup>49</sup> «Ist überall erwacht»: Savigny (2015, p. 17).

<sup>50</sup> (Schelling, 2002, fragmento 111).

<sup>51</sup> Que se remonta naturalmente a tiempos anteriores a Montesquieu y Herder: vid. solo Moeller (1909), Schröder (1992).

<sup>52</sup> El argumento en Gierke (1908, p. 118).

*Bewusstsein des Volkes*)<sup>53</sup>, es decir, a través de «la costumbre, la ciencia y la praxis», entonces no podrá quedar, sin caer en contradicción, en manos de los «sabios» del derecho, como arguye Savigny, si no es perdiendo ese origen popular. Un derecho con raíz en el *Volksgeist* pero desarrollado «*durch Jurisprudenz*» resultaba una «paradoja» (Kunkel), una «inconsecuencia» (Wieacker).

No podía sin embargo sorprender la tesis del *Beruf*. Pues lo que Savigny proponía era la renovación de una ciencia del derecho que ocupara el espacio de una codificación estatal. Una renovación que no podía emprenderse apoyada en la vida y costumbres populares, pues estas armas no servían para llevarla a cabo: solo la fuerza del *corpus* conceptual romano, recibido en Alemania siglos atrás –y en esa medida popular, dirá Savigny–, podía servir a la consagración del modelo. No son, claro, como dice Wieacker, «la ciencia ni la educación jurídica un estado natural, silencioso e irracional, sino un acto de voluntad política»<sup>54</sup>. En efecto, el único que podía igualarse en sus medios con el poderoso aparato estatal que ponía en marcha la codificación<sup>55</sup>. Pero la centralidad otorgada al jurista no era solo la solución más efectiva de que disponía Savigny contra el modelo del *Code* (del enemigo): es, sobre todo, el resultado «natural» de esas «fuerzas silenciosas» («orgánicas») que obran en el seno del pueblo (de *su* conciencia), dotándole al mismo, con el paso del tiempo («*erst durch Sitte und Volksglaube*»), de un arte, de una ciencia («*dann durch Jurisprudenz*») depositada en manos de algunos individuos del pueblo que, por su especial dedicación y conocimiento, son, en lo que afecta al derecho, sus «representantes naturales» (no políticos, claro): el «Stand» de los juristas<sup>56</sup>. (Por otra parte, que la cultura, también la jurídica, en sus momentos históricos de mayor esplendor –en los de *Rechtswissenschaft*–, es obra de minorías, era tesis asentada en la época, defendida por el romanticismo de Schlegel o el clasicismo de Goethe: son los «grandes espíritus» los que pautan las normas sociales de conducta y estética, en esta relación estrecha que existe entre ética y estética, y no «la gente», o «el pueblo», como en cambio argumentaba Beseler)<sup>57</sup>.

Savigny no quería significar con el argumento del *Volksgeist* un derecho en sentido estricto popular, con origen y acabamiento en los usos y costumbres del pueblo (un derecho que en ese caso podía denominarse consuetudinario «*im eigentlichen Sinn*», dice Puchta<sup>58</sup>). Más bien piensa en un derecho coherente con el espíritu del pueblo, es decir con su historia, que es científica y que protagonizaron juristas. Podía llamársele así consuetudinario, como en efecto hace él, con el matiz añadido de no ser expresión «del todo adecuada»<sup>59</sup>, es decir a condición de interpretarse este derecho como aquello que se produce «por sí mismo»<sup>60</sup>, a través de «fuerzas silenciosas» que operan en el tiempo, alejadas siempre de la actividad del político o legislador: es consuetudinario en la medida en que es *non scriptum*, pero

<sup>53</sup> O *Geist des Volkes*, en aras de evitar el controvertido y manido concepto de *Volksgeist*, que como es sabido no aparece en el *Beruf*, y cuya introducción en la Escuela hubo de esperar a Puchta. Vid. *infra* n. 93.

<sup>54</sup> (Wieacker, 1967, p. 392).

<sup>55</sup> He argumentado en otro lugar el peso que tuvieron el método historicista y el sistemático para la consagración del modelo, únicos instrumentos que permitían poner freno al Código en aquel contexto (2018-2019, pp. 217-266).

<sup>56</sup> Sobre el mismo vid. la síntesis Stolleis (2011). Amplia visión ahora en Halpérin (2015). Sobre esta «representación» vid. los matices que hace Puchta: *infra* n. 103.

<sup>57</sup> Puchta argumentará sin embargo que es la conciencia del pueblo la que hay tras cada acción individual, no la de algunos individuos geniales como afirmaba Schlegel, pues «la convivencia crea un todo orgánico, de cuyo espíritu están imbuidos todos sus miembros»: Puchta (1828, p. 55); la tesis de Schlegel (1815, p. 723). Un análisis más de detalle puede cf. en Garrido (2019, p. 38 y ss., en concreto 41).

<sup>58</sup> «*Gewohnheitsrecht im eigentlichen Sinn*» (Puchta, 1825, p. 21).

<sup>59</sup> «*Nicht ganz passende Sprachgebrauch*» (Savigny, 2015, p. 21).

<sup>60</sup> Vid. *infra* nn. 97, 98.



no en tanto popular, pues «al avanzar la cultura, se diferencian cada vez más todas las actividades del pueblo, y lo que antes se hacía en común recae ahora en estamentos singulares. Como uno de tales estamentos separados, aparece ahora también el de los juristas»<sup>61</sup>.

### 5.1. Las «segundas vidas» del derecho romano

Con esta doctrina del espíritu popular, con este «concepto artístico» («*Kunstbegriff*») de *Volksgeist*, como dice Thieme<sup>62</sup>, o «cultural» («*Kulturbegriff*»), como prefiere Wolf<sup>63</sup>, Savigny creyó salvar las contradicciones internas del discurso, justificando de paso la *Rezeption* del derecho romano en Alemania, que jugaba un papel decisivo en esta *Lehre*. El punto central –político– de la doctrina de las fuentes del derecho encontraba apoyo teórico en la historia, hasta entonces criterio legitimador (*Geltungsgrund*). Una historia jurídica ligada necesariamente a la Recepción del derecho romano en Alemania<sup>64</sup>, cuya lectura se condicionaba a la diversa interpretación (política) que se hacía del dogma del *Volksgeist*, subrayando con mayor o menor intensidad el elemento popular o técnico (*more Beseler* o *more Puchta*). La Recepción venía siendo concepto histórico y político desde Hermann Conring, pero cabe decir, con Wieacker, que la «ideologización del problema de la Recepción solo fue posible por medio de la Escuela de histórica del derecho»<sup>65</sup>.

Savigny dejó la doctrina establecida en el *Beruf*, y a la confirmación de la teoría servía la historia de su *Geschichte*. Aportó siete volúmenes de pasado jurídico medieval, en un trabajo acumulativo que duró una vida<sup>66</sup> e inauguró una ciencia<sup>67</sup>. Pero el maestro no entró en el debate político contemporáneo abierto con su lectura de la Recepción<sup>68</sup>, que pronto pareció equívoca a los hegelianos, y que pasados los

<sup>61</sup> (Savigny, 2015: 20). Léase la conocida fórmula conocida del *Beruf* del origen del derecho en la costumbre, expresada primero en usos y más tarde en técnica: «La síntesis de este punto de vista es, pues, que todo Derecho nace como derecho consuetudinario; según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador» (Savigny, 2015, p. 21).

<sup>62</sup> (Thieme, 1963, p. 10).

<sup>63</sup> (Wolf, 1951, p. 489).

<sup>64</sup> Interesa la «*Vorgeschichte*» que presenta Klaus Luig a su trabajo sobre las «*Rechtsanschauungen*» germanista y romanista (1995, p. 101 y ss.).

<sup>65</sup> «*Eine solche Ideologisierung des Rezeptionsproblems war erst durch die historische Rechtsschule möglich geworden*» (1967, p. 407). De Wieacker merece la pena rescatemos aún la siguiente idea sobre este punto: «Mientras que la valoración de la Recepción por el *Usus modernus* y la época del racionalismo (que ya tenían una imagen históricamente fundada del proceso) se determinó por la vía de la práctica jurídica o de conexiones racionales generales, la Escuela histórica enfrentó por primera vez la pregunta bajo el pathos de la política: ella vio en la recepción un destino, el suyo propio, es decir el de la nación históricamente comprendida» («*Während die Bewertung der Rezeption durch Usus modernus und Vernunftzeitalter (die bereits ein geschichtlich wesentlich zutreffendes Bild von dem Vorgang hatten) durch praktischen Rechtsverstand oder allgemeine Vernunftschlüsse bestimmt war, lud daher die historische Schule die Frage mit einem politischen Pathos auf: sie zuerst sah in der Rezeption ein Schicksal, das ihr eigenes, nämlich das der sich geschichtlich verstehenden Nation wäre*»: *ibid.*) «Ciencia y política se daban claramente la mano» («*Deutlich reichen sich Wissenschaft und Politik die Hand*»), dice Rückert en el profundo análisis que hace del tema para estos años finales de la primera mitad del siglo (1974, p. 158). Para una historización de los diversos discursos de recepción, de orientación germanista y romanista (presente después en las querrelas entre conceptualistas y finalistas, formalistas y antiformalistas, etc.) vid. ya Below (1905); después Bender (1979, p. 54 y ss.), Luig (1977); Oestmann (1999), Haferkamp (2007), entre otros.

<sup>66</sup> Seis tomos en primera edición, en los años 1815, 1816, 1822, 1829, 1826, 1831. Una segunda edición se publicó entre los años 1834 y 1850, añadiéndose el séptimo volumen. Sobre el plan de trabajo de la obra cf. (Rückert, 1997).

<sup>67</sup> (Vano, 2000); para una síntesis vid. Vano (2012).

<sup>68</sup> De esta defensa se ocupó Puchta, que en este punto se convirtió en el defensor de las tesis de la Escuela, primero en la disputa con Gans, discípulo de Hegel y representante suyo en el entonces amplio espacio de la cultura jurídica; después, emblemáticamente, con su crítica feroz al texto de Beseler, que



años iban a lamentar los germanistas como «trágica»<sup>69</sup>: razón suficiente para cambiarla, para empezar una nueva historia del derecho más respetuosa con el elemento «nacional» germánico. A ello dedicaría su vocación intelectual Beseler, que descubrió «provincias enteras» de historia jurídica germánica desatendidas en el relato romanista, según el recuerdo de Gierke<sup>70</sup>. Antes que «racionalismo» fue «paternalismo» lo que según Beseler trajo el derecho romano, el de unos señores juristas que absorbieron la vida del derecho tecnificándolo. Aunque Savigny calificara el fenómeno de la recepción como un «acto» de «derecho consuetudinario», el más admirable de todos («*merkwürdigste*»)<sup>71</sup>, en realidad faltó cualquier suelo popular a su entrada, de modo que nunca pudo aquel derecho devenir popular o consuetudinario, pues faltaba su origen en el pueblo alemán, importado como venía de fuera. Al esfuerzo histórico-teórico de Beseler, que no dejaba de adecuar el pasado a un presente político deseado<sup>72</sup>, respondió la sonada crítica de Puchta, levantada sobre las premisas de la romanista *Rechtsschule*.

La vocación o *Beruf* de «ciencia», reclamada por el maestro en 1814 para el pueblo alemán, la presentaba Puchta como continuación natural de siglos de erudición y doctrina, pues era la misma vocación que había movido a los juristas de tiempos pasados a estudiar el derecho en su dimensión más técnica (científica), es decir, a estudiar el derecho romano, cuya penetración en suelo alemán, como en el resto de países de ámbito europeo que le dieron entrada y lo «asimilaron» (Andreas B. Schwartz), propició la «cientifización» o *Verwissenschaftlichung* de su derecho. Esta transformación científica de la disciplina por la vía del derecho antiguo se convertía así en dogma central entre romanistas para explicar la Recepción, además de para justificarla frente a críticos (en el ayer de Savigny y en el hoy de Wieacker)<sup>73</sup>: desde su primera recepción italiana, «el carácter científico en el derecho romano ha sido predominante, y desde este momento la historia jurídica toma la forma de una historia literaria»<sup>74</sup>. Historia científica, y en esa medida historia de textos, de autores (*Literärgeschichte*), no de costumbres populares, añadía Puchta<sup>75</sup>, que recuperaba el mensaje savigniano: «la ciencia es lo que le dio al derecho romano el carácter de

---

es a las tesis de la germanística. Esto lo he tratado con mayor demora en (2019, pp. 105-129). Interesa el dato de la publicación del texto de Puchta en los *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, órgano central de los antagonistas hegelianos en Berlín. Sobre estos *Anuarios* vid. Jamme (1994).

<sup>69</sup> El escrito de Beseler aborda en lugar principal el tema de la Recepción. (1843, p. 71 y ss.). Para criticarla, fundamentalmente: es conocida la calificación que reservó el germanista al fenómeno de la *Rezeption*: de «*Nationalunglück*» habló, consagrándose entre germanistas este dogma de la “desgracia nacional” que supuso la entrada de aquel derecho en Alemania, propiciando el antipopular derecho de juristas, técnico y en esa medida desconocido por «el pueblo». Antes que Beseler, ya se había referido Karl Schildener a la Recepción como «condena nacional» (1827, p. 24). Vid. el resumen de Bender (1979, p. 67) y el más informado de Rückert (1974, p. 162 y ss.).

<sup>70</sup> Gierke recordaba los caminos de la historia abiertos por Beseler, «provincias enteras» abandonadas hasta entonces por los romanistas y ahora recuperadas para la mirada germanista: «*ganze Provinzen die bisher vorbehaltlos den Romanisten überlassen worden waren...der germanischen Betrachtungsweise zurück zu erobern*» (Schröder, 2017, p. 58). El legado del maestro lo recordaba Gierke en (1889).

<sup>71</sup> «El acto más importante y singular de un derecho consuetudinario general fue, en este comienzo de la edad moderna, la recepción misma del derecho romano», dice Savigny («*Der grösste und merkwürdigste Akt eines allgemeinen Gewohnheitsrechts in diesem Anfang der neuen Zeit war eben die Rezeption des römischen Rechts selbst*»): (1840, p. 78).

<sup>72</sup> Fue precisamente la necesidad de los germanistas de integrar sociedad y derecho lo que les llevó a desvirtuar la imagen histórica de la Recepción, en opinión autorizada de Wieacker (1967, p. 185).

<sup>73</sup> Vid. la reconstrucción magnífica del relato de la Recepción de Wieacker y del uso allí central («*Sinnhafter*») del concepto de *Verwissenschaftlichung* presentada por Martin Avenarius (2010).

<sup>74</sup> «*In diesem ganzen Zeitraum ist der wissenschaftliche Character im Römischen Recht vorherrschend, und die gegenwärtige Rechtsgeschichte nimmt daher von jetzt an die Gestalt einer Literärgeschichte an*»: (Savigny, 1834, p. V).

<sup>75</sup> «*An die Volkssitte ist nicht zu denken*», dice Puchta en su crítica a la recensión que Gans hizo de la *Historia* de Savigny, en el comentario seguramente más duro de Puchta (1827, p. 333).

«europeo»<sup>76</sup>. Pues antes de dar entrada al estudio de aquel derecho antiguo, añadía el discípulo, solo existió un «caótico» derecho germánico<sup>77</sup>. No cabe por tanto sino estar agradecidos a aquellos grandes hombres, a aquellos juristas que en su dedicación y estudio al derecho de Roma dieron nueva entrada a la ciencia jurídica en Europa, redimiéndola de siglos de obscuridad: «el hecho de que recurrieran al derecho romano solo puede alabarlos. Porque aquellos que en ese momento sentían una inclinación por el estudio científico y la necesidad de educación intelectual en esta rama no podían optar por otro camino»<sup>78</sup>. La «cientifización» del derecho que trajo el derecho de Roma para Europa se convertía así en el dogma de la Escuela romanística. Pasadas las décadas, un joven Theodor Mommsen lo expresaba con particular brillantez –propia de quien fue Premio Nobel: «la cuestión de si para el desenvolvimiento de nuestro Derecho hubiera sido preferible no haber hallado el corpus iuris, es tan ociosa, como la de dilucidar si Rafael o Miguel Angel hubieran sido mejores maestros si las termas de Tito o el Laoconte no hubieran sido desenterradas»<sup>79</sup>.

### 6.1. Autonomía jurídica. El modelo científico de Puchta

La doctrina del *Volksgeist*, que justificaba históricamente la Recepción, presentaba para la actualidad un derecho científico depositado «en manos» de los juristas, que atentos a la realidad debían reconocer en ella sus «principios». Unos principios que se volvían instrumento básico para la ciencia jurídica de este tiempo, pues solo cuando el derecho es «adecuado a una unidad formal, el sistema», enseñaba Puchta, alcanza este su tercer y más elevado periodo de «ciencia», tras las primeras etapas de «inocencia» y «multiplicidad», anticipando el último periodo de «decadencia»<sup>80</sup>. En esto no hacía sino seguir la enseñanza de Savigny, que habló de la «doble vida» que tiene el derecho («*doppeltes Lebens*»), considerado a un tiempo «como fragmento de la vida total del pueblo, del que no deja de formar parte, y como ciencia especial en manos de los juristas»<sup>81</sup>. Y aunque recorran caminos diferenciados, nunca se separan estos dos principios, o elementos «político» y «técnico» del derecho (como también los llama Savigny), pues su «concomitancia explica todas las manifestaciones posteriores»; una concomitancia que implica una aproximación «antivoluntarista», diríamos, al fenómeno jurídico, pues el derecho surge siempre –y en esa medida hay que aproximarse intelectualmente a él– «de una manera completamente orgánica, sin arbitrio ni propósito propiamente dichos»<sup>82</sup>.

El elemento «político», reconocido por el maestro en la fórmula del *Rechtsbegriff* como hecho mismo popular, sujeto en el esquema siempre a «sistematización» en «conceptos» o «principios» por la ciencia, se reconoció muy pronto por el sector germanista como el único legítimo, pues atendía al dato «popular» que la técnica del jurista posteriormente desfiguraba: desnaturalizaba. Es a ese dato

<sup>76</sup> «*Wissenschaft es ist welche dem römischen Recht den Charakter eines europäischen gegeben hat*» (Puchta, 1827, p. 334).

<sup>77</sup> (Puchta, 1828, p. 203).

<sup>78</sup> «*Dass sie dem römischen Recht sich zuwandten, kann ihnen nur zum Lobe gereichen. Denn wer damals wissenschaftlichen Sinn und das Bedürfnis geistiger Bildung in diesem Zweig empfand, konnte keinen anderen Weg einschlagen*» (Puchta, 1828, p. 202).

<sup>79</sup> Es cita con que Koschaker abre el capítulo dedicado a la Recepción de su emblemático *Europa y el derecho romano* (1955, p. 193). La opinión del maestro sobre el legado del derecho de Roma para los pueblos modernos quedó sintetizada en la famosa ponencia *Die Bedeutung des römischen Recht*, pronunciada en Zurich en 1852 (Mommsen, 1907b).

<sup>80</sup> Puchta (1823, p. 176 y ss.). Algo de Hegel hay en estas exposiciones históricas del derecho; no en su dimensión sistemática (aunque queden ambas entrelazadas en el *Rechtsbegriff*). Una aproximación a esta especie de historia universal más en detalle puede cf. en Garrido (2019, p. 59).

<sup>81</sup> (2015, p. 20).

<sup>82</sup> *Ibid.* Aquí, entre las incontables referencias, ha de atenderse a Bretone (2004, p. 39 y ss., 45 y ss.), que examina el punto con la sensibilidad histórico-filosófica necesaria.

obtenido de la realidad al que miran los sociologistas de la posteridad, como Ehrlich o Gurvitch, cuando ven en Savigny el origen de las diversas corrientes jurídicas empiristas, aunque consideren incoherente el desarrollo de la dimensión formal impulsada por la Escuela –y que representó el movimiento a ella ahijado de la pandectística<sup>83</sup>. (Un desarrollo «técnico» por otra parte natural, pues para Savigny como para Puchta el dato popular como tal no era factor productivo a considerar en esta etapa de «ciencia», como ya se ha apuntado).

Grandes esfuerzos se hicieron sin embargo para no desvincular el elemento «político» del otro «técnico» desde el lado romanista. Tarea del jurista era aprehender en principios la realidad expresada por el *Volksgeist*<sup>84</sup>. La pregunta que se presentaba era metodológica, en este tiempo moderno en que como decía Puchta «hemos comido del árbol del conocimiento»<sup>85</sup>, un tiempo vuelto más abstracto y conceptual, lógico en el sentido más amplio y menos restringido de la palabra (no desde luego «*bloss logisch*»<sup>86</sup>); pero Puchta estaba igualmente convencido del desarrollo libre y orgánico que es propio del derecho, contrario por tanto a las formales (apriorísticas) reglas del racionalismo, apoyadas en ese «papel blanco» de la moderna «razón» que cada uno lee como puede y quiere<sup>87</sup>: aquel «viejo desierto del derecho natural» quedó debidamente anulado<sup>88</sup> (y los pocos que aún se esfuerzan en construir reglas metodológicas, como Thibaut, no merecen mayor atención)<sup>89</sup>. Puchta dedicó sus años más fecundos de investigación a explicar la conjunción entre ambos momentos «político-práctico» y «teórico-técnico», en la elaboración de su obra más importante en aquellos años sobre el tema central de las fuentes del derecho: *Das Gewohnheitsrecht*<sup>90</sup>. En ella trató de superar la oposición clásica del pensamiento jurídico y filosófico de la modernidad cartesiana que enfrentó sujeto y objeto<sup>91</sup>. En la

<sup>83</sup> Coherente en sus métodos fue, según el discurso –político– del sociologismo, la dirección germanística de la Escuela, más atenta al dato empírico: Ehrlich (1913, p. 372 y ss.). En la teoría, habría que añadir, no en su puesta en marcha: *infra* n. 114.

<sup>84</sup> Son numerosas las llamadas a esta delicada y esencial operación de la nueva *Rechtswissenschaft*, que requiere del jurista una sensibilidad histórica, filológica y sistemática, en la famosa tripartición metodológica de Savigny. Vid. una aproximación en Rückert (1997c), Mazzacane (2004).

<sup>85</sup> «*Wir gleichsam vom Baum der Erkenntnis gegessen haben*»: Puchta (1828, p. 68).

<sup>86</sup> Algunos sin embargo le atribuían “el defecto de una visión meramente lógica y racionalista”, una crítica a la que respondía Puchta con la solución idealista recurrente: lógica e historia se dan la mano en la construcción del sistema, que si se quiere científico habrá de tener un pie en la realidad y otro en sus principios ordenadores (que son lógicos, insiste). La cuestión del método tendrá su momento crítico con la disputa entre Stahl y Puchta, parada esencial para toda historia crítica de la metodología jurídica moderna, pues es asiento originario de argumentos formalistas y antiformalistas repetidos hasta nuestros días. Vid. una síntesis de la misma en Haferkamp (2005), Garrido (2019, p. 279 y ss.).

<sup>87</sup> «La razón es como un folio en blanco que se da a todos y es descrito por cada uno con diverso contenido» («*die Vernunft ist gleich einem weissen Blatt, das jedem mitgegeben ist, und von jedem mit den verschiedenen Sätzen beschrieben wird*» (1837, p. 51).

<sup>88</sup> «*Sandwüste des alten Naturrechts*», en las palabras del Puchta de las primeras *Pandekten* (1838, p. VII).

<sup>89</sup> «Cómo es posible leer o escuchar un tratado de hermenéutica es algo que no alcanzo a entender. Thibaut en cambio parece tener algo así -*je ne sais quoi*- para sus estudiantes en Heidelberg» («*Wie man noch ein Collegium über Hermeneutik lesen oder hören kann, ist mir völlig unbegreiflich. Thibaut aber aber hat —in Heidelberg— für die Studenten etwas —je ne sais quoi— bezauberndes*»): (1827, p. 27).

<sup>90</sup> (1828 I; 1837 II).

<sup>91</sup> Son consideraciones filosóficas que venían a suplir la carencia de suelo teórico fundamental por parte de la Escuela, en una crítica que venía haciéndosele sobre todo desde el bando hegeliano (Eduard Gans). Stahl (algo alejado de los presupuestos iniciales de la Escuela) pero sobre todo Puchta aportaron este ingrediente filosófico a la doctrina histórica inaugurada con el *Beruf*, concretamente en la primera parte del primer volumen del importante *Cursus der Institutionen* (1841), tal vez el trabajo más conocido de Puchta, al describir allí el autor el tipo de conocimiento «sistemático» necesario para este tiempo de «ciencia», del que es expresión la famosa «pirámide de conceptos» («*Begriffspyramide*»), retomada después por el formalismo de todo signo. Es párrafo (descontextualizado) que ha informado a las más tradicionales exposiciones sobre la famosa Jurisprudencia de Conceptos alemana, o

superación de este dualismo Puchta se pudo apoyar en la «Filosofía de la identidad» (*Identitätsphilosophie*) de Schelling<sup>92</sup>, antes que en la filosofía hegeliana (aunque atendió clases de ambos, las de Hegel en la primera juventud del *Gymnasium* y las de Schelling en su etapa de Múnich como profesor novel). Resultado de su doctrina del derecho consuetudinario es la concepción monista del derecho, que en su dimensión ontológica lo reduce al elemento espiritual, al *Volksgeist*, concepto ya entonces manido pero que Puchta introduce en la Escuela histórica, como es sabido<sup>93</sup>. En el plano epistemológico, Puchta mantenía sin embargo una división categorial, un dualismo no en sentido kantiano sino apoyado más bien de nuevo en un postkantianismo *schellingniano*: por un lado el derecho, hipostasiado en el espíritu y en esa medida incognoscible, inaccesible al entendimiento humano; por otro lado la manifestación externa del derecho, percibida por el hombre en los usos y costumbres, en los hechos sociales (pero apoyado por definición este elemento fáctico en el elemento anterior espiritual, que lo explica y motiva). Aquel anterior es el elemento volitivo; este posterior es solo medio de conocimiento suyo. La costumbre, el hecho mismo consuetudinario, es así solo *signo* de un derecho (consuetudinario) que no crea ni asiste a ello<sup>94</sup>. Por eso se ha podido decir, con razón, que el derecho consuetudinario de la Escuela –de Puchta– es «un derecho consuetudinario sin costumbre»<sup>95</sup>, observación que ya presentara Gustav Hugo en su crítica al trabajo de Puchta<sup>96</sup>. El derecho es así solo creado por el espíritu que guía al pueblo en su historia, un espíritu idealizado (que en última instancia lleva a Dios)<sup>97</sup> que aquí solo podemos consignar pero no producir, pues el derecho, como todo lo que participa de este *Geist*, «se hace a sí mismo» («*von sich selbst macht*»), en la fórmula eficaz de Hugo<sup>98</sup> que Puchta hace suya<sup>99</sup>. La doctrina desarrolla, como se ve, una concepción

---

*Begriffsjurisprudenz*: por todas la de Karl Larenz (1960, p. 19 y ss.). Ofrecen panorámicas sobre esta Landau (1992), y ahora Haferkamp (2014); en castellano puede verse si se desea Garrido (2014 [2018]).

<sup>92</sup> Para la proyección de la misma en la Jurisprudencia de la época vid. Sandström (1989, p. 24 y ss.).

<sup>93</sup> Ante todo con la publicación del primer volumen de *Das Gewohnheitsrecht* (1828, p. 3) aunque lo había empleado ya en un trabajo donde recensionaba la obra de Eduard Gans (1826, p. 14). Lo apuntó ya Joachim Bohnert (1975, p. 47). El concepto no lo emplea el Savigny del *Beruf*, que prefirió emplear otros análogos que no le relacionaran con corrientes equívocas del siglo ilustrado. Si lo empleará en el *System*, acusando la influencia de Puchta: es tesis común que convence a Nörr, al considerar que «*mit seiner Verwendung verbundenen Risiken konnten inzwischen als gebannt erscheinen*» (1994, p. 287).

<sup>94</sup> Puchta fue pionero en esta diferenciación clara entre «producción de derecho» («*Rechtserzeugung*»): derecho consuetudinario, y «signo» o «fuente de conocimiento» («*Rechtserkenntnisquelle*»): costumbre, *usus*, en una definición ahora nítida de la costumbre como mera realidad fáctica, no jurídica («*nur etwas faktisch, kein Recht*»: Puchta (1837, p. 5) y del derecho consuetudinario como entidad espiritual.

<sup>95</sup> En palabras de Peter Landau: «*sein [Puchtas] Gewohnheitsrecht ist eigentlich ein Gewohnheitsrecht ohne Gewohnheit*» (1993, p. 71) (subrayado en original). Se equivoca Landau, entiendo Mecke (2009, p. 282 n. 1375), que se apoya en dos textos de Puchta para corregirle: uno de la primera edición de las *Pandectas*, 1838, donde se dice que el derecho consuetudinario solo puede conocerse a partir de la costumbre: «*Gewohnheitsrecht [...] vor allem aus der Gewohnheit selbst erkannt*» (Puchta, 1838, p. 16), y otro, de su segunda edición (1844), donde se nos dice que no hay derecho consuetudinario sin costumbre, sin *usus*: «*Gewohnheit, Herkommen, Usus, Consuetudo ist nicht die Quelle des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äussere Gestalt, in der es sich verkörpert. Kein Gewohnheitsrecht besteht ohne diesen Körper*» (Puchta, 1844a, p. 17). Estos textos no restan en nuestra opinión razón a Landau: el derecho consuetudinario, en los términos en que es expuesto por Puchta, no es costumbre, sino convicción, aunque esta se exprese siempre en el *factum* del *usus*, de la *Gewohnheit*; nada añade al argumento el hecho de que signo de la existencia del derecho sea la costumbre y *nada más*. Puchta distingue claramente entre los planos ontológico y epistemológico: aquello que nos permite conocer lo que una cosa es, signo, aquí la costumbre, y aquello que la cosa es, el derecho consuetudinario, *Geist*. El propio Puchta aclara el problema: las acciones suceden a las ideas, y no a la inversa: (1828, p. 164).

<sup>96</sup> Rechazaba ahí el maestro el concepto de derecho consuetudinario de Puchta: Hugo subrayaba la fuerza normativa de los usos, «*Macht der Gewohnheit*»: (Hugo, 1828). La separación ahora transparente entre hecho y derecho lleva a Hugo a afirmar la influencia de Hegel sobre Puchta. Sobre esta acusación vid. ya las notas de Haferkamp (2004, p. 183 y ss.).

<sup>97</sup> Al respecto vid. ahora el examen de Haferkamp (2009), que busca las raíces religiosas del pensamiento filosófico de la Escuela. Para panorámica de contexto vid. Timm (1974).

<sup>98</sup> «*Was sich ohne Gesetzgebung so ganz von selbst macht*» (1815, p. 117).

<sup>99</sup> «*Weil überhaupt etwas, was sich von selbst macht, nicht gemacht werden kann*» (1828, p. 152).



del *ius* que se opone frontalmente al voluntarismo moderno, al contractualismo defendido en el país vecino.

La teoría presentada por Puchta en su *Gewohnheitsrecht*, bien recibida por la doctrina –y por la praxis judicial<sup>100</sup>–, pronto se dio en llamar «Teoría de la Convicción» o *Überzeugungstheorie*<sup>101</sup>, pues levantaba todo el edificio teórico de las fuentes –costumbre, ley y derecho científico<sup>102</sup>– sobre la «convicción» o *Überzeugung* colectiva, el *Volksgeist*, que ahora representan los juristas<sup>103</sup>. Son sus convicciones, sus «Ansichten» (el clásico *responso*), en las que se basa y justifica esta teoría moderna, que responde en verdad a una idea antigua (romana): la que ubica en el centro del sistema jurídico la figura del jurista, asociado el momento creativo del derecho a la *auctoritas* de su opinión o veredicto, válida y vigente en la medida que técnica –pues la política va por otro camino: no es «cosa del jurista como tal», como decía la fórmula célebre de Windscheid<sup>104</sup>.

La nueva ciencia del derecho, asentada en este renovado y «desnaturalizado» concepto de derecho consuetudinario, afín al dato conceptual, configuraba así como objeto suyo el conjunto de pareceres dogmáticos, opiniones o *regulae iuris* que debían ahora ordenarse en un todo sistemático, único modo de constituirse un saber en ciencia, según enseñanza kantiana (pues en este punto formal o «metodológico» del saber, no en el material, los juristas históricos seguían las enseñanzas de Kant): «es tarea de la ciencia reducir el derecho establecido a sus principios», dice Puchta en su comentario a Beseler<sup>105</sup>.

No hay espacio en la nueva *Rechtswissenschaft* para la investigación propiamente sociológica del derecho, aunque sí existe sensibilidad práctica –mayor o menor en según qué caso<sup>106</sup>; tampoco hay aquí lugar para una ciencia política del derecho, pues la ley se limita en este modelo de fuentes a consignar un derecho que le preexiste: esta *Gesetz*, a diferencia de la vecina *Loi*, no produce derecho. La nueva ciencia del derecho histórica es, mayoritariamente, dogmática jurídica, que «construye»<sup>107</sup> su objeto desde el dato histórico y sistemático, en la conocida enseñanza del Savigny de las lecciones de Marburgo. La historia integra también el elemento de la *praxis*, de la realidad «actual», aunque el momento histórico (romano)

<sup>100</sup> Sobre la recepción de la «Teoría de la convicción» en la práctica vid. Scheuermann (1972, p. 79 y ss., 85 y ss.), Mertens (1974).

<sup>101</sup> Más detalle sobre la misma en Garrido (2019: 43-56). Me he ocupado de examinar el rastro de esta Teoría en nuestra ciencia jurídica española del XIX, atenta al momento consuetudinario frente al legislativo en regiones interesadas en subrayar el elemento tradicional y regional frente al central del Código (2018).

<sup>102</sup> Son tres las fuentes que Puchta considera, y con él la mayoría de juristas alemanes de la época: breve y eficaz presentación en Landau (1993, p. 70-79).

<sup>103</sup> Representantes no en un sentido político, que llevaría a equívocos que Puchta trata de evitar: más bien en tanto miembros del órgano del pueblo en que se expresan sus convicciones jurídicas, eliminando así cualquier tipo de intermediación. «*Organ*», dice Puchta, «en que se expresan las comunes opiniones jurídicas nacionales» («*in welchem sich die gemeinen nationellen Rechtsansichten aussprechen*»): Puchta (1837: 20). Es exacto el apunte que ofrece al respecto Landau (1993, p. 71 n. 9), y ahora Mecke (2009, p. 289 n. 1418).

<sup>104</sup> «*Jurist als solche*» (Windscheid, 1904, p. 112), tantas veces descontextualizada por haberse convertido desde su primer empleo en lugar común para aludir al «positivismo científico» de finales de siglo. Para el necesario contexto de la sentencia cf. Rückert (1992).

<sup>105</sup> «*Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, das gegebene Recht auf seine Principien zurückzuführen*»: (Puchta, 1844b, p. 17).

<sup>106</sup> En todo caso se atiende al dato de la praxis, contrariamente a cuanto se ha venido sosteniendo largo tiempo. Vid. para un primer planteamiento crítico, desde el prisma privilegiado del pandectista por antonomasia de la segunda mitad del XIX, Bernhard Windscheid, el trabajo de Ulrich Falk (1989).

<sup>107</sup> «*Konstruktion*» es el término más socorrido para referir el trabajo que lleva a cabo esta dogmática, gracias sobre todo a la definición del método que ofreció Jhering, así llamado «constructivo». Vid. entre las múltiples exposiciones las de Schröder (2012, p. 250 y ss.), Losano (1968; 2002, p. 256 y ss.), Haferkamp (2015), Lloredo (2012).



ocupa un lugar principal entre los materiales jurídicos a sistematizar: son los conceptos jurídicos contenidos en las Pandectas justinianas los que habrán de servir, fundamentalmente, a los intereses jurídicos actuales. Y la razón es de nuevo su utilidad, acreditada históricamente. Por eso se habló, desde Gustav Hugo<sup>108</sup>, de un «derecho romano actual».

### 7.1. Heteronomía jurídica. La alternativa «popular» de Georg Beseler

Beseler, que confesaba seguir los primeros principios de la doctrina *savigniana*<sup>109</sup>, creyó encontrar la esencia del derecho en su espontáneo manifestarse, en el momento «popular» anterior a su conceptualización. Acepta, en etapas de cultura desarrollada como la suya, cierto tratamiento del derecho por parte de la ley y la doctrina. Pero rechaza la tesis que desplaza el momento genético popular, en base precisamente al desarrollo cultural alcanzado: el pueblo enriquecerá el derecho ahora más que nunca<sup>110</sup>. (La historia, también aquí, debía servir de criterio legitimador, y en efecto es tesis que podemos ver acreditada en el pasado, confirma Beseler<sup>111</sup>).

Puchta había anulado el factor productivo popular con su «teoría de la convicción», desplazada la costumbre a mero signo o expresión de un derecho que se sitúa siempre en el ámbito difuso de una «convicción jurídica popular» («*gemeinsame Volksüberzeugung*») representada por los juristas. Para Beseler en cambio la costumbre no solo testimonia, no es mero «medio de conocimiento» (*Erkenntnisquelle*) sino factor de producción (*rechtserzeugend*), en la dicotomía *puchtiana*<sup>112</sup>. La propuesta de Beseler quedaba así menos atravesada por este «idealismo objetivo» típico del momento<sup>113</sup>, característico de los primeros historicistas de la Escuela, de Savigny y especialmente de Puchta<sup>114</sup>.

La importancia que cobra el hecho mismo popular anulará, en algunos casos, el llamado por los romanistas «derecho científico» («*Recht der Wissenschaft*») o de juristas («*Juristenrecht*»), afirma Beseler. Este «derecho científico», al que Puchta daba un espacio no menor en su *Rechtsquellen-system*<sup>115</sup> y cuyas razones, como dirá el mismo, son «internas» («*innere Gründe*»), es decir más lógicas que histórico-populares, pueden por ello mismo resultar en ocasiones contrarias al espíritu del pueblo, argumenta el germanista. El jurista deberá así trabajar, antes que con operaciones racionales y conceptos formales conocidos como los romanos contenidos en el viejo Digesto, con la realidad viva de la sociedad a que sirve, siguiendo para ello, en fórmula conocida, «el método del naturalista» («*nach Art eines Naturforschers*»<sup>116</sup>), es decir, «la vía de la observación» («*auf dem Wege der Beobachtung*»<sup>117</sup>). El juez deberá así dejarse contaminar por la «conciencia» y el

<sup>108</sup> (1789, p. 6).

<sup>109</sup> Al que califica como «Meister» en la exposición de sus ideas (Beseler, 1843, p. 58).

<sup>110</sup> (Beseler, 1843, p. 64 y ss.).

<sup>111</sup> «*Und die Geschichte zeigt, dass dies bei lebenskräftigen, gesunden Völkern allerdings der Fall gewesen ist*»: *ibid.*

<sup>112</sup> Beseler (1843, p. 76).

<sup>113</sup> Vid. *supra* n. 43.

<sup>114</sup> Hay gotas de empirismo en Beseler, defendido ya en otros textos anteriores como las *Patriotische Phantasien (Fantasías patrióticas)* (1833: 178; al respecto Kern, 1982: 300 y ss.). Un empirismo este de Beseler más bien teórico, pues tampoco desarrollará el germanista trabajo alguno de sociología jurídica; más bien teoriza un derecho alemán que adopta la forma del sistema y emplea la herramienta del concepto, herencia del pandectismo dominante. Lo advierte Schröder (1976, p. 38). La desviación de Beseler hacia un realismo jurídico desconocido por la Escuela la subrayó ya Gneist (1885, p. 230 y ss.).

<sup>115</sup> A tal punto que le llevó a hablar de una «superación del punto de vista de la pura Escuela histórica» («*Hinausgehen über den Standpunkt der reinen historischen Schule*»): Puchta (1844b, p. 13). Sobre este punto vid. ya Wilhelm (1958, p. 80 y ss.). Ahora Mecke (2009, p. 387 y ss.), Garrido (2019, p. 166 y ss.).

<sup>116</sup> Beseler (1843, p. 109).

<sup>117</sup> *Ibid.*

«tráfico popular» («*Gesinnung und Verkehr*»<sup>118</sup>), y aplicará un «sentido imparcial» en su «celo por lo real y lo verdadero»<sup>119</sup>, anticipando las corrientes sociologistas del activismo judicial de principios del XX, que tienen también un pie en la doctrina de este germanista, como reconocerá la *Freirechtsschule*<sup>120</sup>. También trabajará el jurista, *savignianamente*, con la debida auscultación histórica, conocimiento que deberá dominar para reconocer el tracto del instituto jurídico<sup>121</sup>.

No desconocía la doctrina de Beseler la figura del jurista, como se ha dicho. Ahora bien, en la medida en que el método que aplica, el denominado «derecho científico», practicaba en opinión de Beseler una especie de deductivismo lógico que dejaba fuera los espacios contingentes de la realidad cotidiana<sup>122</sup>, su esfera de producción debía restringirse: el del jurista debía ser un trabajo ordenador y sistematizador, pero nunca creador, como sostenían los romanistas. Del mismo modo como el minero no crea el mineral que solo extrae de la tierra y trae a la superficie, la tarea del jurista será sacar a la luz unas instituciones que se encuentran ya en su génesis en la base popular<sup>123</sup>.

Pero Beseler, que asumía la distinción –idealista– tan cara a la Escuela entre el factor productivo del derecho y el medio exterior para su conocimiento, no era coherente con su premisa fundamental: que el origen del derecho es exclusivamente el *Volksgeist*, y por tanto que el jurista, en sentido estricto, nunca produce derecho (como en cambio parece advertir él con su ejemplo del mineral y el minero), pues la fuente reconocida como derecho científico es en realidad fuente secundaria de una primera que es el *Volksgeist*, la única que en verdad merece el calificativo de «fuente»<sup>124</sup>. El «derecho científico» o de juristas nunca pierde por tanto el lazo con el espíritu del pueblo en la doctrina de Savigny y de Puchta, pues las reglas y los institutos jurídicos de que se ocupa son creación de este *Geist*. En este punto, y con apoyo de nuevo en el substrato postkantiano que ve en la razón lógica la expresión del elemento histórico, Puchta buscó superar la dicotomía objeto–idea uniendo los planos anteriores y posteriores de la experiencia: la ciencia y sus razones, aunque tengan apariencia a-histórica son en verdad trasunto de la vida misma espiritual del pueblo, pues se aplican sobre un material que precisamente por ser jurídico (*Rechtsstoff*) es producto del *Volksgeist*: la ciencia del derecho, dice Puchta, lo es de un material nacional, y «solo se convierte por tanto en ciencia cuando es tratado como tal objeto nacional, cuando es estudiado en su “verdad”»<sup>125</sup>. Solo si responde a esa «verdad» («*Wahrheit*») con que define Puchta este «objeto» («*Gegenstand*») que es el derecho, podrá tener fuerza productiva («*produktive Kraft*») la ciencia sobre él. Se equivocan los que legitiman el derecho científico por ser producción de juristas; los juristas no crean, solo aplican un método a un objeto ya creado. Lo que produce el

<sup>118</sup> Beseler (1833, p. 178).

<sup>119</sup> «*Unbefangenen, verständigen Sinn, den ungetrübten natürlichen Blick, den Eifer für das Wirkliche und Wahre*» (Beseler, 1843, p. 120 y ss.).

<sup>120</sup> Así por ejemplo Ehrlich (1913, p. 375).

<sup>121</sup> Beseler (1843, p. 126 y ss.).

<sup>122</sup> Vid. el resumen en Beseler (1843, p. 86).

<sup>123</sup> «*So wenig der Bergman das Erz bildet, welches er aus dem Innern der Erde auf die Oberfläche bringt*» (Beseler, 1843, p. 87).

<sup>124</sup> Equivocan su significado, afirma Puchta, aquellos que piensan que el derecho solo se remonta al espíritu del pueblo en su forma consuetudinaria, no legal o «científica», pues este «espíritu» es siempre su origen (1825: 20). De forma aún más clara lo explica en su temprano escrito *Über die Perioden der Rechtsgeschichte*, donde afirmaba que lo que nace del pueblo nunca se desprende de él: «*In der Behauptung dass das Recht zu einer gewissen Zeit nicht mehr im Volksbewusstsein lebe, liegt übrigens keineswegs der Sinn [...] Was das Volk irgend einmal in seinem Innern gehegt hat, das wird ihm nie ganz fremd werden, wenn es auch im Lauf der Zeit die Herrschaft über das unübersehbar angewachsene verliert. Darum wird ihm auch die wissenschaftliche Ausbildung des nationellen gewissermassen immer angehören*» (1823, p. 191).

<sup>125</sup> Puchta (1828, p. 216).

derecho es el pueblo y secundariamente la *ratio*, expresión refinada del espíritu popular en estadios avanzados de cultura: la *ratio*, la «convicción» («*Überzeugung*») u «opinión» («*Ansicht*»), esa característica actividad intelectual (espiritual – a diferencia de la material del minero) que desarrollan aquellos profesionales que pertenecen al «*Organ*», al «*Stand*» o estamento concreto de los juristas, concebidos no individualmente, sino identificados en la medida en que aplican un mismo método (que sin embargo no se teoriza, pues no existe aquí metodología<sup>126</sup>). Un anonimato en su trabajo como juristas que les otorgaba la misma «fungibilidad» reconocida por Savigny al jurista romano.

No fue por ello atinada la observación célebre de Walter Wilhelm<sup>127</sup> (retomada mil veces, entre otros por Franz Wieacker, como premisa del relato tradicional de la Jurisprudencia del XIX alemán para explicar el salto dado de una ciencia jurídica *histórica* a otra lógico-sistemática – un giro protagonizado por Puchta, primero en entrar en el «cielo de los conceptos»<sup>128</sup>), que vio mera retórica en la insistente apelación al *Volksgeist*, al elemento espiritual del pueblo como origen de lo jurídico: «palabrería hueca» («*Lippenbekenntis*»)<sup>129</sup>, se decía, para una ciencia jurídica que se presentaba histórica pero que se volvía dogmática, que se quería popular pero que quedaba en manos de juristas. El *Volksgeist* fue sin embargo siempre argumento central, sin el que nada se explica en esta doctrina. Una doctrina si se quiere ideal, irracional, poética o romántica, superada hoy desde todo punto de vista, pero no contradictoria en sus términos. Lo supo ver bien, en los años de Wilhelm y Wieacker, Sten Gagnér: «sin espíritu popular, sin convicción común, sin el poder productivo del derecho no hay preceptos, principios, sistema»<sup>130</sup>.

## Bibliografía

- Arnold, A. et al. (eds.) (2018). *Romantik und Recht. Recht und Sprache, Rechtsfälle und Gerechtigkeit*. Berlin–Boston: De Gruyter.
- Avenarius, M. (2010). Verwissenschaftlichung als «sinnhafter» Kern der Rezeption: eine Konsequenz aus Wieackers rechts-historischer Hermeneutik. En O. Behrends et al. (eds.), *Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts* (pp. 119–180). Göttingen: Wallstein.
- Below, G. v. (1905). *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts*. München: Oldenbourg.
- Bernhard, F. L. v. (1829). *Ueber die Restauration des deutschen Rechts, insbesondere in Beziehung auf das Grundeigenthum*. München: Anton Weber.
- Beseler, G. (1833). Patriotische Phantasien über Recht und Gericht. En T. Olshausen, (ed.), *Kieler Correspondenzblatt*, 4, pp. 169-171, 177-179, 181-182.

<sup>126</sup> «El conocimiento científico del derecho y su método no son objeto de reglas especiales, sino cometido de la doctrina del derecho toda» («*Erkenntnis des wissenschaftlichen Rechts und ihre Methode ist nicht Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre*»): Puchta (1844a, p. 26).

<sup>127</sup> En la publicación de su célebre *Zur juristische Methodenlehre* (1958).

<sup>128</sup> Un relato hoy ya superado: problematizado, con la lectura demorada de los autores en plural del XIX y no del autor Jhering en singular, tenido entonces como guía fundamental en la lectura tradicional del periodo hasta hace pocas décadas. Para la superación de aquel cuadro distorsionado fueron fundamentales las citadas obras de Falk (1989), de Rückert (1984), de Ogorek (1986), de Hofer (2001) o de Schröder (1979; 2012), entre otros.

<sup>129</sup> Wilhelm (1958, p. 86), y su adopción por parte de Wieacker (1967, p. 393).

<sup>130</sup> «*Ohne Volksgeist, ohne gemeinsame Überzeugung, ohne Kraft zur Rechtsausführung keine Rechtssätze, keine Prinzipien, kein System*» (1960, p. 166).

- Beseler, G. (1843). *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig: Weidmann.
- Beseler, G. (1844). *Volksrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag*; G. F. Puchta. Leipzig: Weidmann.
- Björne, L. (1984). *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*. Ebelsbach: Rolf Gremer.
- Bohnert, J. (1979). Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 96, 229-242.
- Bretone, M. (2004<sup>2</sup>). *Diritto e tempo nella tradizione europea* (2ª ed.). Bari: Laterza.
- Busse, W. (1997). Jacob Grimms Konstruktion des Mittelalters. En P. Segl (ed.), *Mittelalter und Moderne. Entdeckung und Rekonstruktion der mittelalterlichen Welt. Kongressakten des 6. Symposiums des Mediävistenverbandes in Bayreuth 1995* (pp. 243-251). Sigmaringen: Jan Thorbecke.
- Caroni, P. (2012). *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Coing, H. (1973). Bemerkungen zur Verwendung des Organismusbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Deutschland. En G. Mann (ed.), *Biologismus im 19. Jahrhundert. Vorträge eines Symposiums vom 30. bis 31. Oktober 1970 in Frankfurt am Main* (pp. 147-157). Stuttgart: Enke.
- Czock, M. (2016). Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft – Konstruktionen von Zeit zwischen Heilsgeschichte und Offenbarung. Liturgieexegese um 800 bei Hrabanus Marus, Amalrius von Metz und Walafrid Strabo. En A. Rathmann-Lutz et al. (eds.), *ZeitenWelten. Zur Verschränkung von Weltdeutung und Zeitwahrnehmung, 750-1350* (pp. 113-133). Köln et al.: Böhlau.
- Dilcher, G. (2016). The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 24, 20-72.
- Eichhorn, K. F. (1815). Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts. *Zeitschrift für geschichtlichen Rechtswissenschaft*, 1, 124-146.
- Falk, U. (1989). *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Gagnér, S. (1960). *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- Gagnér, S. (1993). *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I. Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren*. Ebelsbach: Rolf Gremer.
- Garrido, J. (2014 [2018]). Presupuestos históricos y epistemológicos de la *Begriffsjurisprudenz*. *Annaeus. Anales de la tradición romanística*, 11, 229-247 (también en L. Lloredo et al. (eds.) (2020), *Dalla filosofia del diritto al diritto comparato. Saggi in onore di Mario G. Losano*. Torino: Accademia University Press, en prensa).
- Garrido, J. (2018). *Recepción de la Escuela histórica. La «teoría de la convicción» en la ciencia jurídica española del XIX*. Madrid: Thomson Reuters.
- Garrido, J. (2018-2019). Historia y sistema en la ciencia pandectística. El «heutiges römisches Recht» de Georg Friedrich Puchta. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 31-32, 217-266.
- Garrido, J. (2019). *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela histórica del derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*. Granada: Comares.
- Garrido, J. (2020). Entre *iurisscientia* y *iurisprudencia*. Los momentos reflexivo y pragmático de la «disputa sobre el método» (*Methodenstreit*). En *Actas del congreso internacional de filosofía del derecho. Lucerna, julio de 2019. Teoría comunicacional del derecho, argumentación y decisión judicial*. Bogotá: Universidad Libre de Barranquilla (en prensa).
- Gierke, O. v. (1889). Georg Beseler. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 10, 1-24.



- Gierke, O. v. ([1903] 1908). La Escuela histórica del derecho y los germanistas. Discurso de Otto Gierke para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlín, Rey Federico Guillermo III, leído en el Aula de la misma el 3 de agosto de 1903. En *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su Estudio* (pp. 107–207). Madrid: Victoriano Suárez.
- Gneist, R. (1885). Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht. En: Brunner, H. et al. (eds.). *Juristische Abhandlungen: Festgabe für Georg Beseler zum 6. Januar 1885* (pp. 223–252). Berlin: Wilhelm Hertz.
- Grimm, J. (1816). Von der Poesie im Recht. *Zeitschrift für geschichtlicher Rechtswissenschaft*, 2, 25-99.
- Grimm, J. (1828). *Deutsche Rechtsaltertümer*. Göttingen: Dieterichsechen.
- Grimm, J. ([1819] 1840). *Deutsche Grammatik*, I (3ª ed.). Göttingen: Dieterischen.
- Grossi, P. (1992). *Il dominio e le cose*. Milano: Giuffrè.
- Haferkamp, H.–P. (2007). Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850. En T. Repgen, et al. (eds.), *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit. Klaus Luig zum 70. Geburtstag* (pp. 25–44). Köln et al.: Böhlau.
- Haferkamp, H.–P. (2009). Einflüsse der Erweckungsbewegung auf die historisch christliche Rechtsschule zwischen 1815 und 1848. En T. Simon et al. (eds.), *Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jh.* (pp. 71–93). Frankfurt am Main; Klostermann.
- Haferkamp, H.–P. (2010). Georg Friedrich Puchta (1798–1846). En: S. Grundmann et al. (eds.), *Festschrift zum 200-jährigen Bestehen der Humboldt-Universität zu Berlin* (pp. 229–239). Berlin: De Gruyter.
- Haferkamp, H.–P. (2014). Naturrecht und Historische Rechtsschule. En M. Armgardt, et al. (eds.), *Naturrecht in Antike und früherer Neuzeit. Symposion aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig* (pp. 61-97). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Haferkamp, H.–P. (2015). Zur Konstruktion des Schenkungsbegriffs in der Pandektenwissenschaft des 19. Jh. En R. Zimmermann, R. et al. (eds.), *Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung: Festschrift für Jens Peter Meincke zum 80. Geburtstag* (pp. 129-141). München: C. H. Beck.
- Haferkamp, H.–P. (2018). *Die historische Rechtsschule*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Halpérin, J– L. (2015). *Histoire de l'état des juristes, Allemagne, XIXe –XXe siècles*. Paris: Classiques Garnier.
- Hofer, S. (2001). *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hugo, G. (1789). *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Mylius.
- Hugo, G. (1815). Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten. *Civilistisches Magazin*, IV, 90-134.
- Hugo, G. (1828). Rez. Puchta Gewohnheitsrecht. *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1731-1735.
- Jakobs, H. H. (ed.) (2009). *Briefe an Gustav Hugo*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Jamme, C. (1994). *Die "Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik". Hegels Berliner Gegenakademie*. Stuttgart–Bad Cannstatt: Frommann– Holzboog.
- Jannsen, A. (1974). *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft: Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens*. Göttingen: Musterschmidt.
- Kern, B.-R. (1982). *Georg Beseler: Leben und Werk*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kondylis, P. (1979). *Die Entstehung der Dialektik. Eine Analyse der geistigen Entwicklung von Hölderlin, Schelling und Hegel bis 1802*. Stuttgart: Klett Cotta.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.



- Koselleck, R. (1975). Art. Fortschritt. En O. Brunner *et al.* (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (pp. 351–423), vol. 2., Stuttgart: Klett Cota.
- Koselleck, R. (1979). *Vergangene Zukunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Koselleck, R. (2001). *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- Kroeschell, K. (1977). Zur Lehre vom «germanistischen» Eigentumsbegriff. En A. Laufs *et al.* (eds.), *Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern* (pp. 34-71). Köln-Wien: Böhlau.
- Lewinski, K. v. (2001). *Deutschrechtliche Systembildung im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Lang.
- Landau, P. (1992). Puchta und Aristoteles. Überlegungen zu den philosophischen Grundlagen der historischen Schule und zur Methode Puchtas als Zivilrechtsdogmatiker. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 109, 1-30.
- Landau, P. (1993). Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. En C. Peterson (eds.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992* (pp. 69-89). Stockholm-Lund: Nerenius & Santérus.
- Landsberg, E. (1910). *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*. München-Leipzig: Oldenbourg.
- Larenz, K. (1960). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg: Springer.
- Liebrecht, J. (2016). *Fritz Kern und das „gute alte Recht“*. *Geistesgeschichte als neuer Zugang für die Mediävistik*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Lloredo, L. M. (2012). *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Losano, M. (2002). *Sistema e struttura nel diritto*, II. Milano: Giuffrè.
- Losano, M. (1968). Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre. En F. Wieacker *et al.* (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering* (pp. 142-154). Göttingen: V&R.
- Luig, K. (1977). Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland. En B. Paradisi (ed.), *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, II (pp. 819-845). Firenze: Olschki (también en *Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht* [pp. 3-29] Goldbach: Keip, 1998).
- Luig, K. (1987). Die soziaethischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke. En G. Köbler (ed.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen* (pp. 281-307). Frankfurt am Main *et al.*: Peter Lang.
- Luig, K. (1995). Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung. En J. Rückert *et al.* (eds.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit* (pp. 95–138). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Mazzacane, A. (2004). Jurisprudenz als Wissenschaft. Die Vorlesungen über juristische Methodologie von Friedrich Carl von Savigny. En A. Mazzacane (ed.), *Friedrich Carl von Savigny. Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842* (pp. 1-57). Frankfurt am Main: Klostermann.
- Mecke, C.-E. (2009). *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*. Göttingen: V&R.
- Meder, Stephan *et al.* (eds.) (2016). *Savigny global 1814–2014. Vom Beruf unsrer Zeit zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*. Göttingen: V&R.
- Mertens, H.-G. (1974). Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB. *Archiv für die civilistische Praxis*, 174, 333-380.

- Moeller, E. v. (1909). Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist. *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichte*, 30, 1-50.
- Mommsen, T. ([1845] 1907a). Rez. Beseler, Georg, Volksrecht und Juristenrecht, 1843. En *Theodor Mommsen, Gesammelte Schriften. III. Juristische Schriften* (pp. 494-500). Berlin: Weidmann.
- Mommsen, T. ([1852] 1907b). Die Bedeutung des römischen Rechts. En: *Theodor Mommsen, Gesammelte Schriften. III. Juristische Schriften* (pp. 580-600). Berlin: Weidmann.
- Nörr, D. (1994). *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Oestmann, P. (1999). Kontinuität oder Zäsur? Zum Geltungsgrund des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring. En A. Thier (eds.), *Kontinuität und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte, Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker*, München 22.-24. Juli 1998 (pp. 121-210). Frankfurt am Main, Peter Lang.
- Ogris, W. (1986). Jacob Grimm und die Rechtsgeschichte. En *Jacob und Wilhelm Grimm. Vorträge und Ansprachen in der Veranstaltung der Akademie der Wiss. und der Georg-August-Universität in Göttingen anlässlich der 200. Wiederkehr ihrer Geburtstage am 24., 26. und 28. Juni 1985 in der Aula der Georg-August-Universität Göttingen* (pp. 67-96). Göttingen: V&R.
- Puchta, G. F. (1823). Über die Perioden der Rechtsgeschichte. En *Civilistische Abhandlungen* (pp. 173-191). Leipzig-Berlin: G. Reimer.
- Puchta, G. F. (1825). *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*. Leipzig-Berlin: G. Reimer.
- Puchta, G. F. (1826). Eduard Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Teil 1, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825. *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur*, 1, 1-43.
- Puchta, G. F. (1827). Über eine Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nr. 41-44. *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie*, 1, 327-336.
- Puchta, G. F. (1828). *Das Gewohnheitsrecht*, I. Erlangen: Palmschen.
- Puchta, G. F. (1837). *Das Gewohnheitsrecht*, II. Erlangen: Palmschen.
- Puchta, G. F. (1838). *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Johann Ambrosius Barth.
- Puchta, G. F. (1841). *Cursus der Institutionen*, I. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Puchta, G. F. (1844<sup>2a</sup>). *Pandekten*, Leipzig: Johann Ambrosius Barth.
- Puchta, G. F. (1844<sup>b</sup>). Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht Leipzig 1843". *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, I, 1-40.
- Reppen, T. (2001). *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage im Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rückert, J. (1974). *August Ludwig Reyschers. Leben und Rechtstheorie (1802 1880)*. Berlin: J. Schweitzer.
- Rückert, J. (1984). *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. München: Rolf Gremer.
- Rückert, J. (1988). *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*. Hannover: Hennies u. Zinkeisen.
- Rückert, J. (1992). Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz «als solche» im liberalen Rechtsstaat (1817-1892). *Juristische Schulung*, 32 (11), 902-908.
- Rückert, J. (1997a). Vom Umgang mit der Geschichte, juristisch und historisch. En W. Küttler *et al.* (eds.), *Geschichtsdiskurs, 3: Die Epoche der Historisierung* (pp. 298-320). Frankfurt am Main: Fischer.

- Rückert, J. (1997b). Friedrich Carl von Savigny (1779–1861). Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. En V. Reinhardt (ed.), *Hauptwerke der Geschichtsschreibung* (pp. 560-56). Stuttgart: Kröners.
- Rückert, J. (1997c). Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861). En J. Rückert (ed.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny* (pp. 23-69). Baden–Baden: Nomos.
- Rückert, J. et al. (eds.) (2015). *Savigny international*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Safranski, R. (2007). *Romanticismo. Una odisea del espíritu alemán*. Barcelona: Tusquets.
- Sandström, M. (1989). *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*. Lund: Tyska.
- Savigny, F. C. v. ([1814] 2015). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Savigny, F. C. v. (1815). Über den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtlichen Rechtswissenschaft*, 1, 1-17.
- Savigny, F. C. v. (1834 [1822]). *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, III. Heidelberg: Mohr und Winter.
- Savigny, F. C. v. (1840). *System des heutigen römischen Rechts*, I. Berlin: Veit und Comp.
- Schelling, F. W. J. (2011 [1809]). *Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*. Hamburg: Felix Meiner.
- Schelling, F. W. J. (2002). *Las edades del mundo*. Madrid: Akal.
- Scheuermann, R. (1972). *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*. Berlin-New York: De Gruyter.
- Schildener, K. (1827). *Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts*, Greifswald: Academischen Buchhandlung.
- Schoof, W. (ed.) (1953). *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*. Berlin: E. Schmidt.
- Schröder, J. (1976). Savignys Spezialistendogma und die 'soziologische Jurisprudenz', *Rechtstheorie*, 7, 1, pp. 23–52.
- Schröder, J. (1979). *Wissenschaftstheorie und Lehre der «praktischen Jurisprudenz» auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Schröder, J. (1992). Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 109, 1-47.
- Schröder, J. (2012). *Recht als Wissenschaft* (2ª ed.). Tübingen: C. H. Beck.
- Schröder, J. (2017). Georg Beseler. En G. Kleinheyer et al. (eds.) (2017<sup>6</sup>), *Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, (pp. 55-59). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sohm, R. (1880). Fränkisches Recht und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 14, 1-84.
- Sohm, R. (1895). Ueber den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzesbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung. *Gruchot's Beiträge*, 39, 737-766.
- Solari, G. (1950). *Filosofía del Derecho Privado. II. La idea social*. Buenos Aires: Depalma.
- Stoll, A. (1829). *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe. Zweiter Band. Professorenjahre in Berlin 1810-1842. Mit 317 Briefen und 33 Abbildungen*. Berlin: Heymanns.
- Stolleis, M. (2011). Art. Juristenstand (2ª ed.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2, 1440-1443.
- Thibaut, A. F. J. (2015). *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Universidad Carlos III.

- Thibaut, A. F. J. (1838). Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule. *Archiv für die civilistische Praxis*, 21, 391-419.
- Thieme, H. (1963). Savigny und das deutsche Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 80, 1-26.
- Timm, H. (1974). *Gott und die Freiheit. Studien zur Religionsphilosophie der Goethezeit. I. Die Spinozarenaissance*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Vano, C. (2000). *Il nosto autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli: Editoriale Scientifica (también en [2007] *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft von römischen Recht*. Frankfurt am Main: Klostermann).
- Vano, C. (2012). Las novelas y la escuela. Vidas de textos y biografía (colectiva) de la Historische Rechtsschule. En E. CONDE (ed.), *Vidas por el Derecho* (pp. 243-263). Madrid: Dykinson.
- Welzel H. (1955). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zur einer Rechtsphilosophie*. Göttingen: V&R.
- Wieacker, F. (1967a). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besondere Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: V&R.
- Wieacker, F. (1967b). Zum heutigen Stand der Rezeptionsforschung. En E. Fries (ed.), *Festschrift für Joseph Klein zum 70. Geburtstag* (pp. 181-201), Göttingen: V&R.
- Wieacker, F. (1967c). *Wandlungen im Bilde der historische Rechtsschule*. Karlsruhe: C. F. Müller.
- Wieacker, F. (1973). Bemerkungen über Jhering und den Darwinismus. En G. Mann (ed.), *Biologismus im 19. Jahrhundert* (pp. 158-163). Stuttgart: Enke.
- Wieacker, F. (1974). Das sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. En *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (pp. 9-35). Frankfurt am Main: C. F. Müller.
- Wilhelm, W. (1958). *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Windscheid, B. (1904). Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. En Oertmann, P. (ed.), *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (pp. 100-117). Leipzig: Duncker & Humblot.
- Wolf, E. (1951). *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (3ª ed.). Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Wittkau, A. (1998). *Materialismus: Entstehung und Wirkung in den Wissenschaften des 19. Jahrhunderts*. Göttingen: V&R.
- Wyss, U. (1979). *Die Wilde Philologie. Jacob Grimm und der Historismus*. München: Beck.
- Zimmermann, R. (2002). Europa und das römische Recht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, pp. 243-316.
- Zimmermann, R. (2011). Schuldrechtsmodernisierung. En W. Ernst (ed.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz* (pp. 1-24). Tübingen: Mohr Siebeck.



# Crítica del derecho popular y derecho de juristas \*

## Critique of people's law and jurist's law

Georg Friedrich Puchta

Cita recomendada:

Puchta, G. F. (2020). Crítica del derecho popular y derecho de juristas (J. Garrido Martín, trad.). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 359-374.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5283>

Recibido / received: 10/03/2020  
Aceptado / accepted: 16/03/2020

Al evaluar libros sobre cuestiones generales, es necesario volver a la historia de la teoría para determinar si la opinión de los autores incluye un progreso en el desarrollo de la misma. La continuidad con el último momento de esta historia no garantiza un avance positivo, ya que no excluye la posibilidad de alejarse del camino correcto. Regresar por el contrario a una posición anterior puede acarrear un verdadero avance si el último intento supuso tal desviación. Pero ocurre también con no poca frecuencia en relación con esas cuestiones generales, que bajo la apariencia de una nueva perspectiva reaparece el carácter imperfecto de una etapa anterior de la teoría, o que uno termina cayendo en un error previamente evitado y de cuya posibilidad los amantes del progreso creían que estaban a salvo.

El escrito que tenemos ante nosotros trata sobre el origen y el desarrollo del derecho, y sobre la contribución directa o indirecta que el pueblo, la legislación y la ciencia tienen sobre el mismo. Nuestra consideración se dividirá en dos partes, la

\* *Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht*, publicado originariamente en los *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, I, 1844, pp. 1–40. Traducción de Joaquín Garrido Martín

El texto suma una doble dificultad para el lector actual: a la complejidad del estilo de una escritura que se remonta casi 200 años atrás, se suma la inclinación natural de nuestro autor a la exageración y la retórica, acentuada en un texto de estas características, perteneciente al género de la recensión, propiamente crítica en la época, densa y profunda en este caso. El lenguaje en ocasiones especulativo y etéreo se explica, por otra parte, desde las coordenadas históricas propias de la cultura idealista en que está instalada la ciencia alemana de la época, proyectado el lenguaje abstracto de la filosofía a todas las ramas del saber. Desde luego a la Jurisprudencia, elevada ciencia en la Academia de la época. Por último: se ha seguido una traducción, en lo posible, literal. El traductor considera que es el modo más adecuado para propiciar una comunicación lo más transparente posible con el autor; ha querido, en otras palabras, intervenir en su necesaria intermediación lo menos posible el texto original, para que sea el lector el que a partir de la palabra desnuda alemana reinterprete las ideas a la luz de los giros sufridos por los términos y conceptos de un tiempo a esta parte.



preparatoria, que debe contener la explicación de los puntos de vista anteriores, en la medida en que sea necesario para nuestro propósito, y a continuación la comparación de las opiniones del autor con aquellos, de acuerdo con su contenido teórico y práctico.

La época de la Jurisprudencia alemana, que más tarde recibió el nombre de Escuela histórica del derecho, se encontró frente a una teoría del derecho en la que el Estado se había emancipado de su base natural, la Nación, y se había convertido en una estructura mecánica puramente arbitraria. El derecho se atribuyó únicamente al poder legislativo; cualquier otra fuerza productiva que surgiera –y se habrían tenido que cerrar los ojos con fuerza para no ver que existen preceptos vigentes en todos los lugares sin ley alguna que los haya promulgado–, se entendía como un producto indirecto de la misma, manteniéndose así la soberanía del derecho legislado, en el mejor de los casos con la ayuda de la división en leyes escritas y no escritas. Los orígenes de esta teoría se remontan a un pasado muy lejano. Se trata de la teoría que se detiene en la dimensión externa y que en Alemania se vio favorecida por la existencia de un derecho escrito integral, como sucedía con el *corpus iuris civilis* y *canonici*; su formación científica se completó justo antes de que comenzaran las corrientes que se oponían a la misma.

Los intentos de estas últimas de proporcionar al Estado una vida interior a través de su conexión directa con la voluntad divina, independientemente de su base natural, es decir con apoyo en la teoría más antigua, no necesitan ser mencionados aquí.

La Escuela histórica del derecho tomó un rumbo diferente. Volvió al concepto de lo nacional y reconoció en él la base natural del derecho y del Estado. Para ella, la fuerza que surgía del derecho era el espíritu del pueblo, del cual la legislación extrae el contenido de sus pronunciamientos. La legislación pasó de ocupar la posición originaria a la de una fuente de derecho derivada, que deberá reconocer la actividad de otras de igual valor junto a ella, que en parte la preceden. ¿Perdió la legislación reputación, poder y dignidad interior? Podría parecerlo, y el acento firme en la verdad suprimida, como el requerido para negar un error antiguo y muy ramificado, puede hacer que tal opinión sea excusable temporalmente. Sin embargo, el nuevo punto de vista solo podía de hecho producir el efecto de consolidar internamente y realzar esta fuente de derecho, o si este efecto parecía faltar, al menos el punto de vista en sí mismo no tenía la culpa.

Se puede argumentar que el famoso autor del *Beruf unserer Zeit*<sup>1</sup> habría evitado algunos malentendidos, voluntarios y casuales, si hubiera enfatizado el *no-deber* [Nicht-sollen] de la codificación, a pesar de haber apoyado explícita y abiertamente esta posición. *No-poder* [Nicht zu können] fue un reproche imperdonable, y abrió nuevamente heridas dolorosas entre aquellos que ya habían hecho ese intento en vano o habían chocado con esa necesidad. Además, las críticas a los legisladores que crearon sus códigos como Manuales y sistemas, y que querían con ellos no solo gobernar el mundo, sino también educarlo y asombrarlo como si estuviese frente a un descubrimiento científico, fue demasiado acertada como para no resultar hiriente.

<sup>1</sup> N.T. Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814).

Sobre todo, la nueva concepción del asunto presentó los dos derechos, el legislado y el designado con el nombre de derecho consuetudinario, en su relación correcta, reconduciendo este último hasta su verdadero fundamento.

El hecho que debía explicarse científicamente fue el siguiente. Un precepto se considera regla jurídica y se aplica como tal bien a través de las decisiones judiciales o mediante la obediencia voluntaria al mandato contenido en ellas. Este uso, esta costumbre debe tener un fundamento de autoridad; como ha sido en tales casos hasta ahora, debe seguir manteniéndose. ¿En qué se basa esta autoridad? Es evidente que la exactitud en la determinación de la autoridad depende de la exactitud en la respuesta que se dé a esta pregunta. Muchos vincularon el asunto con el instituto de la prescripción. Pensaban que del mismo modo en que los derechos pueden adquirirse a través de un uso prolongado o perderse por su falta de ejercicio, las normas jurídicas también podrían surgir *per consuetudinem* y perderse *per desuetudinem*. Sin embargo, a la larga no fue posible ocultar que de esta manera no se aclaraba nada y que no se obtenía con ello ningún criterio práctico para establecer los principios de esa autoridad. La prescripción se basa en la idea de que la duración de una situación de hecho debe suplir una imperfección o, lo que al final equivale a lo mismo, debe corregir la imposibilidad de demostrar la legitimidad originaria de un derecho.

Si se desea aplicar este criterio a las normas jurídicas no es para desplazar la cuestión de su verdadero origen, pues este se deberá establecer o probar con apoyo o con la sustitución del uso. Además, la prescripción produce el efecto de que con su aprobación no solo da lugar a una presunción a favor o en contra de la existencia de un derecho, una presunción que, como tal, siempre admitiría prueba en contrario, sino que en la práctica determina la adquisición o pérdida del derecho, y esta efectividad reforzada, que es necesaria para lograr los efectos beneficiosos del instituto, no genera dudas en lo que respecta a determinaciones legales específicas. No contradice a los principios de justicia el hecho de que los derechos, que todos pueden transmitir por su propia voluntad a través de un negocio jurídico, puedan perderse por un descuido continuado. Muy diferente es aplicar el instituto de la prescripción a las normas jurídicas. Del mismo modo, si un uso prolongado en el tiempo produjera también una regla jurídica, sin ser posible aquí resolver la cuestión específica del origen, entonces tendríamos que reconocer la actividad o inactividad de los individuos en que consiste la costumbre como una actividad que les trasciende en sus efectos, y si complicáramos esta prescripción con todo tipo de requisitos, llegaríamos siempre al resultado absurdo de que una pequeña o grande porción de individuos concretos determinarían a todo un pueblo nuevas reglas como consecuencia de una serie mayor o menor de conductas que se habían emprendido en una determinada dirección.

Poco se habría ganado si se hubiera querido hacer depender este tipo de producción jurídica del legislador, quien en lugar de considerar diligentemente las proposiciones jurídicas y promulgarlas de un modo constitucional permitiría que su función fuera desempeñada por otros de un modo desordenado y poco fiable. Tal legislador merecía ser cesado de su cargo como administrador sin escrúpulos.

Continuando con la búsqueda de la base intrínseca de autoridad de la costumbre, se llegó a la autonomía, es decir, a un tipo de legislación subordinada, implementada por las Corporaciones en su actividad de autorregulación, y en parte también por las oficinas públicas en el ejercicio de sus competencias, en la medida en que la disposición de ciertos puntos se dejaba a su propia discrecionalidad. Así, el modo como estos poderes autónomos establecen normas y estatutos puede también considerarse como un acuerdo tácito, que se expresa en el uso (observancia), y cuya existencia puede ser probada por el advenimiento de la costumbre. Este origen existe

de hecho, pero la pregunta que se formula es si todo el derecho consuetudinario se remonta a este principio originario. Muchos lo creyeron; consideraban a todo el pueblo como una tal Corporación social (diferente al Estado), que a través de un acuerdo tácito establece un derecho que se manifiesta a través de la costumbre, y de la misma manera que sucede con la costumbre popular, se puede encontrar un cuerpo social, incluso en el ámbito de las costumbres territoriales o locales, cuyas normas internas aparecerían en las costumbres provinciales y locales. De la misma manera que hemos encontrado incomprensible en la teoría anterior que un legislador, para concretar su voluntad, deba referirse, para la implementación tácita de las leyes, a la expresión necesaria de la costumbre de sus sometidos, considerados individualmente; del mismo modo, desde el punto de vista del pueblo, debemos decir que no tiene sentido alguno que junto al legislador, que está llamado a expresar la voluntad de la generalidad, exista otro órgano legislativo. En una palabra, que existan dos legisladores diferentes en un mismo Estado. La existencia de tal Corporación, creada por el pueblo al margen del Estado, es pura invención.

En lo que respecta al uso particular, ciertamente se puede remontar a una Corporación como fuente de derecho autónoma, pero este último representa solo la parte más pequeña del derecho consuetudinario; la mayoría de las veces en que se trata de una costumbre es necesario referirse no a una Corporación como tal, sino a un todo natural, que es sujeto de la conciencia jurídica en sí misma considerada, y no en la medida en que toma la forma de un cuerpo social.

La contribución de la Escuela histórica a la teoría del origen del derecho consiste en haber devuelto el derecho consuetudinario al sentido jurídico innato de la Nación, a la conciencia espontánea del pueblo, que se manifiesta en sus integrantes y en su vida jurídica. En este sentido (aparte de los pocos casos en los que el derecho consuetudinario cae en el concepto de observancia), y solo en este, la autoridad de la costumbre es base para el reconocimiento del derecho, ya que lo hace manifiesto y reconocible, a través de los actos de que se compone una común conciencia jurídica nacional (sea de todo el pueblo o de una parte natural del mismo). La costumbre no crea el derecho, solo permite su reconocimiento. No depende de una voluntad artificial, sino de un todo natural, y no es por tanto una decisión o un contrato, sino más bien una convicción, formada en una unidad a partir de caminos invisibles, lo que une a las partes de este todo como tal. Así, Savigny definió en su *System* el derecho de un modo general como «derecho popular», en virtud de su carácter nacional, y de un modo más preciso como «derecho consuetudinario», en tanto en este la nacionalidad del derecho se revela de un modo más inmediato. Tampoco la ley tiene una existencia independiente, contraria a la naturaleza del derecho, y también llama a la legislación, con razón, un órgano de derecho popular, pues del mismo modo como acontece en el derecho consuetudinario también en ella se ven los miembros de la Nación representados.

Consideremos ahora una forma particular de costumbre jurídica, en relación con la cual surge la pregunta de si debe reconocérsele un significado específico, diferente del derecho consuetudinario o popular. Se trata de la actividad de aquellos miembros del pueblo que ejercen una profesión especial en la aplicación del derecho, consistente bien en el conocimiento del derecho en general o desde un determinado punto de vista, o bien en la resolución judicial de casos jurídicos. A esta costumbre jurídica, formada en virtud de las resoluciones judiciales, es común llamarle «uso judicial» (*Gerichtsgebrauch*); el nombre más general de praxis se emplea para hacer referencia a los casos en que se aplica el derecho al margen de los tribunales, y que se apoyan, como el uso judicial, en las respuestas de los juristas. Al derecho resultante de la actividad de estas personas lo denominé derecho de juristas, un nombre que desde entonces se ha asignado al derecho civil. El hecho de que las

opiniones de aquellos que hacen del conocimiento del derecho su profesión, con la intención de utilizarlo no solo para ellos sino también para otros, adquieran una influencia específica en la práctica judicial, está tan arraigado en la naturaleza de la cosa misma, que no depende de unas condiciones especiales ni de la formación de los tribunales. Así, apreciamos cómo en Roma los tribunales no lo componían juristas, sino ciudadanos comunes; del mismo modo en la actualidad, en la que se exige al juez la condición de jurista. Sin embargo, hemos de considerar esta influencia de los juristas no como un hecho histórico, sino como un momento práctico que nos permite reconocer la teoría que hay detrás de la aplicación del derecho.

Nuestra pregunta es la siguiente: ¿qué influencia debería tener el juez, y bajo qué condiciones debería adoptar en su sentencia los puntos de vista de los autores y las decisiones anteriores de casos jurídicos como el que se le presenta? Esto dependerá de la razón sobre la cual descansa la autoridad de estas manifestaciones del derecho.

En la Edad Media se aceptó, sin más, la *communis opinio doctorum*, tenía una autoridad inquebrantable para el juez, sin preocuparse en exceso por la razón del asunto. Cuando en cambio se planteaba esta pregunta, en los casos en que existía una tal opinión común, entonces se daban las respuestas más insólitas, por ejemplo, sería *communis opinio* en la que Accursius y Bartolus estaban de acuerdo, donde esto no sucede entonces son diez autores reconocidos los que conforman *communem opinionem*, y si se alegaba por ambas partes a diez de dichos doctores, entonces decide la edad de los autores en cuestión. Estas insensateces fueron posteriormente rechazadas de forma general, pero solo para sustituir la *communis opinio* por el nuevo ídolo del *usus fori*, que demostró ser tan irracional y supersticioso como obligar al juez a obedecer una opinión simplemente porque en los tribunales del país, o en un concreto tribunal, se había decidido así hasta ahora. Como motivación de esta solución se hizo referencia a la necesaria estabilidad de los pronunciamientos judiciales; una pena sin embargo que esta estabilidad se pareciera tanto a la pereza de espíritu, a la misma muerte espiritual, tanto como un huevo se parece a otro. Algunos le ponen la guinda a este abuso imponiendo a los tribunales inferiores la obligación de seguir los precedentes de los tribunales superiores; es decir: si queremos llamar a las cosas por sus nombres, los jueces de los tribunales inferiores fueron reducidos a meros jueces del hecho, es decir, a jurados populares, de los cuales sin embargo nada dice la legislación del poder judicial.

¿Qué se ganó con esta teoría, si se le puede llamar así? Bien la expulsión de cualquier tipo de progreso intelectual de estos tribunales, o si eso no se lograba, un conflicto permanente entre los viejas y las nuevas generaciones de jueces, donde podía haber la opción de que la victoria cayera del lado de los más jóvenes, a menudo en casos en los que una teoría sólida habría atribuido a los *usus* hasta ahora seguidos una autoridad constitutiva efectiva, pero que la absolutización de la concepción antagónica terminaba en cambio por mezclarse en una masa indistinta con todos aquellos casos en los que no es posible reconocer razonablemente la autoridad del precedente.

Las cosas se presentan bastante diferentes cuando, buscando los fundamentos de esta autoridad, percibimos que la opinión y la práctica común de los tribunales, del mismo modo como sucede con la costumbre, son posibles manifestaciones de un derecho consuetudinario, es decir de una concepción jurídica nacional, que se manifiesta en la actividad de estos miembros del pueblo como sus representantes naturales en el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, si la doctrina común y la práctica tienen autoridad, deben ser de una naturaleza tal que pueda inferirse de ellas la existencia de un principio jurídico basado en la convicción

nacional; esta es la base de esa autoridad y su condición previa. Pero, ¿cómo se fundamenta esta identificación entre el derecho de juristas y el derecho consuetudinario?

Ante todo, es bien sabido que una convicción común popular no es necesariamente una convicción de hecho poseída por todos los miembros del pueblo.

No solo tendremos que ignorar a aquellos que no tienen ninguna convicción en absoluto, como los niños y los dementes; también a aquellos que se retiran de todos los asuntos públicos con sus pensamientos y reflexiones a una torre de marfil del tipo que sea; y también a aquellos cuya profesión les aleja totalmente del conjunto de relaciones en las que interviene el derecho, de modo que apenas se dan cuenta de su existencia, o las consideran en modo tan distante que nunca se han formulado un juicio al respecto. Si existe una convicción común sobre el derecho de cambio, no esperaremos encontrar esta convicción entre los agricultores, del mismo modo que no preguntaremos al banquero sobre el derecho de demarcación y los derechos de pasto. Pero incluso entre aquellos respecto de los que sí cabe asumir una convicción efectiva de la norma jurídica en cuestión, es decir, entre los verdaderos portadores de una convicción popular, debemos asignar un lugar destacado a aquellos que, debido a su condición, están en contacto más que otros con cuestiones jurídicas generales o particulares (sin excluir con ello la posibilidad de que el interés individual perturbe el puro reflejo de la convicción popular). Por ejemplo, no supondremos en cada persona dotada de facultad para participar en el derecho cambiario y de mismo nivel intelectual la misma fuerza y profundidad de convicción del derecho de cambio. Por lo tanto, en relación con la convicción popular común habrán de considerarse representantes naturales de todo el cuerpo social aquellos que están más involucrados en los asuntos jurídicos.

En todos estos casos no hemos salido aún de la esfera de la directa convicción popular, del derecho consuetudinario o, si se prefiere, del derecho popular en el sentido más específico del término. Si ahora pensamos en los tribunales formados por personas que no han hecho de este oficio su profesión, pero que han sido llamadas repetidamente para llevar a cabo esta actividad, como sucede por ejemplo con los comerciantes a los que se llama con frecuencia como asesores en tribunales mercantiles, su opinión sobre un problema jurídico de este tipo supondrá para nosotros, *caeteris paribus*, un valor especial, constatando en ellas la expresión de una convicción popular. Así nos encontramos por ejemplo con el autor del *Sachsenspiegel*, que sin duda adquirió la calidad de representante natural de su pueblo, en parte a través de sus dotes intelectuales generales, en parte a través de su frecuente ocupación como juez popular, y a través del éxito que siguió a la publicación de las experiencias que decidió recopilar. Si ahora cambiamos a estos sentenciadores y jueces, de quienes hemos hablado, por aquellos otros que no tienen más profesión que este cargo, y agregamos que han recibido preparación teórica para su profesión, ¿habrán dejado entonces de tener capacidad para poseer esa representación?

Si consideramos las opiniones unánimes de estos juristas y sus sentencias como autoridad, ¿salimos de repente y bajo todas las circunstancias del área de la convicción popular directa? ¿se elimina la posibilidad de considerar a estos juristas como miembros de su pueblo en el ejercicio de su actividad profesional, solo por ser considerados como los más adecuados para su representación natural a través de su profesión? Ciertamente, no. Si la actividad jurisprudencial hubiera tenido algún efecto de desnacionalización, ciertamente no habría sido su culpa; la culpa de tal efecto, por lo demás solo parcialmente concebible, habría sido atribuible no a la actividad del estudio en sí, sino a un estudio mal desarrollado. Por otro lado, no sería pueblo sino



mafia [*Pöbe*] aquella en la que el erudito, debido a esta cualidad, pierde su popularidad y es eliminado como elemento extraño.

En este punto podemos fijar la teoría del origen del derecho desde el punto de vista de la Escuela histórica. En la identificación del derecho con la Nación reconoció las dos fuentes de derecho que están dotadas de una autoridad externa (directa o indirecta) de la voluntad popular: convicción popular directa y legislación. Alguien ha intentado agregar el *derecho de juristas* (*Juristenrecht*) como tercera fuente, como un derecho que surgiría de la sustitución de la clase de juristas (*Juristenstand*) por el pueblo, con la consecuencia de atribuir a este derecho un valor de derecho popular en el mismo sentido en que se atribuye al derecho legislado. La incorrección de este punto de vista resulta de la observación que se acaba de hacer, en la que hemos visto que no hay distinción cualitativa entre la conciencia popular directa y ese derecho de juristas, y esto se confirma si comparamos esta relación con la de la legislación. Una norma jurídica no se aplica porque se trate de la convicción perteneciente a la clase de los juristas, sino porque esa convicción es una convicción popular. La ley sin embargo se aplica porque es promulgada por el legislador; se espera que se corresponda con la verdadera voluntad nacional, pero su validez no depende de un examen de esta presuposición; el legislador, por supuesto, también debe considerarse como el representante natural del pueblo, pero al mismo tiempo está instituido por la constitución, cuya voluntad es fingida como la voluntad del todo. Por ello, la legislación es una fuente jurídica formalmente independiente, a diferencia de cuanto ocurre con la conciencia del estamento de los juristas.

Pero, además de estas dos fuentes de derecho, cuyo producto llamamos derecho consuetudinario y derecho legislado, surgió una tercera, que las complementaba. Sucede que el juez, incluso en casos en que el sistema jurídico es de gran extensión, necesita un complemento de integración sin el cual en muchos casos no dispondría de norma de decisión. En tales casos, toma el derecho aplicable de los principios del derecho existente; en virtud de la naturaleza racional del derecho, lo que se deriva por necesidad interna del derecho dado deberá considerarse también derecho aplicable. Es tarea de la ciencia reducir el derecho establecido a sus principios, así como derivar las adiciones necesarias. La Jurisprudencia no tiene por tanto únicamente una tarea receptiva, sino que, como cualquier ciencia verdadera, tiene una labor productiva, integrándose ella misma en el sistema de fuentes del derecho.

He denominado «derecho científico» al derecho generado por ella, un derecho que a diferencia de los otros anteriores no se basa en una autoridad externa, sino solo en una interna, pues es válido únicamente por la verdad de su deducción. También es aplicable el nombre general de derecho de juristas, en la medida en que este derecho se expresa externamente en la actividad teórica y práctica de los juristas. Sin embargo, mantener en la actualidad la diferencia entre este y el tipo de derecho de los juristas mencionado anteriormente es de suma importancia, ya que aquí, la opinión jurídica común y la práctica, como práctica de un derecho que basa su pretensión de validez solo en su verdad, nunca puede tener autoridad externa, como sucede con el derecho consuetudinario. Savigny ya usó el término derecho científico para el derecho de juristas en ese primer sentido. Yo desapruuebo esta expresión, de un lado porque no existe un vínculo sustancial entre la función del jurista y su cualidad como científico; de hecho, la expresión se emplea para hacer referencia a los que son meros expertos en derecho antes incluso de que nazca una ciencia jurídica en el sentido adecuado; de otro porque esa expresión significaría que la entera producción de los juristas se limitaría a esa función, o porque, incluso sin negar una función estrictamente científica adicional, formaría sin embargo una función única y una misma clase de producción jurídica con la anterior. He indicado que era necesario ir más allá del punto de vista

de la pura Escuela histórica para llegar a esta tercera fuente jurídica. Esto se comprenderá de forma clara si se considera que esta Escuela otorga preferencia a la dimensión libre del derecho, porque este es el lado histórico, sin negar el lógico o racional, pero sí desplazándolo a un segundo plano, atribuyéndole así menos influencia de la que mereciera.

¿Cómo encajan las opiniones de Beseler con estas conclusiones? Podemos esperar una considerable desviación respecto de las mismas; ya a primera vista uno se da cuenta de que el autor ha querido ofrecer una interpretación peculiar sobre este asunto.

Ante todo, niega la piedra angular mencionada de la teoría de las fuentes jurídicas iniciada por la Escuela histórica, al privar a la ciencia de su poder productivo. No entiende que la deducción de un principio jurídico es una producción por razones internas, ya que los principios y preceptos jurídicos derivados del derecho positivo están ya ahí contenidos, de suerte que no es la ciencia la que los produce, como tampoco el minero produce el mineral que extrae del interior de la tierra a la superficie.

Si con esto se quiere decir que una verdadera creación es solo aquello que surge de la nada, entonces es algo que por supuesto tenemos que admitir; pero debe agregarse de inmediato que tal verdad no es aplicable a nuestra pregunta, ya que desde este punto de vista nunca podría hablarse de una creación en un sentido humano, particularmente, de la creación humana del derecho. Se elogia al artista cuando logra presentar una idea de manera tan apropiada que podemos ver en ella la forma innata y necesaria; sin embargo [según la perspectiva de Beseler], se debe negar la denominación de creación a esta actividad, para atribuirle la del mera chapuza, cuya *mulier formosa superne desinit in atrum piscem*. Del mismo modo, un pueblo que da forma a una idea jurídica arraigada en él de un modo que se ajusta al concepto de derecho y a la naturaleza de las relaciones existentes hasta el detalle, tendría una capacidad menos creativa que la de aquellos que impulsados por un espíritu inconsistente (de existir esto), inclinado hacia lo contradictorio y desigual, da lugar a un derecho cuyos preceptos son incompatibles unos con otros.

Si por tanto nos referimos, como es razonable, exclusivamente al ámbito de creación humana, entonces no podremos sino afirmar, que así como la tierra da a luz a la planta a partir de la semilla, la jurisprudencia crea las normas jurídicas, de acuerdo con las cuales se valorarán, por ejemplo, las circunstancias particulares de la sociedad anónima; o se decidirá sobre si el juez de un Estado constitucional ha de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una ley en la aplicación de la misma; o se atenderá a la pregunta sobre la pertinencia de prueba procesal que demuestre la promulgación de una ley o la existencia de un derecho consuetudinario, etc. Podemos decir que estas normas jurídicas, dado que se derivan del derecho vigente en virtud de su naturaleza racional, ya existen en su esencia. Pero esta circunstancia no nos impide considerar como creación la actividad misma en virtud de la cual son llevados a la conciencia y así transformados de la realidad desarticulada a una existencia actual (*actuellen Dasein*); y si alguien quisiera oponernos el ejemplo del minero y el mineral, entonces la única lección que podría extraerse sería la de que él concibe la actividad científica como una actividad mecánica, a la que por tanto no reconoce creatividad alguna.

Si lo relacionamos con este punto central del sistema de fuentes, el escrito que tenemos ante nosotros es solo una regresión, ya que el autor no avanza más allá del punto alcanzado hasta ahora, no reemplaza con una aportación positiva la que ha negado, de modo que no da solución a la necesidad práctica a que arriba. Esta consiste, como ya se mencionó, en la correcta valoración de la autoridad de la doctrina

y práctica común, en la diferenciación del doble influjo ejercido por los juristas en el derecho. Así, durante siglos ha sido opinión dominante y práctica seguida acreditar prueba procesal del derecho consuetudinario. Si es un derecho consuetudinario, entonces ningún juez está autorizado a desviarse de él; completamente diferente es si se trata (y así sucede en realidad) de una doctrina, un derecho basado solo en razones internas. En este caso, todo juez que continuara aplicando una doctrina de cuya equivocidad estuviera firmemente convencido, actuaría en contra de los principios que presiden su cargo, desatendería su deber. La deseable estabilidad de la justicia estará también suficientemente preservada; nada está más alejado de nuestros principios que hacer del juez una veleta, dirigida por los vientos de cada nueva doctrina; los verdaderos nuevos descubrimientos no son tan habituales como para generar dudas en quien debe seguirlos. Siguiendo el punto de vista del autor, o se cierra la puerta a que el progreso científico se abra a la práctica, hecho este que afectaría a la parcela del derecho alemán más que a ninguna otra; o abríamos si no una puerta que daría paso a una arbitrariedad que descuidará la praxis, en la cual se basa por su parte el verdadero derecho consuetudinario

El punto central del escrito, y lo que parece sobresalir como nuevo, es la opinión de lo que solemos denominar derecho consuetudinario. En este lugar, Beseler propone tres conceptos diferentes, que denomina derecho popular, derecho consuetudinario y derecho de juristas.

El derecho popular se define como el derecho que emana del pueblo y que vive en su conciencia. A partir de este concepto, parece que en una primera aproximación no hay contradicción con el derecho consuetudinario y el general de los juristas, las palabras de la definición habrán de entenderse en un sentido muy particular, y así es en efecto. La distinción con el derecho consuetudinario se establece expresamente. Para el derecho popular es indiferente si se manifiesta en la costumbre o en el uso. Así es como debemos entender la vida en la conciencia: podría darse el caso de que una mala costumbre hubiera excluido la aplicación del derecho popular; esto es indiferente para su existencia, basta con que exista en la conciencia de las personas. Ahora bien, esta es realmente una nueva visión del asunto; otra cosa es en efecto comprobar si esta vida de derecho ideal e inaccesible se manifiesta al sentido común. Dejamos esta cuestión en suspenso por ahora, y también prescindimos de la cuestión de si esta invención quizás no sea solo un malentendido o una mala aplicación de la verdad que enseña que el derecho no surge de la costumbre, es decir, que su origen es independiente de la costumbre. Pero todavía no estamos suficientemente informados sobre la naturaleza de este derecho popular. Es necesario que sepamos qué se entiende por pueblo. El paso más importante para la verdadera teoría del derecho fue dejar de considerar al pueblo, en el sentido político de los gobernados, como la fuente del derecho no escrito, como se había considerado durante mucho tiempo y en diferentes formas, y reconocer en el todo natural, la Nación, el sujeto de la conciencia jurídica. Beseler tiene la intención honesta de no apartarse de este punto, esencial para una comprensión correcta, y rechaza expresamente la confusión anterior con la noción de los súbditos. Desafortunadamente esto no le impidió asociar de nuevo inesperadamente la palabra “pueblo” con un término que no era inusual en el lenguaje común, pero que era un concepto notablemente diferente al de Nación. En todo su trabajo subyace la idea, de que bajo la noción de pueblo ha de entenderse solo la parte que resta una vez que los juristas son excluidos del mismo. Sin embargo, a este pueblo, a su Nación, pertenecen no solo los campesinos y la clase media baja –aunque del mismo modo también aquí podría haber establecido aquellos límites con el mismo apoyo, en base al uso vulgar del idioma–; no, también cuenta a las personas con formación, incluso a toda la nobleza; solo los jurisconsultos están excluidos, estos han quedado contaminados por la ciencia que, no se sabe cómo, les ha privado de la inmediata

conciencia jurídica nacional. De esta manera vuelve a proponer una vieja concepción, pero bajo apariencia diferente: antes el pueblo debía enfrentar el poder, ahora es a los juristas a quien deben enfrentar.

Debe entenderse que no se refiere solo a aquellos juristas que no conocen o practican correctamente su profesión; se trata de los juristas como tales. Y aun disgustando a nuestro autor en tantos puntos el derecho de los juristas, está lejos sin embargo de pronunciar un juicio condenatorio de la totalidad de juristas. Habría hecho bien entonces en ofrecer una respuesta mucho más fundada a la pregunta acerca del derecho que tiene el pueblo, escindido de sus juristas, de asumir la posición eminente que se le atribuye para los asuntos jurídicos, en lugar de otorgarlo tácitamente, como prefiere hacer Beseler. Aclaremoslo con una analogía. Así como el derecho es algo nacional, también hay religiones que tienen esta cualidad, como son las paganas. Si en este punto alguien dijera que una religión popular es aquella que nace y vive en la conciencia de la gente sin contar en ella a los sacerdotes, y no porque corrompan la religión popular a través de conceptos equívocos o fraudulentos, sino por su propia cualidad de sacerdotes –y esta antítesis entre pueblo y sacerdotes es también un lugar común–; si se hiciera tal afirmación, uno caería manifiestamente en el error. Si ahora substituimos la religión popular por el derecho popular, y los sacerdotes por los «sacerdotes de Themis», entonces obtendremos, si no me equivoco, el punto de vista de nuestro autor.

La determinación conceptual de este derecho popular parece aún más precaria que su justificación. A este punto el autor dedica un capítulo específico, cuyo contenido en lugar de resolver el problema solo lo hace más evidente. La fuente más segura de conocimiento de una convicción popular, su efectividad práctica, no se atiende en absoluto, ya que para él el derecho popular debe ser independiente del *usus* efectivo. Pues bien, el pueblo mismo conoce, naturalmente, su propio derecho; esto está ya dicho en la definición del derecho popular; pero esto sin más no ayudará mucho al sistema judicial actual: este conocimiento deberá ser adquirido por algunos. Estos tienen que tratar de acercarse al pueblo, hacer indagaciones sobre él, para llegar más tarde a una conclusión a partir de aquellas indagaciones inmediatas, etc. Según Beseler, el abogado podrá obtener este conocimiento muy fácilmente, no será mucho más difícil para un instructor, muy difícil resultará su obtención para el juez superior, «que casi solo se ocupa de dictámenes» (la situación de un juez tan superior debe ser terrible, sobre todo si es, como aquí se presupone, desde su nacimiento –recuerda al ceremonial de los cuentos de hadas en los que el rey parece ir a la mesa y acostarse con el cetro y la corona), y se vuelve casi imposible para el académico universitario; con suerte se harán excepciones, de lo contrario no habríamos podido obtener este libro de las manos de su autor.

Se necesitó mucho esfuerzo para escribir este capítulo sobre el conocimiento del derecho popular, sin darse cuenta de la vaguedad absoluta y de la imprecisión de las instrucciones proporcionadas, hasta llegar a generalidades tales como: todo depende de un sentido «imparcial, sensible, de una mirada natural despierta, de un celo por lo real y lo verdadero»; o: se debe atender «al correcto término medio entre la duda y la creencia», un término medio que seguramente sea uno de los más desconocidos de todos.

Parece sin embargo que Beseler se ha dado cuenta de la impracticabilidad de sus reglas para el juez, ya que busca otra forma de garantizar la aplicación de su derecho popular. La más simple para él parece ser la de llevar a los tribunales a las únicas personas que, en su opinión, tienen una conciencia natural e innata. Para este propósito somete la constitución judicial actual a crítica en el noveno capítulo. También se refiere a una cantidad de cosas que no están relacionados con este punto,

así por ejemplo con los tribunales populares, cuya introducción es irrelevante para su derecho popular, ya que los jueces populares no se apoyan en el derecho, sino que están limitados por el *Factum*. Para las violaciones de la cuestión legal, como declarar a la parte culpable contra un acusado totalmente transferido, si el jurado considera que la ley es demasiado severa o injusta, no tomará protección ni deseará su derecho consuetudinario. Dado que esta importante pregunta no recibe nueva luz en la relación con su objeto, como por otra parte no es para ser tratada de pasada y en una nota, habría sido seguro beneficioso que se hubiera dedicado a estas tesis y a otras de importancia análoga. No sorprende que se incurra en imprecisiones cuando se procede de un modo tan movedizo, especialmente con respecto a cuestiones que no entran en las competencias específicas del autor. Una declaración tiene sin embargo un carácter diferente al de una imprecisión teórica, es la afirmación de que en Alemania, de hecho, existe una discordia general contra los tribunales ocupados por juristas. Puede que esta declaración, junto con algunas otras, se explique como una complacencia para ganarse el favor de un partido político, o puede que sea atribuible al celo apasionado de nuestro autor por su idea del derecho popular, como preferimos pensar, pero en cualquier caso la afirmación de tal hecho, cometida desde su posición y sin aportar prueba, constituye una imprudencia difícil de disculpar. Ciertamente, el autor no querrá aportar como prueba la consideración de que «a un observador cuidadoso no se le escapa la existencia de una opinión generalizada sobre la incompetencia de los órganos de justicia». Nadie duda de que debido a la intervención de la censura, en la imaginación de quienes ven la vida solo a través de los periódicos se forma la convicción de que detrás de cada expresión de descontento hay uno mucho mayor, que sin embargo no puede manifestarse. Sin embargo, con un poco de reflexión debería entenderse que la censura solo interviene excepcionalmente para ocultar las expresiones de intolerancia hacia los tribunales dominados por la doctrina legal. En base a mi experiencia en tres estados alemanes, me atrevo a decir que en general, entre todos los posibles motivos de descontento del pueblo, uno de los últimos son los jueces y su consideración como profesionales del derecho; que incluso en tiempos de una a menudo alimentada creciente desconfianza, los tribunales han preservado su honorabilidad frente al pueblo.

Pero dejemos reposar este punto hasta que el autor se complazca en compartir las experiencias que le han permitido dar lugar a dichas acusaciones, y dirijamos la atención a la reforma judicial que propone para remediar la falta de reconocimiento de su derecho popular. Esta consiste en que los tribunales, además de juristas, a quienes él mismo considera indispensables, los integren miembros del estado laico, es decir, lo que él denomina pueblo. El fracaso de tal intento en los Tribunales Regionales Superiores de Württemberg no le desalienta; antes bien concede gran importancia al éxito que han tenido los tribunales mercantiles mixtos, olvidando el destacado papel de la institución profesional de juristas mercantiles, que ha proporcionado cohesión y unidad de juicio a todos los miembros individuales de la clase profesional. Propuso otros tribunales especiales, como por ejemplo los tribunales de la nobleza, los tribunales de campesinos, para las relaciones jurídicas en las que se ven afectados, y también yo, que he tenido la oportunidad de experimentar la vitalidad y el éxito de estas instituciones en casos individuales, podría considerar esta propuesta totalmente legítima. Pero esperar que el campesino (a menos que sea un mal propietario, de la clase de los llamados reyes campesinos, abogados-campesinos, los innumerables secretarios de los tribunales y los jueces populares, que recibirían en ese caso con alegría un asiento, que sin embargo no sería fácil de ofrecer de un modo natural); esperar que el buen artesano, que el empresario y el comerciante participen continuamente (y con un compromiso constante) en los tribunales ordinarios, que comprometen todo su pensamiento y reflexión, y lo que es aún más importante, todo su tiempo, a la idea de un derecho popular; esto es más de lo que se puede esperar de una persona experimentada, es



puro arrebató. Si ya por esta razón la reconstitución de los tribunales populares puede considerarse indudablemente un aborto, si además agregamos la reducción considerada necesaria de los distritos judiciales, con el aumento correspondiente de tribunales que deben ser todos colegiales, y los costes relacionados con los funcionarios judiciales, locales, etc.; si agregamos, nuevamente, la dificultad cada vez mayor de encontrar legos no remunerados, cuyas actividades paralelas propician que las víctimas sean sometidas a ellos; entonces, todo el plan es tan desfavorable que uno no debería enojarse con nadie que lo considere uno de los menos prácticos de la historia, aunque haya fluido de la pluma de un erudito.

No deberíamos entusiasmarnos con un derecho popular como el imaginado por nuestro autor, ni adherirnos a aquellos que contemplan con melancolía los jurados populares del pasado, como la de ese hombre que mirando la ropa de su hijo recuerda los días felices de su infancia, pero que ciertamente no puede pensar en revivirlos adaptando esa ropa a su cuerpo ahora desarrollado. Podrían buscar razones para defender dichos tribunales conforme a las exigencias actuales, si al menos este deseo se limitara a lo que es materialmente posible. Sin embargo, para el derecho popular de Beseler, la impracticabilidad de sus tribunales populares es una sentencia de muerte, y este es un punto donde la evaluación práctica y la crítica teórica de su concepto de derecho popular se encuentran perfectamente.

El derecho consuetudinario, cree Beseler, debe ser expresión del derecho popular, pero este no es siempre el caso, añade, pues a menudo se ha abierto a tendencias impopulares y, con frecuencia ha sido hostil con el derecho popular.

De acuerdo con la mejor doctrina del derecho consuetudinario, esto es imposible, pues o bien la costumbre encuentra su fundamento en una convicción jurídica nacional, y entonces su contenido puede ser contrario a lo que unos u otros consideran popular de acuerdo con su visión subjetiva, sin dejar por ello de ser *vox populi*; o la costumbre consiste en un ciego actuar, o incluso el mero ejercicio de una opinión doctrinal, pero en tales casos [esa costumbre] no porta derecho consuetudinario alguno.

¿Cómo llega Beseler a un conflicto con el derecho popular? Simplemente renunciando al principio establecido de la autoridad de la costumbre, y volviendo a la noción irracional de que el derecho surge de la costumbre, como un tipo de prescripción. Él asegura que «en cierto sentido» su escrito ha partido de esta idea para adoptar «su propio» camino, y en realidad, en base a algunos de sus resultados, no es del todo improbable excluir ese punto de partida. No obstante, quizás deba considerarse que el grillo del derecho popular ha tenido a su vez cierta influencia en el regreso a la tumba de esa antigua concepción. Gran parte de lo que se reclama como un derecho popular válido contradice el derecho popular verdadero, que es idéntico al derecho consuetudinario. Dio una versión cómoda, desarrollándola hasta tal punto que termina reconociendo como realidad lo que comienza en el error y la imprudencia, la ceguera y la pequeñez del espíritu, que el simple paso del tiempo puede sancionar definitivamente. Presentar el derecho consuetudinario como un engendro sin cabeza me parece un truco por parte de nuestro autor para que seamos todavía más receptivos a las bellezas de su derecho popular; trata de eliminar los cimientos de nuestro sólido edificio para que, desesperados, busquemos refugio dentro de las puertas abiertas de su castillo en el aire. Elogia la parte de mi libro que impugnaba la doctrina anterior de la prueba del derecho consuetudinario y la substituía por las instrucciones para un tratamiento práctico verdadero, pero, honestamente, no puedo aceptar las alabanzas desde su punto de vista. Pues si se admitiera que el llamado derecho consuetudinario no fuera más que un derecho presuntamente nacido de la mera costumbre, si esta gran afrenta se hiciera a la gente,

por la simple razón de continuar aceptando como verdadero lo que hasta ahora se ha considerado como tal; si se aceptara que ese derecho era como una cadena, cuyos eslabones se producen por simple práctica, hasta que el anillo trigésimo, cuadragésimo o centésimo llegó a concluirlo y envolverlo alrededor de un esclavo indefenso; si, finalmente, se admitiera que la voluntad general, tal como se expresa en el derecho consuetudinario, se degradó a un mandato jurídico formado a través del mero paso del tiempo, entonces yo, inmediatamente, abandonaré mi tesis, y consideraría completamente justificado que al que propone tal pseudo-derecho se le imponga la misma carga probatoria que a quien establece un periodo de prescripción para sus pretensiones. Soy lo suficientemente presuntuoso como para suponer que en mi libro he establecido tal grado de conexión sistemática que creo no se puede condenar libremente un principio y aceptar fácilmente sus consecuencias.

El derecho de los juristas, cuando no se basa en una pura deducción científica, será llevado, como en el presente escrito, como un barco en mares tormentosos, a veces transportado por el aire, a veces devorado por un abismo. En primer lugar, se le da una posición completamente independiente. La profesión jurídica aparece como un senado legislativo, que dicta derecho sin rodeos, como fue el caso de los juristas romanos; pronto debió recurrir a la costumbre para sus inventos, a fin de poder importar sus productos por estos oscuros caminos del contrabando a través de las fronteras; este debió ser, principalmente, el digno método de los juristas alemanes. Así han importado desde el principio el derecho romano, y más tarde una gran cantidad de modificaciones, el *usus modernus* de este derecho, como enmiendas a un código. La idea de que en algún momento existiera un impulso nacional, al que se podría atribuir ese gran evento, de esto naturalmente no cabe hablar – tan poco como respecto de nuestras constituciones, que nadie afirmará que han crecido en suelo alemán. ¿Qué fue lo que empujó a los primeros alemanes a Bolonia en número tan significativo? ¿Se trataba quizás de las almas de los futuros juristas alemanes, que estaban ya en aquellos cuerpos cometiendo excesos? Pero si no nos detenemos en esta pequeña dificultad de la relación entre causa y efecto, uno puede ver que se trata prácticamente de la visión que tiene Heineccius del edicto pretorio y sus ficciones, que honra al pueblo alemán tanto como al pueblo romano. En ambos casos, se supone un grado bastante alto de estupidez al pueblo que contempló pacientemente estas usurpaciones, hasta que la red le cubría por completo. Pues no se debe dudar de que el pueblo tuvo el poder de remediar el escándalo, ya que tenían suficiente intelecto para darse cuenta, pues los soberanos, la alta y pequeña aristocracia también pertenecen a la Nación de Beseler.

Pero Beseler, en realidad, no considera aquella producción jurídica de juristas una usurpación; aunque lo deseable sería que los juristas no existieran, dado que existen, ese poder les pertenece por derecho. Pues aprueba expresamente el punto de vista de Maurenbrecher, aunque este no es otro que esa antigua y degenerada doctrina de la *communis opinio doctorum* y su autoridad externa sin fundamento. Y así se nos devuelve al punto de partida; la producción de normas a través del mecanismo de la consecuencia jurídica y la analogía, errores teóricos, malentendidos prácticos, las reflexiones de las concepciones nacionales del derecho, todo se reunió en una sola masa, se legitimó con el sello del *derecho de juristas* y se impuso para nosotros como un vínculo indisoluble hasta que, tal vez, un legislador compasivo se apiadara de nuestra miseria. No se puede negar que los juristas, a quienes excluyó de la Nación, «formaron en ocasiones un órgano de derecho popular, o favorecieron una formación jurídica racional, pero esto, en verdad, no siempre ha sido así (y hemos dicho “en ocasiones” con la debida precaución), siendo algo en sí mismo accidental, respecto de lo cual por tanto no sería justo derivar tal perfección de poder». Y así, se enlaza la costumbre irracional con la autoridad irracional de la *communis opinio*: «la costumbre ha dado sanción jurídica a este trabajo de juristas». Pero para que los

juristas no se jacten demasiado de su poder (ya que se podrían confiar a la alegría de un poder irracional) se presenta delante de ellos, como en un espejo, un retrato ante el cual deberían estar asustados hasta la muerte. El orador del *pro Murena* ya ha dicho bastante sobre esto. Difícil de explicar cómo llegó a esas conclusiones, ya que ante sus ojos tenía juristas que aún no se habían formado en una clase profesional particular, es decir, aquellos juristas romanos a quienes Beseler otorga todo lo que niega a los juristas actuales. Comparando la *Philippica* de hoy con la romana, uno podría llegar a pensar también en el caso de nuestro orador, en las disculpas que introduce Cicerón en su discurso, *apud imperitos dictum, aliquid etiam coronae datum*, y la cosa no sería entonces tan mala, si la oración ciceroniana, al igual que la de Beseler, fuera acuñada arbitrariamente y referida a los juristas alemanes.

Algunas acusaciones no están del todo claras. Dos males pesarían en particular sobre la jurisprudencia alemana y determinarían el carácter de nuestro *derecho de juristas*: la erudición estéril y la teoría alejada de la vida. Esta acusación proviene de la necesidad de explicar la incidencia supuestamente modesta de los juristas en la realidad. En otros aspectos, sin embargo, atribuye a estos eruditos estériles, a estos teóricos sin vida, una capacidad formidable de intervención, como por ejemplo con la introducción del derecho romano. Esto es un misterio, a menos que se admita que la erudición estéril y la manía teórica pedante representan, al mismo tiempo, un aspecto del carácter del pueblo alemán, lo cual explicaría que los juristas que poseen estas cualidades sean considerados hijos auténticos de su pueblo y hayan tenido esa influencia inmensa en el derecho. Y, de hecho, si esas son realmente las características propias de los juristas alemanes, ¿dónde las habrán obtenido si no de un modo hereditario? Por otro lado, si solo se querían considerar los excesos de la erudición, entonces uno difícilmente podrá creer que los tratados sobre el *ius civil papirianum* sobre *obvagulatio*, sobre el *antestatus*, sobre *lanx* y *licium*, y otros *amoenitates iuris romani et germanici* hayan causado un daño significativo desde el punto de vista práctico. Y si fuera cierto que «los juristas perdieron todo contacto con la vida jurídica alemana originaria», entonces lo habrán hecho en la misma medida que todo el pueblo alemán. Pero que el poder judicial alemán haya mantenido a los juristas alejados de la precepción y comprensión de las relaciones sociales, es una afirmación que a cualquiera que haya vivido en los tribunales, incluso transitoriamente, le resultará extraña. Si como opina Beseler algunos letrados no han sabido aprovechar todas las oportunidades que se les brindan en todas partes, no se puede cargar la culpa de ello al sistema judicial, pues de cualquier otra forma podrían haberse inclinado al estrecho y pedante mundo libresco. Qué injusto, finalmente, cuando nos presenta en los términos más duros «la cantidad de basura inútil, sermón superficial, absurdos y errores múltiples del montón de literatura jurídica alemana», sin considerar el gusto propio de nuestro país por la escritura, y sin tener en cuenta que todas las demás ramas de nuestra literatura han presentado, si no más, ciertamente no menos cantidad de “carne de canon” («*Kanonenfutter*»). Además, es un hecho extraño que tales condenas generalmente se pronuncien mucho después de aflorar el pecado. Después de, como espero, haber reunido la fuerza y habernos dispuesto a un cambio mejor, aunque presentemos aún flaquezas de diverso tipo, tenemos todavía que soportar estos violentos reproches que nadie se atrevió realizar a nuestros predecesores, quienes a pesar de sus defectos, avanzaban seguros. Nuestro autor se asemeja a esos predicadores que dirigen sus reproches a una audiencia devota, pero que en realidad van dirigidos a pecadores ausentes.

No considero en absoluto que el estado actual de la jurisprudencia sea tal que yo y alguno más de nosotros no debamos tomar en serio algunos de estos reproches. Por lo demás es seguro que el orador no dejará de recordarlos. Tan solo pido una cosa, que Beseler no insista en su concepción del derecho popular como un criterio infalible para nuestra actividad, pero sobre todo para su propia actividad, ya que esto

podría generar quejas de conciencia insoportables, pues otros podrían interpretarlo de acuerdo con el odio personal y la arbitrariedad, introduciendo «su propia opinión discrecional y su concepción completamente arbitraria del derecho», en lugar del «derecho común del Estado», de «regulaciones estatales y de las loables y honestas costumbres locales»; y este nuevo daño sería mucho peor que el antiguo literalismo [*Buchstabendienst*].

Por otro lado, el hecho de que «ciertamente no sea una demanda insignificante dirigida a toda una clase renunciar al poder exclusivo de una ascendencia y estar satisfechos con la influencia que el mayor conocimiento y habilidades otorgan de acuerdo con su valor intrínseco», de suerte que «tal sacrificio podría parecer inasumible para almas mezquinas y egoístas», le proporciona el punto de partida para una penetrante advertencia final que apenas puede considerarse un obstáculo significativo (siempre que esta *peroratio* no sea más que una *lex erratica*). De ese «dominio» de un todo, cualquiera que fuera su consistencia, recae en cualquier caso una mínima parte en cada miembro de una forma tan imperceptible que algunos probablemente constaten esa posesión gracias a Beseler por primera vez, y difícilmente un jurista se negará a intercambiar los bienes ofertados por aquel.

Resumiendo una vez más la tesis contenida en este trabajo, se puede decir que con él volvemos a una concepción anticuada del derecho consuetudinario y del derecho de juristas, que ni los justifica en el plano teórico, ni tampoco ofrece una guía para una aplicación práctica razonable. Para llenar este vacío, el autor nos ofrece un derecho llamado popular, cuyo conocimiento no es posible obtenerlo a través de reglas mínimamente seguras, confiables, racionalmente satisfactorias, ajustadas a las necesidades prácticas, reglas que sean capaces de garantizar la diferencia entre la verdadera conciencia nacional de los meros deseos y beneficios individuales, garantías frente a fantasías y predilecciones teóricas. ¿Y cómo llegó Beseler a este concepto arbitrario del derecho popular y a sus contradicciones? ¿O cómo ha llegado a quedar atrapado en él? Creo que esto ocurrió, entre otros motivos, debido al descuido de la primera regla que se ofrece a aquellos que se sirven de una palabra tan ambigua como es la de pueblo, a saber, la de dar cuenta en todo momento del significado del mismo. Si hubiera usado la palabra menos proteica «Nación», entonces es probable que dos tercios o más de su libro no se hubieran escrito.

Dado que priva al derecho no escrito de su apoyo intrínseco, del que no queda más que la infundada fuerza de la clase de los juristas, del mismo modo como supone un poder de negación de la jurisprudencia por parte de esa *reliquia multitudo* que para él es el pueblo, no dejando en el análisis final más que el poder irracional de una costumbre sin principio, no es de extrañar que se arroje a los brazos de la autoridad formal, elevando las funciones legislativas en la misma medida en que ha reducido el derecho no escrito. Ya desde la salida y primeros avances del barco, el lector experimentado podía presagiar que sería necesario ingresar a este puerto de emergencia.

Sin embargo, desconcierta descubrir cómo un joven docto, que siente una fuerza científicamente constructiva y que ya ha puesto en práctica, pueda defender la Codificación, es decir, la creación de un sistema jurídico por medios legislativos; cómo delega a la autoridad externa del legislador lo que la creación libre de la ciencia debe producir; cómo se refugia en la debilidad y pobreza de espíritu, y entra en ese orden cuyos votos implican una renuncia al enriquecimiento espiritual, la generación y el conocimiento propio. Este fenómeno es aún más sorprendente en un germanista, al que no le excusa, como a un romanista, el hábito de un derecho escrito, que algunos han considerado y tratado erróneamente como una Codificación; que abandona los campos abiertos y bosques verdes para encerrarse entre muros monásticos; que

prefiere entonar la liturgia de las horas en una noche gélida de oquedad, en lugar de la canción de caza lanzada al viento como el canto de la alondra; quien ahora en sus últimos días ansía aquella manzana mordida que una Eva civilizada ya hace tiempo desechó.

¿Para qué necesitamos, en este contexto, a los antiguos legisladores a quienes Beseler evocó como modelos, cuando el genio y la fuerza del político dirige al pueblo en la dirección correcta a través de la acción de la ley, y para los que (y no para juristas ciertamente) el dicho dice: *etenim qui ex errore imperitae multitudinis pendet, hic in magnis viris non est habendus*? ¿Para qué necesitamos la referencia a Carlomagno y Lutero? ¿Qué tienen que ver estos hombres con la codificación? Aquel tenía demasiados pensamientos prácticos como para buscar la gloria en la forma pura de un código que comprendiera el sistema legal; y a este nunca se le ocurrió escribir una dogmática y presentarla a la Iglesia como ley.

Se dice que los errores de los eruditos son instructivos, pero no siempre para ellos mismos, de modo que en este ámbito, y al contrario de lo que dice el proverbio, se volverán más sabios a través del perjuicio ajeno que no del propio. No puedo sofocar el deseo de que el autor del trabajo revisado quiera hacer una excepción; y la benevolencia para consigo, el respeto por su talento, la expectativa para su actividad futura, razón de nuestra consideración actual, puede ser el mejor deseo para el nuevo año.



# Democracia y derecho a decidir

## Democracy and the right to decide

Josep M. Vilajosana  
Universitat Pompeu Fabra  
ORCID ID 0000-0001-8416-2418  
[josep.vilajosana@upf.edu](mailto:josep.vilajosana@upf.edu)

Cita recomendada:

Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5284>

Recibido / received: 24/02/2020

### Resumen

En este artículo, el autor defiende el derecho a decidir, concretado así: un referéndum sobre el futuro de Cataluña no está prohibido en la Constitución española. Esta tesis se sustenta en que tanto el principio de indisolubilidad (art. 2.1. CE) como el de la soberanía nacional (art. 1.2. CE) deben ponderarse adecuadamente con los principios definitorios de una democracia liberal (arts. 1.1., 23.1, 9 y 10 CE). Desde esta perspectiva, el trabajo ofrece razones para justificar dos cuestiones importantes: 1) la posibilidad de realizar un referéndum sobre la independencia de Cataluña, teniendo en cuenta una interpretación evolutiva de los derechos democráticos vinculados a una concepción densa de la democracia; 2) la posibilidad de que esa consulta tenga como sujetos a los catalanes, con el fin de evitar pasar del principio de la mayoría al dominio de la mayoría.

### Palabras clave

Legalidad, legitimidad, principios, democracia, derecho a decidir, Constitución.

### Abstract

*In this article, the author defends the right to decide, meaning that holding a referendum on the political future of Catalonia is not banned by the Spanish Constitution (SC). The principal reason cited is that the principle of indissolubility (section 2.1 of the SC) and the principle of national sovereignty (section 1.2 SC) should be adequately balanced with the principles of liberal democracy (as defined in sections 1.1., 23.1., 9 and 10 of the SC). In light of this perspective, the article provides justification for two main aspects: 1) holding a referendum on Catalonia's independence on the grounds of an evolutive interpretation of democratic rights linked to a dense conception of democracy; and 2) holding a referendum exclusively in Catalonia, in order to avoid shifting from the principle of the majority to the dominion of the majorities.*

### Keywords

*Legality, legitimacy, principles, democracy, right to decide, Constitution.*



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Legalidad y legitimidad en el Estado constitucional contemporáneo. 3. Derechos humanos y principios constitucionales. 4. Derecho a decidir como derecho de la ciudadanía a ser consultada sobre su futuro político. 5. La ponderación de los principios relevantes. 5.1. El principio democrático como límite al principio de indisolubilidad. 5.1.1. Una interpretación evolutiva de los derechos democráticos. 5.1.2. Una concepción densa de la democracia. 5.2. El principio democrático como límite al principio de la soberanía nacional. 5.2.1. La determinación del *demos*. 5.2.2. Principio de la mayoría y dominio de la mayoría. 5.2.3. Los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. 5.2.4. Alcance ponderado de la soberanía nacional.

## 1. Introducción

Las recientes iniciativas promovidas por el primer gobierno de coalición del Estado español y por un sector de los representantes soberanistas tal vez contribuyan a generar un clima en el que se pueda discutir desapasionadamente sobre las distintas cuestiones que han emergido del llamado proceso político catalán, algo que por ahora no se ha producido ni en el ámbito político ni en el académico. No soy muy optimista al respecto (ni en lo político ni en lo académico), pero me hubiera parecido una descortesía rechazar la amable invitación a participar en el debate académico que he recibido por parte del director de *Eunomía*, José María Sauca. Le agradezco, pues, que haya contado conmigo en esta loable iniciativa y solo espero que mi contribución no le defraude enteramente.

Las transformaciones que está produciendo el mencionado proceso forman un banco de pruebas inigualable para diversas materias de estudio, como por ejemplo el Derecho constitucional, la teoría del Derecho y la filosofía jurídico-política. Esos cambios se enmarcan en una pregunta central que hay que responder, por supuesto desde la esfera política, pero también desde el ámbito académico. Puede formularse de este modo: ¿qué respuesta debe dar un Estado democrático de Derecho en el siglo XXI ante una petición continuada y pacífica de una parte muy relevante de la población de una comunidad interna que reivindica el derecho a decidir sobre su futuro político, incluyendo la posibilidad de independizarse? Hasta ahora, los distintos poderes del Estado español han dado una contestación a este interrogante muy distinta de la que han ofrecido otros países democráticos como Reino Unido o Canadá. En efecto, en vez de autorizar, delegar o simplemente tolerar un referéndum, el Estado español ha optado por la negativa a pactar una consulta y, cuando esta efectivamente se ha producido, aplicar una legislación de excepción a través del art. 155 CE y tratar esas reivindicaciones políticas por la vía penal. Este camino ha conducido, por el momento, a condenas de algunos líderes independentistas con penas por delitos de sedición y malversación, que algunos juristas consideran injustificadas. El resultado de ello ha sido entrar de lleno en una crisis institucional de consecuencias inciertas. Pero acotemos algo más el alcance del proceso político que está en la base de aquel interrogante.

Como inicio de esa senda puede tomarse la tramitación de la Reforma del Estatuto de autonomía que acabó siendo aprobada por el *Parlament* en 2006, o, si se prefiere, la publicación de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el

*Estatut*. A partir de este momento se ha ido consolidando claramente un movimiento social que ha puesto en el primer punto de la agenda política la aspiración y la posibilidad de la independencia de Cataluña, sobre todo a partir de la reclamación ampliamente compartida por la sociedad catalana del llamado “derecho a decidir”. Bastará con recordar las manifestaciones multitudinarias del 10 de julio de 2010 (con el lema “Somos una nación. Nosotros decidimos”), la del 11 de septiembre de 2012 (con el lema “Cataluña, nuevo estado de Europa”), la de la vía catalana hacia la independencia de la Diada de 2013 y, desde entonces, todas las que se han ido produciendo cada 11 de septiembre hasta la fecha.

Es preciso subrayar el sentido que ha tenido este proceso, frente a quienes sostienen que el movimiento originado en Cataluña ha supuesto desde su inicio un ataque a la soberanía nacional. Actualmente parece que efectivamente la cuestión de fondo tiene que ver con la soberanía. Ahora bien, no fue así cuando se inició la reforma del Estatuto catalán hace quince años. En aquel momento se siguieron escrupulosamente los pasos procedimentales previstos en la CE para tal reforma y esta se aprobó en 2006. Luego vendría la presentación de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Partido Popular y por el Defensor del Pueblo (acompañada de una campaña que precisamente intentaba hacer pasar lo que era un procedimiento de reforma dentro del marco autonómico como un atentado a la soberanía nacional) y la posterior STC 31/2010, que avalaría este relato. Desde entonces, los catalanes se rigen por un Estatuto que solo parcialmente han votado y crece el apoyo a las posiciones independentistas, cuyas reivindicaciones, ahora sí, son «soberanistas».

No es posible en un trabajo como este abordar el sinfín de disputas jurídico-políticas que suscita este proceso, ni siquiera las que puedan llegar a tener interés solo desde la visión de la teoría del Derecho. Por ello, concentraré mi atención en uno de esos ámbitos, que es el sentido y alcance jurídico que haya que dar al llamado «derecho a decidir». Salvo algunas pocas observaciones que añado ahora, he ido publicando a lo largo de los últimos años lo esencial de mi argumentación, tanto en trabajos académicos como en algún artículo periodístico<sup>1</sup>.

## 2. Legalidad y legitimidad en el Estado constitucional contemporáneo

Hay quien sostiene que las reivindicaciones provenientes de los partidarios del llamado «derecho a decidir» ni tienen cobertura legal ni son legítimas; los hay que consideran que, a pesar de que sean legítimas, no están amparadas por la legalidad; alguno habrá que entienda que, aunque fueran legales, carecerían de legitimidad; y, por último, hay quien opina que estas pretensiones pueden considerarse no únicamente legítimas, sino también ajustadas a la legalidad.

En lo que sigue voy a defender esta última opción. Empezaré mostrando qué significados pueden asociarse a los términos centrales de esta discusión, en especial

<sup>1</sup> Por lo que se refiere al ámbito académico, destacaré solo dos publicaciones: J.M. Vilajosana: “Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, abril 2014, pp. 178-210 (Traducción castellana en el mismo número; versión inglesa: Josep M. Vilajosana. “The democratic principle and constitutional justification of the right to decide”, *Catalan Social Sciences Review*, 4, 2014, pp 57-80) y J.M. Vilajosana: “Laboratorio Cataluña. Legalidad, legitimidad y eficacia en el proceso político catalán”, en Iñaki Lasagabaster (coord.): *Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 75-99. Por lo que hace al ámbito periodístico, puede verse J.M. Vilajosana: “Constitución, democracia y derecho a decidir”, *Eldiario.es*, 4-IV-2014 y J.M. Vilajosana: “La interpretación del derecho a decidir”, *El País*, 5-IV-2014.

los de «legalidad» y «legitimidad». Una vez hecho esto, sostendré en qué sentido defiendo que el derecho a decidir en Cataluña es no solo legítimo sino también legal.

Por ahora bastará entender que la legalidad de un acto o de una norma es un rasgo relacional, según el cual un acto o una norma cumplen con la legalidad si se han llevado a cabo siguiendo lo establecido en un determinado sistema jurídico y, en última instancia, en su Constitución.

Sobre la legitimidad, cabe decir que pueden darse versiones muy distintas. Para lo que ahora interesa, se puede hablar de legitimidad en dos sentidos. Un primer concepto de legitimidad haría referencia al apoyo popular que reciba una determinada norma, una institución o el entero sistema jurídico. Podemos llamarla legitimidad formal. Es la que decimos que tiene un gobierno, por ejemplo, por el hecho de proceder de un parlamento escogido por sufragio universal. En este sentido, en el ámbito de la legitimidad formal tiene relevancia el juego de las mayorías, sea de votos o de representantes.

Por otro lado, se puede hablar de legitimidad de una norma, institución o sistema jurídico en un sentido substantivo, que sería el de no contravenir lo dispuesto en la moral. Ahora bien, al hablar de moral es preciso evitar caer en una confusión. Una cosa es la *moral crítica*, es decir, los valores y principios propios de una moral esclarecida, a la que se llega a través de un proceso de razonamiento, y otra la *moral social o positiva*, formada por los valores morales imperantes en una determinada sociedad en un período determinado. La razón de postular la existencia de una moral crítica es precisamente la de dar cuenta de la posibilidad de “criticar” las distintas morales sociales, realmente existentes.

Se puede ser escéptico frente a la existencia de la moral crítica, pero si se quiere ser consecuente con ese escepticismo, entonces o se cae en el relativismo moral (las únicas razones que pueden darse a favor o en contra de una institución son las que propias de la moral social de que se trate) o en el emotivismo (no cabe un reproche racional de cualquier moral social ya que la moral no sería una cuestión de razones, sino de emociones). Por el contrario, si creemos que es posible dar razones morales (y no solo expresar sentimientos de desaprobación) frente a prácticas como, por ejemplo, la de la mutilación genital femenina, y no nos parece justificado que se excluya del debate moral a alguien por el simple hecho de que esté en minoría respecto de los valores morales de la comunidad a la que pertenece, entonces hay que postular que existe otro nivel en el que se puede discutir racionalmente sobre materia moral. Ese nivel es el de la moral crítica.

Así, en este sentido substantivo, la referencia a la legitimidad de un acto o de una norma es ambigua. Para evitar esa ambigüedad, Garzón Valdés habló de legitimación y de legitimidad (Garzón Valdés, 1993). La legitimación de una norma o de un acto consistiría en su adecuación a la moral positiva, mientras que su legitimidad se relacionaría con la moral crítica. Aunque no siempre, tendencialmente la legitimación irá en la misma dirección que la legitimidad formal. Será así siempre que mayoritariamente los ciudadanos se comporten de manera racional y apoyen aquellas normas o instituciones que no contradicen sus valores morales. Sea como fuere, en lo que sigue entenderé por legitimidad substantiva únicamente la que se refiere a la moral crítica.

La existencia de la moral crítica permite censurar no solo una determinada moral positiva, sino también el Derecho positivo de una comunidad. Así, la legalidad de las normas de un sistema jurídico determinado y su legitimidad podrían distinguirse claramente. Ahora bien, si podemos hacer esto es porque tenemos, aunque sea de

un modo intuitivo, alguna idea acerca de cuál sería el contenido de esa moral crítica. Eso es algo obviamente discutido desde hace siglos y las dificultades para ponerse de acuerdo son numerosas e importantes. Pero también hay que decir que se va produciendo de un tiempo a esta parte una cierta convergencia en considerar que el contenido y alcance de la moral crítica tiene que ver con el desarrollo de los derechos humanos.

### 3. Derechos humanos y principios constitucionales

Sin embargo, justamente la referencia a los derechos humanos ha sido y es la constante de las constituciones de la tradición democrático-liberal. Es una de las características que permite hablar de Estado constitucional de Derecho o de neoconstitucionalismo (Ferrajoli, 2007, vol. 1, pp. 822, 848; vol. 2, pp. 19-20, 62-63)<sup>2</sup>. La incorporación de un listado más o menos homogéneo de derechos fundamentales en las constituciones de carácter democrático ha hecho que se acabe sosteniendo tanto en el terreno doctrinal como en el jurisprudencial que el contenido de la constitución de alguna manera impregna todo el ordenamiento jurídico. Así, la visión neoconstitucionalista puede resumirse, por lo que importa, en dos rasgos<sup>3</sup>:

a. La relevancia de los principios y no sólo de las reglas en la interpretación jurídica. Los derechos fundamentales están precisamente formulados en términos de principios y no de reglas.

b. Panconstitucionalismo: la omnipresencia de la Constitución en todos los ámbitos jurídicos, sin que quede ningún espacio significativo reservado en exclusiva a las leyes. Tal como lo expresa Prieto Sanchís, «detrás de todo precepto legal se vislumbra siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice» (2001, p.208).

El hecho de que los derechos fundamentales se expresen mediante principios tiene dos implicaciones. En primer lugar, se precisará un plus de argumentación jurídica a la hora de determinar el contenido y el alcance de estos derechos. Al adoptar la forma de principios, estarán formulados en términos categóricos y no hipotéticos, por lo que, a diferencia de las reglas, carecerán de condiciones de aplicación o estas serán abiertas. Y ello comporta que muchas veces los principios deban introducirse en la argumentación jurídica a través de mecanismos como la ponderación y no mediante el clásico de la subsunción (Alexy, 1993, pp. 81-98). En segundo lugar, en la mayoría de ocasiones, los principios incorporan una carga político-moral. Por esta razón, no se puede establecer su contenido y alcance sin construir una teoría de este tipo, por rudimentaria que sea (Dworkin, 1984).

El segundo rasgo destacado implica que las constituciones son entendidas como verdaderas normas y no solo como programas políticos, por lo que su contenido permea todo el ordenamiento jurídico.

Si esto es así, es decir, si las constituciones incorporan los derechos humanos que hay que proteger y la legitimidad substantiva tiene que ver con el reconocimiento de tales derechos, entonces en puridad en un Estado constitucional de Derecho no cabe distinguir entre legalidad y legitimidad substancial de las normas cuando estas

<sup>2</sup> La terminología aquí difiere.

<sup>3</sup> Reconstrucciones muy similares se hallan en Robert Alexy (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España: Gedisa, p. 159 y ss.; G. Zagrebelsky (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, España: Trotta, p. 109 y ss.; R. Guastini (1998). "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento italiano", *Ragion Pratica*, n. 11, p.185 y ss.; Prieto Sanchís (1999). *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamara, 2ª ed., 1999: 15 y ss.



establecen derechos humanos. No podrá emitirse un juicio de legalidad (en puridad, de «constitucionalidad») sin uno previo de legitimidad (justamente el que hace referencia a los derechos humanos). Además, hay que tener presente que la regulación de tales derechos se hace a través de principios y no de reglas. El contenido y alcance de tales principios, por el tipo de materia que regulan, no pueden determinarse sin entrar antes en una discusión político-moral (Dworkin, 1984). Esa discusión será permanente y no puede darse por cerrada de una vez por todas en sociedades pluralistas como las nuestras (Rawls, 1996). Además, esa discusión será político-moral y relativa al contenido de la moral crítica, por lo que se debe apelar (y de hecho así suele hacerse) a razones de teoría política (por ejemplo, en el sentido de qué concepción de la democracia es mejor) y de teoría moral (por ejemplo, cuál es el alcance de la libertad, la igualdad, la dignidad). Esas apelaciones, sin embargo, no privan a las normas expresadas a través de los principios de su carácter jurídico. Es justo lo contrario: entrar en este tipo de consideraciones político-morales es lo exigible a la hora de interpretar tales principios jurídicos.

Por todo ello, en lo que sigue me ocuparé de postular una determinada interpretación de algunos principios reconocidos en la Constitución, tomando en cuenta cuestiones que afectarían, en mayor medida al ámbito de la legitimidad substantiva, pero sin olvidar otras referidas a la legitimidad formal (como en el apartado 5.2.2).

Mucho es lo que se ha escrito sobre los principios jurídicos, en general, y sobre los constitucionales, en particular<sup>4</sup>. En lo que sigue entenderé los principios constitucionales que entrarán en liza en este asunto como reglas ideales<sup>5</sup>.

Los principios, así concebidos, establecerían determinadas dimensiones de los estados de cosas ideales que el mundo debe tener para ser de conformidad con el Derecho. Es obvio que los distintos aspectos del ideal pueden entrar en conflicto entre sí, por ello, las reglas ideales deben ir acompañadas de mecanismos que establezcan el grado aceptable en que tales rasgos deben darse y eliminen los conflictos. Como es sabido, se lleva a cabo esta tarea a través de la técnica de la ponderación. Además, así como los principios a los que se adhiere una persona le confieren una determinada identidad, los principios jurídicos de un ordenamiento configuran su identidad material. Eso es lo que sucede con los principios constitucionales y de manera muy especial con los que nos encontraremos aquí: configuran la identidad de un sistema democrático liberal, entendido del modo que veremos posteriormente.

#### 4. Derecho a decidir como derecho de la ciudadanía a ser consultada sobre su futuro político

Se ha dicho que el derecho a decidir es todavía un derecho en construcción<sup>6</sup> (Bernadí, 2015, pp. 81-92). Su contenido y alcance vendrá determinado por el proceso de ponderación de los principios que están en juego. Pero, con el fin de dotarle de entidad propia, resulta conveniente distinguirlo del derecho a la autodeterminación<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Para un listado no exhaustivo de conceptos de principios jurídicos, véase Riccardo Guastini (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, España: Gedisa, cap. 5.

<sup>5</sup> El concepto de regla ideal procede de Von Wright (1971), *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos. Para su aplicación a los principios jurídicos, véase José Juan Moreso y Josep M. Vilajosana (2004), *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 68 y 91-92.

<sup>6</sup> Pero ya se ha avanzado bastante en esa construcción, como se pone de relieve a lo largo del texto.

<sup>7</sup> Ha subrayado tempranamente esta distinción, desde una perspectiva politológica, Jaume López (2011). "Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir", *Quaderns de recerca*, n. 4, pp. 2-18.

Podríamos resumir en tres sus respectivos rasgos distintivos:

- a. El derecho a decidir es un derecho individual (cuyos titulares son cada uno de los ciudadanos y ciudadanas de un determinado *demos*), aunque se ejerza colectivamente; en cambio, el derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo (cuyos titulares son los pueblos).
- b. Los derechos en cada caso se vinculan a dos diferentes formas típicas de ejercicio (aunque no necesariamente excluyentes). En el primer caso, prima la realización de una consulta, que requiere alguna acción u omisión por parte del Estado (autorizándola, delegando su competencia o, simplemente, tolerándola); en el segundo, se opta por la declaración unilateral de independencia.
- c. La legalidad tomada como referencia en ambos casos es distinta. En el supuesto del derecho a decidir, sería el sistema jurídico estatal, mientras que en el caso del derecho a la autodeterminación sería el Derecho internacional.

A continuación, me ocuparé solo del derecho a decidir, entendido como el que tiene la ciudadanía «de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada (en este caso, la catalana) a expresar y realizar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente» (Barceló et al., 2015, p. 13).

Con el fin de especificar el alcance jurídico de esta cuestión, es mejor formularla teniendo en cuenta que actualmente existen unas instituciones representativas de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma, en este caso Cataluña. Así, la pregunta práctica es: ¿la Constitución española permite que la *Generalitat* plantee una consulta a los catalanes sobre su futuro político? Las ventajas de formular el asunto en estos términos son que conecta al titular del derecho (la ciudadanía) con la forma típica de ejercerlo institucionalmente (la consulta) y que hace aflorar la ambivalencia que quedaría encubierta si la cuestión la planteamos simplemente en términos de derechos de los ciudadanos. Me refiero a la típica ambigüedad de los permisos.

Permitir una conducta en sentido débil es equivalente a afirmar que, en el sistema jurídico de que se trate, no hay una norma que prohíba esta conducta. En cambio, cuando alguien sostiene que una conducta está permitida en sentido fuerte, lo que dice es que en el sistema jurídico relevante hay una norma de permisión. Por lo tanto, en el primer caso, se trata de mostrar la ausencia de una norma (de prohibición), mientras que, en el segundo, hay que mostrar la existencia de una norma (de permisión) (Von Wright, 1971, p.13). Como comprobaremos en este trabajo, hay buenos argumentos para pensar que la Constitución permite, al menos en sentido débil, realizar una consulta a la ciudadanía de Cataluña sobre su futuro político<sup>8</sup>.

## 5. La ponderación de los principios relevantes

Lo primero que hay que decir es que no hay ninguna regla en la Constitución que regule el caso planteado por la pregunta. Por ello hay que acudir a los principios constitucionales. Quien se opone a una consulta que trate sobre la independencia de

<sup>8</sup> Lo cual no excluye, por supuesto, que quepa argumentar de manera plausible que se da un permiso fuerte. Al respecto, véase Mercè Barceló, 2015, *op. cit.* pp. 109-112.

Cataluña esgrime básicamente dos principios. El primero, contenido en el art. 2 CE, el de la indisoluble unidad de la nación española; el segundo, el de la soberanía del pueblo español, recogido en el art. 1.2. CE. El principio que habría que ponderar frente a estos es el principio democrático establecido como pósito en el art. 1.1. CE y concretado después en otros, como el de participación política del art. 23.1 CE. A continuación, expondré brevemente, en el orden mencionado, una manera de ponderar esos principios, que me parece razonable y a la altura de lo que exige una democracia de calidad en el siglo XXI.

### 5.1. El principio democrático como límite al principio de indisolubilidad

Los contrarios a la justificación constitucional de la consulta articulan su interpretación del principio de indisolubilidad de la nación española a través de sendos argumentos que denominaré, respectivamente, el argumento de la primacía absoluta del principio de indisolubilidad y el argumento de la petrificación del principio democrático<sup>9</sup>. Respecto del primero, sostendré que, como todos los principios, también el de indisolubilidad tiene límites; con respecto al segundo, me opondré defendiendo una interpretación evolutiva de la Constitución y, en concreto, de los derechos que directamente están vinculados con el principio democrático.

El argumento de la primacía absoluta del principio de indisolubilidad defendería que no hay ninguna circunstancia concebible en que el principio democrático pueda prevalecer. Una consulta sobre la independencia de una parte del territorio estatal afecta al principio de indisolubilidad (admitamos que lo afecta tendencialmente, pues no alcanza a comprender cómo el hecho de celebrar un referéndum por sí solo destruye la unidad territorial). Por lo tanto, concluiría el argumento, una consulta de este tipo no puede recibir cobijo bajo el principio democrático.

Este razonamiento, sin embargo, resulta chocante. Hasta ahora se había admitido, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la herramienta de la ponderación entre principios servía precisamente para no entender ninguno de ellos de forma absoluta. En determinadas circunstancias, prevalecería uno; en circunstancias distintas, prevalecería el otro. Por las razones que después aduciré, creo que, en este caso, debería prevalecer el principio democrático.

En cualquier caso, para ser consecuente, es necesario que añada los casos en que el principio de indisolubilidad prevalece sobre el democrático. Es una cuestión pacífica que la Constitución no reconoce un derecho a la autodeterminación. Por lo tanto, la declaración unilateral de independencia por parte de la Generalitat, como el ejemplo típico de ejercicio de aquel derecho, no tendría cobertura constitucional, aunque la hagan los representantes democráticamente escogidos<sup>10</sup>. De este modo, ninguno de estos dos principios sería entendido de manera ilimitada y ambos

<sup>9</sup> A pesar de lo que digo en el texto, no es fácil encontrar un desarrollo explícito de estos argumentos. Quienes niegan que el derecho a decidir de los catalanes quepa en la Constitución se limitan a citar el artículo sin aportar razones adicionales, como si el principio democrático fuera en este caso irrelevante. Por eso, los argumentos que intento reconstruir suelen hallarse en el debate solo de manera implícita. Tampoco las diversas sentencias del TC han hecho, a mi modo de ver, una ponderación explícita y argumentada de esos principios. La que más se ha acercado a ello es la STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014, en la que por primera vez se menciona la expresión «derecho a decidir», se la contraponen al derecho a la autodeterminación (como aquí he hecho) y se cita el Dictamen de la Corte Suprema de Canadá de 1998. A pesar de ello, insiste en que la aspiración del «derecho a decidir» solo cabe como pretensión de reforma constitucional, con lo que en realidad se aparta de lo que dice ese Dictamen, como después veremos.

<sup>10</sup> Como, por otra parte, sostiene también el mencionado Dictamen de la Corte Suprema canadiense.

intervendrían en la configuración de la identidad de la Constitución de manera ponderada.

### 5.1.1. Una interpretación evolutiva de los derechos democráticos

El argumento de la petrificación de la Constitución parte de la premisa de que si era necesaria una ponderación entre el principio de indisolubilidad y el principio democrático, ya la hizo en su momento el legislador constituyente. Así, la plasmación del principio democrático en el artículo 1.1, dentro de los que el Tribunal Constitucional ha denominado «principios estructurales» admitiría una y solo una estructuración, una y solo una realización concreta: la plasmada en el resto del articulado de la Constitución. Como no se contempla expresamente este tipo de consulta, se diría entonces que la forma en que el constituyente entendió la democracia es ésta y no puede ser alterada, salvo modificación expresa del texto constitucional.

Podemos aceptar que, en el momento de ser aprobado el texto constitucional, no estuviera presente entre la mayoría de los miembros de las Cortes constituyentes la idea de que la Constitución amparaba una consulta como la que ahora se plantea. También podemos admitir que no se hubiera previsto que los instrumentos de democracia directa reconocidos en la Constitución, como el referéndum, pudieran ser utilizados de una forma más activa de la que en aquel momento se pensaba, vistas las lógicas prevenciones frente a su empleo por parte del régimen franquista. Pero del hecho de que en aquel momento no existiera esta percepción, no podemos inferir que la Constitución interpretada cuatro décadas después no pueda ir más allá. Esta adecuación a las concepciones cambiantes es precisamente lo que facilita la interpretación evolutiva.

El uso de la interpretación evolutiva goza de una larga tradición en la jurisdicción internacional y, más en concreto, en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar el Convenio de Derechos Humanos (Prebensen, 2000, pp. 1123-1138). También se ha utilizado, entre otros, por el Tribunal Internacional de Justicia<sup>11</sup> por el Tribunal Europeo de Justicia<sup>12</sup>, por la Corte interamericana de Derechos Humanos<sup>13</sup> o por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>14</sup>.

También el Tribunal Constitucional ha utilizado la interpretación evolutiva en alguna ocasión. En la Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre, la emplea para demostrar el alejamiento de la voluntad de los constituyentes respecto a la institución matrimonial, admitiendo que la modificación del Código Civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es constitucional. Y lo justifica así: «el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la

<sup>11</sup> Algunos de los casos donde se puede hallar son: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] ICJ Reports 16, para. 53. *Aegean Sea Continental Shelf* [1978] ICJ Reports 3, para. 77. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* [2009] ICJ Reports 213, para. 64-66.

<sup>12</sup> Caso 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, para. 20.

<sup>13</sup> *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion, OC-16, Inter-American Court of Human Rights Series A No 16 (1 October 1999), para. 114.

<sup>14</sup> *Roger Judge v. Canada*, Human Rights Committee, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), para. 10.3.

sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (fundamento 9º).

Dado el papel fundamental asignado a la interpretación evolutiva tanto en la ya consolidada jurisprudencia internacional como en la más incipiente del Tribunal Constitucional, queda la translación a nuestro caso. Para ello, deberemos ser sensibles a la evolución que ha sufrido la institución de la democracia en los últimos tiempos y ser capaces de aplicar los resultados que obtengamos a los derechos y libertades que están claramente asociados con ella. No se debe olvidar a lo largo de este camino el mandato interpretativo del artículo 10.2, tal como el mismo TC lo ha interpretado<sup>15</sup>. Lo que le lleva a sostener que «la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva» (fundamento 8º). Por esta razón, propongo una concepción «densa» de la democracia que encaja perfectamente con la interpretación evolutiva y de la que podremos inferir más adelante consecuencias relevantes con el fin de interpretar los derechos y libertades que se vinculan con ella (emblemáticamente, el derecho fundamental reconocido en el art. 23.1), así como los fundamentos de la identidad del sistema democrático liberal, (dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad que encontramos en el art.10.1).

### 5.1.2. Una concepción densa de la democracia

La metáfora de la densidad facilita visualizar una idea dinámica de la democracia, como conjunto de estratos superpuestos, pero que no son fruto de una simple acumulación, sino que constituyen una integración coherente y nunca acabada. Por lo que ahora interesa, esta concepción se concretaría en dos vertientes, una procedimental y otra de contenido.

Con respecto a la vertiente procedimental, una concepción densa de la democracia nos ayuda a entender que no tiene sentido plantear, como a veces se hace precisamente para negar la posibilidad de justificar la consulta, que hay dos sistemas democráticos irreconciliables: el representativo y el directo. Según esta línea argumental que critico, la Constitución habría consagrado un modelo de democracia representativa, en el que cualquier elemento de democracia directa sería visto con aprensión y por lo tanto limitado a su mínima expresión.

A veces parece como si quisiera decirse que convocar referéndums es antidemocrático, olvidando que lo que hace que éste sea un instrumento verdaderamente democrático no es el mecanismo en sí, sino el contexto institucional en que se enmarca. Los referéndums de la época franquista eran antidemocráticos, no porque fueran referéndums, sino porque se desarrollaban dentro de un régimen autoritario. Los que se pueden convocar ahora, en cambio, son plenamente democráticos porque pueden materializarse en un entorno pleno de garantías electorales y de respeto por los derechos fundamentales. Las elecciones y las consultas pueden convivir perfectamente, sin que el uso de un procedimiento excluya al otro. Esta coexistencia, lejos de desnaturalizar una supuesta esencia representativa inmutable presente en la Constitución, enriquece sus componentes, haciéndola de más calidad, más “densa”. Y eso es perfectamente compatible con el derecho fundamental que los ciudadanos tienen de participar directamente en los asuntos públicos, tal como se reconoce en el artículo 23.1 de la Constitución.

<sup>15</sup> Entre otras, en las STC 116/2006, de 24 de abril y STC 38/2011, de 28 de marzo. Así, es en el art. 10.2 CE donde encuentra sustento la interpretación evolutiva según el TC, y no en el art. 3.1. del Código Civil.



Esta densidad de la democracia también se manifiesta en su contenido. Las democracias actuales son fruto de sucesivas conquistas en los derechos de las personas y de los colectivos de los que forman parte. La sensibilidad que hoy se tiene, por ejemplo, con respecto a la importancia que han ido adquiriendo los llamados derechos de tercera generación, (que incluyen entre otros los derechos a la autodeterminación y a la identidad nacional) se puede apreciar no tan sólo en la teoría política contemporánea (Ishay, 2008), sino también en la visión de organismos internacionales<sup>16</sup>. Hace tiempo que el desarrollo de la democracia pasa por ampliar las esferas en que los ciudadanos puedan decidir democráticamente. Así lo expresaba Bobbio hace más de treinta años: «Hoy quien quiera tener un indicador del desarrollo democrático de un país, ya no debe considerar el número de las personas que tiene derecho al voto, sino el número de lugares diferentes de los tradicionalmente políticos en los que se ejerce el derecho al voto» (Bobbio, 1985, p. 220).

Lo que quiero destacar de este fenómeno no es sólo que sea una visión nueva, sino que es perfectamente integrable en las anteriores. La perspectiva de las democracias liberales está mudando, pero no para decir que estos nuevos derechos no encajan. Precisamente, cambia para facilitar su encaje. El comportamiento del Reino Unido respecto de las demandas escocesas o el de Canadá en relación con las de Quebec, son buena prueba de ello. Es inexcusable mencionar en este punto el Dictamen de la Corte Suprema canadiense de 1998: «*Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels*» (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de 20-I-1998, ap. 88)<sup>17</sup>.

La concepción densa de la democracia, en definitiva, sirve para dotar de contenido a la interpretación evolutiva que esta institución requiere, tal como he explicado. Se sigue de todo lo que he sostenido en este apartado que la interpretación ponderada del principio democrático (concretado en el artículo 23.1) con el de indisolubilidad es tal que permite (cuando menos, en sentido débil) la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña, pero veta una declaración unilateral. Ésta es una forma razonable de tomar estos principios como reglas ideales y definitorios del Estado democrático instaurado en el artículo 1.1 de la Constitución.

Debo añadir, además, que esa discusión acerca del contenido y el alcance del principio democrático debería llevarse a cabo en el nivel de la moral crítica, como he dicho. En este sentido, me parece que en la mencionada STC 148/2012 el alto tribunal toma la evolución de la que habla al aplicar la interpretación evolutiva como una constatación empírica de un supuesto cambio en los valores dominantes de la sociedad. Pero este proceder tiene algún inconveniente, a mi modo de ver. Implica pensar que esta discusión es una cuestión relativa a la moral social, cuando en realidad debería relacionarse con la moral crítica. El argumento del TC hubiera tenido que ir en la línea de ofrecer buenas razones para ampliar la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo. Y esas buenas razones, por ejemplo, pasaban por demostrar que esa ampliación es más acorde con el principio de igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual (art. 32 en relación con el art. 14 CE). Hacer eso supone entrar ya en una discusión relativa a la moral crítica. No es

<sup>16</sup> Cfr., como ejemplo, *Human Development Report*, Naciones Unidas, 2004, en el que se sostiene que las libertades culturales y nacionales son componentes importantes para la calidad de la democracia.

<sup>17</sup> Cabe recordar que tal pronunciamiento tiene lugar después de que se hayan realizado en Quebec dos referéndums (en 1980 y 1995), que, si bien no fueron acordados como el de Escocia en 2014, sí al menos fueron “tolerados”.

una mera constatación de qué valores son los imperantes en ese momento en la sociedad, es decir, de cuál es su moral social. Si fuera así, en el momento que cambiaran las mayorías en España, por ejemplo, dejaría de ser discriminatorio por razón de orientación sexual que se prohibiera que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio<sup>18</sup>. Así pues, la evolución de la que se debería hablar al usar la interpretación evolutiva, al menos como la defiendo aquí, es la que tiene lugar en relación con la mejor concepción político-moral que se posea en el momento. Esta, por supuesto, siempre es falible y puede evolucionar en el futuro, pero no tiene nada que ver con el número de personas que la sostienen, sino con la calidad de sus argumentos<sup>19</sup>.

## 5.2. El principio democrático como límite al principio de la soberanía nacional

A pesar de haber razonado que la Constitución permite la consulta, falta discutir a quién se debe consultar: ¿sólo a los catalanes o a todos los españoles? De nuevo encontramos diferentes principios constitucionales en disputa. Para quien cree que el sujeto de la consulta no puede ser la ciudadanía catalana, sino que debe ser la española, el fundamento sería el principio según el cual la soberanía reside en el pueblo español (art. 1.2.). Sin embargo, ese principio también tiene límites. Estos límites surgen de nuevo de la ponderación con el principio democrático. Pero antes de concretar esa ponderación es conveniente salir al paso de una crítica que tiene que ver con las dificultades para determinar el *demos*.

### 5.2.1. La determinación del *demos*

Una de las objeciones recurrentes de los contrarios al derecho a decidir es que hay dificultades para la determinación del *demos*, es decir, de cuál es el colectivo relevante a la hora de ser consultado. El argumento suele adoptar la forma de reducción al absurdo. Así, se dirá que si los catalanes tienen ese derecho, qué impide que lo tengan los habitantes del área metropolitana de Barcelona; y si estos lo tienen, por qué no los de una población determinada dentro de esa área. Dicho en términos generales, nada habría que justificase que una clase determinada de individuos sea la relevante para ser la titular de ese derecho, ya que podría serlo cualquier subclase de la misma. Se sobreentiende que la conclusión a la que podría hacerse llegar a los defensores del derecho a decidir de los catalanes sería absurda porque con igual legitimidad (o con tan poca) podrían esgrimir tal pretensión, pongamos por caso, los habitantes de Terrassa.

Frente a este argumento cabe oponer lo siguiente. Para empezar, o el argumento es plausible o no lo es. Si no lo es, es decir, si no se considera que la conclusión es absurda, no hace falta que le dediquemos más tiempo. Si, en cambio, se supone que es plausible, entonces habrá que admitir que se aplica no solo a la clase de los catalanes sino a cualquier otra clase de ciudadanos. Así, la misma reducción al absurdo se produciría respecto a España. ¿Por qué los españoles pueden decidir su futuro político y no cualquier subclase de ciudadanos, entre los cuales por cierto la de los catalanes? Ante este contraargumento, ya solo queda refugiarse en la defensa de lo existente. Ha habido a lo largo del tiempo distintas versiones de esta tesis. Desde equiparar lo real a lo racional, a la Hegel, hasta sostener que ya hemos alcanzado el final de la Historia, por decirlo en términos de Fukuyama. Pero, llegados a este punto, o bien se cae en el problema de la inducción,

<sup>18</sup> De hecho, esta posibilidad parece ser admitida implícitamente en la propia STC, al aceptar que el legislador podría regular el matrimonio de manera distinta y ello no vulneraría el art. 32CE.

<sup>19</sup> En la línea defendida en numerosos trabajos por Ronald Dworkin. Véase, por todos, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*

al pensar que porque algo es de una determinada manera lo seguirá siendo en el futuro (con multitud de contraejemplos históricos que ponen de relieve que el número de Estados en el mundo ha sido de todo menos estable), o bien en la falacia naturalista, al dar valor normativo a lo que no es más que una cuestión de hecho.

### 5.2.2. Principio de la mayoría y dominio de la mayoría

Visto lo anterior, es momento de entrar en la ponderación. Empezaré planteando dos hipótesis. La primera es muy simple: imaginemos que en Cataluña la totalidad del cuerpo electoral quisiera votar «sí» en un referéndum sobre la independencia. Este 100% de catalanes seguiría siendo una minoría en España. Por lo tanto, es previsible que perdiera sistemáticamente cualquier votación sobre esta cuestión que tuviera como sujeto a todos los españoles. Ahora bien, preguntémonos no ya cómo se sentirían los catalanes (la respuesta es obvia), sino cómo debería sentirse en una situación como ésta alguien que pertenezca a la perpetua mayoría. ¿Podría seguir diciendo que vive en un Estado democrático y liberal?<sup>20</sup>

La segunda hipótesis es algo más compleja, pero sus implicaciones son aún más diáfanas que en el caso anterior<sup>21</sup>. Si dividimos los votantes de un eventual referéndum sobre la independencia de Cataluña entre los ciudadanos de ésta y los de (el resto de) España, normalmente pensamos en la dirección expresada en la primera hipótesis: gana el sí en Cataluña (aunque no obviamente con el 100% de los votos), y el no en España. Por supuesto, dos de las otras posibilidades no presentan problemas, como sería que el resultado de la consulta sea coincidente en uno y otro colectivo (ambos votan sí, o ambos votan no). Pero la lógica nos indica que cabe una cuarta posibilidad, por improbable que esta sea: que gane el no en Cataluña y el sí en España. ¿Sería esta una buena razón para que la mayoría de españoles expulse Cataluña de España, en contra de la voluntad de la mayoría de los catalanes? No parece razonable esta conclusión. Pero, si no lo es, entonces el colectivo relevante es el de los catalanes<sup>22</sup>.

Experimentos mentales como estos nos ponen sobre la pista de que hay algo que no encaja en la defensa de que el sujeto relevante de este tipo de consultas sea la totalidad del pueblo español. ¿O se da el caso de que esa opinión mayoritaria valdría solo para vetar la independencia, pero no para validar la expulsión?

Lo que no encaja es esto: la democracia implica el principio de la mayoría, pero es contraria al dominio de la mayoría sobre la minoría, en este caso una minoría con contornos territoriales definidos y con lengua, cultura e instituciones propias<sup>23</sup>. El dominio de la mayoría pervierte la democracia y se opone a los principios definitorios de los Estados liberales. Hagamos un breve repaso de estos principios; después veremos que ocupan un lugar destacado en los Tratados de la Unión Europea y en la

<sup>20</sup> Utilizo el adjetivo «liberal» como contrapuesto a «fundamentalista», no como contrario a «social». Para un análisis más pormenorizado de los principios definitorios de una sociedad liberal, remito a Josep M. Vilajosana (2017). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2ª ed., cap. 6.

<sup>21</sup> La formulación de esta hipótesis se la escuché al filósofo Josep Maria Terricabras.

<sup>22</sup> Por otro lado, así se ha entendido en la larga lista de referéndums realizados en el mundo desde el de Liberia en 1846 hasta el de Nueva Caledonia, celebrado el 4 de noviembre de 2018.

<sup>23</sup> Como es sabido, en teoría política Tocqueville habló de la tiranía de la mayoría. En el ámbito de la teoría del Derecho, la distinción entre principio y dominio de la mayoría se encuentra en Kelsen, si bien este autor no había pensado obviamente en aplicarla a las minorías territorializadas. Pero si tenemos en cuenta la concepción densa de la democracia que defiende en el texto, entonces no hay ningún impedimento para hacerlo. Cfr. Hans Kelsen (1954). *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional, (original de 1925), pp. 412-413.

Constitución. Son los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona (Nino, 1989).

### 5.2.3. Los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona

Según el principio de autonomía de la persona, los individuos deben ser responsables por la elección de sus planes de vida de acuerdo con sus preferencias, y no ver esta elección como un hecho del que son víctimas. Se trata de un principio que permite justificar los bienes sobre los que versan ciertos derechos fundamentales en nuestras sociedades contemporáneas. Estos bienes son los indispensables para la elección y mantenimiento de los planes de vida que los individuos puedan proponerse. Entre estos derechos estarían los de participación política como el reconocido en el art. 23 CE. La aplicación a nuestro caso: si para un amplio número de catalanes cuenta mucho para el desarrollo de sus planes de vida ser consultados sobre su futuro político, hasta el punto de incluir en la consulta la posibilidad de constituir una entidad política independiente, no pueden ser ignorados arguyendo simplemente que son una minoría dentro del Estado.<sup>24</sup>

El principio de inviolabilidad de la persona consiste en sostener que no se pueden imponer a las personas contra su propia voluntad sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio. Recuérdese en este sentido la segunda formulación del imperativo kantiano: «Actúa de manera tal que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la de los otros, como un mero medio sino siempre como un fin en sí mismo» (Kant, 1983). La idea de no instrumentalizar a las personas para obtener otras finalidades ajenas a su bienestar es la que fundamenta claramente el veto al dominio de la mayoría. Si se produce este dominio, que además se admite sin rubor que pueda serlo de manera perpetua, se está instrumentalizando a las personas que pertenecen a la minoría, se las trata como meros destinatarios de las políticas de otros y no como sujetos, cuyas preferencias hay que tener en cuenta.

Por último, tratar a las personas con la dignidad que merecen supone tomarse seriamente sus creencias, sus opiniones, pero también sus decisiones. Tomarse en serio las decisiones de un individuo, consiste, entre otras cosas, en permitirle que asuma las consecuencias de las mismas, que las incorpore al curso de su vida. Se trata de tomar decisiones entre personas con igual dignidad, sin que importen las razones por las que acaben decidiendo: el voto legitima con independencia de las razones que cada uno tenga para emitirlo<sup>25</sup>.

Lo dicho no es solo «filosofía». Es, como he sostenido aquí, el modo de dotar de contenido, con razonamientos político-morales, a los principios constitucionales, ergo jurídicos, y que, además, conforman la identidad de un Estado democrático-liberal. Tal como se establece en el art. 9 («Corresponde a los poderes políticos promover las condiciones a fin de que la libertad (...) del individuo y de los grupos donde se integra sean reales y efectivas») y en el art. 10 («La dignidad de la persona (...), el libre desarrollo de la personalidad (...) son fundamento del orden político y de la paz social»)<sup>26</sup>. A lo anterior hay que añadir que los Tratados de la Unión europea

<sup>24</sup> Las encuestas con las que se cuenta desde hace años arrojan un balance claro. En todas ellas, entre el 70% y el 80% de los ciudadanos residentes en Cataluña estarían de acuerdo con la celebración de un referéndum acordado para decidir su futuro político.

<sup>25</sup> Sobre la dignidad humana como fundamento de la democracia, véase Ronald Dworkin (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, España: Paidós.

<sup>26</sup> Sobre la relevancia de este artículo, se ha dicho que «sin hipérbole puede estimarse que este artículo de nuestra Magna Carta es *pedra angular* de todo el sistema jurídico que ella instituye», en Joaquín Ruiz-Giménez Cortés y Itziar Ruiz-Giménez Arrieta, «Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española», en Oscar Alzaga Villamil, Santiago Sánchez González, et al. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II - Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978, Edersa, 2006.

los reconocen explícitamente, relacionándolos con el respeto de las minorías. Así, en el art. 2: «La Unión se fundamenta en los valores del respeto a la dignidad humana, de la libertad, de la democracia (...) y del respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías».

#### 5.2.4. Alcance ponderado de la soberanía nacional

Antes de concluir, quedaría por examinar cuál sería la ponderación de los principios que conforman una democracia liberal como la que se define en la Constitución con el principio de la soberanía nacional. Después de lo que acabo de decir, debe quedar claro que el peso de este último principio no es suficiente para impedir una consulta, pero justifica que los ciudadanos del resto del Estado tengan que intervenir de alguna forma.

Esta intervención puede ser desempeñada por los representantes de la ciudadanía española en el Parlamento. Ello se consigue aceptando cualquiera de las vías a través de las cuales cabe articular constitucionalmente el derecho a decidir<sup>27</sup>. En primer lugar, de manera directa, según lo dispuesto en el artículo 92. En este caso se permite que las decisiones políticas de especial transcendencia sean sometidas a referéndum, convocado por el rey, mediante propuesta del gobierno y con autorización del Congreso de los diputados. En segundo lugar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 150.2, el Estado podría transferir o delegar la facultad de convocar un referéndum a la comunidad autónoma. Ambas vías, pues, comportan la intervención decisiva de los representantes del conjunto de los ciudadanos del Estado, a través de los cuales los términos del referéndum podrían ser objeto de negociación (fecha, pregunta, quórum, efectos, etc.)<sup>28</sup>.

Hasta aquí, pues, una propuesta que intenta armonizar, creo que de manera razonable, los principios que confieren identidad a un Estado democrático y de derecho como el consagrado en la Constitución de 1978 leída cuatro décadas después. No pretendo dar a entender que sea la única manera de hacerlo<sup>29</sup>. Pero, en todo caso, quien se oponga a este o a otros intentos parecidos de encontrar una salida respetuosa con el principio democrático se encontrará con que sigue en pie la pregunta inicial que ha originado este trabajo y que, ya para terminar, podemos reformular así: ¿En pleno siglo XXI habrá que seguir pensando que la única posibilidad de crear nuevos Estados estriba en la utilización de medios violentos como ha sido tradicional en el pasado o, por el contrario, los sistemas democráticos pueden y deben tener una respuesta distinta que pase por articular las demandas en este sentido de una forma ordenada, pacífica y respetuosa con la voluntad de los gobernados como la que supone la celebración de un referéndum?

<sup>27</sup> Sobre las distintas vías, véase las que ya se analizaban en el «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes poden ser consultats sobre llur futur polític», elaborado por el Institut d'Estudis Autonòmics, de 11 de marzo de 2013.

<sup>28</sup> Sobre los problemas que debería sortear un referéndum de estas características remito de nuevo al citado Dictamen de la Corte Suprema canadiense. Un buen análisis teórico reciente de ellas, se encuentra en Pau Bossacoma. *Morality and Legality of Secession. A Theory of National Self-Determination*. Palgrave Macmillan, 2020, cap. 11.

<sup>29</sup> Véanse otras, por ejemplo, en Jorge Cagiao y Gennaro Ferraiuolo (coords.). *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Madrid: Catarata, 2016.



## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, España: Gedisa.
- Barceló, M., Corretja, M., González, A., López, J.; Vilajosana, J. M. (2015). *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, España: Atelier, 2015.
- Bernadí, X. (2015). El derecho a decidir: características básicas de un derecho en construcción”, en M. Barceló y C. Luiz (coord.). *Escritos sobre derechos individuales y colectivos. Una visión desde perspectivas constitucionales diversas* (pp. 81-92). Barcelona, España: Atelier.
- Bobbio, N. (1985). *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. México: FCE.
- Bossacoma, P. (2020). *Morality and Legality of Secession. A Theory of National Self-Determination*. Palgrave Macmillan.
- Cagiao, J. y Ferraiuolo, G. (coords.) (2016). *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Madrid, España: Catarata.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (2008) *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, España: Paidós.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Garzón Valdés, E. (1993). El concepto de legitimidad en Niklas Luhmann. *Derecho, ética, política* (pp. 509-517), Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Guastini, R. (1998) “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, *Ragion Pratica*, n. 11, pp 185-206.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, España: Gedisa.
- Ishay, M. (2008). *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*. Berkeley, Estados Unidos: University of California Press, 2008.
- Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Espasa Calpe. (original de 1785).
- Kelsen, H. (1954 [1925]). *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional.
- López, J. (2011). Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir. *Quaderns de recerca*, n. 4, pp. 2-18.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, España: Ariel.
- Prebensen, S. C. (2000). Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in memory of Rolv Ryssdal* (pp. 1123-1138), Alemania, Colonia: Carl Heymanns Verlag.
- Prieto, L. (1999). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- Prieto, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, *AFDUAM* n. 5, 2001, pp. 201-228.
- Requejo, F. (2010) *Camins de democràcia. De l'autonomia a la independència*. Barcelona, España: L'Avenç.
- Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*. Barcelona, España: Crítica.
- Ruiz-Giménez, J. e Ruiz-Giménez, I. (2006). Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española. Oscar Alzaga Villaamil, Santiago Sánchez González, et al. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II - Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978, Edersa.

- Vilajosana, J. M. (2014). Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, pp. 178-210. Traducción castellana en el mismo número; versión inglesa: Josep M. Vilajosana (2014). "The democratic principle and constitutional justification of the right to decide", *Catalan Social Sciences Review*, 4, 2014, pp 57-80.
- Vilajosana, J. M. (2014). La interpretación del derecho a decidir (5-IV-2014), *El País*.
- Vilajosana, J. M. (2017). *Identificación y justificación del Derecho* (2ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Vilajosana, J. M. (2019). Laboratorio Cataluña. Legalidad, legitimidad y eficacia en el proceso político catalán, I. Lasagabaster (coord.): *Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)* (pp. 75-99). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Von Wright, G. H. (1971). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos.

## Pueblos indígenas y justicia transicional en Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas

(2019) Deusto Digital  
Bilbao, 166 pp.

Pedro Garzón López  
Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca  
[garzonpedro27@hotmail.com](mailto:garzonpedro27@hotmail.com)

Cita recomendada:

Garzón López, P. (2020). Pueblos indígenas y justicia transicional en Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 392-396.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5285>

Recibido / received: 25/02/2020

Los pueblos indígenas constituyen uno de los actores internacionales que han planteado un fuerte cuestionamiento a diferentes paradigmas dominantes en el mundo occidental desde sus propias lógicas, cosmovisiones, filosofías, ontologías, epistemologías y sistemas normativos. De hecho, se afianzan como entidades portadores de nuevos paradigmas (Kuhn, 2001) en diferentes disciplinas y ámbitos del conocimiento moderno: cultura, derecho, poder, epistemología, justicia, etc. Si bien la perspectiva indígena no plantea muros infranqueables con la tradición occidental, puesto que desde la expansión colonial europea han coexistido dos cosmovisiones distintas que se influyen mutuamente, sí plantea lógicas distintas al contrastarla con disciplinas acomodadas en el mundo académico dominante. En el caso que nos ocupa, el trabajo de Lieselotte Viaene: *Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas* constituye una de las escasas reflexiones que desde el plano del análisis teórico-práctico cuestionan el paradigma dominante de la justicia transicional desde un lugar específico de la enunciación indígena: los pueblos mayas de Guatemala.

En efecto, el paradigma de la justicia transicional se ha afianzado globalmente como una medida reparativa para compensar a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en países que emergen de conflictos armados, cuyos «objetivos esenciales serían la búsqueda de justicia, recuperación de la verdad, reconciliación, reparación, garantías de no repetición y reformas institucionales» (Viaene, p. 22). A

pesar de que los objetivos son variados y complejos, de acuerdo con la autora, el diseño de políticas gubernamentales tradicionalmente se ha limitado al modelo dominante de la justicia transicional desde las premisas liberales, eurocéntricas y legalistas del derecho internacional de los derechos humanos, soslayando una perspectiva indígena e intercultural que tome en cuenta los contextos locales de la cultura indígena, el rol de la justicia tradicional, así como el punto de vista de los supervivientes, sus epistemologías, ontologías, cosmovisiones, etc.

El discurso hegemónico de los derechos humanos ha sido la piedra angular para rendir cuentas por las atrocidades cometidas durante más de tres décadas de violaciones sistemáticas a los derechos de los indígenas mayas en Guatemala, periodo durante el cual no solo se vulneraron derechos individuales sino colectivos de pueblos y comunidades enteras. Por esta razón, la autora plantea que la justicia transicional tiene que ensanchar sus estrechos límites centrados en el individuo/victima/victimario, que solo busca que los responsables sean enjuiciados en los tribunales estatales o internacionales a fin de que las atrocidades cometidas no queden impunes. Esta situación contrasta -a decir de la autora- con la cosmovisión del pueblo *q'eqchi'*: «Las normas de la justicia *q'eqchi'* no buscan la persecución judicial y el encarcelamiento de los responsables de estas violaciones, pues de esto se ocupa la lógica interna del cosmos que forma parte del sistema normativo indígena *q'eqchi'*» (Viaene, p. 95). De modo que un modelo de justicia transicional con perspectiva indígena debe abrirse a otras disciplinas de estudio como la antropología jurídica, el derecho indígena, el pluralismo jurídico, la interculturalidad y, sobre todo, tener en cuenta el marco de referencia cultural de los destinatarios de políticas de justicia con enfoque intercultural y que sea diseñado «desde abajo» y no al revés.

Desde luego compartimos la crítica que esboza la autora al modelo tradicional de la justicia transicional diseñado desde arriba y monopolizado por el eurocentrismo y la visión antropocéntrica del individuo y sus derechos, especialmente cuando un rasgo que caracteriza a los pueblos indígenas es que sus sistemas normativos de autorregulación no se entienden de manera aislada, sino que forman parte de una concepción holística en el que predominan valores que armonizan las relaciones comunitarias con los seres humanos, la naturaleza y la espiritualidad. Se trata de un derecho sustancial estructurado en función de la cultura, la identidad, el territorio, el poder comunitario, la naturaleza, la religión, etc. Todos estos marcadores proveen en su conjunto de una serie de valores, hechos, normas, espiritualidades y cosmovisiones mejor sintetizadas en el principio de la comunalidad<sup>1</sup>, por diferenciarlo de la individualidad occidental. En este sentido me parece que el libro de Lieselotte logra poner los puntos sobre las «ies» al cuestionar la visión académica dominante de la justicia transicional a través de argumentos teóricos y empíricos a partir de estudios de casos de sobrevivientes que experimentaron un profundo sufrimiento y dolor (*nimla rahilal*) durante el conflicto armado interno en Guatemala.

Ciertamente uno de los puntos nodales que dificulta la armonización entre la cosmovisión occidental y la indígena –lo que afecta desde luego a la concepción e implementación del paradigma dominante de la justicia transicional– estriba en que la

---

<sup>1</sup> La comunalidad es la lógica en que se estructura y funciona la vida comunitaria, siendo algunas de sus expresiones: el tequio, la asamblea, el sistema de cargos, el sistema normativo propio, fiestas y tradiciones, el territorio. De hecho existe un movimiento comunalista iniciado por pensadores indígenas mixes y zapotecos de la sierra de Oaxaca, México. De acuerdo con Floriberto Díaz (2001): «La comunalidad expresa principios y verdades universales en lo que respecta a la sociedad indígena, la que habrá de entenderse de entrada no como algo opuesto sino diferente a la sociedad occidental. Para entender cada uno de sus elementos hay que tener en cuenta ciertas nociones: lo comunal, lo colectivo, la complementariedad y la integralidad. Sin tener presente el sentido comunal e integral de cada parte que pretendamos comprender y explicar, nuestro conocimiento estará siempre limitado».

cosmovisión indígena está trazada por el carácter colectivo, complementario, integral y holístico de sus «epistemologías enclavadas en sus ontologías» (Viaene, p. 30), en donde no hay una separación tajante entre seres humanos, naturaleza y espiritualidad, sino que todo es uno, interdependiente y está interrelacionado. Es así como los seres humanos, las montañas, los ríos, los manantiales, las plantas, los animales, lugares sagrados, etc., constituyen el sustrato de los derechos humanos colectivos. Sin embargo, estos conocimientos, filosofías o saberes indígenas han sido encubiertos o invisibilizados por el conocimiento eurocéntrico como bien ha sido ilustrado por Lieselotte, al señalar la existencia de una «brecha de conocimiento» que impide comprender la cosmovisión y ontologías de los indígenas mayas. En consecuencia, esto plantea la necesidad de descolonizar la justicia transicional y los derechos humanos más allá de sus límites tradicionales; sobre todo, si tenemos en cuenta que el monopolio del eurocentrismo se ha centrado en la distinción entre lo verdadero y lo falso en el campo del conocimiento científico, y desde esta premisa, los pueblos indígenas no tienen conocimientos verdaderos sino creencias, magia, idolatría, comprensiones intuitivas o subjetivas. De igual manera, el campo del derecho ha sido determinado por lo legal y lo ilegal según el derecho occidental, mientras que en los pueblos indígenas solo hay usos y costumbres, o en todo caso, un vacío jurídico, lo alegal por ser un territorio sin ley (Santos, 2010, pp. 29-32).

Ahora bien, en el discurso teórico se reconoce la diferencia cultural y se invoca el pluralismo cultural y el multiculturalismo como mecanismos que posibilitan el encuentro y el diálogo intercultural, no solo entre dos visiones culturales distintas, sino entre el Estado y los pueblos indígenas. Además, existe ya un catálogo de derechos colectivos en el derecho internacional de los derechos humanos que reconoce el derecho a la diferencia cultural, la justicia y el pluralismo jurídico, la consulta previa, libre e informada, derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales, etc. Todos estos derechos en su conjunto sustentan el derecho a la autonomía y libre determinación indígena (Anaya, 2005). A pesar de que este conjunto de derechos resultan novedosos y progresistas frente a la ortodoxia liberal reacia al reconocimiento de derechos en función de grupos, en la práctica sigue dominando el pensamiento eurocéntrico, el individualismo y la cultura jurídica occidental en la interpretación y aplicación de los derechos indígenas, lo cual dificulta materializar la autodeterminación sustancial de los pueblos indígenas (Garzón López, 2016).

La propuesta de Lieselotte Viaene es creativa en sus planteamientos metodológicos, empíricos y argumentativos, aun cuando puede haber espacios inexplorados y que es oportuno traslucirlo desde el enfoque de la colonialidad del poder y la colonialidad del derecho, puesto que pensamos que la diferencia entre los pueblos indígenas y el Estado no solo es cultural, sino también colonial. Si bien el enfoque intercultural amplía el ángulo de visión de la justicia transicional, no obstante, se deja intacta las relaciones de poder entre los pueblos indígenas y el Estado como aparato reproductor del eurocentrismo y de la colonialidad/modernidad occidental. Desde esta premisa, la relación entre el Estado y los pueblos indígenas sigue siendo una relación colonial presente desde la expansión colonial europea en las Américas. De ahí que las políticas multiculturales de reconocimiento de derechos colectivos y de la interculturalidad no hayan logrado transformar las relaciones de dominación que experimentan actualmente los pueblos indígenas; por el contrario, muchas veces el discurso de reconocimiento multicultural no solo ha neutralizado el potencial emancipador de los pueblos indígenas en cuanto sujeto político colectivo, sino que además, ha contribuido a legitimar las relaciones de dominación sobre los pueblos indígenas.

Por otro lado, a nuestros días existe un avance significativo del reconocimiento indígena –limitado predominantemente por una visión liberal de los derechos– al



haber una serie de derechos cuya aplicación tomada en serio, debería condicionar un punto de inflexión a la justicia transicional en perspectiva indígena y decolonial. En este contexto, también la diferencia entre el derecho indígena y el derecho occidental no solo es de naturaleza cultural, sino además, colonial. Desde la “diferencia cultural” se busca un mejor entendimiento entre culturas diferentes a través de la interpretación intercultural del derecho. En cambio, desde “la diferencia colonial” se plantea un distanciamiento de la gramática jurídica eurocéntrica y buscar desvelar la colonialidad jurídica presente en la teoría y práctica del derecho occidental. De ahí que la dimensión intercultural del derecho resulta apenas la punta del *iceberg*, es preciso ahondar su análisis desde el enfoque de la “diferencia colonial” y cuestionar así la «colonialidad jurídica» que subyace en la gramática jurídica moderna, la cual no solo se expresa en la ciencia jurídica y en las decisiones judiciales, sino también en la legislación, en las normas, prácticas, valores, hábitos, símbolos y razonamientos de los operadores del sistema jurídico-político dominante (Garzón López, 2019).

Lo anterior se pone de manifiesto dado que, de la lectura del trabajo de Lieselotte Viaene, se deduce una importante intersección entre cultura y derecho como marcadores analíticos que recorren a lo largo de sus argumentos críticos contra la visión dominante de la justicia transicional, posición con la cual no puedo estar en desacuerdo, por el contrario, me parece que la autora logra sincronizar muy bien argumentos teórico-académicos con la descripción empírica localizada. No obstante, considero oportuno añadir la dimensión del poder, puesto que entendemos que subsiste una visión colonizante que ha justificado relaciones estructurales de dominación hacia los pueblos indígenas. Por esta razón, muchas políticas que se han diseñado pensando en los pueblos indígenas han sido políticas coloniales de reconocimiento que sólo han reforzado las estructura de dominación en el seno de los modernos Estados coloniales. Desde el pensamiento decolonial, la trilogía modernidad, capitalismo y eurocentrismo se conciben como procesos coetáneos que significaron el horizonte colonial en América Latina, y que a partir del siglo XVI se constituyeron como ejes centrales de dominación sobre la población del “nuevo mundo”. Estos son los componentes básicos que están en la base de lo que Quijano denomina «colonialidad del poder» (2007, p. 93), en tanto patrón de dominación/explotación/control entre colonizadores y colonizados. Este patrón de poder colonial está organizado fundamentalmente sobre la idea de raza/etnia y atraviesa diferentes planos y dimensiones de la vida social: poder, trabajo, conocimiento, economía, autoridad, género, etc.

En definitiva, lo que se pretende poner en el debate es que si bien el paradigma dominante de la justicia transicional está atravesado por el pensamiento eurocentrista y la cultura jurídica occidental de base individualista, una perspectiva indígena en clave intercultural y ontológica sin duda puede contribuir en localizar procesos de justicia transicional teniendo en cuenta el punto de vista interno de los sujetos involucrados; no obstante, tratándose de pueblos con una historia colonial y con relaciones estructurales de dominación basados en la desigualdad social, el racismo y la violencia, cuestionarlo desde el eurocentrismo y el antropocentrismo no son suficientes sin desvelar la colonialidad, la modernidad y el capitalismo que son coordenadas de análisis que no se traslucen directamente en la violencia sufrida por los pueblos indígenas de Guatemala, pero que tienen sus explicaciones y causas más profundas en la reproducción de una suerte de “colonialismo interno”<sup>2</sup> en la mentalidad de quienes infligieron violencia física, moral y psicológica.

---

<sup>2</sup> Al efecto, véase González Casanova, P. (1975), *La democracia en México*, Era, México; Stavenhagen, R. (1981), “Siete tesis equivocadas sobre América Latina”, *Sociología y subdesarrollo, Nuestro tiempo*, México, pp. 15-84; Bonfil Batalla, G. (1972), “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología* Vol. IX, México, Instituto de Investigaciones Antropológicas

## Bibliografía

- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, España: Trotta/Universidad Internacional de Andalucía.
- Bonfil Batalla, G. (1972). El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial, *Anales de Antropología* Vol. IX, México, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, D. F. pp. 105-124.
- Díaz Gómez, F. (2001). "Comunidad y comunalidad" en *Jornada semanal* N° 314, 11 de marzo, México D.F.
- Garzón López, P. (2019). Pluralismo jurídico, jurisdicción y colonialidad jurídica: alcances y límites del reconocimiento indígena. En: Garzón López, P. y Mejía Mesa, O. (Coords.), *Pueblos indígenas y Estado: avances, límites y desafíos del reconocimiento indígena* (pp. 233-260). Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Garzón López, P. (2016). *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, Prólogo de José María Sauca Cano, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Casanova, P. (1975). *La democracia en México*, México: Era.
- Kuhn, T. S. (2001). *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
- Quijano, A. (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En Grosfoguel R., y Castro-Gómez, S. (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 93-126), Bogotá, Colombia: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Tinta Limón.
- Santos, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Uruguay: Trilce/Extensión Universitaria.
- Stavenhagen, R. (1981). Siete tesis equivocadas sobre América Latina, *Sociología y subdesarrollo, Nuestro tiempo*, México, pp. 15-84.

---

de la UNAM, México, D. F. pp.105-124, Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Ediciones Tinta Limón, Buenos Aires.



## Una aproximación antropológica a la justicia transicional y los pueblos indígenas: El caso de Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas

(2019) Deusto Digital  
Bilbao, 166 pp.

Javier Dorado Porras  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-9315-2155  
[dorado@der-pu.uc3m.es](mailto:dorado@der-pu.uc3m.es)

Cita recomendada:

Dorado Porras, J. (2020). Una aproximación antropológica a la justicia transicional y los pueblos indígenas: El caso de Guatemala. Comentario a Lieselotte Viaene, Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, pp. 397-415.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5286>

Recibido / received: 17/02/2020

La justicia transicional es un campo relativamente novedoso y en el que, no obstante, existe una ingente bibliografía que sigue creciendo a un ritmo vertiginoso y que hace casi imposible estar al día para quienes trabajamos en estos temas. Por supuesto, los trabajos que se publican pueden ser mejores o peores, y tener un mayor o menor interés para quien los lee, dependiendo de numerosos factores más o menos objetivos o subjetivos.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el libro de Lieselotte Viaene es una lectura muy interesante para quienes están interesados en la justicia transicional, ya que como la propia autora describe en la introducción, «forma parte de una emergente literatura académica internacional que cuestiona el paradigma de justicia transicional por ser un campo demasiado abstracto, generalista, legalista y con una visión de arriba a abajo». Ciertamente, el trabajo forma parte de esa teoría crítica que desde hace ya algunos años ha empezado a cuestionar muchos de los planteamientos en los que se había situado el *mainstream* de la justicia transicional. Se trata de un enfoque especialmente necesario en dicho campo, porque a pesar de los consabidos avisos a los que me referiré a continuación y que encontramos en la mayoría de la literatura especializada –tanto académica como práctica–, lo cierto es que el

*mainstream* de la justicia transicional sigue adoleciendo de los problemas antes mencionados. Así, se avisa de la necesidad de contextualización, de adaptación de los mecanismos de la justicia transicional a los contextos locales, y de evitar el *one size fits all*. Sin embargo, vemos a ONG's, gobiernos y Organizaciones Internacionales crear entramados institucionales donde los mecanismos de justicia transicional se replican de un país a otro, en forma de una imitación (*mimicry*) que choca con dicha necesidad. Se avisa de la necesidad de asumir un enfoque interdisciplinar que incorpore dimensiones de la ética, la política, la sociología, la antropología, etc. Sin embargo, el enfoque sigue siendo eminentemente legalista, a lo que sin duda contribuye -como no deja escapar la autora- el enfoque inicial de la justicia transicional como rendición de cuentas por las violaciones de los derechos humanos y, por tanto, su conexión -en origen- con «la disciplina del derecho internacional de los derechos humanos». Se avisa de la necesaria participación de la ciudadanía -en general- y de las víctimas -en particular- no sólo en los mecanismos transicionales, sino también, y con carácter previo, en su conformación, diseño y creación, afirmando que esto aumentará no solamente su legitimidad sino también su apropiación por parte de la sociedad. Sin embargo, rara vez estos mecanismos son producidos *bottom-up* en el ámbito nacional-gubernamental. Estos y otros déficits en el campo de la justicia transicional, ha hecho que en los últimos años surja una interesante literatura crítica en este campo, de la que el libro que aquí se reseña forma parte, y que hace alusión a importantes debates sobre el propio concepto, suposiciones, significados y alcances de la justicia transicional. La mayoría de ellos son señalados por la autora en la introducción, haciendo referencia a la relación entre justicia transicional y consolidación de la paz, la relación entre justicia transicional y desarrollo, o la relación entre justicia transicional y género. Ninguno de estos debates, aunque muy interesantes y esenciales para el devenir de la Justicia Transicional, son, no obstante, el objeto de esta obra, que se centra en el debate sobre los «desafíos conceptuales y prácticas que la diversidad cultural de sociedades pluriculturales ha generado en el ámbito de la justicia transicional». Esa imitación (*mimicry*) a la que me refería anteriormente, y que como dice la autora tiene que ver con el «aumento de modelos globales de justicia transicional, se encuentra, cada vez más, con críticas fundamentadas en particularidades locales y culturales que cuestionan las visiones dominantes sobre los objetivos de este emergente paradigma internacional», alertando sobre la imposición, o al menos la promoción, de «mecanismos occidentales de justicia en sociedades pluriculturales sin tomar en cuenta los recursos culturales ya existentes». Así, el trabajo que se reseña, dedicado a la justicia transicional y pueblos indígenas en Guatemala, tiene como objetivo principal «contribuir a reducir la brecha de conocimiento en torno a entendimientos y prácticas indígenas de justicia, reparación, búsqueda de la verdad y reconciliación para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos sufridas durante el conflicto armado» y, de esta forma «fomentar un proceso de reflexión crítica para desafiar y repensar tanto el paradigma dominante de la justicia transicional como los derechos humanos en general cuestionando su dogma antropocéntrico». Lo hace desde un enfoque eminentemente interdisciplinar que conjuga los campos de los derechos humanos, la justicia transicional y la antropología jurídica para responder a una pregunta principal de investigación que incluye una dimensión doble, analizando los factores culturales que pueden suponer obstáculos difíciles de superar para la justicia transicional así como aquellos que pueden permitir que determinados entramados transicionales se contextualicen de forma exitosa a nivel local. Para ello, la autora realizó un estudio de caso de Guatemala, con una investigación etnográfica multisitio entre víctimas y ex patrulleros de Autodefensa Civil Indígenas maya *q'eqchi'* durante dos años, con el fin de comprender cómo los sobrevivientes *q'eqchi'* «entienden y perciben los objetivos de la justicia transicional y las intervenciones estatales en esta materia en sus comunidades». Sin embargo, el estudio intenta trascender el contexto descriptivo del estudio de caso para ofrecer reflexiones útiles

a la doctrina y la práctica de la justicia transicional cuando se enfrentan a su implementación en sociedades pluriculturales en conflicto o post-conflicto, y que se recogen en el capítulo final de conclusiones y recomendaciones.

Por mi parte, haré un repaso más bien descriptivo de cada uno de los capítulos del libro, aunque iré introduciendo algunas reflexiones sobre aquellos aspectos del trabajo sobre los que, debido a mi trayectoria investigadora en el ámbito de la justicia transicional, me siento más capacitado para incursionar, pensando principalmente en mi nula formación antropológica.

Así, el capítulo 1, titulado «justicia transicional y desafíos culturales» opera como una introducción previa al grueso de dicho estudio de caso sobre Guatemala, analizando, por un lado, algunos de los contextos iniciales en los que dentro del marco de la justicia transicional surgió el cuestionamiento cultural al paradigma dominante y que se plantean dentro de la dicotomía que en el campo de los derechos humanos puede definirse como la tensión universalidad vs. relativismo cultural; y por otro, el nexos entre justicia transicional y pueblos indígenas. Respecto al primero de los temas, este capítulo empieza incursionando, aunque de forma muy breve, en cinco contextos –4 de ellos en África y uno en Asia– en los que los entramados transicionales de diferentes sociedades recurrieron a su propia tradición-cultura para incorporarla a los mecanismos transicionales: los Tribunales *Gacaca*, en Ruanda; la idea de *Ubuntu*, en Sudáfrica; el rol de los líderes tradicionales en las comisiones de la verdad de Sierra Leona y Timor Oriental; y la justicia tradicional local, en el caso de Uganda. Coincidiendo con la autora en la selección de los casos, me parecen especialmente relevantes tres de ellos, aunque por distintas razones.

Por un lado, tenemos el caso sudafricano, con la superación del régimen del *apartheid* y la andadura hacia una democracia racialmente inclusiva a través del concepto de *Ubuntu* –que podría traducirse como humanidad o grandeza de espíritu– y que concretó en sí mismo la mentalidad del entramado transicional sudafricano, y especialmente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), tendiente al respeto a los derechos humanos, la satisfacción de la justicia restaurativa y la producción de reconciliación y construcción nacional. Es un caso diferente a los otros dos a los que me referiré posteriormente porque se trata de un contexto que no planteó prácticamente ningún dilema en la comunidad internacional, y de hecho, se trata de una transición que contó con un gran apoyo externo. Las sesiones de la CVR fueron seguidas y retransmitidas incluso internacionalmente, y el sistema de intercambio de verdad por amnistía –amnistías individuales otorgadas por el comité de amnistías de la CVR– mayoritariamente defendido como la única forma de acceder a un conocimiento más pleno e integral de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen anterior y que permitiría a las víctimas y a los perpetradores pasar página, manifestado en el lema de la CVR, «*revealing is healing*». Soy consciente, y no es por tanto una crítica, que la autora solamente utiliza estos casos como precedentes iniciales de esa pluriculturalidad requerida también en el contexto de la justicia transicional, precisamente para adaptarla al contexto local –ese aviso tantas veces hecho en este campo y tan poco utilizado–. De ahí que solo se le dediquen a estos casos cinco páginas, más a efectos divulgativos que de análisis más profundo, entiendo. Sin embargo, esta excusa me brinda la oportunidad de detenerme más detalladamente en algunos aspectos del caso sudafricano que me parecen muy interesantes. Por un lado, hay que tener en cuenta que normalmente se habla del caso sudafricano en clave de gran éxito, hasta el punto de que este contexto transicional supuso, en el caso concreto de las comisiones de la verdad, el despegue definitivo de este instrumento. Tanto es así que desde el ejemplo sudafricano prácticamente no hay ningún contexto transicional que no incorpore una comisión de la verdad y que no incluya en el nombre de esta alguna apelación a la reconciliación.



Por otro lado, no debe olvidarse que numerosos trabajos académicos han puesto de relieve que esa supuesta reconciliación no ha sido tan exitosa como se quería hacer creer. Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que al menos algunas víctimas de las que desfilaron por las sesiones de la CVR no encontraron el consuelo esperado, al tener que confrontar a los perpetradores que participaron en la misma, aunque esto es algo inevitable si pensamos en la amplitud del universo de víctimas en contextos transicionales y en las diferentes necesidades, intereses y reclamos que las víctimas pueden tener. Más preocupante me parece, sin embargo, el hecho de que gran parte de los problemas planteados con el proceso de reconciliación pretendido tuvieron que ver no tanto con la utilización de conceptos culturales-tradicionales –como el *Ubuntu*– como con el propio diseño del mandato de la CVR, centrada en la tensión entre víctimas de violaciones de los derechos civiles y políticos –comúnmente activistas políticos– vs. perpetradores –normalmente fuerzas de seguridad del estado–. Muchos académicos y víctimas proponían un enfoque alternativo y más amplio, centrado en la tensión entre los beneficiarios del régimen de *apartheid* –la minoría blanca– vs. víctimas de violaciones de derechos en general –la mayoría negra que había sufrido los desplazamientos forzados y la privación de sus modos de vida–. Según ellos, el enfoque estrecho de la CVR y la no preocupación por los derechos económicos, sociales y culturales ha supuesto el paso de un *apartheid* político en el pasado a un *apartheid* económico en la actualidad. Por tanto, es importante no perder de vista el enfoque multicultural, pero también otros aspectos más de diseño institucional que pueden afectar también de forma muy importante a los resultados de la transición. Finalmente, y para dejar ya el caso sudafricano, no debe olvidarse tampoco que la configuración de la transición sudafricana, muy basada en el *Ubuntu*, la reconciliación e incluso el perdón, no era aceptado por todas las víctimas y sectores sociales. En este sentido, no deja de resultar curioso, que el grupo político que más fuertemente se opuso al entramado transicional sudafricano –AZAPO– sea el partido político que más fuertemente ha criticado las continuidades del régimen colonial y las resistencias de la decolonización en la actual sudafrica. AZAPO, junto con Nontsikelelo Margaret Biko –viuda del conocido activista Steve Biko asesinado en prisión durante el régimen del *apartheid*– y otras personas, llegaron hasta el Tribunal Constitucional de Sudáfrica (Case CTT 17/96, de 1996) para solicitar la inconstitucionalidad del sistema de amnistías establecido durante la transición por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque finalmente el tribunal mantuvo su constitucionalidad.

Más problemas han planteado a la comunidad internacional los casos de los tribunales *Gacaca* en Ruanda y el uso de la justicia tradicional en Uganda.

El primero de los casos ha planteado el debate entre los defensores de derechos humanos especialmente con respecto al respecto a los derechos de debido proceso, como hace evidente, entre otros, el informe de *Human Rights Watch* de 2011 titulado «*Justice Compromised. The legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*». En todo caso, son varios los trabajos, algunos de ellos citados en el libro que se reseña, que han manifestado su posición, a pesar de ciertas sombras, favorable con los Tribunales *Gacaca* como un esfuerzo útil y adecuado por integrar la justicia tradicional en la justicia transicional y sus fines.

El segundo, el caso de Uganda, es desde mi punto de vista el más problemático y como afirma Lieselotte Viaene, se ha convertido «en el centro de los debates clave y complejos sobre la paz versus justicia, y la justicia retributiva internacional occidental versus la justicia tradicional local». Me permito remontarme a un momento anterior al recogido en el libro que se reseña para explicar de forma más completa el caso. En el año 2000, el gobierno ugandés aprueba una Ley de Amnistía que tiene un amplio apoyo por parte de la población, especialmente en el norte del país, y para la que habían hecho *lobby* las autoridades de la comunidad

*Acholi* y los líderes religiosos. Se trata de una amnistía que se configura como una amnistía individualizada condicionada a que los solicitantes se rindan, se desarmen y renuncien al uso de la violencia y que cubre todos los crímenes del conflicto realizados por actores no estatales, incluyendo los líderes de los grupos insurgentes. Sin embargo, inmediatamente después de su aprobación, el gobierno ugandés expresó su intención de excluir de la misma –y buscar la persecución penal– a los «más responsables» de las violaciones cometidas por el *Lord's Resistance Army* (LRA), a través de la remisión del caso a la Corte Penal Internacional. Por su parte, la Corte Penal Internacional emite, en julio de 2005, ordenes de arresto contra el jefe del LRA, Joseph Kony, y sus principales comandantes –Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen y Raska Lukwiya– que tiene como resultado una modificación de la ley de amnistía en el 2006 que atribuye al ministro de asuntos exteriores la posibilidad de convertir en inelegibles para la amnistía a individuos concretos, pensada precisamente para excluir de la misma –y evitar conflictos– a los jefes del *Lord's Resistance Army* anteriormente citados. A pesar de las peticiones de la comunidad y los líderes religiosos *Acholi* a la Corte Penal Internacional para que retire las ordenes de arresto, por el peligro de perpetuación del conflicto que suponen, la oficina del fiscal de la Corte –Luis Moreno Ocampo– emite un comunicado de prensa ese mismo año en el que manifiesta su intención de continuar con la investigación del caso, lo que pone en peligro las negociaciones de paz y obliga al presidente del país a manifestar públicamente que si Kony se acogía a la amnistía disfrutaría de la misma. Así, las conversaciones de Paz de Juba (2006-2008) incorporan esta idea y la posibilidad de aplicación del sistema tradicional de reconciliación *Mato Oput* de la comunidad *Acholi*, de la que forma parte el líder del LRA, Joseph Kony. Sin embargo, estas conversaciones tampoco tendrían un fin exitoso debido, principalmente, al mantenimiento de las ordenes de arresto por la Corte Penal Internacional, que se convirtieron en el mayor obstáculo para alcanzar la paz negociada en la zona.

Desde mi punto de vista, el caso ugandés demuestra mejor que ningún otro como los posicionamientos de la comunidad internacional –especialmente en el ámbito de Naciones Unidas– en defensa de la más amplia persecución penal posible como lucha contra la impunidad y de una política de tolerancia cero contra las amnistías pueden suponer un grave peligro para los derechos humanos en muchas zonas del mundo, a través de la perpetuación de conflictos que, sin salida negociada y sin transacción por ambas partes, será difícil revertir. Además, esta posición de la comunidad internacional, y el rol de la Corte Penal Internacional en su desarrollo, ha tenido un impacto muy negativo especialmente en África, donde muchos países han criticado no solamente que los primeros casos de la Corte fueran exclusivamente en África, sino también la política de tolerancia cero respecto a las amnistías e incluso han amenazado con bajarse del tren de la Corte Penal Internacional, vista como el mayor exponente del neo-imperialismo judicial occidental. En este sentido, el paradigma global de la justicia transicional debería dejar de lado sus postulados maximalistas y uniformantes y, como afirma Lieselotte Viaene, «sacar lecciones aprendidas de los avances en el debate de universalidad-diversidad y de la supuesta oposición de cultura y derechos en el derecho internacional de los derechos humanos (...) la universalidad no requiere uniformidad. El aprendizaje clave es que los derechos humanos universales pueden acomodar diferencias culturales; podemos promover los derechos humanos universales y respetar la diversidad al mismo tiempo (...) la acomodación de la diversidad cultural no debe ser percibida como una amenaza, sino como la clave para el fortalecimiento de la universalidad de los derechos humanos».

En cuanto a la segunda parte del capítulo primero, dedicado al nexo entre justicia transicional y pueblos indígenas –después de reconocer la labor fundamental del cabildeo durante años de los pueblos indígenas en la comunidad internacional para el reconocimiento y adaptación de los derechos humanos a su situación y su

aspecto colectivo y el reconocimiento por ésta de dichos derechos principalmente a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas— se centra en el análisis de los derechos colectivos de consulta, participación y consentimiento sobre medidas legales y administrativas que les puedan afectar directamente así como el derecho a administrar su derecho propio. Respecto de los primeros, resalta no solamente la gran brecha entre el reconocimiento de los mismos y su implementación práctica, sino también la casi nula inexistencia de los mismos en contextos transicionales, incluso en aquellos en los que la gran mayoría de sus beneficiarios son víctimas indígenas. Respecto del segundo — el derecho a administrar su propio derecho— la autora pone el énfasis, como no podría ser de otra forma, en América Latina, donde ha habido importantes avances en el reconocimiento constitucional de los sistemas de justicia indígena, así como en la cooperación y coordinación de ésta con la jurisdicción ordinaria estatal, aunque —de nuevo— resaltando como el papel de estos sistemas tradicionales de justicia en los contextos transicionales sigue siendo también casi nulo, operando además la competencia para crímenes internacionales como un límite al pluralismo jurídico.

Por lo que respecta al capítulo 2, titulado «localizar la justicia transicional entre víctimas y victimarios indígenas en Guatemala», tiene una doble finalidad. Explorar por qué el caso de Guatemala es especialmente valioso para investigar el rol del contexto cultural en los procesos de justicia transicional a través de las características generales y algunos datos sobre el conflicto armado que afectó a este país durante treinta y seis años, y analizar las características y componentes del diseño de investigación sobre el que se sustenta el trabajo.

En el primero de estos aspectos, el trabajo, después de recordar que los grupos indígenas maya no son la cultura dominante, a pesar de representar el 60-70% de la población, se hace un breve repaso de las violaciones de derechos humanos cometidas, utilizando datos de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) y centrándose en las dimensiones más interesantes de las mismas que permiten extraer ciertas consideraciones sobre las mismas. En primer lugar, pueden considerarse como actos de genocidio contra el pueblo maya, a pesar de que, como la misma autora reconoce, «hasta el día de hoy, la cuestión de si hubo o no genocidio en Guatemala sigue generando un fuerte debate jurídico y político»; En segundo lugar, se trata de un ejemplo de crimen «íntimo» (dimensión muy localizada en las propias comunidades y participación masiva de civiles en las atrocidades, lo que supone una mayor afectación a la cohesión social) mediante la imposición de las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) en las comunidades rurales indígenas, en las que llegaron a participar en su momento más álgido más de un millón de hombres indígenas. Las PAC eran obligadas a hacerse cargo de tareas militares, siendo responsables de alrededor del 18% de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto, principalmetne captura o ejecución de guerrilleros, torturas y violaciones sexuales, lo que no solamente hace muy difícil de utilizar la dicotomía víctima-victimario —algo, por otro lado, bastante común en el marco de la justicia transicional— sino que, como manifestó la CEH, tuvo un impacto perverso en la cohesión social y la acción colectiva de dichas comunidades.

Posteriormente, se hace un análisis de los Acuerdos de Paz, para insistir en la idea de que el alto nivel de violencia e inseguridad post-conflicto en el país no responde tanto a su incumplimiento como al hecho de que los mismos «nunca respondieron directamente y de forma adecuada a las causas estructurales subyacentes del conflicto armado» ni «incorporaron de forma suficientes las demandas culturales históricas de la población indígena, como la redistribución y el control de la tierra o la autonomía política y territorial». Según la autora, los mismos deberían haber incluido «provisiones y metas importantes, como el fortalecimiento de

la administración tributaria, la adaptación de políticas económicas tendentes a alcanzar un crecimiento sostenido del producto interno bruto, la creación de un fondo fideicomiso de tierras y un registro del catastro, el reconocimiento de las formas organizativas indígenas, el derecho consuetudinario, las lenguas y espiritualidades indígenas, los sitios sagrados y la vestimenta tradicional». Sin embargo, los Acuerdos de Paz presentaron serias lagunas de las que se pueden extraer varias consecuencias. En primer lugar, Guatemala sigue siendo un estado multicultural débil, ya que los acuerdos no reconocieron el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la tierra, al territorio y a los recursos naturales a pesar de haber ratificado en 1996 el Convenio de 169 de la OIT y ser estos derechos básicos para la supervivencia de dichas comunidades, que se están viendo amenazadas en los últimos años por megaproyectos extractivos como ha indicado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En segundo lugar, sigue habiendo una ausencia de una política pública clara de justicia transicional en coordinación con los diversos actores de la sociedad civil, lo que convierte a este entramado institucional en un «masaico de esfuerzos oficiales y no oficiales que carecen de conexión y visión integral e intercultural», debido a la falta de voluntad política, la discriminación y el racismo institucional promovidos por las élites del país, beneficiarias de las desigualdades extremas. De ahí que los avances logrados en Guatemala se deban más a los esfuerzos de las organizaciones de víctimas y el apoyo de la comunidad internacional, entre los que cabe destacar la propia creación de la CEH y ciertas iniciativas de persecución penal, especialmente el juicio por genocidio contra Ríos Montt, anulado posteriormente por la Corte Constitucional.

La segunda parte de este capítulo se encarga, como se explicó anteriormente, de explicitar el diseño de la investigación sobre el que se sustenta el trabajo, y que pretende, como afirma la autora, «contribuir a llenar el vacío existente en la literatura antropológica que investiga desde las ontologías y sistemas normativos indígenas cómo los sobrevivientes *q'eqchi'* perciben los mecanismos de justicia transicional y cuál ha sido el impacto de los diversos esfuerzos de búsqueda de justicia, reparación, compensación y reconciliación a nivel individual, interpersonal y colectivo en las comunidades». El objetivo central de la investigación es, por tanto, analizar de qué manera las particularidades de la cultura y cosmovisión maya *q'eqchi'* desempeñan un papel en los procesos de justicia transicional que se desarrollan en las comunidades afectadas pro el conflicto armado interno. Así, la investigación de campo debía responder a 8 cuestiones iniciales: 1) ¿Cómo han entendido culturalmente las víctimas y ex-patrulleros *q'eqchi'* las violaciones de derechos humanos sufridas durante el conflicto armado?; 2) ¿Cómo perciben los objetivos principales de justicia transicional?; 3) ¿Cuál es el significado que atribuyen a conceptos como justicia, reparación, búsqueda de la verdad y reconciliación?; 4) ¿Cómo se vinculan estos significados con su cosmovisión y su sistema normativo?; 5) ¿De qué manera están restaurando las relaciones sociales fragmentadas en sus comunidades?; 6) ¿Qué factores fomentan y/o dificultan dicha restauración?; 7) ¿Cuáles son las percepciones que tienen sobre las intervenciones (inter)nacionales de justicia transicional?; y ¿de qué manera estas intervenciones toman en cuenta las realidades locales y culturales de sus comunidades?

Para abordar estas preguntas la autora realiza una investigación de campo etnográfica multisituada, desde un enfoque antropológico jurídico y con aplicación de una triangulación metodológica y dedica el resto del capítulo segundo a exponer qué significan cada una de estas dimensiones. Así, se habla de investigación multisituada porque se intenta «rastrear ideas y prácticas que están circulando y procesos translocales, así como examinar conexiones y contrastes, cruzando diferentes lugares». Para ello, la autora realiza trabajo de campo durante casi dos años –entre 2006 y 2012– en tres microrregiones del municipio de Cobán, en el departamento de

Alta Verapaz: *Nimlasachal*, *Nimlaha'kok* y *Salacuim*. Se trata, además, de un enfoque antropológico-jurídico, y en este sentido, como afirma la autora, no debe olvidarse que la antropología jurídica ha hecho importantes contribuciones en el campo de los derechos humanos, ayudando a una mejor comprensión de «cómo los derechos humanos funcionan en el terreno qué impacto real tienen y cómo el derecho internacional se traduce en la justicia local» –como demuestra la realización de peritajes antropológicos para apoyar las interpretaciones legales de los casos concernientes a pueblos indígenas solicitados por múltiples tribunales nacionales en América Latina o por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos–. Igualmente, puede ayudar en el campo de la justicia transicional ilustrando «cómo sobrevivientes y comunidades movilizan elementos rituales y simbólicos de justicia transicional para enfrentar los abismos profundos creados –o acentuados– por conflictos civiles». Finalmente, se aplica una triangulación metodológica, o múltiples técnicas de colección de datos, combinando diferentes métodos y enfoques metodológicos con el fin, en palabras de la autora, «de producir conocimientos a diferentes niveles (locales, regionales y nacionales) y de comparar y vincular los datos etnográficos producidos». Entre los diferentes técnicas, métodos y enfoques se encuentran: 1) estudio etnolingüístico y talleres etnolingüísticos; 2) observación participante; 3) grupos focales semiestructurados con enfoque intercultural; y 4) entrevistas individuales formales e informales.

El capítulo 3, titulado «El conflicto armado interno en el territorio *q'eqchi'*: una visión desde abajo», inicia lo que es el núcleo del trabajo, con una triple dimensión. En primer lugar, se hace un revisión del despojo y del espolio sistemático de sus tierras al que ha sido sometido el pueblo indígena *q'eqchi'* desde la época de la conquista. En segundo lugar, se presentan algunos rasgos centrales de la cosmovisión u ontología e identidad *q'eqchi'*. Finalmente, se examina el impacto sobre este pueblo que ha tenido el conflicto armado, tanto en cifras como desde un perspectiva de entendimiento indígena.

Resulta, en este sentido, interesante resaltar, respecto a la primera cuestión, la identificación que se traza en las primeras páginas del capítulo de la distribución desigual de la tierra como una de las causas principales del conflicto armado, algo que no es propio exclusivamente del contexto guatemalteco sino de muchos contextos transicionales, especialmente a partir de la ampliación de estas prácticas –originadas en contextos de transición democrática– al campo de los conflictos armados. Ciertamente, gran parte de los conflictos armados se producen en sociedades mayoritariamente agrarias, y la cuestión de la tierra es un factor determinante no solamente en el origen de los mismos sino también en su finalización, por lo que no es raro que los instrumentos o mecanismos de justicia transicional –especialmente las comisiones de la verdad, los programas de reparación y las reformas legales e institucionales– hagan referencia constante a este tema, incluso incluyendo una perspectiva de género. En el caso concreto de Guatemala, esa injusta distribución de la tierra, por lo que hace especialmente al pueblo *q'eqchi'*, es la causa principal de su pobreza y exclusión social y tiene como origen las expropiaciones sistemáticas iniciadas desde la conquista hasta hoy. Son, en este sentido, muy ilustradoras estas páginas del trabajo, en las que Lieselotte Viaene, hace un repaso muy sintético y, a la vez, preciso del devenir de dicho espolio, conectándolo además con datos estadísticos que permiten de alguna forma justificar también la elección del lugar donde se realiza el estudio de campo, ya que el departamento de Alta Verapaz, en el que se encuentra el municipio de Cobán –y más en concreto las 3 microrregiones en las que tiene lugar el estudio multisituado– es el que presenta el índice más alto de conflictividad agraria. La conclusión no puede ser discutida: los «flujos de migración rural de una población pobre y sin tierra, como este grupo indígena, no son una elección sino su única opción para la supervivencia cultural al despojo forzoso y



explotación laboral continua desde la conquista. Por lo cual podría nombrar a los *q'eqchi'* como un pueblo víctima de despojo forzoso histórico y sistemático. Es decir, en términos de derechos humanos, el Estado Guatemalteco ha omitido proteger y promover hasta hoy día el derecho colectivo de los *q'eqchi'* a la tierra y al territorio».

No menos interesante resulta la siguiente parte de este capítulo, dedicada a realizar una aproximación a la cosmovisión y ontología *q'eqchi'*, en un esfuerzo por intentar acercar a las mentes occidentales una forma de ser y estar en el mundo absolutamente diferente para nosotros y que entiendo que es compartida con la mayoría –si no por la totalidad- de los pueblos indígenas. Partiendo de la advertencia de que las comunidades *q'eqchi'* son entidades heterogéneas y complejas, y están caracterizadas por la diversidad política, religiosa y económica, se sitúa como rasgo clave común en sus cosmovisiones la idea de que los seres humanos deben ser entendidos como «seres relacionales», rechazando la división entre cultura y naturaleza occidental y reflejando una visión mucho más unitaria, interrelacionada e interdependiente de todos los elementos que componen el mundo. Así, los *q'eqchi'* no son solamente individuos, sino que están estructurados por sus relaciones con la familia, la comunidad, la tierra y el territorio, el mundo espiritual, las energías, etc. La primera conclusión absolutamente relevante, desde mi punto de vista, tiene una enorme relevancia en tiempos de preocupación por el destino de nuestro planeta: los seres humanos no son dueños de la naturaleza, sino que forman parte de ella y esto supone una relación de respeto hacia la misma –una conexión física y espiritual- que en la cultura occidental –si alguna vez existió- hace mucho que se perdió y que nos acerca cada vez más al precipicio. Para ellos, todo tiene vida, incluidos los recursos naturales, y debe ser protegido igual que la vida humana. Toda esta cosmovisión u ontología, ha sido, como resalta la autora, el fundamento de estos pueblos para cuestionar el enfoque liberal-individualista de los derechos humanos y reivindicar en el orden internacional sus derechos colectivos, y determinará también, como se verá más adelante, su comprensión tanto del conflicto armado como de los instrumentos de justicia transicional. Su relación especial –no solamente física sino espiritual- con la tierra y el territorio y la unidad entre lo social, lo natural y lo espiritual –concretada principalmente en la nociones de lo sagrado (*Loqlaj*), la cohesión social (*Junajil*) y tranquilidad/armonía/equilibrio (*Tuqtuukilal*) – juegan un papel vital en los procesos locales de justicia transicional y en cómo los *q'eqchi'* «interpretan y entienden la justicia, la reparación, la compensación, la verdad y la reconciliación, objetivos centrales de la justicia transicional (...)».

Finalmente, este capítulo analiza el conflicto armado desde dos puntos de vista, el de las cifras y datos, y el del propio entendimiento *q'eqchi'* del mismo. No voy a detenerme mucho en el primero, salvo para ofrecer algunas informaciones que puedan ayudar a comprender mejor las elecciones hechas por la autora de este trabajo. Así, merece la pena destacarse que el informe de la CEH demuestra que el grupo étnico *q'eqchi'*, en términos generales, fue el segundo grupo maya afectado en cantidad de violaciones a los derechos humanos, y que el informe del REMHI (segunda iniciativa de búsqueda de la verdad patrocinada por la iglesia católica a través de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala como un proyecto interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica) afirma que fueron la etnia con mayor número de víctimas a nivel nacional. Por otro lado, Alta Verapaz – departamento en el que como ya se ha dicho, se realiza el estudio multisitio– fue el tercer departamento más golpeado por el conflicto. En el área de Cobán, concretamente, más de 40 comunidades fueron destruidas por la política de tierra arrasada del ejército y se registraron un total de 1.708 víctimas, de las que el 52% fueron asesinadas en sus comunidades mientras que el 48% murió por enfermedad, inanición, etc. Se estima que en Alta Verapaz, al menos un 40% de los *q'eqchi'* fueron desplazados de sus comunidades y unos 20.000 de ellos se escondieron por años en

las montañas, haciendo frente a condiciones extremas y cambiando constantemente de ubicación al ser perseguidos, y muchos de ellos murieron también de hambre, enfermedades o «susto». Con la amnistía ofrecida por el gobierno de Ríos Montt en 1982 y su política de promover el retorno masivo de los desplazados, muchos de ellos decidieron volver de las montañas y fueron trasladados a campamentos militares o «polos de desarrollo» donde fueron sometidos a reeducación ideológica y dependieron, durante años, de la ayuda de emergencia y del régimen de «alimentos por trabajo», además de ser obligados –en el caso de los varones– a integrarse en las PAC. Posteriormente, hacia finales de los 80, se clausuraron los campamentos militares y los desplazados tuvieron que reubicarse e integrarse en el departamento de Alta Verapaz, sufriendo humillaciones, acusaciones y amenazas de las PAC y de los que se habían quedado en las aldeas. Como dice la autora, el ejército «había creado un clima de temor y hostilidad, como parte de su guerra psicológica, causando una profunda desconfianza contra los de la montaña (*aj rub'el pim*), que eran vistos como guerrilleros. La búsqueda de tierra en la región causó fricciones entre los sobrevivientes y dividió a los grupos y a las familias. Los retornados de México pudieron contar con apoyo de la comunidad internacional y del Estado para comprar tierras, mientras los desplazados internos quedaron en el olvido».

Todavía más interesante resulta, a mi modo de ver, la parte dedicada al entendimiento *q'eqchi'* del conflicto armado desde su ontología y cómo el mismo difiere de forma importante de las visiones sobre violaciones de derechos humanos provenientes del paradigma dominante en el derecho internacional. La razón, como sintetiza la autora, es que esta diferencia es «clave para la elaboración de políticas e intervenciones de justicia transicional intercultural que responda[n] a las aspiraciones y necesidades de los sobrevivientes indígenas». Los *q'eqchi'* se refieren a la etapa del conflicto armado como *nimla rahilal*. *Nimla* significa grande, y *rahilal*, sufrimiento y dolor (tanto físico como emocional y espiritual) por una pérdida definitiva (de familiares o bienes) que implica un daño irreparable. El conflicto armado provocó, para ellos, no solamente violaciones (*muxuk*) de sus derechos humanos individuales, sino también de sus normas sociales y espirituales, que suponen la destrucción de su *tuqtuukilal* (tranquilidad/armonía/equilibrio) y su *junajil* (cohesión social). Según su visión, en el conflicto armado *xo' e'xmux*, que significa «nos profanaron a los humanos y al cosmos», lo que refleja que esa profanación va mucho más allá de lo humano, incluyendo también lo natural y espiritual y supuso un *q'tok* (doblar) de su mundo que implica un trauma colectivo a nivel comunitario imposible de borrar: «el dolor nunca saldrá de nuestro corazón (*li rahilal ma jo' tahelq s qach'ool'*)». Se habla, en definitiva, desde una comprensión de las violaciones muy diferente al paradigma dominante de los derechos humanos y su concepción antropocéntrica e individualista de los mismos, así como de su concepción dualista sujeto/objeto, naturaleza/cultura y humano/no humano.

Por su parte, el capítulo 4, titulado «La relevancia de conceptos indígenas de justicia y reconciliación», analiza las comprensiones de los sobrevivientes *q'eqchi'* sobre estos conceptos clave de la justicia transicional, con un propósito doble. Por un lado, contribuir al debate internacional sobre la formalización del rol de la justicia tradicional en procesos de justicia transicional. Aunque, como recoge la autora en su trabajo, ya se han iniciado movimientos –incluso de actores internacionales– para incorporar la justicia tradicional al *toolkit* de la justicia transicional –como los casos explicados en el capítulo primero– lo cierto es que la mayor parte se han concentrado en el continente africano, mientras que en los contextos de post-conflicto en los países latinoamericanos pluriculturales –continente con mayor presencia de pueblos indígenas– estas cuestiones culturales prácticamente no han aparecido. Por otro lado, mediante un análisis empírico sobre cómo son vividas y construidas la justicia y la reconciliación en el contexto de las comunidades *q'eqchi'* en Guatemala, el capítulo

intenta aportar reflexiones que sirvan para llenar ese vacío en este espacio geográfico.

El punto de partida, que será cuestionado en este capítulo, es el dogma clave en el derecho internacional de los derechos humanos de que todas las víctimas desean el uso de la justicia penal contra los perpetradores de las violaciones y que, por tanto, la lucha contra la impunidad –y el castigo penal– son el fin de la rendición de cuentas. En este sentido, la autora afirma –aunque erróneamente– que «desde el punto de vista maya *q'eqchi'*, la impunidad –tal como se define en el derecho internacional– no es el fin de la rendición de cuentas de los victimarios» (sustitúyase el término «impunidad» –que la autora utiliza así en las páginas 26, 95 y 107– por el término opuesto de «castigo penal», y la frase cobrará todo el sentido).

¿Cómo es entonces la justicia en las comunidades *q'eqchi'*? Lo primero que deja clara la metodología utilizada por la autora, a través del uso de grupos focales, es que los *q'eqchi'* casi nunca exigían persecución judicial contra los responsables y autores de las violaciones. Solamente algunas personas líderes, que habían recibido capacitación en derechos humanos, mencionaban «hacer justicia» como algo necesario, aunque tampoco como primera preocupación. Las razones para entender esta ausencia del castigo penal, sobre la base del análisis de los datos etnográficos son las siguientes: 1) existen muchas víctimas que no conocen las raíces y razones del conflicto y quiénes eran las personas en el poder en ese momento; 2) sobre las violaciones de las PAC, hay muchas personas que entienden que fueron obligados a cometer dichas atrocidades por el ejército; 3) los sobrevivientes no entienden los beneficios del castigo penal –la justicia corresponde a una lógica interna del cosmos– y consideran, además, que quienes estén en la cárcel no les pueden ayudar. Para entender esa lógica interna del cosmos, hay que comprender el concepto de *q'oqonk* (*q'oq* es su raíz) que se relacionó con la idea de justicia en las entrevistas realizadas como objeto del trabajo. La violación (*muxuk*) produce un *q'oq*, «un dolor o tristeza que siente alguien o algo por ser tratado mal, y que se convertirá en un castigo retribuyente al causante del dolor o tristeza». La transgresión –y la desarmonía que produce– no se puede reparar, porque es imposible regresar a la situación original, pero puede ser transformada en un nuevo estado de armonía y equilibrio (*Tuqtuukilal*) mediante la introducción de la vergüenza, el consejo y la orientación al infractor, para que reconozca su falta y pida perdón. En este proceso de corrección y educación, la familia, los ancianos y las autoridades tienen un papel clave. Pero además, las transgresiones también son resueltas mediante la intervención espiritual, de forma que la lógica interna del cosmos asegura que la desarmonía causada en las relaciones sociales y espirituales sea superada a través de una nueva situación de armonía. El resultado es el *q'oqonk'*, por el que el transgresor sufre un accidente fatal, padece una enfermedad que no se puede curar, etc., como una consecuencia retribuyente que no será sufrida en el más allá, sino en este mundo, sea por el causante o por sus hijos o nietos, y que restaura el equilibrio.

¿Y la reconciliación, cómo es en las comunidades *q'eqchi'*? En el idioma *q'eqchi'* no existe un equivalente claro de la palabra «reconciliación». Partiendo de los datos lingüísticos, se argumenta que la unidad de las expresiones *kuyuk maak* (aguantar la falta, el error) y *k'amok ib sa usilal* (llevarse en la bondad) refleja esta idea de reconciliación. El causante de la falta (*maak*), del dolor y el sufrimiento, es la persona que en primera instancia tiene que aguantarla (*kuyuk*), reconocerla, ya que no se puede reparar. La persona dañada se llevará bien con el causante de su sufrimiento, después de haber aceptado la falta, de aguantarla, y conducirse a ese espacio común donde llevarse con bondad y que produce un nuevo estado de armonía a través de ofrendar a Dios/Tzuul taq'a/ser supremo. De esta forma, los *q'eqchi'* «guardan una actitud consciente de no actuar en contra de los responsables

de violaciones de derechos humanos. Esta no actuación está basada en su código ético y moral, en las bases filosóficas de su sistema normativo».

En relación con el conflicto armado, la autora señala como el *q'oqonk'* es una forma holística e integral de justicia transicional frente a las atrocidades cometidas por victimarios indígenas. Primero, dicha lógica interna del cosmos se encarga de ellos, poniéndoles en una situación opuesta –sin poder o autoridad– a la que tenían durante el conflicto y de vergüenza, no sólo frente a sí mismos, sino también frente a sus familias, comunidades y víctimas. Pero además, el hecho de que los responsables locales estén pagando por su conducta tiene, a la vez, un efecto reparativo-restaurativo en las víctimas, porque ellas reciben, mediante el *q'oq'*, reconocimiento de su sufrimiento y tristeza. Además, el *q'oqonk'* no solo atiende al problema individual entre víctima y victimario, sino que lleva el problema y su solución al ámbito comunitario o colectivo, estableciendo una prohibición que se debería respetar, y que cumple, por tanto, un rol también educativo.

La conclusión parece evidente: «existen múltiples maneras de entender y actuar en procesos de justicia transicional que están enclavadas en otras ontologías. Estos otros saberes son manifestaciones del sistema normativo y la cosmovisión indígenas, [que] difieren profundamente de los conceptos hegemónicos del paradigma dominante de justicia transicional. De hecho, se desafía con vehemencia la obligación internacional de juzgar a los perpetradores por graves violaciones de derechos humanos (...) los sobrevivientes *q'eqchi'* no solo rechazan un procedimiento judicial en los términos de justicia penal ordinaria, sino que además quieren evitarlo, por el miedo a que la lógica interna del cosmos caiga sobre ellos. En este contexto, entre los *q'eqchi'* existe con claridad un equivalente cultural de justicia retributivo y restaurativo, que fomenta una justicia transicional holística e integral, que debe ser reconocido». Más allá del peligro de que esta realidad cultural indígena pueda ser utilizada para justificar una cultura de la impunidad prevalente en Guatemala, surgen –para Lieselotte Viaene– unas importantes preguntas finales: «¿cómo se pueden conciliar estas visiones y posturas enclavadas en un marco de referencia filosófico, epistemológico y ontológico que difiere mucho del supuesto consenso universal sobre las funciones y objetivos de justicia transicional, basados en el derecho internacional de los derechos humanos? (...) ¿cómo tienen que acutar el Estado y los actores internacionales con respecto a estos retos culturales al paradigma de la justicia transicional? (...) ¿cómo se deben tener en cuenta estas realidades culturales complejas en el diseño e implementación de intervenciones de justicia transicional?». Ella misma nos da las pistas para empezar a responderlas. Por un lado, parece importante que los académicos y profesionales –mayoritariamente formados en una versión occidental y antropocéntrica del derecho y las ciencias sociales– no se incomoden frente a estas realidades culturales, que contemplan dimensiones espirituales, como el rol de los ancestros, espíritus y fuerzas espirituales invisibles, y ello aunque exista la tentación –como demuestran las experiencias en varios países africanos a las que ya se ha hecho referencia– de enfocarse solamente en prácticas culturales entendibles, visibles y manejables. En todo caso, su incorporación debe tener en cuenta el peligro de imitación (mimicry) o estandarización al que se hizo referencia al principio de estas páginas. Por otro lado, parece necesario que los hallazgos de investigaciones antropológicas-jurídicas sobre el reconocimiento, incorporación y descentralización de ordenamientos jurídicos no estatales y sobre demandas de diversidad cultural se incorporen a las intervenciones para adaptar la justicia transicional más allá del paradigma hegemónico-dominante, como forma no solamente de garantizar la efectividad de la misma, sino también de tomarse en serio el respeto a los pueblos indígenas conforme a los propios estándares internacionales de derechos humanos.



En todo caso, y más allá del contexto propio en el que se mueve el libro de Lieselotte Viaene, me gustaría volver, desde mi experiencia investigadora, al tema central de este capítulo: el dogma del castigo penal, y las posturas maximalistas que exigen el mismo en todo caso, por las violaciones de derechos humanos, especialmente en contextos transicionales en los que nos encontramos, en la mayoría de los casos, con las más graves. Este dogma no sólo plantea problemas dentro de las ontologías indígenas, sino mucho más allá. Respecto a las víctimas, parece evidente que las mismas no forman una *psique* unitaria, y que sus deseos, intereses y necesidades pueden variar de unas a otras. En este sentido, no resulta extraño que muchas de ellas pueden no tener especial interés en la persecución penal de los perpetradores. Pero es que, además, dichos deseos, intereses y necesidades pueden variar entre diferentes momentos para la misma víctima, especialmente en situaciones de conflicto o post-conflicto. En este sentido, los más importantes estudios sobre víctimas en este tipo de contextos demuestran como durante los primeros momentos –cuando la paz y la seguridad todavía no han sido alcanzadas– las prioridades de las víctimas no incluyen de forma especialmente relevante el castigo penal de los perpetradores. Creo que esta reflexión puede ayudar a explicar, por ejemplo, por qué el sí en el referendun sobre los acuerdos de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC alcanzó cotas más altas, precisamente, en las zonas más golpeadas –y con más víctimas– por el conflicto.

Por supuesto, el castigo penal por las violaciones de los derechos humanos todavía podría justificarse en otros argumentos, como que una verdadera reconciliación es imposible sin persecución penal, o que el castigo penal cumple unos fines valiosos en sí mismos, o incluso, en el cumplimiento de la legalidad internacional. El primero, me parece un argumento contrafáctico, y hay casos como el español o el uruguayo que posiblemente lo desmentirían, aunque evidentemente eso requeriría determinar qué se entiende por reconciliación. Respecto al segundo, y sin descartar que los fines de la pena son valiosos en sí mismos, son muchos los autores que han manifestado sus dudas sobre la posibilidad de aplicar los fines de la pena ordinarios a los contextos que calificaré, siguiendo a Kant, de «mal radical» y en los que suele operar la justicia transicional. No me resisto, siendo filósofo del derecho, a citar, como ejemplo, la obra de Carlos Santiago Nino «*Radical Evil On Trial*», aunque la literatura sobre el tema es amplia y en muchos casos de gran finura argumentativa. Finalmente, todavía puede justificarse la expresión maximalista de la persecución penal en el cumplimiento de la legalidad internacional. A este respecto, no debe olvidarse que a parte de los esfuerzos nacionales, en los últimos años ha habido también una campaña de lucha contra la impunidad en la comunidad internacional y que se concreta sobre todo en la actividad de Naciones Unidas y en muchas de sus normas de *soft law*, aunque especialmente en el *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* (Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1) cuyo trabajo fue obra de la experta jurista Diane Orentlicher, sobre el primer *draft* redactado por el jurista francés Louis Joinet (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1). De cualquier forma, debe tenerse en cuenta, a mi modo de ver, que esa postura maximalista en cuanto a la persecución penal –así como la política de tolerancia cero respecto a las amnistías a la que me referí anteriormente– puede ser vista por las sociedades domésticas como una forma de imposición de valores por la comunidad internacional que tenga efectos perjudiciales no solamente en el entramado transicional sino también –especialmente reputacionales– respecto de la comunidad y los actores internacionales. No es de extrañar, en este sentido, que la propia Diane Orentlicher, después de defender dicha postura maximalista en un artículo publicado en la *Yale Law Journal* (vol. 100, 1991, pp. 2537 y ss.) y titulado «*Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*» haya relativizado posteriormente su postura afirmando que la norma global de persecución penal debe ser matizada, de alguna forma,



teniendo en cuenta el respecto que merecen las comunidades nacionales y locales desde el punto de vista de la diversidad cultural ("Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 10 y ss). Algo, que, por otro lado, parece estar en sintonía con las afirmaciones hechas por la autora del trabajo que aquí se reseña, siempre que se entienda que dicha matización no solo opera desde la comunidad internacional hacia los estados, sino también en el interior de estos últimos cuando hablamos de estados pluriculturales.

Pasando ahora al capítulo 5, titulado «El cortocircuito entre las intervenciones estatales y las realidades indígenas», éste identifica precisamente las fricciones existentes entre las políticas e intervenciones del Estado guatemalteco en materia de compensación-reparación y la realidad local de las comunidades indígenas. Para ello, se analizan los conceptos legales de reparación, resarcimiento y compensación, así como los desafíos relativos a la delimitación legal y política de quiénes son los beneficiarios de los programas administrativos de reparación y desmovilización, desmilitarización y reintegración en el marco de un proceso de transición política. Finalmente, se discuten las percepciones tanto de víctimas como de ex-patrulleros *q'eqchi'* con respecto a los programas estatales de reparación.

Respecto al primero de los dos aspectos, el trabajo de Lieselotte Viaene parte de los estándares internacionales de derechos humanos y de la configuración de la reparación en los mismos para, posteriormente, aclarar algunas cuestiones semánticas relativas al uso de los términos reparación, resarcimiento y compensación en el caso del conflicto interno de Guatemala. Así, el término resarcimiento aparece por primera vez en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 1994 y, desde entonces, resarcimiento ha sido el término usado por el estado guatemalteco y la sociedad civil para hacer referencia a un programa estatal administrativo de reparaciones a las víctimas –el Programa Nacional de Resarcimiento (PNR)– aunque se acota a la compensación económica a las mismas. Mientras, el término reparación se utiliza para indicar la conjunción de la búsqueda de la justicia, los esfuerzos de búsqueda de la verdad y las iniciativas para recuperar la memoria histórica. Por su parte, el término compensación ha sido utilizado especialmente por los ex-patrulleros para referirse al pago que consideraban que debían tener también como víctimas.

Ya anteriormente en esta revista (número 8, 2015, pp. 192 y ss) he analizado como los programas de reparación administrativos pueden tener ciertas ventajas sobre la reparación judicial, principalmente el tratarse de programas que no presentan algunas de las desventajas y costes asociados a la litigación judicial –como los retrasos a la hora de dictar sentencia, los altos costes de los procesos judiciales, la necesidad de presentar pruebas que superen el test judicial de admisibilidad, las cuestiones psicológicas asociadas al enfrentamiento con el victimario y a la revelación pública de los hechos, así como el riesgo de una posible decisión contraria a los intereses de las víctimas– y tener una consideración de la justicia bastante más amplia. Sin embargo, los programas administrativos de reparación también pueden tener problemas o dificultades, y el principal es al que Lieselotte Viaene hace referencia en las siguientes páginas del capítulo 5, la definición del universo de víctimas que van a ser beneficiarias de los programas de reparación. En este contexto, el problema en Guatemala, donde no había espacio político para un Programa de Desarme, desmovilización y Reintegración (Programas DDR) de las PAC, fue la homogeneización –en inicio– de los ex-patrulleros como victimarios, sin tener en cuenta, a pesar de las conclusiones de las iniciativas de búsqueda de la verdad en el país, que como ya se explicó anteriormente ese contexto específico suponía un quiebre básico de la dicotomía víctima-victimario. En este sentido el informe de la CEH reconoce que los ex-patrulleros eran «cómplices forzados» y

también, en muchos casos, víctimas pero la polarización política ha impedido en todo momento su inclusión como beneficiarios en los programas de reparación, con un apego a dicha dicotomía que puede calificarse de «lógicamente simplista, éticamente injusto, psicológicamente engañoso y prudentemente destructor». La exclusión de los patrulleros de los acuerdos de paz y la consecuencia de dicha exclusión –la ausencia de ningún tipo de resarcimiento o compensación a pesar de ser también víctimas en muchos casos- no se modificaría hasta el año 2003, cuando bajo el gobierno de Portillo, los ex-PAC y las viudas de ex-PAC realizó un primer pago a los mismos de un importe de unos 1.700 quetzales (240 dólares), que alcanzó a unas 190.000 personas. Este pago supuso la protesta airada de organizaciones de derechos humanos y otros actores y el desafío de la medida ante la Corte Constitucional del país, que la declaró inconstitucional en el año 2005. Ante este nuevo hecho, y ya bajo el gobierno de Berger, se institucionalizó la indemnización de los ex-patrulleros a través de la creación del Proyecto de reforestación Bosques y Agua para la Concordia, por el que se pagaría a los ex-PAC que se registrasen en el mismo a cambio de su trabajo en el programa con tres pagos, que en muchos casos no llegaron a completarse.

Paradójicamente, fue el conflicto político sobre el pago a los ex-patrulleros el que abrió el espacio político para la elaboración de un Programa Nacional de Resarcimiento (PNR. 2003) que estaba diseñado como una reparación integral a las víctimas y que incluía 5 medidas: restitución material, resarcimiento económico, reparación psico-social y rehabilitación, dignificación de las víctimas civiles y resarcimiento cultural. Es importante destacar que este programa excluye como beneficiarios del mismo a todos los ex-PAC inscritos en el registro del programa para el pago de los ex-patrulleros, aunque no hubieran recibido ningún pago. En este Programa Nacional de Resarcimiento se primó la reparación económica, que se situó en 24.000 quetzales (3.000 dólares) por un familiar fallecido y de 10.000 a 20.000 quetzales (1.370 a 2.750 dólares) por violación sexual y/o tortura. En cuanto a su implementación, todavía hay muchas zonas oscuras sobre el número de beneficiarios a los que alcanzó y otras cuestiones.

En cuanto a las percepciones de los sobrevivientes *q'eqchi'* sobre los programas estatales de reparación, los datos etnográficos revelan que ambos programas estatales de reparación interfieren y debilitan los frágiles procesos de reconstrucción social, agitando las emociones, la desconfianza y la conflictividad social.

Primeramente, se analizan las múltiples percepciones alrededor del programa de compensación a los ex-patrulleros. En este sentido, el estudio llega a una conclusión doble respecto de las víctimas. Por un lado, hay entre las víctimas una conciencia cada vez mayor de que éstos fueron obligados a participar en el conflictos y que también sufrieron. Por otro, las víctimas expresan frustración y decepción por la mayor rapidez con la que se tramitaron las ayudas para los ex-patrulleros en comparación con las suyas propias, por el hecho de que muchas no entendían que el gobierno premiase con una compensación económica a quienes habían sido corresponsables de su *ninla rahilal*, y por lo que entienden que es un agravio comparativo teniendo en cuenta los diferentes tipos de sufrimientos de uno y otro grupo.

Entre los ex-PAC, la mayoría de los entrevistados consideran que merecen el pago porque fueron obligados a patrullar y mientras lo hacían no podían trabajar y abastecer a sus familias. Sin embargo, se han producido muchas quejas en relación a los problemas burocráticos que los ex-PAC tienen que afrontar, como la exclusión por carecer de documentos exigidos, que ha dejado a muchos de ellos y sus viudas sin el acceso a la compensación o la exclusión del PNR por estar en el registro del

programa de los PAC a la que se hizo mención anteriormente. Además, la gran mayoría nunca recibió el pago total, sino solamente algunas cuotas del mismo y muchos consideran que al hacerse a cambio de un trabajo no supone, en sí misma, una compensación por su sufrimiento.

De nuevo, el desigual tratamiento que hacen los gobierno de Guatemala entre víctimas y ex-patrulleros –a pesar de que muchos son víctimas, incluso de diferentes bandos– no sólo genera malestar entre los diferentes tipos de sobrevivientes *q'eqchi'*, «sino también fricciones y desconfianza en las comunidades. De hecho, el diseño y tratamiento específico de ambos programas revictimizan a las víctimas y a los Ex PAC», a lo que ayuda también el hecho de que las principales ONG del país especializadas en la atención psicosocial de las comunidades afectadas excluyen a los ex-patrulleros de sus programas en esa consideración exclusiva, limitada y limitante de los mismos como victimarios.

Posteriormente, se analiza cómo los ejecutores del PNR tuvieron que hacer frente los problemas y desafíos relativos a la traducción al *q'eqchi'* de conceptos tales como «reparación», «resarcimiento» y «restitución», que en palabras de la autora, demuestran «una clara falta de ejercicio de traducción intercultural o de doble vía como parte de un diálogo intercultural entre estado y sobrevivientes indígenas para crear políticas públicas de justicia transicional que respondan a visiones y necesidades indígenas».

Finalmente, el capítulo 5 presenta un análisis del funcionamiento del PNR y de sus retos y problemas desde la mirada de los sobrevivientes *q'eqchi'* que demuestran la insuficiencia del PNR.

El primero de esos problemas –al que la autora se refiere como la «vida no tiene precio»– demuestra los grandes problemas que el resarcimiento económico presenta para los sobrevivientes *q'eqchi'*, muchos de los cuales son extrapolables a otros grupos de víctimas. En primer lugar, porque el pago les genera un fuerte sentimiento de culpabilidad, algo que no es exclusivo de los sobrevivientes indígenas, y que de hecho ha pasado en muchos contextos transicionales, como por ejemplo en Argentina, donde hubo un gran debate entre las madres de los desaparecidos porque un sector de este movimiento veían la compensación económica como un dinero manchado de sangre, como una forma de comprar su silencio. En segundo lugar, porque aunque el trámite para recibir cualquier medida de resarcimiento es en sí mismo gratuito, lleva aparejado múltiples gastos de pasaje, documentación, traductores, etc., especialmente relevantes en contextos de gran pobreza y exclusión social. Estos problemas se hacen más patentes en el caso de las comunidades indígenas, ya que carecen de documentos oficiales, o hay errores en los que poseen, como por ejemplo, en sus nombres y apellidos. Además, muchas víctimas tienen que enfrentar racismo y discriminación en su contacto con las autoridades estatales para conseguir dicha documentación, como puede ser el Registro Civil. Los beneficiarios son mayoritariamente *q'eqchi'*, y sin embargo, las autoridades estatales tienen un muy limitado conocimiento de su idioma, a pesar de que la ley 19/2003 reconoce el uso oficial de los idiomas indígenas, por lo que en muchos casos tienen que contratar tramitadores que les ayuden con el papeleo. Todo esto supone una revictimización, en lugar de resarcir el pasado y sanar las heridas. Por otro lado, los datos empíricos demuestran que los beneficiarios perciben más el resarcimiento como una ayuda de parte del Estado que en términos de una auténtica medida de reparación y que en muchos casos llega demasiado tarde o incluso sigue sin llegar.

El segundo hace alusión a la «restitución de pertenencias destruidas». Los sobrevivientes *q'eqchi'* consideran que el estado les debería devolver o compensar

por sus pertenencias materiales que fueron destruidas, que para ellos tienen también un significado espiritual. Además, esa devolución o compensación, conforme al sistema normativo indígena, debería ser del mismo valor de todas sus pertenencias perdidas. En este sentido, las entrevistas revelan que existe mucho disgusto entre los desplazados internos en cuanto a las casas que el programa está ofreciendo, al tratarse de casas de bloque que no compensan el valor (material y espiritual) de sus casas perdidas.

El tercero es la «restitución de tierras». Otra gran demanda de las víctimas es la entrega de títulos de terreno o tierra, especialmente importante para la recreación de sus vidas y para fomentar una nueva situación de tranquilidad y paz, sobre todo si se tiene en cuenta la unión de las comunidades indígenas con su territorio, que va más allá de lo físico e incorpora el elemento espiritual. El PNR exige la titulación de tierras como condición para poder solicitar la medida de restitución de la vivienda y ello ha provocado que muchas familias *q'eqchi'* quedasen excluidas de esta medida. Teniendo en cuenta la histórica inseguridad jurídica sobre sus tierras, los sobrevivientes *q'eqchi'* se encuentran en una situación extremadamente vulnerable frente a megaproyectos energéticos y extractivos. Aunque el PNR incluyó la medida de restitución de tierras, dicha política nunca fue una prioridad, y se ha limitado a la situación de los desplazados, reparando las consecuencias del conflicto armado, pero sin enfrentar la causa profunda de este conflicto que es el problema agrario y la titulación de las tierras en Guatemala.

El cuarto, las «reparaciones colectivas». Los datos etnográficos sugieren un respaldo generalizado a las medidas de reparación colectiva. Mientras que la compensación se ha realizado a nivel individual, los sobrevivientes critican y no comprenden ese carácter individual. Muchas víctimas indican que todos han sufrido el conflicto armado y no entienden las categorizaciones del PNR.

El quinto, la «recuperación de la memoria histórica local». Esta recuperación se manifiesta en las entrevistas como una necesidad para los sobrevivientes, que consideran necesario divulgarla a nivel de las comunidades afectadas. Sin embargo, y a pesar de que en 1999 la CEH recomendó una campaña de divulgación de su informe final, ni la versión original ni la versión en *q'eqchi'* fueron finalmente divulgadas de forma masiva en Alta Verapaz. Diferente es la situación en el marco del Proyecto REMHI, donde se trabajó estrechamente con varias comunidades y que ha sido valorado muy positivamente por parte de muchos sobrevivientes. Por otro lado, diferentes iniciativas locales de recuperación de la memoria histórica no han recibido ningún tipo de reconocimiento oficial, lo que puede considerarse, según la autora, como una «falta de interés por parte del Estado [que] revictimiza a las víctimas».

Por último, el punto clave planteado por los entrevistados fue «la importancia del rol de lo espiritual en la sanación de las heridas del pasado». Rituales de sanación, anclados en la cosmovisión *q'eqchi'*, podrían atender el problema de los espíritus de la gente desplazada que todavía deambulan por las montañas. Para ello, es necesario «regresar a los lugares donde cada quien se asustó y perdió su *muhel* (espíritu), para realizar sus rituales». El problema es que muchos de esos lugares son ahora propiedad privada, por lo que los sobrevivientes necesitan un permiso oficial para pasar a esos terrenos. Además, a pesar de la importancia de este tema para la cosmovisión indígena, las organizaciones que ofrecen ayuda psicosocial muestran, por lo general, una «falta de interés y de respeto por los recursos de sanación de los pueblos indígenas».

Todos estos problemas ponen de relieve para la autora que si los diseños institucionales de la justicia transicional no parten de las necesidades reales de las

víctimas, incorporando además un enfoque intercultural cuando los beneficiarios son indígenas, las políticas de estado no solamente pueden fracasar, sino también minar los procesos locales de reconstrucción hasta revictimizar a los sobrevivientes.

Intento terminar ya estas líneas con unas breves referencias al apartado final, dedicado a «conclusiones y recomendaciones», que comparto plenamente y que pueden resumirse en tres.

Por un lado, el hallazgo crucial del estudio es que la percepción indígena se posiciona como una opción contrahegemónica al paradigma occidental dominante de la justicia transicional y de los derechos humanos y refleja modos diversos en los que los sobrevivientes indígenas se enfrentan a las secuelas de las graves violaciones de los derechos humanos desde una posición no de víctimas pasivas, sino de sobrevivientes activos con agencia, utilizando un conjunto híbrido de recursos de justicia transicional a nivel tanto individual, colectivo y espiritual basado no exclusivamente en su cosmovisión, sino que también se alimenta de la interacción con las intervenciones implementadas por el Estado y por actores externos, que mezcla tradición e innovación y demuestra la naturaleza adaptativa y no estática de las prácticas legales indígenas.

Por otro lado, desde la perspectiva concreta del caso de Guatemala, puede observarse como en los últimos veinte años después de la firma de los Acuerdos de Paz, la búsqueda de justicia, reparación, verdad y reconciliación nunca ha sido tomada en serio por la élite socio-política ladina que gobierna Guatemala, y si se han conseguido logros es gracias a los esfuerzos impulsados por las organizaciones de derechos humanos y el apoyo de la comunidad internacional. En todo caso, este estudio ofrece reflexiones que pueden ser interesantes para la evaluación de este proceso y su mejora. Un punto crucial para ello es asumir que el diseño transicional desarrollado ha sido realizado de arriba a abajo (*top-down*), con un enfoque principalmente legalista, con falta de participación de los sobrevivientes en la conceptualización, diseño y gestión de los mecanismos transicionales y con un planteamiento occidental que difícilmente encaja con la cosmovisión indígena. Ante esta situación, sería deseable consensuar, articular y coordinar con los diversos grupos de sobrevivientes –indígenas y no indígenas– una política pública de justicia transicional en Guatemala con un enfoque intercultural, centrado en los supervivientes, y en el que se promoció los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Especialmente interesante resultaría el respeto, por parte del Estado, a los derechos de consulta previa, libre e informada con los sobrevivientes indígenas sobre las medidas legales y administrativas en materia de justicia transicional, así como el cumplimiento de la obligación internacional de reconocer el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la tierra, al territorio y a los recursos naturales, que continua siendo una deuda histórica pendiente en Guatemala. Igualmente, se exige un salto o evolución de la justicia transicional –centrada en las violaciones de derechos civiles y políticos– para incorporar también la seguridad, los derechos económicos, sociales y culturales y el desarrollo sostenible, transformándose en una justicia no meramente reparativa, y pasando también a ser una justicia transformadora. De otra forma, las políticas nacionales de justicia transicional no sólo no tendrán éxito sino que debilitarán los procesos de reconstrucción social local que están desarrollándose en las comunidades afectadas.

Finalmente, desde la perspectiva internacional de la justicia transicional, el análisis del caso de Guatemala brinda importantes reflexiones para muchos de los debates teóricos y prácticos en torno al futuro de la justicia transicional. Algunas de las conclusiones, en este sentido, son: 1) los mecanismos de justicia transicional deben organizarse de tal manera que estén adaptados a las realidades locales y, al



mismo tiempo, fortalezcan a los sobrevivientes y las comunidades; 2) Las normas universales –globales– que cortan el campo de la justicia transicional deben acomodarse a la diversidad cultural y responder a las realidades locales. El reto es cómo abordar las muchas visiones de los objetivos de la justicia transicional, pero en todo caso, puede afirmarse que los argumentos culturales deben tomarse en serio, y a la vez, con cautela. Así, dichas prácticas no deben desconectarse de sus marcos ontológicos de referencia, algo que resulta difícil de hacerse si dichas prácticas se convierten en otro instrumento del toolkit de la justicia transicional y empiezan a replicarse o imitarse en diferentes contextos. Por otro lado, los saberes y las prácticas indígenas poco conocidas, como el papel de los antepasados y los fenómenos espirituales, no tiene que ser un obstáculo, a pesar de las incomodidades occidentales ante los mismos. Además, la participación de expertos independientes puede brindar una protección contra los juegos de poder de las autoridades tradicionales y contra la manipulación de la tradición con propósitos políticos. Igualmente, el reconocimiento del importante papel que la antropología jurídica –por ejemplo, a través de peritajes antropológicos– puede ayudar a identificar y traducir significados culturales y a asesorar sobre la forma de incorporar otras epistemologías; 3) A pesar de que determinados actores clave en el campo de la justicia transicional han reconocido la importancia de un enfoque holístico e integral de las intervenciones de justicia transicional, lo cierto es que el enfoque dominante tiende al diseño de mecanismos que abordan por separado sus diferentes objetivos. Parece necesario, en este sentido, tomarse en serio los enfoques de abajo a arriba (*bottom-up*) –que permiten entender mejor como para los sobrevivientes dichos objetivos están entrelazados– así como la indivisibilidad entre las dimensiones locales e internacionales de la justicia transicional.

Hay un importante trabajo por hacer.

### Bibliografía

- Orentlicher, D. (1991). Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. *Yale Law Journal*. vol. 100, pp. 2537 y ss.
- Orentlicher, D. (2007). Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency, *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, pp. 10 y ss.

## Justicia transicional, el diálogo y la reflexividad crítica: tejiendo pensamientos\*

Lieselotte Viaene

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0001-8507-4006

[lviaene@clio.uc3m.es](mailto:lviaene@clio.uc3m.es)

Cita recomendada:

Viaene, L. (2020). Justicia transicional, el diálogo y la reflexividad crítica: tejiendo pensamientos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 416-423.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5287>

Recibido / received: 06/03/2020

«De vez en cuando camino al revés: es mi modo de recordar.  
Si caminara sólo hacia adelante, te podría contar cómo es el olvido.»  
Humberto Ak'abal<sup>1</sup>

Comienzo con un agradecimiento profundo a José María Sauca y al equipo editorial de *Eunomía* por haber seleccionado mi libro *Nimla rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas*, publicado el año pasado, aunque ya concebido hace muchos años atrás, como objeto de esta sección *Book Forum*.

Las reflexiones de mis apreciados interlocutores Javier Dorado Porras, colega profesor e investigador de la Universidad Carlos III de Madrid, y Pedro Garzón López, investigador postdoctoral e indígena *chinanteo* (México), me recordaron la importancia de «caminar al revés». Como describe mi poeta favorito, el finado Humberto Ak'abal, maya *quiché* de Guatemala, de vez en cuando hay que «caminar al revés» y meditar sobre de dónde vengo, dónde estoy y hacia dónde me gustaría ir y por qué.

Desde hace casi un año estoy recorriendo un nuevo sendero académico como investigadora principal del proyecto de investigación *RIVERS-¿Agua/derechos humanos más allá de lo humano? Ontologías indígenas del agua, encuentros plurilegales y traducción interlegal* (2018-2024), gracias a una *Starting Grant* recibida en 2018 por el Consejo Europeo de Investigación (ERC, por sus siglas en ingles)<sup>2</sup>.

\* Esta publicación ha sido posible gracias al financiamiento por el Consejo Europeo de Investigación (ERC) bajo el programa de investigación y innovación H2020 de la Unión Europea (Acuerdo de subvención No 804003).

<sup>1</sup> H. Ak'abal, 2001, 'Camino al revés', *Ajkem Tzij. Tejedor de palabras*, Cholsamaj, Guatemala, p.20.

<sup>2</sup> Más información: [www.rivers-ercproject.eu](http://www.rivers-ercproject.eu).

Esta nueva travesía intelectual tiene como pregunta principal: ¿hasta qué punto el derecho internacional de los derechos humanos puede abarcar y entender las realidades plurilegales del agua? RIVERS aborda una de las cuestiones más apremiantes de este siglo: la relación entre los seres humanos y la “Naturaleza”. Con un equipo de investigación interdisciplinario e internacional, esperamos poder esclarecer críticamente posibles caminos hacia un cambio urgente de paradigma del marco de los derechos humanos que vaya más allá de los supuestos modernos dominantes sobre cultura/Naturaleza y lo humano/no-humano. Colombia, Guatemala, Nepal y el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas son los contextos donde se desarrollará una investigación empírica e antropológica jurídica.

Honestamente, caminar este nuevo sendero no hubiera sido posible sin previamente haber tenido la oportunidad de conocer profundamente y caminar literalmente muchas sendas del territorio maya *q’eqchi’* de Guatemala en el contexto del «post» conflicto, que es el tema central del libro que está bajo discusión aquí. De hecho, en el acto de lanzamiento internacional de este proyecto de investigación que celebramos el pasado 8 de noviembre en la Universidad Carlos III de Madrid<sup>3</sup>, dediqué RIVERS a los fallecidos y sobrevivientes mayas del genocidio de Guatemala que han colaborado generosamente con mis investigaciones. Aprovechando este espacio quiero expresar esta dedicatoria formalmente porque la investigación que forma la base de este libro es, en realidad, fruto de un largo y profundo dialogo entre muchos lugares, muchas voces y muchos saberes que forman parte de este territorio *q’eqchi’*. Haber tenido el privilegio de caminar con muchos *q’eqchi’* estos senderos ha sido una experiencia muy transformadora porque, entre otras cosas, me enseñaron la existencia de una realidad más allá de la inmediata relativa a los conocimientos eurocéntricos enseñados en nuestras escuelas y universidades.

Como describí en este libro, para los mayas la palabra es sagrada y esto no es una simple metáfora, sino un hacer, una práctica, un modo de estar y vivir el mundo. En esta línea, nos explica mi colega antropólogo y apreciado amigo Carlos Fredy Ochoa (2014), que el *Popol Vuj*, la sagrada crónica antigua maya, nos enseña que el diálogo no es solamente un valor moral, sino también «un acto creador y fundador» y «la señal de nuestra existencia». Este pequeño texto pretende crear un diálogo escrito con los pensamientos de mis dos interlocutores, investigadores con formaciones y trayectorias académicas muy distintas. A su vez, mis colegas me invitan a seguir a delante con una actitud de «reflexividad crítica», que según los editores de la revista académica de referencia *International Journal of Transitional Justice*, es indispensable en el campo de justicia transicional porque solamente así «somos capaces de realizar algunas de nuestras múltiples subjetividades dentro de procesos co-constructivos de conocimiento dialógico y colectivo, evitando la tendencia a centrarnos o a desplazar a aquellos con cuyas historias buscamos dialogar, documentar y analizar» (Lykes y van der Merwe, 2019, p. 413). Efectivamente, como investigadora comprometida es necesario posicionarse, re-posicionarme realizando varios “giros” en el pensamiento académico que se ven reflejados en un tejido de pensamientos con muchos colores y diversas figuras. Y como ocurre en el proceso

<sup>3</sup> Acto Inaugural ERC proyecto RIVERS y seminario internacional, «*The Rights of Nature: a legal revolution or ontological conflicts?*», 8 de noviembre 2019 (UC3M), con participación de: Vicky Tauli-Corpus, UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous People, Anne Nuorgam, Chair of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (Sami, Finland), Belkis Izquierdo, Magistrada Arhuaca, Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (Colombia), Dambar Chemjong, Director Anthropology Department, Trivubhan University, (Limbu, Nepal), Guillermo Fernández-Maldonado, Representante-Adjunto, Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Colombia. La grabación del seminario está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VqzZyaP0NyQ>

de tejer, en ciertos momentos a veces hay que sacar un hilo que no quedó bien y poner otro.

### **El dogma de la justicia como castigo penal: ¿una verdadera necesidad de los sobrevivientes de graves violaciones de derechos humanos?**

En la última sección de mi libro, «conclusiones y recomendaciones», invité a mis colegas académicos juristas, todos formados en la cultura jurídica dominante eurocéntrica y antropocéntrica, a no ignorar ni sentirse incómodos con saberes y prácticas indígenas, más bien a «tomar a los otros en serio», como nos invita el también antropólogo británico Tim Ingold en su libro recién publicado *Anthropology: why it matters* (2018). Para gran satisfacción mía, Javier Dorado Porras, colega y jurista, ha aceptado esta invitación con los brazos abiertos. A pesar de su «nula formación antropológica» y escasa experticia en cuestiones indígenas, ha realizado una reseña de este libro con un rigor académico poco visto. Además, a lo largo de las páginas, logra fomentar un diálogo constructivo, complementando ciertas lagunas en mi trabajo con sus propias investigaciones jurídicas en torno al campo de justicia transicional.

Una cuestión que une su investigación jurídica crítica y la mía es nuestra postura frente al dogma de que todas las víctimas de graves violaciones de derechos humanos desean que los perpetradores sean llevados ante la justicia y merezcan un castigo penal. Para decirlo en palabras de Pierre Hazan, la lucha contra la impunidad se ha convertido en «una moral absoluta, afirmando con convicción que solamente mediante la judicialización de los perpetradores de estos crímenes se detendrá su repetición» (2010, p. 49). Efectivamente, esta convicción es fundamental en la cultura legal dominante de justicia transicional.

Las narrativas mayas *q'eqchi'*, discutidas en mi libro, demuestran que este dogma genera problemas dentro de las ontologías indígenas. Javier Dorado hace una lectura adicional a este credo, indicando que esto no es algo específico de ciertas visiones contra-hegemónicas indígenas, más bien que simplemente no existe «una psique unitaria» de víctimas. En lo que alcanzo a conocer, hay pocos juristas que cuestionen radicalmente este credo, reconociendo que no todas las víctimas quieren la persecución penal de los victimarios. Desde esta perspectiva crítica, mi colega da una lectura interesante al resultado del referéndum de 2016 sobre los Acuerdos de Paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), conocido como «el plebiscito». Según Javier Dorado, entre las prioridades de las víctimas en los primeros momentos de 'transición', cuando la paz y la seguridad todavía no han sido alcanzadas, no aparece de forma especialmente relevante el castigo penal de los perpetradores. Por lo tanto, esta es una de las razones por las que el sí a los Acuerdos de Paz alcanzó cotas más altas, precisamente, en las zonas más golpeadas y con más víctimas por el conflicto.

En un segundo punto de su análisis jurídico crítico de este tema, Javier Dorado demuestra además que el campo de los derechos humanos y la justicia transicional no es un campo estático ni homogéneo. Nos explica que la postura maximalista inicial de la experta Diane Orentlicher, autora del *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* (Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1), se ha relativizado en el transcurso del tiempo, reconociendo que esta norma global de persecución penal debe ser matizada.

Sus reflexiones críticas al –casi– corazón original de la justicia transicional me hace recordar otros dos senderos que constituyen partes clave de mi tejido de

pensamiento. Por un lado, me invita a reflexionar sobre mi recorrido académico «antes» de mi giro antropológico jurídico que predomina en mi trabajo actual. Como indiqué brevemente en la introducción de mi libro, mi investigación doctoral en derecho surgió desde una investigación empírica en el marco de mi tesis de maestría en antropología. Sin embargo, debo reconocer que las semillas de esta tesis de maestría y de mi trabajo de investigación posterior fueron sembradas por mis profesores de la carrera de criminología, que en Bélgica forma parte de la Facultad de Derecho. A finales de los '90, un grupo de profesores jóvenes –y alguno más senior– en la Universidad de Lovaina (*Universiteit Leuven*) junto con otros investigadores internacionales, sobre todo de Canadá, estaban en la primera línea del nacimiento de un *paradigm shift* en el derecho penal: la justicia restaurativa.

Efectivamente, hace más de veinte años aprendí de sus investigaciones que el sistema de justicia debería tomar las necesidades de las víctimas en serio, que la transformación de los perpetradores es clave y que el castigo penal no es la única respuesta a un delito criminal. Además, durante estos cuatro años fui formada en un pensamiento interdisciplinario y crítico, aprendiendo de mis profesores «*not take for granted* lo que sea dominante en el pensamiento académico». Nuestros profesores, como el finado Tony Peters, Lode Walgrave (*emeritus* ahora) y Stephan Parmentier nos enseñaron el valor de trabajar desde los márgenes, rompiendo dogmas académicos y la importancia de impulsar pensamientos y conocimientos innovadores basados en investigaciones empíricas<sup>4</sup>. Espero que con el proyecto RIVERS pueda caminar en este mismo sendero siguiendo sus pasos, aunque desde otros enfoques académicos.

Por otro lado, me hace revivir una experiencia profesional que tuve durante mis años en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH) en Ecuador, donde estuve a cargo de las líneas de derechos colectivos y de justicia transicional, lo que está relacionado con mi perfil de criminóloga. A solicitud de abogados, víctimas y familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos investigados por la Comisión de la Verdad, la Oficina co-organizó, en febrero 2013, con colegas del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar y la Fundación INREDH, un Encuentro Nacional. Su principal objetivo fue generar un espacio de encuentro de víctimas, familiares y organizaciones de apoyo, bajo la fórmula de actividades de formación, socialización de experiencias y de diálogo, tendente a fortalecer sus capacidades de organización de cara a proseguir su lucha por la justicia, la verdad y la reparación de las violaciones sufridas.

Este Encuentro Nacional de dos días fue el primero después de que la Comisión de la Verdad de Ecuador presentara en Quito su informe final en 2010. Este Informe detalló una serie de vulneraciones de derechos humanos perpetrados entre los años 1984-2008 y, de manera particular, durante el gobierno de León Febres Cordero (1984-1988) donde se dieron violaciones sistemáticas producto de su política de estado. Los resultados que arrojaron las investigaciones hechas por la Comisión de la Verdad fueron: 456 víctimas, 831 violaciones de derechos humanos, 65% en el período '84-'88, tortura 44%, privación ilegal de la libertad 32%, violencia sexual 10%, ejecución extrajudicial 8%, 459 personas responsables de las cuales 50% pertenece a la Policía Nacional y 28,3% a las Fuerzas Armadas<sup>5</sup>. El Informe terminó con 155

<sup>4</sup> Véase: *The International Journal of Restorative Justice*. Disponible en [https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/IJRJ/2018/1/IJRJ\\_2589-0891\\_2018\\_001\\_001\\_001](https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/IJRJ/2018/1/IJRJ_2589-0891_2018_001_001_001)

<sup>5</sup> Más información: Comisión de la Verdad, 2010, *Informe Final de la Comisión de la Verdad Ecuador. Sin Verdad no hay justicia*, p.426. Disponible en: [https://issuu.com/triguero/docs/ecuador\\_sin\\_verdad\\_no\\_hay\\_justicia](https://issuu.com/triguero/docs/ecuador_sin_verdad_no_hay_justicia)



recomendaciones al Estado Ecuatoriano, entre ellas, en materia de satisfacción, restitución, indemnización y garantías de no repetición.

El Encuentro Nacional incluyó videoconferencias con la Presidenta de Madres de Plaza de Mayo, Línea Fundadora de Argentina, el director del Centro de Memoria Paz y Reconciliación de Colombia y con el equipo técnico del Relator Especial de Naciones Unidas sobre promoción de la verdad, de justicia, la reparación y garantías de no repetición. Además, cada día hubo talleres internos fomentando reflexiones sobre un enfoque integral de justicia transicional, sobre propuestas de fortalecimiento de organización, sobre necesidades y estrategias de seguimiento.

Efectivamente, en la línea de las reflexiones de Javier Dorado, estos días desvelaron que entre las víctimas y familiares de víctimas «sus deseos, intereses y necesidades pueden variar de unas a otras». Una sistematización de las expectativas de quienes fueron víctimas demostró múltiples necesidades en distintos ámbitos y niveles: «formar un solo grupo de víctimas y familiares de víctimas», «que se llega a la verdad de los casos y que se haga justicia», «saber qué pasó con mi hijo», «que las instituciones estatales nos den oídos», «justicia aquí y ahora cárcel para los torturadores que siguen campantes en el país», «coalición entre todas las organizaciones de derechos humanos»<sup>6</sup>.

Este *Book Forum* no es el espacio para profundizar más en el caso ecuatoriano de justicia transicional, sin embargo, este Encuentro demuestra otra vez más, junto con las reflexiones críticas de mi colega, el porqué de la importancia de la participación efectiva de las víctimas en el desarrollo de intervenciones de justicia transicional formales e informales, vía políticas públicas y/o programas de la comunidad internacional. Me pregunto, ¿por qué es el dogma del castigo penal en la justicia transicional tan persistente, mientras que el reconocimiento de la centralidad de las necesidades de las víctimas en las políticas de justicia transicional queda muchas veces en un nivel retórico? Para cerrar esta parte de mi camino al revés, planteo que por principio nunca he estado a favor de dogmas, sin embargo, si la justicia transicional debe tener dogmas, propongo un *shift* urgente del dogma del castigo penal hacia un dogma sobre la centralidad de las necesidades de los sobrevivientes en su diseño e implementación.

### **De la diferencia cultural a la colonialidad jurídica y los conflictos ontológicos**

Para seguir tejiendo pensamientos necesito indicar que, en el campo de la justicia transicional, es muy reciente el reconocimiento de la gran necesidad de crear plataformas sostenibles de comunicación continua entre abogados, investigadores, *practitioners* y financiadores de varias regiones geopolíticas (Fletcher y Weinstein, 2018). Esta es una de las necesidades que surgió durante un taller internacional «*North-South Dialogue: Briding the Gap in Transitional Justice*» que se organizó en Berkeley Law (EEUU), en 2017, donde participaron 25 personas, tanto académicos como practicantes reconocidos, tanto del «Norte Global» como del «Sur Global». Aparentemente, una de las discusiones centrales de este taller fue cómo la desigualdad de poder y las secuelas del colonialismo afectan al trabajo académico y de *policy* sobre justicia transicional (Fletcher y Weinstein, 2018, p. 195).

Este espacio de *Book Forum* genera justamente este canal de comunicación, poco común no solamente en el campo de la justicia transicional, sino también en el

<sup>6</sup> Memoria de trabajo Encuentro Nacional Fortalecimiento de Organizaciones de víctimas y familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos, Ecuador, Quito, 27 y 28 de febrero 2013. Disponible en archivo personal de la autora.

mundo jurídico en general. Por un lado, gracias a esta invitación tuve la gran oportunidad de conocer el trabajo académico innovador e inspirador del investigador indígena mexicano Pedro Garzón López con respecto al pluralismo jurídico, el derecho indígena y la colonialidad jurídica, el cual resuena mucho con las cuestiones que estamos planteando dentro el proyecto RIVERS. Por otro lado, su reseña de mi libro representa, aunque el mismo no lo reclama de forma tan explícita, una lectura crítica y muy apreciada desde ese Sur Global.

Pedro Garzón indica que este libro *Nimla rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas* (Viaene, 2019) logró «poner los puntos sobre las “fes” al cuestionar la visión académica dominante de la justicia transicional desde las visiones y prácticas indígenas». A su vez, debo agradecerle que él mismo ponga las “fes” sobre este trabajo, aconsejándome no parar mi análisis teórico-práctico crítico en la cuestión de la diferencia cultural, sino ir más allá, reconociendo la necesidad de descolonizar la justicia transicional. Ciertamente, caminando al revés debo reconocer que este libro contiene varias lagunas por espacios inexplorados en su momento que hoy en día son imprescindibles en mi trabajo académico<sup>7</sup>. Estoy totalmente de acuerdo con su análisis-teórico crítico en el campo de derecho, los derechos humanos y la justicia transicional, en que es necesario «desvelar la colonialidad jurídica presente en la teoría y práctica del derecho occidental».

Como mencioné arriba, el nuevo sendero académico que estoy caminando con el equipo RIVERS tiene como objetivo no solamente crear un diálogo empírico con los avances teóricos en el campo de los derechos humanos y el pluralismo cultural, sino también con las teorías de descolonización de los derechos humanos. Aquí, el concepto teórico de «colonialidad jurídica» propuesto por Pedro Garzón (2019) brinda una herramienta analítica conceptual clave para analizar más críticamente la continuidad del modelo jurídico colonial en las teóricas y prácticas, tanto de los derechos humanos como de la justicia transicional. Efectivamente, los análisis desde «la diferencia cultural» omiten reconocer que las diferencias entre pueblos indígenas y el Estado es también colonial en el sentido de que los sistemas normativos indígenas «conviven en un contexto de subordinación colonial sin desenmascarar la colonialidad del poder que subyace en la trilogía moderna: Estado/soberanía/derecho» (Garzón, 2019, p. 216).

Agradezco su invitación a añadir la dimensión del poder colonial en un análisis crítico del campo de la justicia transicional porque, ciertamente, las políticas públicas de justicia transicional en Guatemala, como, por ejemplo, el Programa Nacional de Resarcimiento, solamente han reforzado las estructuras de dominación y discriminación. De hecho, de la misma manera que Pedro Garzón cuestiona la «interculturalidad» como mecanismo de legitimación de las relaciones de dominación, también la investigadora indígena maya Aura Cumes (2019) critica «la famosa “interculturalidad”, entendido como neo-folklor, un mecanismo usado cómodamente desde el poder para pacificarnos a los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, generando la percepción de que no está “incluyendo” en un mundo hecho a su medida».

Cuando se habla de que la justicia transicional debe «tomar al otro en serio», significa efectivamente «incluir las concepciones indígenas de perjuicios a las montañas, cerros y ríos en la arena jurídica» (Izquierdo y Viaene, 2018), y no descartarlos como «fenómenos infra-jurídicos» (Garzón, 2019, p. 223). Aquí es importante destacar la labor de vanguardia jurisprudencial que la magistrada indígena Belkis Izquierdo, de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia, está

<sup>7</sup> Ver por ejemplo: B. Izquierdo y L. Viaene (2018) y L., Viaene, y G., Fernández-Maldonado (2018).

impulsando con su auto innovador de noviembre del año pasado que reconoce al «Katsa Su», gran territorio Awá y a los 32 Cabildos indígenas Awá, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá - Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá -, como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos<sup>8</sup>.

Como parte de este diálogo también quisiera plantear que es necesario añadir los debates en torno a los «conflictos ontológicos»<sup>9</sup> cuando se discuten visiones y prácticas indígenas con respecto a la justicia, la reparación, la memoria y la reconciliación. Como he escrito con la magistrada Belkis Izquierdo en otro lugar, «la visión hegemónica de los derechos humanos aún no se ha enfrentado a las visiones indígenas que cuestionan las divisiones de la ontología moderna dominante entre cultura/naturaleza, mente/cuerpo, humanos/no humanos, creencia/realidad» (Izquierdo y Viaene, 2018).

Como última reflexión en clave de caminar al revés, leyendo todas reflexiones de mis interlocutores, me he acordado que una de las modalidades del diálogo en la cultura maya es el consejo que «marca el inicio de una nueva relación y es, por tanto, un acto fundador» (Ochoa García, 2014, p. 9). Por lo tanto, estoy muy agradecida por su generosidad de haber tomado el tiempo de pensar y dialogar con este libro, además de darme consejos, algo que en sí ya genera una labor académica co-creadora de un pensamiento y una práctica crítica de los derechos humanos.

Y como dijo Javier Dorado Porras a final de su reseña: «hay un importante trabajo por hacer»... Sí, *timil timil*, poco a poco, como dicen los *q'eqchi'*. Ojalá podamos seguir tejiendo pensamientos y, de vez en cuando, caminar conjuntamente al revés.

## Bibliografía

- Blaser, M. (2019). Reflexiones sobre la ontología política de los conflictos medioambientales. *América Crítica*, Vol. 3, N. 2, pp. 61-79.
- Blaser, M. (2013). Ontological Conflicts and the Stories of Peoples in Spite of Europe. Toward a Conversation on Political Ontology. *Current Anthropology*, 54(5), pp. 547-568
- Cumes, A. (2019). "Lo indígena" como circo en el regreso de la interculturalidad, *Tujaal.org*. Recuperado de <http://tujaal.org/lo-indigena-como-circo-en-el-regreso-de-la-interculturalidad/>
- De la Cadena, M. (2015). *Earth Beings. Ecologies of Practice across Andean Worlds*. Durham: Duke University Press.
- Fletcher, L. y Weinstein, H. (2018). How power dynamics influence the "North-South" Gap in Transitional Justice. *Berkeley Journal of International Law*, 36 (2), pp. 190-217.
- Garzón, P. (2019). Pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder. *Ius Inkari. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 8, pp. 215-226.
- Hazan, P. (2010). *Judging war, judging history, Behind Truth and Reconciliation*. Stanford, Estados Unidos: Stanford University Press.
- Ingold, T. (2018). *Anthropology: Why it matters*, Medford. Estados Unidos: Polite

<sup>8</sup> Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Caso No. 2 de 2018, "Acreditar como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos al «Katsa Su», gran territorio Awá y a los 32 Cabildos indígenas Awá, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá - Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá – UNIPA en el marco del Caso 02, 12 de noviembre 2019.

<sup>9</sup> Véase entre otros: M., Blaser (2019 y 2013) y De la Cadena (2015).

Press.

- Izquierdo, B y Viaene, L. (2018). Descolonizar justicia transicional desde los territorios indígenas. *Peace in Progress*, 34, Instituto Catalán Internacional para la Paz (ICIP).
- Lykes, M. y van der Merwe, H. (2019). Critical reflexivity and transitional justice praxis: solidarity, accompaniment and intermediarity. *International Journal of Transitional Justice*, 13, pp. 411-416.
- Ochoa, C. F. (2014). *Diálogo: señal de nuestra existencia. Retal Qatzij. Concepción, uso y manejo del diálogo por las autoridades indígenas*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES).
- Viaene, L. y Fernández-Maldonado, G. (2018). Legislating coordination and cooperation mechanisms between indigenous and ordinary jurisdictions: reflections on progress and setbacks in Ecuador. En Corradi, G., De Feyter, K., Desmet, E. y Vanhees, K. (eds.), *Critical indigenous rights studies. New directions in indigenous rights research* (pp. 201-226., Londres, Reino Unido: Routledge.
- Zinsstag, E., Aertsen, I., Walgrave L. e.a. (2018). The International Journal of Restorative Justice: new horizons for independent research and development. *The International Journal of Restorative Justice*, pp. 3-8.

# Gabriel Moreno González, Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea

(2019) Tirant lo Blanch  
Valencia, 465 pp.

Pedro García Guijarro  
Universitat de Valencia  
ORCID ID 0000-0003-3526-3030  
[pedrogarciaguijarro1@gmail.com](mailto:pedrogarciaguijarro1@gmail.com)

Cita recomendada:

García Guijarro, P. (2020). Gabriel Moreno González, Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 424-429.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5291>

En su cada vez más postergado *De Cive*, sentenciaba Hobbes al individuo con un escueto «*Homo homini lupus*» a una eterna competencia intrínseca al ser humano en pos de la obtención de situaciones fácticas de poder que le garantizaran preeminencia y seguridad sobre el resto de hombres en un inestable e indeseable estado de naturaleza primigenio. Como uno de los pilares fundamentales de las futuras corrientes contractualistas iniciadas en Europa, esta concepción de la naturaleza humana dejará una clara impronta en la filosofía política venidera por el inevitable corolario que lleva aparejada: la fundación de una sociedad edificada sobre un pacto original y regida por una soberanía a la que todo ciudadano queda sometido.

Tras la II Guerra Mundial, la Europa de los estados-nación que Hobbes parecía ya vislumbrar es una realidad, y en el seno de sus sistemas políticos se alza una nueva concepción del Estado que pretende superar el liberalismo decimonónico y aplacar cualquier resurgimiento y extensión de los totalitarismos que habían sumido el viejo continente en la barbarie, el Estado social y democrático de derecho. Esta nueva realidad, surgida del pacto tácito entre el capital y el trabajo en unas sociedades donde el primero había perdido su tradicional hegemonía, será



cuestionada desde el marco teórico por dos escuelas neoliberales que marcarán intensamente el devenir del proyecto de integración europeo, el Ordoliberalismo y la Economía constitucional.

El presente libro que recensionamos centra su atención en el desarrollo teórico de estas dos escuelas y sus primeras aplicaciones prácticas; en cómo sus propuestas económicas y políticas afectarán al proceso de integración europea; y cómo esta afectación logrará, progresivamente, mutar los principios económicos y políticos comunitarios hasta convertirlos en una nueva realidad jurídico-económica que Gabriel Moreno bautiza como «constitución económica neoliberal». Es por ello que una lectura pausada y reflexiva de la obra nos permitirá comprender en esencia los nuevos principios sobre los que se asienta la actual Unión Europea y, sobre todo, nos dará las llaves para entender holísticamente los confusos procedimientos económicos europeos juridificados tras la crisis económica del 2008.

La obra está dividida en cuatro partes. En la primera se pretende desgranar y estructurar el contenido teórico de las escuelas Ordoliberal y de Economía constitucional en un exitoso intento de establecer la genealogía de las ideas que fundamentarán la posterior mutación de los principios económicos y políticos de la UE, así como las primeras manifestaciones de la *Golden rule* (estabilidad presupuestaria) en los Estados Unidos. En la segunda parte se trata de dar luz al rocambolesco ejercicio de juridificación en la Unión Europea de la ya mentada estabilidad presupuestaria, repasando la tríada de mecanismos que han hecho posible este nuevo conglomerado jurídico, siempre con la presencia de la competencia ordoliberal como realidad paralela al mismo. Finalmente, el autor teoriza y desarrolla el concepto de Constitución Neoliberal de la UE como inferencia última de los procesos comprendidos en la segunda parte, con el objetivo de asentarlos para una mejor comprensión y estudio de las actuales dinámicas europeas.

Gabriel Moreno inicia su profundización en la genealogía de las ideas de las teorías neoliberales con el Coloquio de Lippman (1938), reunión de los más prominentes pensadores liberales en que se plantea la necesidad de frenar las tendencias colectivistas y fascistas que parecían estar superando el liberalismo clásico, presentando como alternativa una refundación en la forma del liberalismo, convertido en un neoliberalismo que repudiase el *laissez-faire* manchesteriano, la absoluta separación del Estado de la política y que emplazara al Estado a regular los procesos económicos de tal forma que la libertad de mercado y la competencia volvieran a erigirse en los cimientos del progreso social. Pese al estallido de la II Guerra mundial y la dispersión de los participantes del coloquio, con la posguerra se reorganizaron dos escuelas heredadas de los principios adoptados en el mismo: la Austroamericana –Hayek, Von Mises...–, en la que todavía se mantenían ciertas reminiscencias de *laissez-faire* reconducido, y la Escuela de Friburgo, punto de inicio de las tesis ordoliberales que nos atañen.

El ordoliberalismo alemán, huyendo del esquema liberal de una realidad sociopolítica separada del marco económico, plantea la actuación regulatoria del Estado en pos del libre mercado y la competencia como una decisión puramente política, alejada absolutamente de planteamientos iusnaturalistas que conciben el mercado como autorregulable. Con ello y mediante argumentos historicistas, proponen la idea de que, en términos marxistas, la superestructura –el Estado y el marco institucional– influye de igual o superior forma a como lo hace la propia estructura –realidad socioeconómica– sobre la primera, sin plantearse que a lo largo de la historia de los tiempos, a la que aludía Eucken, cuando el propio Estado ha influido en la realidad social, éste ya estaba cooptado por los intereses y agentes

económicos que pretendían hacer progresar la realidad material hacia la tendencia económica predominante, con lo que el marco institucional seguiría subordinado a la estructura social.

No obstante y como bien se resalta en esta primera sección, el concepto de la competencia que desarrolla la Escuela de Friburgo se convertirá en clave de bóveda de sus enunciados económicos y de los primeros estadios de la Comunidad Europea, considerando que una sociedad donde la regulación de los intercambios materiales y la libertad de mercado están garantizados y perfectamente regulados desde el Estado permitirá el progresivo avance social, sistema al que denominaron como economía social de mercado y que ha ido incorporándose al acervo jurídico europeo hasta su última expresión en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea.

Por su parte, a principios de los años 70 y de la mano de James Buchanan, asistimos al surgimiento de una nueva escuela neoliberal esta vez en los Estados Unidos, la Economía constitucional. No en vano citábamos al inicio de la recensión a Hobbes, sino para evocar cómo Buchanan partirá de la misma concepción del hombre en un estado de naturaleza salvaje y competitivo, para así cimentar sus postulados económicos. No obstante, su contractualismo se distingue novedosamente de la «selva hobbesiana» al proclamar que existe sociedad y tendencias cooperativas antes del contrato original, pese a la evidente debilidad de las mismas en un contexto de inseguridad y desregulación. Gracias a este matiz, el economista norteamericano se permite concebir una situación post-contrato en la que los privilegios económicos de la sociedad primitiva del estado de naturaleza se mantienen, potenciando e institucionalizando la competencia económica sin necesidad de recurrir a la violencia, en clara concordancia con los postulados ordoliberales que amparaban la misma vocación por el principio de competencia. Empero, la Economía constitucional tendrá presente los peligros del «leviatán» desatado que podría nacer de este momento constituyente y acabar, por ende, derivando hacia un intervencionismo económico que anulara el principio de competencia y los privilegios originales necesarios para Buchanan en toda sociedad de libre mercado. Es por esto que tratará de frenar tal posibilidad a través de varias propuestas político-económicas de entre las que destaca, a raíz de su prodigalidad práctica, la estabilidad presupuestaria. La misma debería ser utilizada para bloquear la capacidad del Estado de incurrir en un déficit excesivo logrando así, junto a otros contrapesos, una reducción de la expansión burocrática e intervencionista del Estado que le permita interferir en los procesos del libre mercado y la competencia.

Finalmente, se cierra la primera parte analizando la continuidad de la *Golden Rule* (estabilidad presupuestaria) en los Estados Unidos, su proceso de juridificación estatal y los posteriores intentos de elevarla hasta la Constitución federal estadounidense. Plantea especial interés el estudio que se realiza en este capítulo sobre la institucionalización del principio puesto que, al contrario de lo que ha ocurrido en la UE, ésta se inició desde los Estados tendiendo hacia la convergencia federal (*bottom up*). Partiendo de unos Estados convencidos sobre la necesidad de proteger la estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, ya que la administración federal gestiona el mayor presupuesto del país, se propone a partir de 1975 la convocatoria de una convención constituyente en virtud del artículo V de la Constitución estadounidense, procedimiento que capta nuestra atención ya que, como bien se explica en el libro, nunca antes se había utilizado, prefiriendo la aprobación por mayoría cualificada en las dos cámaras legislativas del Congreso Federal. Este nuevo movimiento que pretendía frenar, en términos buchuanianos, las dinámicas despilfarradoras de la administración federal requería el apoyo de 34 Estados para promover una convención, pero hubo de enfrentarse a la reacción de

la presidencia estadounidense y a las resistencias dentro de ambos partidos, por lo que finalmente no recabó el apoyo necesario y fue bloqueada en 1979. Sin embargo, hemos de tener presente como una realidad actual la posibilidad que se alumbra al final de este apartado, ya que las peticiones estatales que se aprobaron para convocar la convención se mantienen en vigor y no decaen en sus efectos a no ser que se dé una votación igual en las asambleas legislativas de los Estados que las promulgaron, debido a lo cual actualmente se mantienen 28 de tales peticiones y no deja de ser lejana la posibilidad de la reanudación del proceso de la convención constitucional, menos aún si tenemos presente lo reciente del último intento de enmienda constitucional, por vía de las asambleas legislativas, de mayo de 2016, precisamente con el mismo objetivo de institucionalizar la estabilidad presupuestaria.

En lo referente a la patente incardinación del principio de estabilidad presupuestaria en las diferentes etapas de la integración europea, Gabriel Moreno realiza un pormenorizado análisis de los tres principales mecanismos que afianzan la primera dentro del complejo entramado institucional europeo e incluso fuera de su misma estructura jurídico política. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) inaugura la triada de mecanismos en 1997 como consecuencia de las directrices marcadas en el Tratado de Maastrich (1992), en pos de un mayor ahondamiento en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria europea mediante el reforzamiento de la estabilidad presupuestaria. Teniendo en cuenta el método de elaboración de los otros dos sistemas, el PEC resalta entre los mismos de forma positiva al haber sido aprobado siguiendo los procedimientos comunitarios con el Reglamento 1466/1997 y el Reglamento 1467/1997 del Consejo Europeo. Este primer paso se afianzará en el 2011 y 2013 con el *six pack* y el *two pack* respectivamente, conjunto de Reglamentos y directivas europeas para reforzar los vertientes preventivas y correctivas del PEC, estableciendo un máximo del 60% de deuda pública en relación con el PIB nacional y un máximo de 0.5% de déficit anual, a la vez que se formalizan sistemas preventivos de control financiero y presupuestario. Importante destacar también cómo la modificación al Reglamento 1466/1997, aprobada en 2011, refuerza en grado sumo la vertiente correctiva del pacto al incorporar un novedoso sistema de mayoría cualificada inversa en el Consejo Europeo, siendo necesario un acuerdo para que las sanciones automáticas a los Estados infractores decaigan, al contrario de lo que ocurría antes de la reforma cuando para aplicar la sanción era necesario una mayoría cualificada del consejo.

Por otro lado, el 2 de febrero de 2012, los Estados participantes en la Eurozona firman el Tratado del Mecanismo de Europeo de Estabilidad (MEDE) como sustituto definitivo de la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera, sociedad limitada de carácter instrumental utilizada por los Estados participantes en la misma para aprobar paquetes de ayuda financiera con los que apoyar aquellos países más afectados por la crisis económica del 2008, a cambio de que estos realizaran sendos reajustes presupuestarios en el contexto de la política de austeridad europea. Lo sorprendente de ambas estructuras es el hecho de que fueran diseñadas y aprobadas fuera del marco comunitario recurriendo a un tratado intergubernamental de derecho internacional entre Estados partes, en lo que se reconoce en la obra como una de las primeras «huidas» del Derecho Europeo con el fin de sustraer al MEDE y a sus mecanismos de la supervisión de las instituciones democráticas europeas, especialmente del Parlamento Europeo.

Pese al interés jurídico político que suscita el opaco proceso de aprobación del MEDE, resulta profundamente sugerente analizar, tal y como se hace en este segundo capítulo del libro, las resistencias de los tribunales constitucionales nacionales a las disposiciones del tratado. Se observa cómo éstos adaptan el

contenido de sus resoluciones a aquello dictado por el Tribunal Constitucional Alemán (TCA) en su sentencia de 7 de diciembre de 2011, ahondando en su jurisprudencia establecida al reafirmar como inconstitucional una transferencia excesiva de competencias presupuestarias a una organización supranacional, ligando el concepto de democracia y soberanía nacional residida en el parlamento con la competencia presupuestaria del mismo. Por tanto, el TCA reconoce la constitucionalidad del MEDE siempre y cuando Alemania retenga suficiente control sobre el nuevo mecanismo como para prevenir desequilibrios excesivos en sus presupuestos, lo cual se logra a partir del procedimiento de unanimidad que se sigue a la hora de aprobar los paquetes financieros. Sin embargo, el mecanismo de «urgencia» del tratado permite aprobar tales paquetes con un 85% de votos de los Estados parte a favor, votos ponderados en razón de las aportaciones financieras estatales al fondo común. Aquí es donde resulta más confusa la resistencia de algunos tribunales como la del Tribunal Constitucional Estonio (TCE). Éste, pese a reconocer que el MEDE podría ser inconstitucional al no alcanzar el país báltico la aportación del 15% necesaria para vetar los procedimientos de urgencia, mantiene la constitucionalidad del tratado arguyendo rocambolescas relaciones entre la aprobación del mismo y su legitimidad en base al sustrato democrático de las instituciones europeas como promotoras del MEDE, dejando pasar por alto que el tratado ha sido aprobado por mecanismos extracomunitarios de derecho internacional y sin participación alguna de instituciones europeas. Partiendo de tales inconsistencias, en cierto modo repetidas por el resto de tribunales constitucionales europeos, podríamos afirmar que la sentencia del TCE contradice el principio procesal básico de congruencia entre los fundamentos jurídicos expuestos, la inconstitucionalidad del MEDE por afectar al núcleo de la soberanía presupuestaria estonia; y el fallo, la decisión del tribunal de aceptar su constitucionalidad.

Terminando con esta segunda parte, el autor examina el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (TECG) del 2 de marzo de 2012, con el que se cierra la triada de mecanismos de la estabilidad presupuestaria. En resumidas cuentas, el nuevo tratado focaliza su atención en dos objetivos: reforzar la exigibilidad de un máximo de 0.5% de déficit público y un 60% de deuda pública en relación con el PIB y, lo más relevante para este análisis, la obligación de transponer a los ordenamientos jurídicos nacionales la estabilidad presupuestaria en un nivel supra legal siguiendo un procedimiento de «constitucionalización flexible», es decir, protegiendo la norma transpuesta por encima del nivel legal de forma vinculante y permanente, pretendiendo su constitucionalización pero sin exigirla explícitamente. Partiendo de una ya de por sí amplia indefinición del objetivo de constitucionalización flexible, se suma el hecho de que, de nuevo, este tratado fue aprobado huyendo de los procedimientos comunitarios y recurriendo a un acuerdo intergubernamental de derecho internacional, pretendiendo además exigir a los Estados partes una reforma de sus Constituciones.

Por si no fuera poco, el propio tratado dota al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la facultad para conocer del incumplimiento de los procesos de trasposición constitucional flexible de la estabilidad presupuestaria, transposición de obligado cumplimiento para los Estados partes, otorgando así competencias desde un tratado extracomunitario a un órgano clave en las instituciones europeas como es el TJUE, en lo que de nuevo es un claro intento de huir de los mecanismos democráticos europeos y elevar a lo indisponible el principio de estabilidad presupuestaria, escogiendo para ello a un órgano de concepción contramayoritaria como es el Tribunal de Justicia de la UE.

Por último, Gabriel Moreno expone la tesis principal de la obra al inferir, a partir de todos los procesos y mecanismos mentados, una mutación de la

Constitución económica europea como consecuencia de incorporar la estabilidad presupuestaria al acervo jurídico político comunitario, resultando en la evidente incompatibilidad de este nuevo modelo económico competitivo y político fragmentado con el Estado social, para dar pie finalmente a la nueva «constitución económica neoliberal» de la Unión Europea.

Destaca en esta tercera parte el desarrollo conceptual de la convergencia acaecida en el seno de la Unión Europea entre la teoría Ordoliberal y la Economía constitucional de Buchanan. La primera encuentra su principal reflejo en el «modelo económico competitivo». Puesto que el ordenamiento y jurisprudencia comunitaria exigen el reconocimiento mutuo de ordenamientos jurídicos nacionales como fundamento para el libre mercado en la Unión Europea, se incita así, en una realidad socioeconómica donde el capital es extremadamente voluble, a una constante competición entre ordenamientos jurídicos y fiscales con el fin de volver al Estado más atractivo para las inversiones y el asentamiento del capital, dificultando así las posibilidades recaudatorias de los gobiernos que mantienen a su vez el Estado social, ya de por sí amenazado por la estabilidad presupuestaria, el techo de déficit y el límite a la deuda pública. Además, desde nuestro prisma resulta lógico afirmar que esta competición de ordenamientos nacionales no hace más que quebrantar el principio clave de solidaridad que debería regir la integración Europea, debilitando así el proyecto comunitario. Así mismo, la Escuela constitucional también halla reflejo en la nueva realidad Europea por medio del modelo político fragmentado, ideal promovido por Buchanan según el cual una Unión Europea estancada en la integración política, y por tanto alejada de los patrones federales que reforzasen a un gobierno fuerte interventor, era la mejor forma de establecer una organización supranacional políticamente desestructurada pero capaz de imponer a los gobiernos que la integran unos principios rectores, entre los que destaca la estabilidad presupuestaria, frenando así la extensión del temido leviatán y consiguiendo simultáneamente la constitucionalización de la *Golden Rule* en los Estados europeos, pretensión definitivamente alcanzada tras la firma del TCEG.

Como corolario de estos nuevos modelos políticos y económicos, se desarrollan en el último capítulo de la obra las principales características de la nueva Constitución económica neoliberal de la Unión Europea que, como se habrá podido desprender de las sucintas claves expuestas en esta recensión, se fundamenta en: la preponderancia del elemento liberal sobre el democrático en cuanto a principios rectores de la Unión Europea, el recurso a opacos procedimientos jurídicos para elevar la estabilidad presupuestaria a la indisponibilidad, la huida hacia el derecho internacional y, en esencia, el progresivo desmantelamiento del Estado social y sus capacidades transformadoras de las realidades nacionales europeas.

Tomando en consideración el complejo y confuso andamiaje sobre el que se han edificado los nuevos procedimientos comunitarios, y lo arduo de rastrear las hondas e interconectadas raíces teóricas neoliberales del mismo, la obra que terminamos aquí de recensionar, en estas necesariamente escuetas páginas, resulta una precisa guía para comprender los nuevos mecanismos en los que se fundamenta la Unión Europea y despejar las incógnitas respecto a algunas de las razones y consecuencias de los mismos. El concienzudo estudio acometido por el profesor de la Universidad de Extremadura sobre los resultados de la institucionalización de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea permite abrir la puerta, *lato sensu*, a posteriores análisis sobre las incongruencias jurídicas a las que se ha tenido que acudir para lograr dicha institucionalización y sobre las profusas consecuencias en materia constitucional que se nos plantean a partir de ahora.



# Pablo de Lora, Lo sexual es político (y jurídico)\*

(2019) Alianza Editorial  
Madrid, 347 pp.

Jesús Ignacio Delgado Rojas  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-3818-5990  
[jesusignacio.delgado@uc3m.es](mailto:jesusignacio.delgado@uc3m.es)

Cita recomendada:

Delgado Rojas, J. I. (2020). Pablo de Lora, Lo sexual es político (y jurídico). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 430-436.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5292>

Me es grato recensionar el último libro del profesor Pablo De Lora. Y me es grato por las razones que paso a exponer. En primer lugar, aplaudo la oportunidad del momento de su aparición: el contexto global que hoy nos rodea justifica el que un filósofo del Derecho se haya ocupado –por fin– de este tema. La llamada «cuarta ola del feminismo», el movimiento *#MeToo*, el sonado caso de La Manada en España o la reforma legislativa que requiere el delito de violación eran cuestiones que reclamaban una aproximación teórica desde la Filosofía del Derecho. Y Pablo De Lora no sólo se ha ocupado de estos temas, sino que lo ha hecho con rigor y, sobre todo, preocupado por la deriva que han tomado algunos de los análisis que se vienen elaborando desde el feminismo radical hegemónico o *mainstream*.

Pablo de Lora, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, de un modo más zorro que erizo, aborda una serie de cuestiones que, situándose en las lindes o fronteras de nuestra disciplina iusfilosófica, nos resultan cuanto menos retadoras e inquietantes. Desde el primer párrafo de su Introducción, nos revela su declaración de intenciones en forma de interrogantes: «¿Quién debe lavar y zurcir los calcetines? ¿Debe estar prohibido masturbar a mi mascota? ¿Y que alguien practique una felación a un discapacitado físico severo a cambio de dinero?

\* El 18 de diciembre de 2019 el profesor Pablo de Lora fue invitado a un seminario en la Universidad Pompeu Fabra para discutir sobre cuestiones estudiadas en este libro. No pudo realizar su ponencia al sufrir un boicot, con agravios e insultos, por parte de un grupo de activistas que impidió su intervención. Se sume esta recensión a todas las muestras de apoyo y solidaridad que recibió el profesor De Lora, reivindicando la libertad de expresión y la libertad académica.

¿Por qué no pueden tener relaciones sexuales los hermanos si son mayores de edad y usan anticonceptivos? ¿Por qué se inscribe el sexo del recién nacido en el Registro Civil? ¿Debe permitirse la celebración de orgías? Y si la respuesta es sí: ¿por qué no puedo casarme con varios hombres o varias mujeres? ¿Y disponer de un robot-niño con el que disfrutar de mis fantasías pedófilas, o programarlo para simular una violación? ¿Se es o se llega a ser hombre? ¿Y qué consecuencias jurídicas debe tener si lo somos o llegamos a serlo? ¿Se habrá de terminar con la segregación por sexos en los baños públicos? ¿Y qué será del feminismo si el sexo-género es disponible?» (p. 13). Ningún filósofo del Derecho se había adueñado de esta batería de polémicas preguntas. Pablo de Lora se trae magistralmente estas cuestiones a nuestro terreno y las va contestando a lo largo de las 347 páginas de su libro.

El título de la obra es un claro guiño al viejo mantra del feminismo que en los setenta enunciara la feminista estadounidense, tildada de radical, Carol Hanisch (p. 16). A lo que De Lora acertadamente añade entre paréntesis 'y jurídico'. Efectivamente, lo sexual es político, jurídico y también –añadiría ahora yo– 'filosófico'. Pues esta última perspectiva creo que es la que adopta, dada su filiación académica, el profesor De Lora al abordar estos temas. Y es el tratamiento que echábamos en falta en torno a estas cuestiones.

Aludo a lo acertado del título porque me parece que en él reside el eje central de la argumentación de De Lora. Desde la tradición liberal clásica iniciada con Stuart Mill que llega hasta nuestros días en la obra de John Rawls, se puede rastrear una indudable conexión entre lo público y lo político, de tal forma que ciertos contextos de la actividad humana, por contra, los relativos a la vida privada y familiar –por usar tanto la terminología de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 12) como la de la Convención Europea de los Derechos Humanos (1950, art. 8)–, permanecen ajenos a la intervención del poder público.

No es extraño que el liberalismo haya sido el abanderado de esta distinción y que sea lo propio de los totalitarismos de toda índole el esforzarse por difuminar tanto como sea posible los contornos del ámbito privado y penetrar en ellos con toda violencia. Pero reconozcamos: las fronteras no son tan nítidas. El poder público ni puede ni debe dejar de intervenir en el dominio de lo personal-privado, porque incluso cuando decide no hacer nada –evitando prohibir– ya está haciendo algo: valorando moralmente como mejor la abstención a la intervención. La cuestión no es, por lo tanto, la de si la vida sexual de los ciudadanos es una cuestión política o no -no puede dejar de serlo-, sino cómo puede serlo; la discusión relevante no es si el poder público debe o no interferir en el dominio de lo privado, sino la de cómo debe hacerlo y qué razones puede esgrimir válidamente para ello (p. 17).

Huelga decir que todo ordenamiento jurídico está inspirado en una filosofía política y en una serie de valores y principios morales (de moralidad pública y social, mayoritaria o no). De la misma manera, el ordenamiento jurídico puede ser objeto tanto de valoración jurídica como de evaluaciones morales y políticas. El Derecho, por tanto, no es neutral al incorporar una serie de valores e intereses desde el mismo momento en que se opta por el Estado de Derecho y no por otro modelo. Detrás del Derecho estatuido por ese Estado hay una concepción del mundo, hay unos valores y no otros y hay una apuesta por el papel central que ocupa en ese mundo el ser humano autónomo. Por ello, la pretendida neutralidad del Estado liberal no busca vaciar de moralidad el espacio público, sino más bien subrayar la importancia de un trato imparcial a todas las personas dado en pie de igualdad cuando adoptan decisiones que tienen que ver con sus proyectos de vida buena, de florecimiento humano o de excelencia personal. Y aquí es donde De Lora se sirve de compañeros de lujo para este peregrinaje: desde el conjunto de ideas que conforman la tradición

liberal, con su reticencia a que el poder público intervenga en la vida privada de los individuos por razones perfeccionistas y el criterio del daño, hasta la primacía del individualismo y el universalismo morales. De la mano de tan nobles principios, De Lora nos intentará seducir con la idea de que la mejor tradición del feminismo es la liberal (p. 19). Estamos, pues, ante la recurrente cuestión filosófico-política del liberalismo político acerca de la separación o no de la esfera de lo público y lo privado. El viejo asunto de la neutralidad (más pretendida que real) del Estado liberal.

En cuanto al contenido del libro, distribuido en seis capítulos agrupados en dos partes de tres capítulos cada una, se reconduce a dos temas principalmente: el sexo y el género.

Por el lado del sexo, se aborda el tabú del incesto (p. 26), los problemas derivados del consentimiento en las relaciones sexuales (por ejemplo, el 'solo sí es sí'), la fornicación, la robotfilia, la zoofilia o el bestialismo, la pedofilia, la prostitución, el sentido y formas del matrimonio (la poligamia, el matrimonio entre hermanos), y la gestación subrogada (p. 145). Cuestiones todas ellas que han despertado y siguen despertando en la conciencia de muchos individuos inquietudes, contrariedades o cuando no, directamente, una profunda repugnancia.

Por el lado de las cuestiones sobre el género, De Lora realiza valientes análisis sobre ultimísimas cuestiones planteadas por la división entre sexo y género (en especial, la transexualidad), el uso de baños públicos mixtos (p. 171), el discutido derecho a ser aludido por medio de un pronombre neutro (p. 173) y la libre disponibilidad del sexo o género (el derecho a no declararse varón ni hembra, sino no-binario). Cuestión esta última que De Lora encuentra incomprensible y que contraargumenta mediante reducción a un absurdo categorial, mostrando su imposibilidad lógica (p. 195). En un segundo grupo de cuestiones sobre el género, De Lora abre un amplio y articulado debate sobre los problemas jurídicos y políticos de la lucha contra la violencia de género, sus dificultades conceptuales (p. 211) o los riesgos que entraña la denominada «falacia de la frecuencia» como expediente justificatorio del endurecimiento de las condenas (p. 233). Y, finalmente, ofrece una valiosa reflexión conceptual sobre los estudios de género, aportándonos además su crítica sobre los excesos en los que estos análisis están incurriendo (p. 253).

El libro se cierra con un epílogo en el que De Lora nos invita a participar de la reconstrucción que realiza de la conversación imaginaria que podrían mantener Betty Friedan y Simone de Beauvoir cuarenta y cuatro años después de su encuentro parisino (con el que De Lora abría su libro). Si ambas mantuvieran hoy una conversación como la de 1975, a juicio de De Lora, no podrían más que conceder que todo feminismo –nunca radical– debe ser un humanismo, que apuntaría en el fondo a la «igualdad de todos los seres humanos, independientemente de su condición» (p. 273).

Deseo resaltar tres ejes que vertebran el libro de De Lora. El primero sería una crítica al feminismo hegemónico, radical o *mainstream*. Para este feminismo radical toda relación heterosexual sería sospechosa de dominación dada la asimetría en las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por tanto, la apelación al consentimiento sería siempre tramposa y no cabe apelar a él para creer que una relación sexual no viciada sea posible. MacKinnon, su correligionaria A. Dworkin y, en el plano nacional, B. Gimeno o C.G. Magdaleno, serían ejemplos de posiciones perfeccionistas, pues estarían instando a las ciudadanas a seguir un modelo de vida virtuoso (sólo las relaciones sexuales consentidas dentro del matrimonio bajo el fin de la procreación no serían dominantes ni heteropatriarcales) y a rechazar toda relación heterosexual por encubrir una forma de dominación masculina en la que el coito es

siempre una forma de violación que coloca a la mujer bajo la dependencia del varón y de la especie (p. 44, parafraseando a Beauvoir).

Este feminismo actual tiende a hacer de la mujer un sujeto menor de edad, vulnerable, propenso a equivocarse, débil y, por tanto, digno de proteger (es el caso de las que propugnan el abolicionismo de la prostitución, ya que cualquier libre elección de las mujeres que intercambian sexo por dinero es falaz e ilusa, o de las que no conciben la subrogación por sustitución ni siquiera sin que medie precio...). Son posicionamientos que ponen en duda la autonomía personal de la mujer. ¿Dónde quedó el empoderamiento —se podría uno preguntar— cuando se le sustrae a la mujer su capacidad de decisión por la de una política perfeccionista que vela para que no se equivoque? Si el feminismo más radical piensa que la decisión de una trabajadora sexual siempre es errónea, ¿no se le está negando directamente a la mujer su capacidad para escoger libremente esa opción de vida? Si una mujer elige lo que una feminista *mainstream* nunca elegiría, simplemente le dirían que está equivocada, que no sabe lo que hace, que estaría actuando bajo el dominio del heteropatriarcado o que está, lisa y llanamente, cegada ante lo que verdaderamente quiere y le interesa. Sólo elegir lo que el feminismo hegemónico dice que es bueno elegir constituye el verdadero empoderamiento.

En el relato del feminismo hegemónico la prostitución masculina queda como la gran olvidada. Pero De Lora sí tiene a bien citar algunos estudios actuales de rigor sobre el tema (pp. 100-101). Aunque no sea equivalente en número a la prostitución femenina, el individualismo moral nos obligaría a no olvidarnos de un trato digno por igual a todo ser humano.

El segundo motivo que destacaría del libro es su rigor conceptual. El profesor De Lora nos lanza un arsenal de cuestiones «peliagudas» que seguro provocan el «sonrojo» del lector. ¿Qué se cataloga como sexo?, ¿es el deseo un estado mental?, ¿comete adulterio aquel emparejado que ve pornografía o el que piensa en otra persona mientras mantiene sexo con su pareja?, ¿es la masturbación una relación sexual? Preguntas así le hacen a De Lora recurrir a las teorías del consentimiento para poder contestarlas. Lo que Alan Wethermer consideró como una suerte de «transformador normativo» y que para De Lora haría «justificable lo que, de otro modo, sería inadmisibile» (p. 30). Las razones por las que las relaciones sexuales se llevan a término no están sometidas al escrutinio de ninguna otra autoridad más que la de quienes la llevan a cabo. Frente al obstáculo kantiano que denunciaba que toda relación sexual es la pura instrumentalización del otro, en el Estado liberal el consentimiento troca en algo justificable el hacer del otro u otra mero medio. El consentimiento transforma la relación sexual, por más moralmente dudosa que pudiera ser, en jurídicamente lícita (p. 55).

Hablar de consentimiento nos lleva siempre a las dificultades sobre su forma de prestarlo. De Lora analiza, por un lado, si el consentimiento que hace jurídicamente lícita la relación sexual requiere manifestarse de alguna forma precisa y, por otro, si la particular reprochabilidad de la violación depende sólo de que no se haya otorgado tal consentimiento en la forma en que estimamos que se debiera dar. Sobre lo primero, De Lora sostendrá no sólo que la relación sexual consentida no exige una específica solemnidad verbal estandarizada, sino que someter una relación sexual a ese protocolo sería per se disvalioso. Con respecto a lo segundo, defenderá que aquellas relaciones sexuales donde el consentimiento ha estado viciado o fue obtenido fraudulentamente no deben ser consideradas agresiones sexuales en pie de igualdad con aquellas en las que se dan condiciones de «tortura». Aunque el consentimiento se haya obtenido fraudulentamente si no ha habido «tortura» o «violencia», por más moralmente reprochable que nos parezca la relación, ésta no

debe ser penalmente castigada. Habrá que ver cuán «fraudentemente» se ha conseguido el consentimiento: la insinuación, el flirteo, la proposición, la galantería y el coqueteo no pueden sino entenderse como formas de sutiles engaños que se encaminan a buscar el consentimiento. Pero de esas prácticas no se puede derivar que se haya producido un vicio del consentimiento tal que nos lleve a hablar de violación. Habrá, obviamente, límites en esas «artes del cortejo», y lo que se considera ofensivo parece que tiene más que ver con las reglas del trato social y los gestos culturales que con ilícitos jurídicos (p. 65).

Ello nos lleva a poner el acento del delito de agresión sexual, no en el vicio del consentimiento, sino en la específica forma de tortura que entraña esa violación. ¿Cómo reconstruir la prohibición de la violación, es decir, cómo entender la severidad del castigo y su justificación -lo que los penalistas llamarían el bien jurídico protegido- de acuerdo a una concepción no significativa del sexo? Si el sexo no tiene un fin propio, ¿por qué penar la violación más severamente que dañar a otro un sentido como la vista o hacerle perder un órgano? Aquí De Lora pone ejemplos de este problema de proporcionalidad penal muy ilustrativos que nos llevan al pantanoso terreno del populismo punitivo.

De Lora expone la tesis de Brownmiller, según la cual, la violación no es un delito intrínsecamente de naturaleza sexual, sino de violencia y tortura. «Esto no va de sexo, va de violencia», dicho brevemente. Lo que De Lora va a sostener es que la única manera de apostar por la severidad del castigo de la agresión sexual es asumiendo que algunas relaciones sexuales sí son significativas, esto es, no son desacralizables.

Ya nos avisó David Sussman que la gravedad moral de la tortura tiene que ver con cómo esa tortura logra en la víctima su autorrepudio (p. 52). El autorrepudio sería el contrario al autorrespeto enunciado por John Rawls (p. 54) como el más importante de los bienes primarios. Por eso, cuando alguien es violado alberga un profundo desprecio de sí mismo y adquiere un hondo sentimiento de humillación. Le han arrebatado lo más importante que tenía: la conciencia de su propio valor, su autoestima. De ahí que la severidad del castigo tenga que ver con ese autorrespeto perdido: el juez, al agravar la pena de la violación podría estar preguntándose por cuánto puede minar a un individuo el verse sometido a una situación violenta.

Y ello nos lleva al tercer eje que quería resaltar de la obra de De Lora. ¿Cómo entender o cómo reconstruir la significación que en principio atribuimos a la relación sexual en un Estado liberal en el que ciertas prácticas institucionales, sociales y reglas persisten contrariando ese supuesto fin de la actividad sexual? (p. 36). Nos enfrentamos a una «concepción desacralizada del sexo» (que De Lora sitúa en los sesenta con la aparición de los anticonceptivos femeninos, p. 119) que supone la ruptura de la barrera entre la relación sexual por placer y por reproducción. A partir de esa desacralización, el fin de la relación no tiene por qué ser necesariamente el reproductivo. En cambio, nuestras instituciones y normas jurídicas siguen considerando «perversiones sexuales» ciertas relaciones que no comulgan precisamente con el fin marital y reproductivo del sexo saludable. Si el sexo puede basarse en el puro placer, el sexo protegido por el Derecho, en cambio, sigue siendo el propiamente familiar y reproductivo. No hay concordancia entre nuestra visión acerca del sexo y el Derecho de un Estado liberal acerca de la moralidad sexual.

Se preguntaba la que fuera diputada de Podemos en la Asamblea de Madrid Beatriz Gimeno, y actualmente directora del Instituto de la Mujer, si había una manera justa de follar (2018, *Sexo y empatía. Las bases éticas del follar, Revista Contexto*). A lo que ella misma contestaba: «Somos las mujeres las únicas que consentimos,



mientras que ellos desean y actúan; nos follan. Nosotras, así, nos situamos como objeto deseado y pasivo, mientras que ellos son el sujeto activo que, con suerte, pide el consentimiento para el acceso a nuestro cuerpo».

Propuestas así le llevan a De Lora a plantearse si cabe hablar de justicia en las relaciones sexuales. Será injusta si no cumple su fin, esto es, que sea *contra natura*. Y aquí De Lora se opone a aceptar algunas tesis de Finnis y Scruton que nos harían comulgar con verdades reveladas acerca del sexo y del matrimonio que tienen más que ver con la religión y el tabú que con la razón. La relación será justa, en cambio, si cumple su fin, ya sea este el de la reproducción, el amor, el placer mutuo o la empatía –como diría Gimeno–. Parece que estas son buenas razones para mantener relaciones sexuales; esto es, dotan de un fin a la relación. Todas estas razones se reconducen, como vemos, a la idea de consentimiento: la moral sexual liberal tiene como eje normativo que haya consentimiento libre y voluntariamente prestado. Pero en lo que De Lora llama la visión desacralizada del sexo, ¿dónde encontrar este fin para saber si dicho fin se está cumpliendo, y poder catalogar la relación como justa? Teme De Lora que fruto de esa desacralización del sexo, en la que el sexo puede haber pasado a tener la misma relevancia moral que tantas otras funciones corporales y fisiológicas, no sea fácil atribuirle un sentido o fin a la práctica sexual. Perdido este fin, se podría uno preguntar por qué las instituciones siguen manteniendo la pornografía en la clandestinidad o persiste la condena del exhibicionismo, por ejemplo.

Acabo con cuatro conclusiones telegráficas que podemos extraer del libro de De Lora. Primero. La moralidad sexual liberal se asienta sobre una concepción significativa de la relación sexual, aunque quizás no extraordinariamente significativa ni muy densa. Pero la desacralización del sexo que se produce en la sociedad (el no tener que vernos obligados a darle un fin en sí mismo al coito) no encaja con otras muchas instituciones, reglas e incluso percepciones que seguimos manteniendo acerca del sexo. Segundo. El sexo que nos despoja de nuestra autoposición corporal, es decir, la relación sexual llevada a cabo mediante una afrenta a nuestro propio cuerpo, mina las bases del autorrespeto. De ahí que pueda justificarse la severidad del castigo de la violación por encima de otros delitos que podrían parecernos que causan «males» mayores. Tercero. La autonomía moral es condición necesaria pero no suficiente para la licitud moral del sexo. Hay formas de engaño, fraude o error (que no entran en el juego de la seducción o que están más allá de las reglas del trato social) que constituyen ofensas a la moralidad sexual. Esos engaños vician el consentimiento. Si bien el engaño es un indicador de que pueda haber agresión sexual (ahí están las contrariedades del relato clásico del Rapto de Lucrecia o vean la película *Boy's dont cry*), no cabe considerar que toda seducción sea una forma de engaño. ¿Qué son el galanteo y el cortejo sino formas de engaño para despertar la atención del ser querido? (p. 73). Y cuarto. En una sociedad liberal, el asco, el disgusto o la repugnancia son malos consejeros para legislar (p. 94). Las fantasías ajenas, por mucho que nos disgusten, no pueden ser objeto de interferencia. Esa es la inviolabilidad, nos recuerda T. Nagel, de una esfera íntima y privada de la persona que informa un compromiso con los derechos humanos (p. 80). Es también el derecho a la independencia moral de los individuos del que nos hablaba R. Dworkin en *Una cuestión de principios* cuando defendía un derecho a no resultar desfavorecido en la distribución de bienes y oportunidades sociales, entre los cuales se cuentan las libertades que les garantiza el Derecho penal, solo porque sus funcionarios o conciudadanos piensan que sus opiniones sobre cuál es el modo correcto de vivir sus vidas son innobles o equivocadas. El gobierno violaría este derecho a la independencia moral cuando la justificación que utilizara para restringir la conducta sexual recurriera a los motivos de una mayoría de personas que les repugna que otros miembros de su comunidad (por cuyas vidas desperdiciadas o poco florecidas sienten

aversión) se abocan a tales prácticas. Un Derecho penal de corte liberal, es decir, que utiliza el castigo para evitar conductas que dañan intereses o bienes jurídicos básicos, no puede justificar la tipificación de un comportamiento por ser este poco virtuoso, indecoroso o porque a algunos miembros de la comunidad les molesten las prácticas a las que otros se abandonan en privado (p. 94). El Derecho penal de un Estado liberal no está para hacernos virtuosos, sino para evitar el que otros nos impidan serlo.

Me permito realizar dos puntualizaciones últimas, una sobre el fondo y otra sobre la forma. Sobre el fondo, ensalzo la valentía de De Lora para entrar en enjundiosos debates, expuestos con profundidad argumentativa y rigor analítico. Admiro la serenidad con la que De Lora sale airoso de algunos charcos en los que se mete. Y lo hace de la mano de la mejor tradición del liberalismo político, la autonomía y el individualismo moral. No puedo más que estar de acuerdo con esa perspectiva. Sobre la forma, sólo haría notar que la opción de llevar las notas al final del libro, en vez de a pie de página, suele ser engorrosa. Hay muchas notas de interés para el lector común que contienen aclaraciones sustantivas y no sólo de mera referencia bibliográfica. Aunque sobre esto ya sabemos que donde hay patrón (editorial) no manda marinero...

Creo compartir la convicción feminista liberal a la que nos invita De Lora y la defensa por una igualdad de derechos entre hombres y mujeres, al modo básicamente universalista e individualista, que nos acerca a la mejor tradición del feminismo ilustrado (que va desde los escritos de Mary Wollstonecraft y Condorcet a Harriet Taylor y Stuart Mill). Este feminismo entiende que las diferencias entre hombres y mujeres son, en gran medida, aunque no por completo, una construcción social. Frente a ello, creo que las categorías hombre-mujer pueden volverse a convertir en identidades esencialistas en el discurso del feminismo radical (p. 165), quizás más por exceso verbal o falta de matización teórica que por expreso deseo. Flaco favor estarían haciendo Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon a aquellas que precisamente dicen estar empoderando.

En el suplemento Babelia del diario El País (11/09/2019) se publicaba una entrevista con Margaret Atwood, en la que la autora de *El cuento de la criada* afirmaba que «de forma natural me sale ser una vieja zorra malvada», y añadía: «la verdad es que hay todo tipo de mujeres. No pretendamos que son un tipo de ángeles que vuelan entre las nubes. Tienen imperfecciones y fallos como el resto, ¿y por qué no deberían tener derecho a ello?».

Cuidado con los intentos de teorizar sobre cuestiones tan íntimas como el sexo o el género. Ese es el aviso de De Lora. No es que no haya límites ni concepciones significativas acerca de lo que es valioso en la vida. Sino que, como ya dijo el Comité Wolfenden acerca de la despenalización de la prostitución y la homosexualidad en Inglaterra a mediados del siglo XX, sencillamente no son asunto del Derecho. Porque precisamente lo que dota de valor a ese componente de la experiencia humana es que se encuentra vedado a la injerencia de la esfera pública. La moral, impuesta por la fuerza, deja de ser valiosa. La moral sexual igualmente no aguanta nada bien ese contagio con lo público o lo justo. Si lo sexual no puede dejar de ser político, «¿cuán político debe ser?» (p. 124). Seguramente el consentimiento libre e indudablemente prestado sea el mejor indicador para tomarnos en serio la autonomía personal. Las cuestiones referidas a la identidad sexual no pueden ser preestablecidas clínicamente de una vez y para siempre, como si pudiera inferirse algo así como una auténtica naturaleza humana sin incurrir en falacia fatal. Quizás no podamos dar un concepto de 'lo bueno', y tan sólo podamos conformarnos con dejar espacio para que cada uno lo busque a su manera, espontáneamente, con sus defectos y virtudes y con el trasfondo de eso que De Lora llama poéticamente «el ruido de la vida».

## Juan Trías Vejarano, Del antiguo régimen a la sociedad burguesa

(2019) Tecnos  
Madrid, 272 pp.

Victoriano Martín Martín\*  
Universidad Rey Juan Carlos  
[victoriano.martin44@gmail.com](mailto:victoriano.martin44@gmail.com)

Cita recomendada:

Martín Martín, V. (2019). Juan Trías Vejarano, Del antiguo régimen a la sociedad burguesa. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 437- 448  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5293>

*Est autem contractus, ut politice loquar, quaelibet conventio inter aliquos constituta, et communi deliberatione firmata* (Alfonso Fernández de Madrigal, *De optima politia*).

Mientras comenzaba a escribir este papel, María José Villaverde nos informa de la triste noticia de la muerte de Juan Trías. El martes 10 de septiembre la profesora Villaverde publicó una necrológica preciosa, que rebosaba cariño y agradecimiento. Una síntesis excelente del pensamiento y de la trayectoria intelectual del profesor Trías Vejarano. Una síntesis que me ha ayudado a ordenar el análisis y la crítica del libro, que nos ocupa. Señalaba María José dos aspectos, que podían haber condicionado su obra; su «anticlericalismo militante» y la necesidad de «contextualizar siempre». El relativismo inherente a su afán de «contextualizar siempre» chocaba con mi concepción metodológica popperiana, cuyas características fundamentales serían el absolutismo filosófico, siguiendo la terminología de Mark Blaug, y el falsacionismo de Karl Popper. Tengo que manifestar que al encontrarme con los términos «formaciones sociales» en la primera página del libro, busqué en mi biblioteca el libro de Marta Harnecker, *Conceptos elementales del materialismo histórico*, pero todo aquello, a estas alturas se me caía de las manos. Antes que nada quiero resaltar la gran erudición desplegada por Juan Trías en esta obra así como la

\* Catedrático de Historia del Pensamiento Económico de la Universidad Rey Juan Carlos.



utilización de los textos originales de los autores; como veremos, no creo que se haga justicia con Suarez. Por lo que se refiere al resto de los autores estudiados, creo que tanto Bodino como Altusio tienen un rigor analítico muy inferior a los grandes pensadores escolásticos que vamos a tratar aquí; en cuanto a Grocio, el padre Alonso Getino, en el tomo tercero de su edición de las *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria* (1935), ha realizado las concordancias entre Vitoria y Grocio, si se hicieran las de Vázquez de Menchaca y Grocio, se pondría en entredicho la originalidad del autor holandés.

No soy especialista en teoría político-social, ni tan siquiera en teoría política. Me acerqué a la Teoría del Estado en la escolástica española de los siglos XVI y XVII desde la Nueva Economía Institucional; por tanto estas son mis limitaciones. Ahora bien, creo que conozco tanto la Teoría del Estado de los escolásticos como la de Thomas Hobbes; de ahí que sea este el ámbito en el que centraré estos comentarios<sup>1</sup>.

La comparación entre la Teoría del Estado de Hobbes y la de la escolástica española desde los aspectos que parece son el fundamento de la teoría de Hobbes, esto es, su concepción de la naturaleza humana, su concepto de estado de naturaleza y su teoría del contrato, será el objeto fundamental de la crítica que me propongo. No cabe duda que existen grandes diferencias entre Hobbes y los escolásticos. En primer lugar, Hobbes no fue ni clérigo ni profesor de Universidad; los escolásticos eran teólogos y académicos, la mayoría pertenecientes a órdenes religiosos, dominicos y jesuitas; sus enseñanzas de teoría del Estado y de los derechos de propiedad generalmente eran impartidas en el ámbito de sus clases de Teología. Hobbes fue el primer filósofo político, propiamente dicho. Los escolásticos tenían una concepción democrática del poder político, la de Hobbes era absolutista. El contrato en los escolásticos lo establecen los ciudadanos y el Soberano que se compromete a garantizar las vidas y las propiedades de los subditos así como a velar por el bienestar de la Comunidad; para todo esto le entregan el poder; en el contrato está presente la necesidad del consentimiento de los ciudadanos para todas aquellas medidas que adopte el Soberano si las mismas afectan a su bienestar o al de la Comunidad, tales como la alteración del valor de la moneda, o la imposición de nuevos tributos; esto es, los ciudadanos de los escolásticos, conscientes de que el príncipe es una criatura suya, cuya existencia es impensable al margen de su voluntad, jamás renuncian a su libertad y soberanía para poder remover al príncipe si éste no cumple con la función que se le encomendó. El establecimiento del poder político, a través del concepto de libertad regulada frente al desenfreno sin normas, intenta reducir el dominio de cada individuo a una esfera, garantizada por la justicia, en que no pueda perjudicar a los otros.

En el caso de Hobbes, sin duda, mucho más claro, sintético y explícito, el contrato lo establecen solo los ciudadanos para entregar todo el poder al Soberano y no aparece rastro de la teoría del consentimiento, pues

el único modo de erigir un poder común, capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros [...] es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por pluralidad de veces, a una voluntad [...] y someter así sus voluntades, una a una, a su voluntad, y sus juicios a su juicio (Hobbes, 1991, p. 120).

---

<sup>1</sup> La comparación de Hobbes con San Agustín la he tomado del capítulo 3 de mi libro (2002). *El Liberalismo Económico*. Madrid, España: Editorial Síntesis. El grueso del análisis de la Teoría del Estado de los Escolásticos en relación con Hobbes la he tomado de mi artículo (2011). Teoría del Estado y Derechos de Propiedad en la Escolástica Española del siglo XVI. Un antecedente de la Nueva Economía Institucional. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, (2), pp. 81-110.

En el capítulo 1, Trías, refiriéndose a «la organización política, como una *construcción*, netamente diferenciada, a través de un contrato singular, distinguen también la obra de Hobbes de los autores anteriores». Pues bien, es cierto que la exposición de Hobbes es mucho más concisa y evidente,

es más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos ellos en una e idéntica persona hecha por pacto de cada hombre con cada hombre, como si todo hombre debiera decir a todo hombre: autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante (*Ibid.*)

Ahora bien, quiero llamar la atención sobre la originalidad de la teoría del contrato; como aparece en el frontispicio de este papel, la teoría del contrato político como constitutivo de la organización social y del Estado parece estar presente en la tradición escolástica al menos desde Alfonso Fernández de Madrigal (1401-1455).

Trías en el mismo capítulo, apartado 1.5 no duda en afirmar que «lo novedoso en Hobbes, y que rompe con el pensamiento de los autores» anteriores «es el punto de partida, que es el hombre en cuanto individuo [...] a partir de las determinaciones de la naturaleza humana». Pero tales determinaciones de la naturaleza humana son prácticamente idénticas al concepto de naturaleza humana en San Agustín (pp. 354-430), quien diseñó la forma en que Occidente ha pensado sobre la naturaleza humana con su exposición de la psicología del hombre caído o pecador. Agustín cree que la mayoría de los hombres son irredimibles, y que esto ha sido siempre verdad en el pasado y seguirá siendo verdad hasta el fin del mundo. Pues bien, la psicología del hombre caído o pecador es crucial para entender las instituciones de la sociedad humana, como la propiedad, la familia, la esclavitud y sobre todo el orden político. Otro tanto ocurre con el estado de naturaleza.

La principal característica que identifica al hombre caído es el egoísmo en forma de codicia, esto es el deseo de dinero y posesiones. La libido es el término genérico que emplea Agustín para designar todos los deseos mundanos y la define como el apetito por el que son preferidos los bienes temporales a los eternos. Todo deseo terreno es una forma de libido, «la ira es el deseo de venganza, la avaricia es el deseo de dinero y la inclinación al poder es el deseo de dominio». Para Agustín, una de las tres formas primarias de libido es la codicia, avaricia, que es el apetito desordenado e insaciable de bienes materiales, especialmente la riqueza –las otras dos son *la libido dominandi* y la lujuria. No existe límite a los deseos del hombre depravado, pues su vida consiste en una búsqueda desasosegada por la consecución de un objeto detrás de otro. La avaricia, por su propia naturaleza, no puede tener límite. Así se refiere Agustín al hombre caído:

Buscabas haciendas, deseabas ser dueño de tierras, no querías vecinos; habiéndote desecho de unos, ansiabas engullir a otros, y tanto abrías las fauces de la avaricia, que llegabas hasta la playa, y en llegado que llegabas a ella, deseabas las islas. Aduñado de la tierra, quizá quieres asir el cielo (San Agustín, 1982, pp. 731-732).

Señala Agustín que para estos hombres que el mundo considera «de gran consejo y prudencia», empeñados en la búsqueda estéril de felicidad mediante la satisfacción de un número infinito de deseos, todos los medios, todas las artimañas para acumular bienes y dinero son legítimos. Así se dirige Agustín, ahora irónicamente, al hombre caído recriminándole: «Tú, sin duda, hombre de gran consejo y prudencia...robas al hombre y tú te quejas del ladrón. Lo que tú haces con otro, temes te suceda, y no te corriges del detrimento que perpetras» (San Agustín, pp. 701-702).



Ahora bien, esta codicia desenfrenada no está limitada al rico, pues los hombres en general, «se mueven más por la avaricia que por la habilidad; y aun entre los mismos artistas es raro encontrar quien no venda su arte por dinero» (San Agustín, p. 419).

Tampoco los más pobres están libres del pecado de la codicia, pues su envidia del rico y la amargura por su pobreza les llevan a desear los bienes temporales tanto como el rico. Existe un paralelismo claro entre la búsqueda desasosegada del hombre para satisfacer sus necesidades, que nos describe Agustín, y el hombre de Hobbes, que emplea toda su vida esforzándose en colmar un deseo detrás de otro. La diferencia estriba en que mientras Hobbes acepta el desasosiego y la búsqueda sin fin del hombre por satisfacer sus necesidades como algo natural e inevitable, Agustín lo considera como una insensatez pecaminosa natural solamente para el hombre caído. De la misma forma, la descripción gráfica de Hobbes del *bellum omnium contra omnes* nos recuerda el modo en que Agustín pinta las consecuencias de la competencia feroz por los bienes, inevitablemente escasos, por parte de hombres egocéntricos impulsados por deseos infinitos (Deane, 1963, pp. 46-47).

Si el hombre natural de Hobbes no está nunca libre de preocupación y desvelo por impedir que les sean arrebatadas sus riquezas, la suerte de los hombres mundanos de Agustín tampoco es muy envidiable, pues «el más poderoso busca al más débil, y le busca para oprimirle y sólo porque tiene lo que ha de quitarle. Le ve, sometido a él, soportar tribulaciones únicamente por causa de lo que tiene; así el poderoso acumula junto a sí aquello por lo que el débil soporta tribulación» (San Agustín, 1982, p. 301).

Los hombres de la ciudad terrena superan en egoísmo y en crueldad la conducta del *bellum omnium contra omnes* de los individuos de Hobbes: su egoísmo desenfrenado y su insaciable codicia son inevitablemente autodestructores, pues en medio del fragor del conflicto de egoísmos y codicias, la imposibilidad de satisfacer el más mínimo deseo conduce a la miseria, al sufrimiento y a la frustración. Si el egoísmo en forma de codicia, el deseo de dinero y posesiones, es la primera característica que identifica al hombre caído, su segunda e igualmente importante cualidad es a la que repetidamente se refiere Agustín como la pasión de dominio sobre otros hombres o el deseo de poder –*libido dominandi*–. La *libido dominandi* está asociada con el amor a la gloria, el honor y el hambre de alabanza. Lo mismo que la avaricia, el deseo de ejercer el poder y la dominación es común a todos los hombres.

El tratamiento de Agustín de la *libido dominandi* de nuevo nos recuerda el retrato de Hobbes del hombre natural y su:

deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder que sólo cesa con la muerte. Y la causa de ello no es siempre esperar un goce más intenso que el ya obtenido ni tampoco ser incapaz de contentarse con un poder moderado. En realidad, el hombre no puede asegurarse el poder y los medios para vivir bien, que actualmente tiene, sin la adquisición de más [...] Y cuando todo eso se cumple, surge un nuevo deseo; en algunos de fama por nuevas conquistas; en otros de ocio y placer sensual; en otros de admiración, o de ser ensalzados por descollar en algún arte o en otra capacidad de la vida (Hobbes, 1991, p. 70).

Con todo, hay una diferencia entre los dos pensadores. Para Hobbes, el deseo que tiene el hombre de gloria es secundario, su impulso básico es el instinto de autoconservación y seguridad, y el impulso adquisitivo, que es uno de los mayores vehículos por los que este instinto básico se satisface. Agustín, por su parte, contempla el deseo de dominio y de gloria como un impulso independiente, tan básico para el hombre como la codicia.

Pues bien, ante este panorama de hombres egoístas y avariciosos, hambrientos de poder, dispuestos a destruirse los unos a los otros en una lucha feroz por el propio engrandecimiento, Agustín, a fin de que no reine la anarquía, propone como remedio el Estado, cuya finalidad consiste en la defensa de los derechos de propiedad mediante el mantenimiento del orden y la paz o, mejor, la ausencia o, al menos, la disminución de la violencia. El estado también es un orden coercitivo mantenido por el uso de la fuerza y confiando con el miedo al castigo como su mayor sanción para la sumisión a sus mandatos. El objetivo fundamental del Estado es disuadir a los ciudadanos de realizar ciertas clases de actos nocivos y delictivos. Es una institución correctiva, lo mismo que la propiedad privada, la esclavitud y otras formas de dominación del hombre sobre el hombre.

Sin Estado reinaría la anarquía, y los hombres egocéntricos, avariciosos, hambrientos de poder y lujuriosos se destruirían unos a otros en una lucha feroz por el auto engrandecimiento. Como puede observarse, este estado de cosas descrito por Agustín, como consecuencia de la caída, es prácticamente igual que el estado de naturaleza que nos dibuja Hobbes. Por consiguiente, el Estado es un orden externo, coercitivo, represivo y correctivo. Ciertamente esta concepción del Estado parece esencialmente moderna, al menos tan moderna como la de Hobbes, salvando las distancias, pero sorprende especialmente encontrarla en un filósofo cristiano del siglo V. Agustín señala que: «la función de la ley temporal es asegurar que los hombres puedan poseer las cosas que podemos llamar “nuestras” por una temporada y que los otros codician con impaciencia, con la condición que la paz y la sociedad humana sean preservadas, entre tanto que pueden ser preservadas las cosas mundanas» (San Agustín, 1982, p. 259). La ley determina que los ciudadanos puedan poseer legítimamente, y por las sanciones asegura a cada ciudadano el disfrute de sus posesiones. La ley, lo mismo que en el caso de Hobbes, opera a través del instrumento del miedo. La sanción por medio de la cual el Estado intenta asegurar la conformidad a la conducta prescrita por las leyes consiste en la habilidad de privar al ofensor de una o más de sus posesiones, su propiedad, su libertad, su ciudadanía o en última instancia su vida (Deane, 1963, pp. 139-140).

Finalmente para concluir estas reflexiones sobre la comparación de la concepción del Estado de Agustín y Hobbes, me voy a referir a la definición de Estado de Agustín; comienza tomando prestada la definición de Estado dada por Escipión en *La Republica* de Cicerón, en que se identifica *populus* con *res publica*, esto es, *populum autem non omnem coetum multitudinis, sed coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum esse determinat*, pueblo no es cualquier grupo de gente, sino «la asociación de personas basada en la aceptación de las leyes y en la comunión de intereses» (San Agustín, 1982, p. 121). Pero Agustín había prometido a sus lectores su propia definición de Estado, promesa que cumple cuando afirma que *civitas, quae nihil aliud est quam hominum multitudo aliquo societatis vinculo colligata*, «una ciudad, que no es otra cosa que una multitud de hombres unidos entre sí por algún vínculo social» (*Ibid.*, p. 161). Aunque en estas definiciones de ciudad, *civitas*, una nomenclatura que aparece en Hobbes –pues «la multitud así reunida en una sola persona se llama *republica*, en latín *civitas*» (Hobbes, 1991, p. 120)– que el propio Agustín, a veces, denomina *populus* o *res publica*, no aparece la palabra contrato, pero el *hominum multitudo aliquo societatis vinculo colligata* es prácticamente idéntico al concepto de contrato de Hobbes.

Retomamos ahora la teoría del poder político que dejamos iniciada más arriba de Alfonso Fernández de Madrigal, El Tostado; para él el poder político, cuyo objetivo es garantizar el bienestar de la comunidad, reside en Dios, quien trasmite dicho poder inmediatamente a los súbditos, que a su vez constituyen lo que designamos con el concepto abstracto de comunidad, que es la que elige al príncipe. No parece

arriesgado señalar a nuestro autor como uno de los defensores del contrato político como constitutivo de la organización social y del Estado. Así parece deducirse de un párrafo en latín, que traducido de una forma un poco libre vendría a decir: «es pues un contrato, políticamente hablando, cualquier convención establecida entre algunos, y confirmada por decisión de todos» (*est autem contractus, ut politice loquar, quaelibet conventio inter aliquos constituta, et communi deliberatione firmata*).

El grueso de la filosofía política de El Tostado la encontramos en su Relección *De optima politia*, donde intenta presentar el sistema de gobierno ideal. En su intento de diseño de este tipo de gobierno tiene muy presente la realidad de la condición humana, de la que se muestra un profundo conocedor. Puesto que no se trata solo de diseñar el mejor sistema de gobierno, hay que asegurar su supervivencia. Es necesario instaurarlo y conservarlo. De ahí la necesidad de asegurar la paz y el bienestar de la comunidad. A fin de asegurar la instauración y conservación del mejor sistema de gobierno es necesario conocer bien la naturaleza humana, y Alfonso Fernández de Madrigal, lo mismo que San Agustín, es consciente de la debilidad de la condición humana, de sus tendencias pasionales viciosas y de sus sentimientos perversos, características que deben estar presentes a la hora de diseñar una organización social capaz de resolver los problemas de los hombres. Esta concepción agustiniana pesimista de la naturaleza humana le lleva a desaconsejar el Evangelio como norma positiva para la República temporal.

De acuerdo con tales supuestos, El Tostado más que el mejor sistema de gobierno intenta encontrar el más conveniente. Al menos implícitamente, de la doctrina de Alfonso Fernández de Madrigal, se desprende la teoría del consentimiento, que significa que el gobernante no puede tomar decisiones que afecten a la comunidad sin el consentimiento del pueblo, una doctrina que se venía defendiendo en el ámbito de la Universidad de París. Dejando de lado algún ejemplo más temprano como la Bula de Inocencio III de 5 de abril de 1199, *Quanto personam tuam*, que defiende el pleno contenido metálico de las monedas y la necesidad del consentimiento del pueblo en caso de alteración. Al menos desde el siglo XIV venía siendo doctrina común. Y la elevarían a la categoría de norma los escolásticos españoles en los siglos XVI y XVII.

Al analizar el origen y la necesidad del Estado en los escolásticos españoles en los siglos XVI y XVII, son de capital importancia los conceptos de naturaleza humana, de pacto y de estado de naturaleza, como en el caso de Hobbes. Aquí son claves las aportaciones de Francisco Suárez y de Luis de Molina y su concepción agustiniana de la naturaleza humana: la propensión de los individuos a buscar el propio interés y la flaqueza moral de los hombres en el estado de naturaleza caída. Pero existe otra justificación más aristotélica y tomista, esto es la sociabilidad natural de los hombres, que se reencarna en la obra de Francisco de Vitoria. Nos encontramos con la posición intermedia de Domingo de Soto; y tenemos que referirnos también a la obra del franciscano Alfonso de Castro. Es necesario resaltar las aportaciones de Fray Luis de León, que en su *Tratado sobre la ley* realiza una defensa del Estado y de la propiedad homologable a la David Hume, y finalmente las de Vázquez de Menchaca, un jurista laico, que tiene una justificación utilitarista del Estado y que con un razonamiento completamente laico se adelanta a Grocio en el concepto de derecho natural.

La necesidad y en consecuencia el diseño de la sociedad política surge de un presunto «estado de naturaleza» a través del consentimiento. Es cierto que la mayoría de los autores no se refieren explícitamente al «contrato social» como origen del Estado, pero su razonamiento para explicar el origen del poder político implica al menos de forma implícita la teoría del contrato, pues dice Francisco Suárez S.J.

(1548-1617): «La multitud humana [...] por un deseo especial o consentimiento general se reúne en un cuerpo político con un vínculo de sociedad y para ayudarse mutuamente» (Suárez, 1967, p. 202); y todavía de una forma más clara y explícita cuando se refiere al origen del derecho de gentes, como antecedente del derecho internacional, ya que «el género humano [...] dividido en distintas comunidades [...] convino que, como por un pacto y consentimiento común, observasen entre sí algunos derechos comunes» (Suárez, p. 203).

Todos estos autores tenían el concepto de estado de naturaleza, estado de naturaleza caída, y Luis de Molina S.J. (1536-1600) se refiere a la condición de la humanidad en el estado de naturaleza caída como aquella situación en que se encuentran los hombres después del pecado y antes de la formación de la sociedad política, en que los individuos están «llenos de afectos depravados y de pasiones». Pero lo que sí aparece de una forma explícita es la necesidad del consentimiento para que se produzca la transición a la sociedad política.

Todos ellos, sin mencionar de forma expresa el estado de naturaleza, se refieren a la condición original o natural como un estado de libertad, igualdad e independencia. Francisco de Vitoria O.P. (1483-1546) afirma que «antes de que convengan los hombres en formar una ciudad ninguno era superior a los demás» (De Vitoria, 1960, p. 159). Y Suárez reconoce que la dificultad principal para explicar el origen del poder político radica en que «este poder por sola la naturaleza de la cosa no reside en ningún hombre en particular sino en el conjunto de los hombres [...] y es que por naturaleza todos los hombres nacen libres y por eso ninguno tiene jurisdicción política sobre otro» (Suárez, 1967, pp. 201-202).

Vitoria se refiere a la sociabilidad natural del hombre y al poder político como algo natural a la convivencia humana. Fundamenta la organización social en la frágil naturaleza del hombre que no puede subsistir sin la colaboración de sus semejantes a través de la vida en sociedad, pues la naturaleza «concediendo al hombre la razón y la virtud, le dejó frágil, débil y pobre [...] como arrojado de un naufragio, [...] para subvenir a estas necesidades fue necesario que los hombres [...] viviesen en sociedad y se ayudasen mutuamente» (Vitoria, 1960, pp. 154-155). Porque la vida «desplegada en soledad no podría menos de ser calificada de triste y desagradable» (*Ibid.*, p. 156). Nótese la semejanza de las palabras de Vitoria en negrita con la descripción que hace Hobbes de la vida del hombre en el estado de naturaleza, que «es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta» (Hobbes, 1991, pp. 107-108).

Como da a entender Suárez, si «los hombres por su naturaleza son libres y no están sujetos a nadie» debieron existir razones poderosas que les aconsejaron dejar de lado sus libertades naturales. «Como sucedió que, sencillamente, si consideramos lo que existe en la naturaleza de la cosas algunos hombres puedan gobernar a otros y colocarlos bajo una genuina obligación por medio de leyes que ellos mismos aplican» (Suárez, 1967, p. 197). Y Domingo de Soto afirma «que aunque los hombres hayan sido hechos naturalmente libres, sin embargo por instinto de la misma naturaleza, como animales sociales que son, ponen al frente de sí reyes y príncipes, para satisfacer así su deseo natural de conservación, y para que, obedeciéndoles, vivan más seguros y felizmente» (De Soto, 1967, p. 303).

Tanto Suárez como Molina, partiendo de una concepción de la naturaleza humana tan pesimista y sombría como la de San Agustín, introducen un nuevo argumento para justificar el origen del Estado, dan una vuelta al análisis optimista de la racionalidad y moralidad humanas; lo que les lleva a concluir que si los hombres hubieran permanecido en las comunidades naturales y prepolíticas sin someterse al

imperio del derecho positivo, sus vidas se habrían visto limitadas por la creciente injusticia e incertidumbre. En palabras de Luis de Molina:

Después del pecado [...] los hombres se han vuelto más perezosos y débiles para el trabajo, estando llenos de afectos depravados y de pasiones [...]. Supuesta la malicia y la imbecilidad de los hombres subsiguiente a la pérdida de la justicia original [se hace necesario vivir] en un Estado íntegro y perfecto para que pueda conservarse entre los hombres la paz, la seguridad y la justicia. Ya que [...] con el poder del Estado cada uno se halla mejor defendido contra las injurias de los demás y son más fácilmente perseguidos y castigados los malhechores y facinerosos [...] y como quiera que las pasiones del hombre después del pecado están inclinadas al mal y en la juventud demuestra la experiencia que casi todos se dejan dominar por sus depravados instintos, es evidente que si vivieran fuera de la comunidad política, sin que hubiera un poder público superior que los pudiera coercer y reprimir, serían innumerables las matanzas, revoluciones, rapiñas, hurtos, dolos y fraudes, opresión de los débiles por los poderosos, y sería mucho peor la condición y miseria del género humano (Luis de Molina, 1975, pp. 680 y 688).

Parece claro que en una situación como la descrita por Molina es aplicable la reflexión de Hobbes de que «no hay lugar para el trabajo ya que el fruto del mismo se presenta como incierto; y, consecuentemente no hay cultivo de la tierra [...] y lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta» (Hobbes, 1991, pp. 107-108).

Y como señala Suárez en su defensa de la necesidad de las leyes, la consecuencia es que

nunca pueden mantenerse la paz y la justicia sin leyes convenientes [ya que] los hombres individuales y ordinarios encuentran difícil entender lo que es necesario para el bien común y casi nunca hacen un intento por buscarlo ellos mismos [...] dado que los hombres en su mayoría son inclinados al mal y se dejan guiar por sus pasiones, y por eso lo más frecuente es tener que reprimirlos por el temor al castigo (Suárez, 1967, p. 20 y p. 81).

La propensión del hombre a «mirar sólo por sí mismo» junto con su flaqueza moral inducen a Suárez a pintar un cuadro igual de sombrío que el de Molina, pues sin una comunidad política faltarían «todos los servicios y oficios necesarios para la vida humana, y mucho menos» podría conseguirse

el conocimiento de todas las cosas necesarias. Además, si todas las familias estuviesen divididas entre sí, apenas podría conservarse la paz entre los hombres, ni podrían rechazarse ni vengarse las injusticias de una manera ordenada [...] porque como dice el sabio: donde no hay gobierno va el pueblo a la ruina. [...] Sin el poder para gobernarla habría la mayor confusión en la comunidad (Suárez, p. 198)

No cabe duda que tanto Suárez como Molina sostienen que es el interés propio lo que mueve a los hombres a renunciar a su libertad natural a favor de un poder público gobernado por el derecho positivo, pues como afirma Suárez:

cada uno de los miembros particulares mira por su conveniencia particular, la cual muchas veces es contraria al bien común, y a veces hay muchas cosas que son necesarias para el bien común, las cuales no son tan necesarias para cada uno de los particulares, y aunque a veces sean necesarias no se procuran porque sean de interés común sino porque son de interés particular; luego en una comunidad es necesario el poder público al cual por oficio corresponda buscar y procurar el bien común (Suárez, p. 199)



La semejanza de estos textos con los de Hobbes no puede ser más evidente. Aunque Domingo de Soto O.P. (1494-1560) tiene una concepción de la naturaleza humana muy similar a la de Suárez y Molina, sin embargo, sigue a su maestro Francisco de Vitoria y resalta que «el hombre, efectivamente, es un animal social». Pero a partir de aquí el razonamiento es prácticamente idéntico al de los jesuitas, porque «encerrar en una sociedad común la vida de los hombres es imposible mientras no haya una autoridad pública que los domine en paz, pues esta autoridad es la encargada tanto de conservar la sociedad como de administrar justicia» (De Soto, 1967, p. 309).

Una vez formada la sociedad a fin de que pueda gobernarse, rechazar a los enemigos y reprimir a los malhechores, es necesario elegir «magistrados a quien traspasar su autoridad, pues de otro modo la sociedad entera, sin orden y sin cabeza, no [...] podría proveer de todo lo que fuera conveniente» (De Soto, p. 302). Ahora bien, «para que una sociedad instituya un rey, o un emperador, a quien traspasar su autoridad, se requiere que se reúna en asamblea general, o que por lo menos la mayor parte de ella consienta en tal elección» (De Soto, p. 304). Pero además «el que gobierna tiene poder para dar leyes a fin de someter con ellas a la sociedad» (De Soto, p. 302). «Establecer las leyes [...] es el principal deber de quien ocupa el trono para gobernar el reino» (De Soto, p. 8). Porque «el derecho civil ha sido establecido por la voluntad de los hombres reunidos de común acuerdo» (De Soto, p. 45). No creo que sea exagerado descubrir la teoría del contrato en estos textos.

Pero además en Soto encontramos el concepto de seguridad jurídica y regulatoria, pues «la ley se establece no para que esté en vigor poco tiempo, sino para que dure largos siglos». Pues «los Estados suelen sufrir grave daño con el cambio frecuente de las leyes» (De Soto, p. 46).

De la misma forma, resalta el concepto de Justicia, cuando afirma que «La justicia es la voluntad firme e irrevocable de dar a cada uno lo suyo. [...] Así el objeto propio de la justicia es dar a cada uno su derecho» (De Soto, pp. 200-201). El papel de la Justicia es garantizar que se cumpla lo convenido. La justicia se ocupa «de ordenar el trato y comercio de los hombres» (De Soto, p. 209). Es la ley la que distingue lo justo de lo injusto (De Soto, p. 40) y la ley para que sea sólida y duradera «ha de tener por objeto encaminar a sus súbditos al bien común, [...] que consiste en la quietud, tranquilidad y paz social» (De Soto, p. 11). Las leyes han sido establecidas para «refrenar la audacia de los hombres y se ampare la inocencia contra los malos», pero también regulan «las ventas y otros contratos sin los cuales los hombres no podríamos vivir» (De Soto, pp. 37-38).

En definitiva afirma Domingo de Soto que

las leyes humanas deben de prohibir principalmente los vicios, delitos y crímenes que privan a la sociedad de la paz y de la tranquilidad, como son los que envuelven alguna injusticia, es decir, aquellos que son contra la justicia conmutativa, como los homicidios, hurtos, adulterios, fraudes, trampas y otros semejantes. Puesto que la paz y sosiego de la nación han de ser el blanco y fin de los legisladores (De Soto, p. 48).

Un razonamiento similar a la hora de justificar y fundamentar el poder político lo encontramos en Alfonso de Castro (1495-1558), un franciscano que estudió Teología en Salamanca y Alcalá de Henares, y enseñó Teología en su convento de la ciudad del Tormes. La concepción democrática de Alfonso de Castro aparece diáfana en su descripción del poder político «cuyo fin es mantener en paz al pueblo» deja claro que es el pueblo su depositario, que «aunque se derive siempre de Dios, el ejercicio del mismo tiene lugar por medio del consentimiento del pueblo [...] y quien concedió tal cometido de gobierno al pueblo por este mismo hecho le dio la potestad

de establecer leyes, sin las cuales el pueblo no puede ser regido adecuadamente». Pero «como [...] donde hay multitud hay confusión [...] fue conveniente la transferencia por el pueblo de esta potestad, concedida a él por derecho natural, a alguno que [...] diera leyes a todo el pueblo con las cuales pudiera llevar una vida pacífica». Castro insiste en que

por derecho natural, incluso después de la corrompida naturaleza, nadie es rey o señor del pueblo, sino que los principados o dominios poseídos justamente procedieron del consentimiento del pueblo [...]. Consta que el poder del gobierno, que debe llamarse justo, se deriva del consentimiento del pueblo, de donde se sigue que el poder, que no tiene ningún origen en el consentimiento del pueblo, no debe llamarse justo sino tiránico (Sierra Bravo, 1975, pp. 651-653).

Otro tanto podemos decir de Diego de Covarrubias (1512-1577), discípulo de Martín de Azpilcueta y Francisco de Vitoria, catedrático de Derecho Canónico en Salamanca. En él encontramos un razonamiento similar en cuanto al origen y el papel del poder político al de sus contemporáneos. Según Covarrubias, «la potestad temporal y civil jurisdicción suprema, reside en la misma república, y [...] el príncipe será temporal y tendrá autoridad sobre todos los gobiernos de la república para los que haya sido elegido y constituido tal por la misma república [...] salvo que la sociedad humana haya establecido mediante pacto otra cosa distinta». Pero la sociedad humana no podrá

governar a los hombres, defenderse contra los enemigos y reprimir [...] a los malhechores, si no concede facultades [...] a los magistrados, príncipes y gobernadores y si no constituye jueces y guías a los que la multitud misma y todos los que componen la convivencia se sometan y obedezcan, ya que de otro modo, sin orden y sin cabeza, de ninguna manera conseguirían lo que se necesita para el bien de toda la comunidad (Covarrubias y Leyva, 1957, p. 248 y pp. 250-251).

En resumen, para Covarrubias el sujeto natural de la soberanía es el pueblo constituido en Estado. Es el mismo pueblo o los que le representan, quienes eligen al rey o soberano. Aunque el poder es necesario o natural, sólo el pueblo por consentimiento expreso o tácito puede determinar las condiciones del régimen político, pues el poder de los gobernantes tiene su origen en el contrato o pacto de los ciudadanos, de ahí que el poder de gobernar proceda directamente del pueblo a través del consentimiento de la mayoría de sus representantes (Luciano Pereña, 1963, p. LXXI).

Una figura representativa de esta época y de este pensamiento fue Vázquez de Menchaca (1512-1569), un jurista laico que había nacido en Valladolid en 1512 y, tras una apretada carrera profesional de alto funcionario público, moriría en 1569 en Sevilla, en cuya catedral era canónigo lectoral, una especie de asesor jurídico del cabildo catedralicio. Vázquez de Menchaca, a la hora de justificar la organización social y el poder político se hace eco de la concepción más negativa de la naturaleza humana, con expresiones tales como el hombre es un lobo para el hombre, o «la más funesta ruina de los hombres es solamente su semejante» (Vázquez de Menchaca, 1931-1934, p. 54). En el más puro estilo agustiniano resalta la propensión del género humano a dominar y tiranizar a los otros y el amor propio como característica de la naturaleza humana, pues «la naturaleza ha dispuesto las cosas de tal forma que todos prefieren su propio bien al de los demás»; en definitiva, la comunidad política es el resultado de individuos que se comportan como mezquinos tiranos consumidos por su propio interés, que viven en constante miedo de perder sus bienes y se ven obligados a organizarse en sociedad que ellos inventaron para su propia conveniencia y utilidad y para protegerse de sus hábitos de codicia y cobardía.

«Por su parte, la vida social reclama y pide la existencia de autoridad [...] ya en razón de la propensión del género humano a la disensión, según es de todos conocido, ya principalmente porque todos los hombres hasta tal punto son propensos a la tiranía, o por lo menos al aprecio de sí mismos, que llevados de la naturaleza todos anteponen el bien propio al de los demás» (Vázquez de Menchaca, pp. 52-53). Y por otra parte, «siendo la vida social y común origen de discordias, es necesario para apaciguar estas divisiones y contiendas el que existan magistrados, para que de otro modo no se lancen a cada paso los hombres a pendencias, tumultos sediciosos, rapiñas, luchas, y a las sangrientas armas» (Vázquez de Menchaca, p. 52).

Vázquez de Menchaca justifica el poder político como algo creado por los propios individuos que renuncian a sus conveniencias para su utilidad y de esta forma pasar la vida de un modo más conveniente (Vázquez de Menchaca, p. 53).

Una figura menos conocida en el ámbito de la filosofía política pero de gran interés es la de Fray Luis de León (1527-1591) y su teoría de la sociedad política, tal y como aparece en el *Tratado sobre la ley (De Legibus)*, esto es, las lecciones que impartió Fray Luis en el curso 1570-1571 desde su cátedra de Durando en la universidad de Salamanca. Según Fray Luis, el poder político surge de la necesidad de encauzar la actividad de los ciudadanos al fin propio del Estado que es garantizar el bien común. La función de la autoridad es procurar y defender el bien público de su comunidad y en esto consiste la finalidad de la ley. El rey debe promulgar leyes para el bien del Estado y utilidad pública, para que los ciudadanos vivan en paz y tranquilidad. Dice Fray Luis de León que:

Los reyes, si en verdad son reyes, tienen todo su poder y todo su derecho de dominio proveniente de la república, pues el mandar supremamente sobre otros no lo poseen los reyes por naturaleza, sino que por consentimiento, expreso o tácito, del pueblo se produjo el que uno solo rigiese a los demás y les administrase justicia; pero la propia razón muestra que ninguna república y ningún consentimiento del pueblo ha dado a los reyes un dominio tan pleno sobre los bienes de cada uno de los súbditos... porque la república y el pueblo constituyeron al rey por propio provecho de ellos, y no a causa de la utilidad del príncipe, es decir, constituyó al rey para esto para poner a salvo de la justicia a cada ciudadano; no, pues, para despojar a cada uno de ellos de sus propios bienes; y lo instituyó para que hiciera felices y dichosos a los súbditos; no, pues, para que los hiciera desdichados (Fray Luis de León, 2005, pp.107 y 109)

La ley es el instrumento que utiliza el poder político que dirige la comunidad para cumplir con sus funciones y conseguir sus objetivos, y puesto que la función propia de la autoridad política es procurar y proteger el bien público de la comunidad que preside, entonces toda ley se ordena a la consecución del bien público. De ahí que según adelantábamos más arriba, Fray Luis concluya citando a Cicerón, Platón y el Decreto de Graciano, que los gobernantes promulgan «leyes para el bienestar de los ciudadanos, para su conservación y para la vida tranquila y feliz de los hombres» en razón de la paz y utilidad pública. Ello implica que los gobernantes no pueden atentar contra los intereses legítimos de los ciudadanos pues el único fin del rey es procurar la felicidad y prosperidad de estos.

## Bibliografía

- Covarruvias y Leyva, D. (1957). *Textos jurídicos-políticos*. Selección y prólogo de Manuel Fraga Iribarne. Madrid, España: Colección Civitas.
- Deane, H. A. (1963). *The Political and Social Ideas of ST. Augustine*. Columbia, EE.UU: Columbia University Press.



- De Molina, L. (1941). *Los seis libros de la Justicia y del Derecho*. Traducción, estudio preliminar y notas de Manuel Fraga Iribarne. Madrid, España: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- De Soto, D. (1967). *De la justicia y del Derecho en Diez Libros*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- De Vitoria, F. (1960). *Obras de Francisco de Vitoria*. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Fray Luis de León (2005). *Tratado sobre la Ley*. Introducción, transcripción y notas por José Barrientos García. Real Monasterio de El Escorial, España: Ediciones Escorialenses.
- Fray Luis de León (1963). *De Legibus o Tratado de las leyes 1571*. Madrid, España: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Hobbes, T. (1991). *Leviathan*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Martín Martín, V. (2011). Teoría del Estado y Derechos de Propiedad en la Escolástica Española del siglo XVI. Un antecedente de la Nueva Economía Institucional. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, (2), pp. 81-110.
- Martín Martín, V. (2002). *El Liberalismo Económico*. Madrid, España: Editorial Síntesis.
- Pereña, L. (1963). Introducción. En Fray Luis de León, *De Legibus o Tratado de las leyes 1571*. Madrid, España: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- San Agustín (1982). *Obras Completas*. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Sierra Bravo, R. (1975). *El pensamiento social y económico de la Escolástica. Desde sus orígenes al comienzo del catolicismo social*. Vol. II. Madrid, España: Instituto de Sociología «Balmes»–Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Suárez, F. S. J. (1967). *Tratados de las Leyes y de Dios legislador, en Diez Libros*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- Vázquez de Menchaca, F. (1931-1934). *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Notas y traducción de Fidel Rodríguez Alcalde. Prólogo de Calixto Valverde y Valverde. Valladolid, España: Talleres Tipográficos «Cuesta».

# Martha C. Nussbaum, *La monarquía del miedo: una mirada filosófica a la crisis política actual*

(2019) Paidós  
Barcelona, 304 pp.

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar\*  
*Universidad de Barcelona*  
ORCID ID 0000-0001-8854-6291  
[emanuela\\_alencar@hotmail.com](mailto:emanuela_alencar@hotmail.com)

Cita recomendada:

Cardoso Onofre de Alencar, E. (2020). Martha C. Nussbaum, *La monarquía del miedo: una mirada filosófica a la crisis política actual*. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 449-451.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5294>

En su último libro traducido al español, *La monarquía del miedo*, la filósofa estadounidense Martha C. Nussbaum sigue desarrollando un tema en el que lleva trabajando un largo período: las emociones humanas. En esta obra, el miedo ocupa un lugar central en su reflexión.

El libro está subtítulo *Una mirada filosófica a la crisis política actual*. Eso podría inducirnos a pensar que la autora dedica su análisis a las tensiones políticas de carácter marcadamente emocional que polarizan la vida pública-política actual de su país. Sin embargo, aunque Nussbaum presenta argumentos que nos ayudan a comprender y analizar el estado emocional de nuestras sociedades democráticas actuales –no solo de la estadounidense–, su mirada es más amplia y se dirige a los efectos de ciertas emociones en la convivencia social, algo que no es exclusivo de nuestro periodo.

Para eso, Nussbaum toma una decisión metodológica que, en mi opinión, es importante: aunque algunas veces ilustra su razonamiento con hechos políticos actuales, opta por usar ejemplos históricos, especialmente de la Grecia y la Roma

---

\* Docente e integrante del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer – IUEM-UAM. Doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.



antigua. Como su objetivo es invitar a sus lectores a la reflexión, a la introspección y a la argumentación crítica, Nussbaum cree que «solemos pensar mejor y relacionarnos de forma más eficaz unos con otros cuando tomamos cierta distancia de lo cotidiano, que es donde es más probable que estén centrados nuestros temores y deseos más inmediatos» (p. 40)

La tesis central del libro es que el miedo amenaza el funcionamiento de la democracia. El miedo es una emoción primitiva y natural en las personas. Nussbaum la vincula a la vulnerabilidad humana ante los complejos cambios socio-económicos y políticos que generan exclusión, pérdida de calidad de vida e incertidumbre ante el futuro, y ante un «otro» amenazante, como pueden ser los inmigrantes, las minorías étnicas y religiosas, las personas LGTB o las mujeres.

Según Nussbaum, con frecuencia el miedo provoca otras emociones, como la rabia, el asco y la envidia. Estas emociones pueden cumplir un papel positivo o negativo. Si están vinculadas a una información falsa o deficiente, a una retórica incendiaria o a presiones sociales, pueden ser muy nocivas para la convivencia social. En su opinión:

Las emociones pueden desestabilizar una comunidad y fragmentarla, o bien pueden ayudar a que cooperemos mejor y a que pongamos mayor ahínco en conseguir la justicia. Las emociones no vienen predeterminadas de forma innata, sino que se van moldeando de innumerables maneras mediante los contextos y las normas sociales (p. 36)

De ahí que durante todo el libro defienda la necesidad de examinar lo que motiva esas emociones y de cambiar los aspectos sociales que fomentan su peor versión. Si no aprendemos a gestionar el miedo –y las demás emociones que analiza–, esa emoción amenaza el funcionamiento de las democracias, pues bloquea la deliberación racional, dificulta sentir esperanza y pone muchas barreras a la cooperación constructiva para promover un futuro mejor.

El abordaje de Nussbaum, como en sus obras anteriores, es holístico e interdisciplinar. El capítulo 2, «El miedo, temprano y preponderante» es uno de los más interesantes del libro. En él desarrolla la idea que titula su investigación. ¿Qué es la monarquía del miedo? ¿Cómo el miedo puede cumplir un papel monárquico en una sociedad democrática?

La monarquía del miedo, según Nussbaum, es la condición de infancia perpetua. El bebé, vulnerable y amedrentado, necesita la atención y el cuidado continuado de su cuidador. El miedo, que expresa la vulnerabilidad humana, equipara así una persona adulta a un bebé, en la medida en que le hace dependiente de un individuo poderoso que le tutela y le protege ante el miedo a una amenaza. Ese individuo poderoso es como un monarca absoluto que se fortalece ante el miedo de sus súbditos, que les hace dóciles. El miedo facilita una especie de servidumbre voluntaria, en que quienes sienten miedo quieren protección y cuidado, y buscan a un gobernante fuerte que cuide de ellos. De ahí que con frecuencia le interese al monarca inspirar o promover el miedo en las personas.

Pero en una democracia, afirma Nussbaum, las relaciones interpersonales deben ser diferentes. La interacción entre las personas en su vida pública-política debe basarse en la cooperación, en la reciprocidad y en la confianza mutua. Confiar en alguien no es lo mismo que depender de alguien. La confianza requiere estar dispuesto a exponerse a otros ciudadanos, formar con ellos proyectos comunes y permitir que parte del futuro de unos esté en manos de otros. El monarca absoluto no quiere ni necesita la confianza de sus súbditos.

Nussbaum no ofrece soluciones en su libro para combatir el miedo. «Este no es un libro sobre políticas públicas ni sobre análisis económico, por fundamentales que ambas disciplinas sean para resolver nuestros problemas. Es más general e introspectivo.» Lo que ella aspira a ofrecer son comprensión y guías generales para la acción.

[S]u objetivo primordial es la comprensión de la realidad. Comprender siempre tiene una vertiente práctica, claro está, pues sin una mínima comprensión de las cosas nuestro actos están condenados a carecer de objetivos concretos y a ser improvisados sobre la marcha (p. 35)

La principal dirección que Nussbaum ofrece está en el capítulo 7 «Esperanza, amor, visión imaginativa». Se trata del cultivo de la esperanza en las relaciones interpersonales, una emoción que se considera contraria al miedo, aunque comparta con éste diversos aspectos. Pero, según Nussbaum, la esperanza no es solo una emoción, sino que implica también una disposición de actuar. La esperanza hace mirar al futuro, a las posibilidades de cambio. Su concepción de la esperanza está inspirada especialmente en las enseñanzas y el ejemplo de Martin Luther King, Jr. y de Nelson Mandela. Nussbaum defiende que debemos cultivar la esperanza, la fe en la posibilidad de justicia y el amor. No el amor romántico, sino un amor que se asemeja al respeto a las personas: una manera de ver al otro en su humanidad, es decir, que es capaz de hacer algún tipo de bien y de cambiar. Eso no supone que la otra persona te guste o te caiga bien, sino que debes tener una actitud de apertura y de buena voluntad hacia ella, y que debes estar dispuesto a trabajar y a cooperar con ella.

*La Monarquía del miedo* es una obra en que Martha C. Nussbaum despliega la erudición a que nos tiene acostumbrados, y un conocimiento interdisciplinar de las emociones que analiza. Está escrita de una manera que, sin perder la profundidad en sus análisis, está accesible a todos los lectores, no solo a los académicos. Es un libro muy recomendable tanto para quienes se interesan en estudiar las emociones humanas, como para quienes quieren comprender mejor el papel de las emociones en la vida pública-política y en el funcionamiento democrático.

# Douglas Webber, European disintegration? The Politics of Crisis in the European Union

(2019) Red Globe Press  
London, 278 pp.

Manuela Sánchez Gómez  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-9769-7091  
[manuelasanchezgomez@gmail.com](mailto:manuelasanchezgomez@gmail.com)

Cita recomendada:

Sánchez Gómez, M. (2020). Douglas Webber. European disintegration? The Politics of Crisis in the European Union. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 452-454.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5295>

Douglas Webber, Professor of Political Science at INSEAD, has published the book «European Integration? The Politics of Crisis in the European Union» in which he raises the question whether the European Union is facing a process of disintegration as a result of the crises of the last ten years. It is not my intention to make an exhaustive summary of the book written by Webber. The objective is rather to focus on the findings made by the author that mark a turning point regarding the literature on integration existing to date.

The book is structured into seven chapters and can be divided into three parts. The first part, that covers chapters 1 and 2, includes an introduction and a theoretical revision of European integration and disintegration contributions. The second part, which includes chapter 3, 4, 5 and 6, provides an exhaustive analysis of the four recent crises at the European level –Eurozone, Ukraine, Refugee and Brexit–. The last part, chapter 7, focuses on the conclusion and a prediction about what will the next steps in the process of European integration be.

In the first chapter, Webber offers an original perspective to justify why the crises of the last ten years are different of those that took place previously, such as

the European Defense Community, the Empty Chair, the British Budgetary and the European Monetary System Crisis. According to Webber, the four recent crises imply a turning point because of their multidimensional character, their longevity, the unprecedented mass politization and the cost of inaction (p. 10).

In chapter 2, the author goes beyond the main theories of European (dis)integration. In a well-structured and clear text, Webber analyzes the existing literature and highlights three important findings. First of all, the available literature about European disintegration is practically non-existent in comparison to other fields of study regarding the European Union, except for the works of Vollard (2018), Schmitter and Lefkofridi (2016), Rosamond (2016), Borzel and Risse (2018). Second, he opposes the widespread assumption that European integration is a dynamic, evolutionary and non-returning process, based on the belief of «an ever closer union». Third, he objects to the experts that they have missed an important variable, namely, the role played by Germany as a hegemonic force within the process of European Integration. Taking the aforementioned findings as a starting point, the book invites the reader to reconsider the foundations on which academic literature has settled in relation to the integration process.

The second part of the book covers the four main important crises. The author makes an exercise of concision that offers the reader a coherent whole. Chapter 3 focuses on the consequences that the Eurozone crisis has had regarding European Integration. In a brief and coherent approach, Webber examines whether the bail-outs and the different measures to deal with the crisis –the European Financial Stability Facility, the Fiscal Compact and the ECB Monetary Policy– have caused more integration or, on the contrary, have moved the process backwards. He concludes that the Eurozone crisis has not led to disintegration. The reason is that Germany, thought to be an active role in preserving the Euro, protected the stability and surveillance of the Eurozone.

The following chapter deals with the Ukraine Crisis. The author brings to light the main causes of the crisis as well as the difficulty of decision making from a European perspective because of the constant debate between supranationalism and intergovernmentalism. However, it is obvious that the author has a profound knowledge of the issue, Webber is very cautious when answering the question of whether the crisis has led to a greater degree of integration or whether has led to disintegration.

Chapter 5 provides a brilliant analysis about the impact of the refugee crisis. Meanwhile, most of the existing literature about the current migration crisis focuses on its consequences –the inability of the EU to assume the massive arrival of immigrants– Webber looks at the causes of the crisis in a very exhaustive way to conclude that the legal and institutional designs of the migration policies are key factors to understand the current situation. It seems clear in the analysis of the chapter that the Schengen crisis did not bring more integration. In fact, the decisive role of Germany is the variable that has prevented the collapse of the free movement policy.

The last chapter of the second part offers an in-depth analysis of Brexit Crisis. The author examines relationship between the United Kingdom and the European Union from 1945 to the present, emphasizing on the vote that led to the withdrawal of the United Kingdom. Despite the fact that the consequences to the future of the European Union are still unpredictable –will the Brexit provoke a ripple effect or will it discourage those states that hesitate about its membership to the European Union– Webber considers that the Brexit Crisis «testifies most powerfully to the impact on European integration of domestic politics, of mass politization and political polarization

around EU issues» (p. 202). In this chapter, the author presents an insightful analysis of the relationship between the rise of Eurosceptic parties and the result of the 2016 United Kingdom European Union membership referendum. However, many questions are left unanswered, for example, what is the real possibility that Brexit has a domino effect or will Brexit imply a redefinition of the competence distribution of the European Union?

To conclude, the author focuses on his main two findings. The first one deals with the fact that the process of European integration is not necessarily irreversible. The second statement made by the author is based on the idea that the European Union's survival depends on a renovated coalition of states that drive the integration process. In this regard, Webber identifies three options: a rejuvenated Franco-German alliance –which seems to be the most feasible–, a Weimar alliance composed by France, Germany and Poland –that appears to be difficult because of the regime's drift towards authoritarianism of the ruling party “Law and Justice”– and a coalition of Germany and eight northern states –the least feasible option because of the difficulty in coordinating the interest of each state–. Despite the effort made by the author to analyze three possible alliances, a deeper reflection on what would be the necessary steps to materialize them would be convenient. However, this is understandable due to the fact that this reflection would deserve a separate book.

In a nutshell, Webber's contribution to the study of European (dis)integration is a timely, well-structured and pedagogical work. Through the book, Webber exhibits his deep understanding of the European Union as well as his analytical capacity to identify the most relevant events that took place in the past years that have determined the path of European integration. It is worth mentioning the wide review made by the author of the existing literature, with references in English, French and German, that constitutes an excellent source of information for those who want to achieve a better understanding of the European Union. However, the main achievement of the book is the fact that it fills a gap in contemporary literature because of its novel and in-depth analysis of the process of European disintegration.

## Bibliography

- Börzel, T. and T. Risse (2018). From the euro to the Schengen crises: European integration theories, politicization, and identity politics. *Journal of European Public Policy*, 25, pp. 83-108.
- Genschel, P. and M. Jachtenfuchs (2018). From Market Integration to Core State Powers: The Eurozone Crisis, the Refugee Crisis and Integration Theory. *Journal of Common Market Studies*, 56 (1), pp. 178-196.
- Rosamond, B. (2016). Brexit and the Problem of European Disintegration. *Journal of Contemporary European Research*, 12 (4), pp. 864-871.
- Schmitter, P. and Z. Lefkofridi (2016). Neo-Functionalism as a Theory of Disintegration. *Chinese Political Science Review*, 1(1), pp.1-29.
- Vollard, H. (2018). *European Disintegration. A search for Explanations*. London, United Kingdom: Palgrave Macmillan.