



**eunomia**  
Revista en Cultura de la Legalidad

**Número 19**

*octubre 2020 - marzo 2021*

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

# 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>Reformulación pragmática de la filosofía del derecho. Características de una teoría realista del derecho</i> Brian Z. Tamanaha	10
--	----

<i>Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos</i> Pablo E. Navarro	42
--	----

<i>Impulso europeo al “whistleblowing” y las autoridades de integridad</i> Javier Sierra Rodríguez	64
---	----

<i>Cooperación, cohesión y volubilidad institucional en los sistemas organizacionales de la pesca artesanal chilena</i> Sebastián Ascui Gac y Claudio Villegas Oliva	86
---	----

### Foro y ágora

<i>Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos jurídicos en tiempos del COVID-19</i> Julián Valero Torrijos y Juan Ignacio Cerdá Meseguer	103
---	-----

<i>La respuesta a la pandemia del Covid- 19 y el estado de las autonomías</i> Iñaki Lasagabaster Herrarte	127
--	-----

<i>El Coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del diálogo constitucional</i> Serafín Pazos-Vidal	154
---	-----

<i>La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas</i> Esther Pomares Cintas y Francisco Javier Álvarez García	184
--	-----

### Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Bienes comunes</i> Luis Lloredo Alix	214
--	-----

<i>Renta básica universal</i> José Luís Rey Pérez	237
--	-----

<i>Acumulación por desposesión</i> Alejandro Sánchez Berrocal	258
--	-----

<i>Estado de alarma</i> Sara Sieira Mucientes	275
<i>Falta de servicio (en Derecho chileno)</i> Claudio Antonio Agüero San Juan	306
<i>Impacto de género</i> Begoña Marugán Pintos	317
<i>“Mainstream” de género</i> Matilde Rey Aramendía	331
<i>Democracia paritaria</i> Bernabé Aldeguer Cerdá	342
<i>Movilización legal</i> Vincent Druliolle	365
<i>Redes sociales (en las administraciones públicas)</i> Julián Villodre	375

#### Releyendo a...

<i>Releyendo a Piero Calamandrei y su defensa del Estado Democrático y Social de Derecho</i> Agustín José Menéndez	391
<i>Justicia y libertad en la Constitución</i> Piero Calamandrei	403

#### Rincón de lecturas

##### DEBATIENDO

<i>Sobre un derecho inexistente. A propósito de “Democracia y derecho a decidir” de Josep M. Vilajosana</i> Manuel Atienza Rodríguez	422
<i>Las vueltas del camino. El derecho a decidir y los principios</i> Xacobe Bastida Freixedo	432
<i>El “demos” como “Grundnorm”. Autodeterminación, derecho a decidir y constitución democrática</i> Joxerramon Bengoetxea	459
<i>Desde la doctrina racialista al separatismo en Cataluña: algunas reflexiones</i> Cristina Hermida del Llano	472
<i>Los “shibolets” del “procés”: Vilajosana sobre el derecho a decidir</i> José Juan Moreso	495

<i>El derecho a decidir: breves apuntes acerca de su solidez teórica y conveniencia estratégica</i>	506
Lucía Payero López	
<i>De la objeción contramayoritaria a la paradoja del “demos”. Crítica al derecho a decidir según Josep Maria Vilajosana</i>	521
Luis Rodríguez Abascal	

#### BOOK FORUM

Noguera, A. (2019). <i>La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo</i> . Madrid, España: Trotta.	
<i>¿Una «tercera vía» en el constitucionalismo? Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo</i>	545
Ricardo Cueva Fernández	
<i>Nuevo mapa conceptual para el constitucionalismo crítico. Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo</i>	552
Sebastián Martín	
<i>Soberanía, campos de lucha y prácticas plurales de garantía de los derechos. Respuesta a los comentarios sobre “La ideología de la soberanía”</i>	579
Albert Noguera Fernández	

#### RECENSIONES

<i>Michael Freedon, Liberalismo. Una introducción</i>	608
Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado	
<i>Shreya Atrey, Interseccional Discrimination</i>	612
Víctor Collí Ek	
<i>Jorge Roa Roa, Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador</i>	616
Sabrina Ragone	
<i>Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), Corrupción: “compliance”, represión y recuperación de activos</i>	619
Belén Hernández Moura	
<i>Estrella Montolío y Mario Tascón, El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía</i>	623
Germán J. Arenas Arias	

# Presentación

## Foreword

José María Sauca Cano

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Director de Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5700>

Seguimos en tiempos de pandemia, pero seguimos... Entregamos puntualmente el número semestral de la revista a pesar de estas circunstancias, nos ocupamos de esas circunstancias y, más allá de ellas, seguimos promoviendo la difusión de trabajos relevantes en el campo de la cultura de la legalidad. Somos conscientes de la trascendencia que la pandemia que estamos padeciendo tiene para la academia, para la investigación y para la propia factura de la revista. Este número sale publicado sin una sola reunión o contacto presencial y directo entre el muy largo centenar de personas implicadas en su elaboración. En puridad, es un número estrictamente *teletrabajado*. Además, la temática de la pandemia asoma en varios de los trabajos que recoge esta entrega. Las vicisitudes del estado de alarma y alguna de las previsibles implicaciones sociales, políticas y jurídicas de la misma alientan parte de los estudios que han sido incorporados. Y, como decía, más allá de este contexto, seguimos publicando trabajos que aborden con rigor cuestiones relevantes en la cultura de la legalidad, con la pretensión de seguir siendo útiles a sus valores y objetivos.

La sección de **Estudios** hace gala de una característica central de la revista que radica en su interdisciplinariedad. Se abre con una aportación relevante del profesor Brian Z. Tamanaha. Su trabajo desarrolla una propuesta sugestiva de reformulación de la filosofía del Derecho en perspectiva pragmatista que da continuidad a las tesis formuladas en su *A Realistic Theory of Law*, trabajo que recibió el primer *IVR Book Prize* por parte de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*<sup>1</sup>. Más allá de la relevancia de este trabajo que publicamos ahora y cuya versión inglesa se publicará el próximo año<sup>2</sup>, la obra del profesor Tamanaha no ha recibido una gran difusión entre el público hispanohablante<sup>3</sup> y sus trabajos sobre la concepción de la filosofía del Derecho permanecían inéditos en esta lengua. Nos

<sup>1</sup> Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017. La referencia al premio puede consultarse en [vonlineblog.wordpress.com/?s=tamanaha&submit=Search](http://vonlineblog.wordpress.com/?s=tamanaha&submit=Search) [u.c. 05/09/2020].

<sup>2</sup> Brian Z. Tamanaha, «Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, forthcoming 2021. Se puede acceder al *paper* en la *Legal Studies Research Paper Series*, Paper Nº. 20-03-11, disponible en: [file:///C:/Users/user/Downloads/SSRN-id3564259%20\(1\).pdf](http://file:///C:/Users/user/Downloads/SSRN-id3564259%20(1).pdf) [u.c. 05/09/2020].

<sup>3</sup> En lo que se nos alcanza, solo han sido publicados su *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*, traducción de Alberto Supelano, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 60, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2011 y «La insensatez del concepto “científico social” del pluralismo jurídico», traducción de Libardo Ariza y Daniel Bonilla en Sally Engle Merry, John Griffiths, y Brian Z. Tamanaha, *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 221- 277.

congratula especialmente que sea *Eunomía* quien contribuya a paliar esta laguna. La segunda entrada corresponde a Pablo E. Navarro. El profesor argentino aborda, desde una perspectiva positivista estándar, el análisis de dos características centrales de los sistemas jurídicos y de su relevancia sobre la discrecionalidad judicial. El tercer artículo, de la mano de Javier Sierra, incorpora una perspectiva politológica en el estudio del impulso que la figura del *whistleblowing* o alertador está recibiendo por parte de la Unión Europea y su relevancia para la integridad de los cargos públicos. La Sección se cierra con una aportación metodológicamente compleja, a caballo entre la etnografía y la teoría de juegos, que aportan Sebastián Ascui y Claudio Villegas mediante un estudio de caso identificado como Caleta Coquimbo.

La sección de **Foro y Ágora** sigue su tendencia natural y trata de adecuarse a los tiempos. Obviamente y como decía al principio, estos corresponden a la pandemia de la Covid-19 que, ubicada en el centro de las reflexiones de mayor actualidad, impone sus exigencias tanto para las ciencias naturales como para las sociales. Entre estas últimas, la academia ha hecho también un importante esfuerzo de respuesta y, en España, pronto surgieron aportaciones tanto en blogs y revistas como, incluso, en monografías que abordaron distintas dimensiones de la cuestión<sup>4</sup>. En este marco, percibimos que algunos aspectos relevantes de la crisis y que afectaban a cuestiones centrales de la cultura de la legalidad, no estaban siendo abordados con la suficiente atención. Así, más allá de la afectación a los derechos fundamentales y de los encajes normativos de los estados de urgencia constitucional, estimamos adecuado abordar los efectos que la pandemia podía generar en la estructura del poder público, tanto en niveles administrativos como constitucionales y europeos. En esta línea, la sección cuenta con las aportaciones de tres administrativistas y un politólogo. Los dos primeros, Julián Valero y Juan Ignacio Cerdá, abordan la afectación que para la gestión de la información en los procesos de digitalización del sector público ha supuesto la pandemia. El tercero, Iñaki Lasagabaster, estudia las consecuencias que la declaración del estado de alarma ha propiciado en el sistema autonómico en España. Finalmente, Serafín Pazos-Vidal analiza los cambios que la pandemia ha provocado en el sistema institucional de la Unión y su eventual influencia en la aceleración del proceso de integración. La Sección finaliza con el trabajo de Esther Pomares Cintas y Francisco Javier Álvarez García que plantea, más allá de la Covid-19, un tema de relevancia y actualidad que está pasando relativamente desapercibido. Me refiero a las propuestas de reforma universitaria que se anuncian en España y aporta un estudio crítico de la evolución de la calidad de los resultados que se han ido obteniendo.

Las **voces de cultura de la legalidad** siguen aportando masa crítica al proyecto, dando cuenta de su carácter interdisciplinar y pluralidad metodológica. Así, un primer bloque de dimensión social reúne las aportaciones de Luis Lloredo (*Bienes comunes*); José Luis Rey (*Renta básica*) y Alejandro Sánchez (*Acumulación por desposesión*). La oportuna voz de Sara Sieira (*Estado de Alarma*) y la de Claudio Agüero (*Falta de Servicio*) incorporan análisis dogmáticos a dos institutos jurídicos relevantes. Begoña Marugán (*Impacto de género*) y Matilde Rey Aramendía (*"Mainstream" de género*) contribuyen al estudio de los temas relativos a la interconexión entre estudios de género y Derecho. Las aproximaciones teóricas de la participación política son tratadas por Bernabé Aldeguer (*Democracia paritaria*) y por Vincent Druliolle (*Movilización legal*) a las que, finalmente, Julián Villodre incorpora el

<sup>4</sup> Entre los primeros, me permito citar por su rigor y presteza los múltiples *posts* de marzo a mayo del blog *Del Derecho y del revés* de Miguel Ángel Presno Linera ([presnolinera.wordpress.com/](https://presnolinera.wordpress.com/)) [u.c. 05709/2020]. Entre los segundos, el número especial 86-87 de *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, marzo-abril 2020 y, entre las últimas, a Juan Francisco Rodríguez Ayuso y Elena Aienza Macías (dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Madrid: Dykinson, 2020.

estudio de sus dimensiones tecnológicas (*Redes sociales*). Con el contenido de esta sección, *Eunomía* ha servido de cauce a la publicación de 190 voces en la materia, a las que ahora se puede acceder en la entrada *Léxico Culturleg* de la revista, que conduce al sitio Web del *Programa en Cultura de la Legalidad* en que están dispuestas alfabéticamente<sup>5</sup>.

El ***Releyendo a...*** está dedicado al jurista italiano Piero Calamandrei y recoge una selección de trabajos breves propuestos, traducidos y comentados por Agustín José Menéndez. Más allá del reconocido procesalista, todos ellos dan cuenta de un Calamandrei activo en la constituyente italiana, un maestro comprometido con la democracia social y un defensor de la memoria democrática y antifascista. Como apunta el propio profesor Menéndez, creo que es una aportación relevante para el público hispanohablante acceder a estas dimensiones de un clásico en la cultura de la legalidad. Esta contribución, así como los dieciocho *Releyendo a...* publicados en los precedentes números de *Eunomía*, han sido recogidos de manera sistemática en el sitio Web antes citado del *Programa en Cultura de la Legalidad* y se puede acceder a ellos a través de la entrada *Clásicos Culturleg* dispuesta en la propia revista<sup>6</sup>.

El ***Rincón de lecturas*** mantiene su estructura tripartita. La subsección *Debatido* presenta un número de trabajos mayor del que venía siendo habitual en números anteriores, alcanzando, finalmente, la cifra de siete. Todos ellos toman como base la ponencia de Josep Maria Vilajosana publicada, bajo el título de «Derecho a decidir y democracia», en el número 18 de *Eunomía* del pasado abril. El lector fácilmente comprenderá la relevancia que tiene esta temática no solo desde un punto de vista teórico sino también práctico, con profundas implicaciones políticas y sociales. Los trabajos que ahora se publican, se exponen por el orden alfabético de sus autores, más allá de los intentos de ordenarlos por razones sustantivas. Los profesores Manuel Atienza, Cristina Hermida, José Juan Moreso y Luis Rodríguez Abascal mantienen posiciones abiertamente críticas con las tesis sustentadas por Vilajosana, aunque sus acentos, estrategias y fundamentaciones son, en ocasiones, diferentes. Asimismo, los profesores Joxerramon Bengoetxea, Xacobe Bastida y Lucía Payero discrepan parcialmente de las tesis del ex-decano de la Facultad de Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra*, tendiendo a una defensa directa del derecho de autodeterminación. Estimo que, en su conjunto, se ofrece una interesante y rigurosa panorámica de un debate que parece lejos de haber concluido.

La subsección ***Book fórum*** está dedicada al reciente libro de Albert Noguera titulado *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Los comentaristas del trabajo del constitucionalista son el filósofo del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor Ricardo Cueva, y el historiador del Derecho de la Universidad de Sevilla, profesor Sebastián Martín. Ambos trabajos son amplios y minuciosos y la controversia suscitada ha recibido, por su parte, una incisiva respuesta del autor. Finalmente, la subsección ***Recensiones*** recoge los trabajos de cinco profesores que comentan una selección de obras recientes ejemplificativas del carácter transversal de la cultura de legalidad. La profesora De la Nuez glosa la publicación en español de Michael Freeden; Víctor Collí Ek el trabajo de Shreya Atrey titulado *Intersectional Discrimination*; Sabrina Ragone, la voluminosa monografía de Jorge Ernesto Roa sobre el control de constitucionalidad deliberativo; Belén Hernández Moura el grueso volumen colectivo editado por Nicolás Rodríguez-García y otros sobre múltiples dimensiones jurídicas de la lucha contra la

<sup>5</sup> Puede accederse directamente en el siguiente enlace:  
<https://culturadelalegalidad.net/es/content/%C3%A9xico-culturleg> [u.c. 05/09/2020].

<sup>6</sup> Puede accederse directamente en el siguiente enlace:  
<https://culturadelalegalidad.net/es/content/eunomia%C3%ADa-releyendo> [u.c. 05/09/2020].

corrupción y, finalmente, Germán Arenas el trabajo de Estrella Montolío y Mario Tascón sobre el derecho a entender el Derecho.

Este es el resultado de nuestra tarea durante estos meses de pandemia. El lector juzgará su pertinencia y utilidad, pero, en lo que me corresponde, no quisiera dejar pasar la oportunidad de significar el gran trabajo que han realizado los miembros de los distintos comités, consejos y técnicos de la revista, así como los numerosos evaluadores anónimos que han participado en la gestión del número. Este reconocimiento incluye a los autores que han publicado en el mismo y también a todos aquellos que han intentado hacerlo, aunque la fortuna no les haya acompañado en esta ocasión. Cada número, y este también, es un gran ejemplo de trabajo colectivo y de generosidad en una actividad voluntaria y desprendida. Valga este párrafo final como apelación a su reconocimiento.

José M<sup>a</sup> Sauca  
Director

# Reformulación pragmática de la filosofía del Derecho. Características de una teoría realista del Derecho\*

## Pragmatic reconstruction in jurisprudence. Features of a realistic legal theory

Brian Z. Tamanaha

John S. Lehmann University Professor, Washington University School of Law

[btamanaha@wustl.edu](mailto:btamanaha@wustl.edu)

Cita recomendada:

Tamanaha, B.Z. (2020). Reformulación pragmática de la filosofía del Derecho. Características de una teoría realista del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 10-41.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5701>

Recibido / received: 05/04/2020  
Aceptado / accepted: 03/08/2020

### Resumen

Hace un siglo, los pragmatistas promovieron una reformulación de la filosofía. La filosofía del momento estaba centrada en el análisis conceptual, las abstracciones, el análisis *a priori* y la búsqueda de verdades necesarias y universales. Los pragmatistas argüían que, por el contrario, la filosofía debería centrarse en los problemas del momento, lo que requiere que los teóricos presten atención a la complejidad social, la variación, el cambio, el poder, las consecuencias y otros aspectos concretos de la vida social. Los paralelismos entre la filosofía de entonces y la filosofía del Derecho de hoy son sorprendentes y, como sostengo, requieren una teoría del Derecho de inspiración pragmatista en la filosofía del Derecho contemporánea. La teoría realista expuesta en este ensayo se centra en lo que es el Derecho, para qué se utiliza el Derecho, qué piensa la gente sobre el Derecho, cómo actúan en relación con el Derecho y cuáles son las consecuencias sociales del Derecho. Esta retrata al Derecho como un complejo de instituciones que evoluciona a lo largo del tiempo en conexión con los factores sociales, culturales, económicos, políticos, tecnológicos y ecológicos circundantes. Valiéndose del pragmatismo, este ensayo adelanta los aspectos epistemológicos, ontológicos y metodológicos de la teoría realista del Derecho junto a un muestreo de las nuevas percepciones que lo distinguen o que desafían posiciones ampliamente mantenidas en la filosofía del Derecho. Los temas tratados son, en

\* Traducción de José María Sauca.

Agradezco los comentarios y críticas de José María Sauca Cano, Timothy Murphy, Toni Mullenix, Andrew Botterell, los evaluadores anónimos y demás participantes en el seminario celebrado el 7 de mayo del pasado año en la Universidad Carlos III de Madrid, a versiones previas de este trabajo.

orden, el pragmatismo, la reformulación de filosofía del Derecho, el naturalismo, el historicismo y el holismo, la construcción social del Derecho y el instrumentalismo, el poder y los ideales.

### Palabras clave

Pragmatismo, Dewey, historicismo, holismo, construcción social del Derecho, instrumentalismo.

### Abstract

*A century ago the pragmatists called for reconstruction in philosophy. Philosophy at the time was occupied with conceptual analysis, abstractions, a priori analysis, and the pursuit of necessary, universal truths. Pragmatists argued that philosophy instead should center on the pressing problems of the day, which requires theorists to pay attention to social complexity, variation, change, power, consequences, and other concrete aspects of social life. The parallels between philosophy then and jurisprudence today are striking, as I show, calling for a pragmatism-informed theory of law within contemporary jurisprudence. The realistic theory outlined in this essay focuses on what law does, what law is used for, what people think of law, how they act in relation to law, and what the social consequences of law are. It portrays law as a complex of institutions that evolve over time in connection with surrounding social, cultural, economic, political, technological, and ecological factors. Drawing on pragmatism, this essay sets forth the epistemological, ontological, and methodological aspects of the realistic theory of law, along with a sampling of insights that differ from or challenge widely held positions within jurisprudence. The topics covered, in order, are pragmatism, reconstruction in jurisprudence, naturalism, historicism and holism, social construction of law, and instrumentalism, power, and ideals.*

### Keywords

*Pragmatism, Dewey, historicism, holism, social construction of law, instrumentalism.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Pragmatismo. 3. Reformulación en filosofía del Derecho. 4. Naturalismo. 5. Historicismo y holismo. 6. El Derecho como una construcción social. 7. Instrumentalismo, poder e ideales. 8. Conclusión. Bibliografía.

## 1. Introducción

Hace un siglo, los pragmatistas llamaron a una reformulación de la filosofía. La filosofía del momento estaba ocupada en el análisis conceptual, las abstracciones, el análisis *a priori* y la búsqueda de verdades necesarias y universales. Los pragmatistas argüían que la filosofía debería, por el contrario, centrarse en los acuciantes problemas del momento, lo que requiere que los teóricos presten atención a la complejidad social, la variación, el cambio, el poder, las consecuencias y otros aspectos concretos de la vida social. Los paralelismos entre filosofía de entonces y la filosofía del derecho de hoy son sorprendentes y, como sostengo, apelan a una teoría del Derecho de inspiración pragmatista en la filosofía del Derecho contemporánea. En la estela de Hart y su giro de mediados del siglo pasado en favor del análisis conceptual, «las fronteras de la investigación iusfilosófica se han estrechado progresivamente a lo largo del siglo XX» (Coyle, 2013, p. 401). La actual filosofía del Derecho está dominada por iusfilósofos comprometidos en el análisis conceptual conformado sobre intuiciones que persiguen identificar las características esenciales y las verdades atemporales sobre el Derecho. En la persecución de estos objetivos, separan el Derecho de sus orígenes sociales e históricos; ignoran la variación y el

cambio y reducen drásticamente el Derecho a un fenómeno singular –como un sistema de planificación de la coerción para complejos problemas morales– (Shapiro, 2011) y niegan que la fuerza coercitiva sea una característica universal del Derecho, entre otras vías por las que se alejan de la realidad del Derecho; algunos prominentes filósofos del Derecho incluso proponen argumentos que invocan a extraterrestres o sociedades de ángeles.

La teoría realista diseñada en este ensayo se centra en qué hace el Derecho, para qué se usa el Derecho, qué piensa la gente sobre el Derecho, cómo actúan en relación con el Derecho y qué consecuencias sociales tiene el Derecho. Retrata al Derecho como un complejo de instituciones que evoluciona en el tiempo en conexión con los factores sociales, culturales, económicos, políticos, tecnológicos y ecológicos circundantes (Tamanaha, 2017a)<sup>1</sup>. Valiéndose del pragmatismo, este ensayo adelanta los aspectos epistemológicos, ontológicos y metodológicos de la teoría realista del Derecho junto a un muestreo de las nuevas percepciones que lo distinguen o que desafían las posiciones ampliamente mantenidas en la filosofía del Derecho. Los temas tratados son, en orden, el pragmatismo, la reformulación de filosofía del Derecho, el naturalismo, el historicismo y el holismo, la construcción social del Derecho y el instrumentalismo, el poder y los ideales.

## 2. Pragmatismo

Charles Saunders Peirce, William James, John Dewey y George Herbert Mead estuvieron influidos por la teoría evolucionista darwiniana, la explicación probabilística y el modelo científico de la investigación y la experimentación que veían como permanentes en toda indagación humana. Los seres humanos se comprometen con acciones en sus medios naturales y sociales, siguiendo hábitos y costumbres, usando herramientas, reaccionando ante conceptos, creencias y teorías, persiguiendo objetivos, aprendiendo de éxitos y fracasos, adaptándose a circunstancias cambiantes, construyendo un cuerpo de conocimiento colectivo que se incorpora al lenguaje, ideas, conceptos, teorías, hábitos y prácticas sociales, normas, reglas, principios, instituciones, instrumentos y tecnología. En todo momento, el impresionante cúmulo de conocimiento social es el legado de previas acciones exitosas, con los nuevos descubrimientos que se añaden, modifican o reemplazan lo previamente establecido. James observó que «nuestras vías fundamentales de pensar sobre las cosas son descubrimientos de nuestros más remotos antecesores que fueron capaces de preservarse a ellos mismos a través de la experiencia de todo tiempo posterior» (James, 1975, p. 83).

Los humanos, como todas las especies, tienen rasgos y necesidades naturales y toman parte de actividades en los medios naturales y sociales que apuntan a la supervivencia, la procreación y la mejora de las condiciones de su existencia. «El hombre como criatura natural, actúa como actúan la masa y las moléculas; vive como viven los animales, comiendo, luchando, sintiendo miedo, reproduciéndose», escribió Dewey. «Tal y como vive, algunas de sus acciones generan una comprensión y las cosas adquieren sentido; para ellos se convierten en signos de otras cosas, significados de expectativas y de recuerdos, preparativos para lo que está por venir y celebraciones por lo que se ha ido» (1960, pp. 269-297). Razonamiento, lenguaje, conocimiento, valores, instituciones sociales y todo lo demás que los humanos hacen y crean está en su naturaleza y no fuera o separadamente de ellos (Dewey, 1960, pp.

<sup>1</sup> En este ensayo se articulan los presupuestos pragmáticos de la teoría realista del Derecho y concreta los materiales configuradores de tipo naturalista, holista y social de la teoría en términos de la ontología social del Derecho y que no fueron estudiados en detalle en el libro. También articulo una aproximación pragmatista a cuestiones sobre el instrumentalismo, el poder y el bien común y la justicia que no fueron tratados en el libro.

196, 211 y 233-234). El pragmatismo presenta una visión progresiva de la existencia social humana evolucionando continuamente con la acumulación y el despliegue del conocimiento obtenido en el curso de nuestras acciones orientadas a objetivos.

El pragmatismo, en la perspectiva de James, incluye un método y una teoría de la verdad. El método nos transmite que el significado de las nociones descansa en sus consecuencias para la acción y sus consecuencias para las teorías, conceptos e ideas que informan las acciones<sup>2</sup>. «Para alcanzar una claridad perfecta en nuestros pensamientos sobre un objeto tan solo necesitamos considerar entonces qué efectos de tipo práctico puede implicar ese objeto», escribió James. «Nuestra concepción de esos efectos, bien sean inmediatos o remotos, nos supone, entonces, la totalidad de nuestra concepción del objeto, en la medida en que dicha concepción tiene un significado totalmente definitivo (1975, p. 29). O, como Dewey apuntó, «una cosa es –es definida como– lo que es; “lo-que-es” se manifiesta en los términos de los efectos específicos que produce extrínsecamente en otras cosas» (1926, pp. 655-660).

Las verdades consisten en creencias que resultan fiables cuando actuamos sobre ellas. «Las ideas verdaderas son aquellas que podemos asimilar, validar, corroborar y verificar. Las ideas falsas son aquellas que no» (James, 1975, p. 97). Los hechos están enmarcados por nuestros conceptos y teorías, sujetos a y disciplinados por una realidad externa. «Nuestras ideas deben concordar con las realidades, sean realidades concretas o abstractas, sean hechos o sean principios, bajo sanción de permanente inconsistencia y frustración», observó James (1975, p. 101). Expuesto por Dewey (1948, p. 156):

Si las ideas, significados, concepciones, nociones, teorías, sistemas son instrumentales para una reorganización activa de un medio dado, para la supresión de algún problema y perplejidad, entonces el test de su validez y utilidad [*value*] se extiende al cumplimiento de esta tarea. Si tienen éxito en su empeño, son confiables, sensatos, válidos, buenos, verdaderos.

Las verdades se obtienen en comunidades de investigadores que actúan y comprueban proposiciones, descartando aquellas que fracasan, reteniendo aquellas que tienen éxito. El método pragmático y su concepción de la verdad están orientados empíricamente en el sentido de que están basados en la experiencia de hacer pruebas de cursos de acción dirigidos a objetivos y a la observación de las consecuencias. Este es el «reinado del temperamento empirista», subrayó James (1975, p. 31).

Los filósofos continúan debatiendo los matices y las versiones pragmatistas rivales de la teoría de la verdad (Bernstein, 2010, cap. 5). Es importante enfatizar que esta no es una teoría subjetivista fundada en creencias individuales. Pierce, James y Dewey aceptaban «que hay un objetivo mundo real “ahí afuera” que es independiente de nosotros; esto es, independiente de nuestras opiniones subjetivas y prejuicios» (Bernstein, 2010, p. 114). Adquirimos verdades acerca del mundo mediante nuestras prácticas sociales de justificación en comunidades de investigadores que incluyen la experimentación, la corroboración, la verificación y las tentativas de falseación; las verdades halladas como fiables para algunos propósitos actuales podrían ser posteriormente reemplazadas en el curso de reacciones ante nuevas teorías y proyectos (Bernstein, 2010, p. 114).

Recientes cambios en los paradigmas científicos enseñaron a los pragmatistas que las teorías y las leyes previamente consideradas como absolutamente

<sup>2</sup> Esta es la «Máxima pragmática del significado» articulada por Peirce. Un tratamiento más amplio e instructivo de la explicación de las implicaciones del pragmatismo para el Derecho está en Haack (2018).

verdaderas –como la mecánica newtoniana o la geometría euclidiana– son marcos sustituibles que construyen parcialmente los hechos que hallan. Nuevas teorías – como la Teoría de la Relatividad de Einstein y la geometría no-euclidiana– dan lugar a diferentes conjuntos de hechos, explicaciones y predicciones (Dewey, 1960, pp. 108-139 y 186-187). El valor de una teoría depende de la medida en que desarrolla esos intereses y objetivos. «Las teorías devienen entonces en instrumentos, no en respuestas a enigmas en las que podemos descansar» (James, 1975, p. 32). Los temas son, en gran parte, llevados a cabo mediante hábitos rutinarios y prácticas basadas en creencias y teorías implícitas; las cuestiones surgen cuando la gente se confronta con dificultades o nuevas situaciones o preguntas, dando entrada a la formulación de nuestras teorías para ayudar al avance. Teorías, nociones, sistemas, creencias e ideas son instrumentos que guían la investigación y la acción, siempre sometidas a revisión o sustitución sobre la base de limitaciones sobrevenidas o produciendo consecuencias fructíferas (Dewey, 1948, p. 145). Existe una pluralidad de perspectivas con una multitud de posibles miradas, intereses y encuadramientos. Los científicos «han acabado acostumbrándose a la noción de que ninguna teoría es solo una mera transcripción de la realidad, pero que cualquiera de ellas puede, desde algún punto de vista, ser útil. Su gran utilidad es resumir viejos hechos y liderar nuevos» (James, 1975, p. 33).

Los pragmatistas articularon su posición contra las aproximaciones filosóficas que buscaban proclamar verdades absolutas, universales y necesarias. El pragmatista, explica James, «se aleja de las abstracciones y de la insolencia, de soluciones verbales, de malas razones *a priori*, de principios fijos, de sistemas cerrados y de falsos absolutos y puntos de partida. Se gira sobre lo concreto y lo adecuado, hacia la acción y hacia el poder» (1975, p. 31). En *Reconstruction in Philosophy*, Dewey caracterizaba la orientación prevalente de los filósofos occidentales (1948, p. xii):

Ellos se han visto a sí mismos y se han presentado ante el público como ocupados con algo que ha sido diversamente expresado como el Ser, la Naturaleza o el Universo, el Cosmos en general, la Realidad, la Verdad. Cualesquiera que sean los nombres que utilicen, tienen una cosa en común: suelen designar algo tomado para ser fijo, inmutable y fuera del tiempo, esto es, eterno. Al ser concebido para ser universal u omnicomprendido, este ser eterno es concebido por encima y más allá de todas las variaciones en el espacio.

[Dewey] observó que, aunque estas teorías son expuestas «bajo la forma de ocuparse de una realidad última» (1948, p. 26), aquello que los filósofos articulan en forma abstracta son generalizaciones selectivas extraídas de las creencias y valores prevalentes en el momento en que eran formuladas (1948, p. xii). Además, los filósofos a menudo racionalizan el *status quo*, sirviendo como apologetas del orden existente y obstaculizando las reformas necesarias para satisfacer los intereses, necesidades y circunstancias cambiantes (1948, pp. 18-19). Para hablar con autoridad, formulan sus generalizaciones en «definiciones abstractas y argumentaciones ultra-científicas» y «tienden a mostrar una exagerada adhesión al sistema para su propio beneficio y una pretenciosa demanda de certeza» (1948, pp. 20-21).

El pragmatismo, por el contrario, enfatiza la falibilidad, el pluralismo, la contingencia, el cambio continuo, la adaptación y las circunstancias particulares. Contra la fijeza y el determinismo, cree en un horizonte abierto de posibilidades; los pragmatistas abogan por el *meliorismo*, los esfuerzos reformadores tendentes a la mejoría social. «El mundo en el que los filósofos ponen su confianza es un mundo cerrado», escribe Dewey, «un mundo internamente consistente con un número limitado de formas fijas y que tiene fronteras externas definitivas» (1948, p. 54). Pero,

estamos en un mundo «infinitamente variado (...) tan múltiple y de amplio alcance que no puede ser resumido y captado por una única fórmula» (1948, p. 61). Esta es una «concepción del universo cuya evolución no está terminada; de un universo que está todavía, en términos de James, en proceso de devenir; de un universo que, hasta cierto punto, es todavía maleable» (Dewey, 1963, p. 25).

El pragmatismo ha crecido y decrecido en influencia desde su articulación inicial y existen varios tipos de pragmatismo tan diferentes entre sí que pragmatismo(s) es una etiqueta más apropiada<sup>3</sup>. Por mi parte, a los efectos de una teoría realista del Derecho, he conformado un núcleo de ideas y actitudes ampliamente compartidas por James, Dewey, Mead y de aproximaciones propias de la filosofía del Derecho y de la teoría social que se corresponden con esas perspectivas o se siguen de la aplicación de esas perspectivas<sup>4</sup>. La perspectiva pragmática central de la verdad y del conocimiento expuesta más arriba proporciona los presupuestos epistemológicos de la teoría. La metodología pragmatista implica una completa introducción en la sociedad de aportaciones empíricas desde todas las ciencias sobre el Derecho. El naturalismo, el historicismo, el holismo y el constructivismo social que se describen en los siguientes apartados, son aspectos de una ontología social que coinciden con las perspectivas pragmáticas sobre la conducta humana y la sociedad. La orientación pragmática hacia la enseñanza de cuestiones sociales y jurídicas centra su atención en el instrumentalismo y sólo después en el poder y los ideales.

### 3. Reformulación en filosofía del Derecho

La filosofía del Derecho analítica de hoy se compone de positivistas jurídicos y de teóricos del Derecho natural (numéricamente dominados por los primeros) quienes se ven a sí mismos como filosóficamente abiertos en método y orientación. Sus objetivos y métodos reciben una intensa influencia del giro de la filosofía del siglo XX que los pragmatistas pretendieron reformular. «Una teoría consiste en verdades necesarias» afirma Joseph Raz, «porque sólo las verdades necesarias sobre el Derecho revelan la naturaleza del mismo. Hablamos de “la naturaleza del Derecho”, o de la naturaleza de cualquier otra cosa, para referirnos a aquellas características del Derecho que son la esencia de lo jurídico; lo que hace que el Derecho sea lo que es» (2009, pp. 24 y 17). Jules Coleman sostiene que «el proyecto descriptivo de la filosofía del Derecho es identificar las características esenciales o necesarias de nuestro concepto de Derecho» (1998, p. 393, nota 24). Una teoría del Derecho debe «consistir en proposiciones sobre el Derecho que sean necesariamente verdaderas, en oposición a las verdades meramente contingentes», escribe Julie Dickson, porque «solo las proposiciones necesariamente verdaderas sobre el Derecho son capaces de explicar la naturaleza del Derecho» (2001, p. 18). «Descubrir la naturaleza del Derecho», dice Scott Shapiro, «sería, en parte, descubrir sus propiedades necesarias, esto es, aquellas propiedades que el Derecho no puede dejar de tener» (2011, p. 9).

Las características esenciales y necesarias son, de conformidad con los filósofos analíticos del Derecho, universalmente verdaderas para todas las

<sup>3</sup> Una completa panorámica de las diferencias puede seguirse en Haack (2006). Los pragmatistas discrepan sobre puntos básicos y a menudo están divididos entre la de Peirce, James y la de Mead. Me ocupé principalmente de este último dejando de lado sus diferencias. Para una discusión más amplia sobre pragmatismo véase Tamanaha (1997). Un contraste más relevante se encuentra entre los filósofos que enfatizan los elementos realistas u objetivistas de las perspectivas pragmáticas de la verdad, como Hilary Putnam, frente a filósofos como Richard Rorty que rechazan esos elementos. Véase, respectivamente, Hilary Putnam y Ruth Anna Putnam (2017) y Rorty (1979).

<sup>4</sup> Susan Haack ha publicado recientemente un ensayo (2018) sobre diversas implicaciones del pragmatismo para la teoría del Derecho. Aunque abordo una temática diferente en este ensayo, concuerdo con muchos de sus análisis.

sociedades. El teórico iusnaturalista John Finnis señala que «una teoría del Derecho natural afirma la pretensión de ser capaz de identificar las condiciones y principios de la corrección, del bien y del orden adecuado entre los hombres y en la conducta individual» (1980, p. 18). En ausencia de esta universalidad, lamenta, solo hay «diversos conceptos peculiares de pueblos particulares» (1980, p. 18). Green sostiene que «las características necesarias del Derecho son aquellas que se encuentran no solo en todos los históricos y actuales sistemas jurídicos, sino en todos los posibles –o todos los humanamente posibles– y estos son innumerables e inobservables» (2013, p. 33). Algunos pretenden que sea literalmente la verdad universal. En palabras de Shapiro (2011, pp. 406-407, nota 16):

La ciencia social no puede decirnos qué es el Derecho porque ella estudia las sociedades humanas. Sus aportaciones no tienen relevancia para el filósofo del Derecho porque es una obviedad que los no-humanos podrían tener Derecho. La ciencia ficción, por ejemplo, está llena de historias sobre civilizaciones alienígenas con alguna forma de sistema jurídico.

Las verdades universales y atemporales, sostienen, se mantienen en el pasado, en el presente y en el futuro. «Es fácil de explicar en qué sentido la filosofía jurídica es universal», según Raz, ya que «sus tesis, si son ciertas, se aplican universalmente ya que hablan de todo Derecho, de todos los sistemas jurídicos, de aquellos que existen o que existirán e incluso de aquellos que puedan existir aunque no lleguen a existir nunca. Más aún, sus tesis son sostenidas como necesariamente universales» (2009, p. 91). Los principios que Finnis identifica existen totalmente fuera del tiempo, postulando que «los principios del Derecho natural...no tienen historia» (1980, p. 24). Y reitera: «hablando estrictamente, no podría haber historia de la propia ley natural. Esta no podría surgir, declinar, ser revivida o representar su “eterno retorno”. No podría tener logros históricos a su favor» (1980, p. 24).

En otro trabajo he analizado críticamente las afirmaciones de filósofos analíticos del Derecho sobre verdades necesarias y universales en todas las sociedades y todos los tiempos, detallando por qué no son sostenibles (Tamanaha, 2017b). Un rápido ejemplo demostrará una deficiencia insuperable en la posición de Raz. Él afirma que «mientras la teoría general del Derecho es universal, es también local» (2009, p. 95). Lo que quiere decir es que sus características universalmente verdaderas se derivan por abstracción de “nuestros” locales conceptos de Derecho. Sin embargo, Raz también reconoce que el concepto de Derecho cambia a lo largo del tiempo, así «nuestro concepto [de Derecho] tiende a cambiar permanentemente» (2009, p. 98). El problema es que la verdad universal que pretende mantenerse a través de todo tiempo y lugar no puede derivarse de históricamente contingentes conceptos de Derecho que varían y cambian a lo largo del tiempo. Para ver por qué, permítasenos conceder que Raz I (hoy) identifica las características esenciales universalmente verdaderas del Derecho como A, B y C; mientras que Raz II (un milenio después) identifica las universalmente verdaderas características del Derecho como A, B, C y D. (El concepto de Derecho evoluciona en el *interim* para añadir una cuarta característica). Para el propio argumento de Raz, cada teoría es universalmente verdadera del Derecho en todo tiempo y lugar. De acuerdo con los criterios de cada juicio, sin embargo, el otro juicio es falso. Consecuentemente, las respectivas teorías del Derecho formuladas por Raz I y II son, al final, universalmente verdaderas y falsas. Esta paradoja corrobora la observación de Dewey sobre el inevitable destino de los esfuerzos filosóficos para identificar verdades esenciales y universales: «el intento de incluir todo lo que es dudoso en el campo de lo que es teóricamente cierto está destinado a la falsedad y el subterfugio y, en consecuencia, tendrá el estigma de la contradicción interna» (1960, p. 244). El defecto fundamental en este modo de razonar ha sido identificado por James: «los conceptos solo son

extractos humanos del transcurso del tiempo» que los filósofos distorsionan «tratándolos como un tipo de ente superior, brillante, inmutable, verdadero, divino y radicalmente opuesto en su naturaleza al turbido inquieto mundo inferior» (1996, p. 218). El pragmatismo «abandonó lo eterno como marco de referencia absoluto para el pensamiento y enfatizó la ineluctable omnipresencia del cambio temporal en la naturaleza de las cosas» (Wiener, 1965, p. 191).

El pragmatismo, además, cuestiona los métodos utilizados por los filósofos analíticos del Derecho. Shapiro se ocupa del «análisis conceptual [que] se desarrolla con base en nuestras intuiciones» (2011, p. 23) para identificar las características esenciales del Derecho (2011, pp. 13-38). Para Raz, «las condiciones que fijan la identidad de conceptos particulares son idealizaciones elaboradas fuera de nuestras prácticas conceptuales, esto es, fuera del uso de estos conceptos en general» (2009, p. 23). Al tiempo de que los conceptos son imprescindibles, para los pragmatistas la llave para comprender no se vincula al concepto de Derecho o a las intuiciones sobre el Derecho sino a las acciones realizadas en relación con el Derecho y sus consecuencias. El Derecho es lo que hace: lo que hace la gente con y mediante el Derecho y los resultados de esas acciones. Conocer esto requiere conocimiento empírico sobre el Derecho.

La dependencia de la auto-evidencia es también criticable desde las tesis pragmatistas. Finnis sostiene que los bienes básicos son deseables por sí mismos (son bienes «intrínsecos»), y no por su valor instrumental; son «auto-evidentes», esto es, cada bien básico «no puede ser demostrado pero igualmente no necesita demostración» (1980, pp. 64-65). Son obvios –obviamente válidos– para todo aquel que tenga experiencia de investigación sobre cuestiones de juicio fáctico o teórico (incluyendo las históricas y filosóficas); no tienen necesidad alguna de demostración. Son objetivas, su validez no es materia de convención ni es relativa a los propósitos individuales de nadie» (1980, p. 16). El pragmatismo rechaza la noción de bienes intrínsecos que *no necesitan* demostración, el conocimiento está basado en lo que funciona y lo que es obvio para algunos teóricos, no es obvio para otros.

Shapiro fundamenta su análisis del Derecho en las características esenciales, en «tópicos autoevidentes» que «no son simplemente verdaderos sino que lo son de forma auto-evidente» (2011, p. 13). «El análisis conceptual, como hemos visto, depende de nuestra habilidad para reunir una nómina de verdades obvias» (2011, p. 16)<sup>5</sup>; «tópicos, afirmaciones tan inobjetables que difícilmente necesitan ser mencionadas» (2011, p. 19). Los tópicos auto-evidentes que Shapiro identifica, sostiene, son aquellos que los juristas podrían encontrar obvios (2011, p. 15). «Todos los sistemas jurídicos tienen jueces». «Todos los sistemas jurídicos tienen instituciones para el cambio del Derecho». «Las leyes pertenecen siempre a sistemas jurídicos». La lista continúa. Shapiro pasa por alto que sus postulados tópicos pueden ser obvios para los juristas cualificados en los altamente desarrollados sistemas jurídicos actuales, pero que no serían obvios para la gente de todas las sociedades, pasadas y actuales. El Derecho consuetudinario, por ejemplo, ha existido sin las formas de un sistema y no son consideradas predictibles (Tamanaha, 2017a, pp. 89-93 y 105-107). «Hoy podríamos dar por asentado que la ley es algo creado y que puede ser modificada», observa la historiadora del Derecho Tamar Herzog, pero

<sup>5</sup> N.T. En la versión inglesa, Shapiro habla de «truisms» y de «self-evident truisim». Diego M. Papayanis y Lorena Ramírez, en su traducción del libro de Shapiro, titulado en castellano *Legalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2014), optan inteligentemente por traducirlo como «verdades obvias» (pp. 41 y 42). Por otro lado, en la importación al español de ese término inglés, la voz «truismo», según el diccionario de la Real Academia, denota una dimensión despectiva («verdad obvia y trivial, perogrullada») que no se corresponde con el sentido del término en inglés. En el intento de expresar ese espacio intermedio entre «verdad» y «truismo», he considerado que el término «tópico» recoge mejor la idea.

«esta visión es una invención relativamente reciente. Durante siglos [en Europa], se decía que el Derecho existía porque, simplemente, existía; porque era espontáneamente creado por la comunidad o porque Dios lo había legado» (2018, p. 4). Shapiro privilegia sus propias instituciones particulares como el fundamento de verdades esenciales sobre el Derecho, no obstante [existen] diferentes organizaciones y concepciones jurídicas en otros tiempos y lugares (Dewey, 1948, pp. 65-69).

Las declaraciones de auto-evidencia, apunta escépticamente Dewey, dan lugar a multitud de diferentes explicaciones. «La diversidad y las contradicciones dan pie a la sospecha de que en ningún caso el “conocimiento” es cuestión de auto-evidencia, tal y como se ha aseverado» (1960, p. 183). Recurrir a la auto-evidencia es un intento de basar la verdad como directamente conocida sin referencia a ninguna otra cosa. Esto es el «ipse dixitism», acusa Dewey. «¿Qué es si no arbitrario dogmatismo?» (1960, p. 183). Lo que se supone que es auto-evidente es meramente una intensificación de la arraigada pretensión del teórico de ser más valorado que otros teóricos que sostienen pretensiones diferentes. Tomás de Aquino, cuya teoría del Derecho natural desarrolla Finnis, declara: «es auto-evidente que un ángel no está circunscrito a un lugar» (Aquinas, 1987, p. 59).

Más allá, observa Dewey, todas las filosofías del Derecho reflejan las circunstancias sociales y los puntos de vista que les rodean pretendiendo equivocadamente que la auto-evidencia de los argumentos les proyecten como superiores (1941, p. 75). «Cuando se reconoce que, bajo el disfraz de relacionarse con una realidad última, la filosofía ha estado ocupada con hermosos valores asociados a las tradiciones sociales; que ha brotado de la colisión entre fines sociales y del conflicto entre instituciones heredadas con tendencias incompatibles, se verá que la tarea de la filosofía del futuro es clarificar las ideas del hombre así como las luchas sociales y morales de su momento» (1948, p. 26)<sup>6</sup>. Apuntó Dewey (1914, pp. 30-31):

[Nosotros] también encontramos que una de las tareas centrales de la idea de naturaleza en la práctica política y judicial ha sido la de consagrar el actual estado de cosas cualquiera que sea la distribución de ventajas y desventajas, de beneficios y cargas; e idealizar, racionalizar, moralizar lo físicamente dado.

La filosofía analítica del Derecho, como hemos visto, gira en torno al análisis conceptual construido sobre intuiciones, con limitada atención a las tareas actuales y a las consecuencias de los sistemas jurídicos, confiando, por el contrario, en experimentos intelectuales y en otros métodos filosóficos alejados de los hechos, configurados para producir los resultados deseados por los teóricos. La teoría del Derecho de Shapiro es un tipo de sistema planificado; en apoyo de su tesis, imagina un club culinario que se dejar caer en un estado de naturaleza en una isla desierta que –como era de esperar– crea un sistema jurídico como un sistema planificado que se ocupa de los problemas embarazosos (2011, caps. 5 y 6). Leslie Green confía en sociedades de ángeles para argumentar que la fuerza coactiva no es una característica necesaria del Derecho: «Todos sabemos que incluso una “sociedad de ángeles” necesitaría reglas, aunque no fuese más que para ayudarles a coordinarse para actividades altruistas» (2016, pp. 165-166). Los ángeles tendrán conflictos racionales, nos cuenta. «Los ángeles pueden razonablemente mantener diferentes

<sup>6</sup> Un ejemplo de la observación de Dewey está en el propio trabajo de Finnis, cuyos argumentos sobre la conducta homosexual, que violaría el bien básico del matrimonio -que articuló subsecuentemente a la publicación de su libro sobre el Derecho natural-, mientras que el tratamiento de los homosexuales ha devenido crecientemente en un tema conflictivo en círculos religiosos, políticos y jurídicos. Véase Finnis (1993).

puntos de vista sobre lo que es apropiado en determinadas circunstancias y una perspectiva razonable es una en que hay una razón, *por tanto*, para actuar» (2016, p. 166). Green continua: «aunque las reglas que imponen deberes son necesarias incluso en una sociedad de ángeles, las sanciones coactivas no lo son. Los ángeles no necesitan motivación suplementaria para cumplir con sus deberes» (2016, p. 167). Su análisis, por tanto, «muestra que es conceptualmente posible que haya sistemas jurídicos que no hagan uso de ninguna coerción» (2016, p. 167).

El argumento de Green es vacío porque los resultados de su análisis están predeterminados por las suposiciones que ha establecido al comienzo sobre que los ángeles y sus sociedades son equiparables (lo que curiosamente asegura: «todos sabemos»). Si uno no asume que los ángeles necesitarían reglas o, por qué no, que tendrían diferentes perspectivas, entonces el análisis falla porque ellos no tendrían Derecho. O si uno afirma que los ángeles creen en una corrección última de sus decisiones, no obstante sean contrarias a las normas legales (lo cual inevitablemente adolecería de sobreinclusividad), entonces la coacción sería necesaria para asegurar el cumplimiento de las decisiones jurídicas con las que ellos estén en desacuerdo. Para contestar objeciones de este tipo, la discusión debe desplazarse a los debates sobre si las sociedades de ángeles son *realmente* similares, lo que es absurdo. Finalmente, debe ser dicho que si los filósofos del Derecho concluyen que los sistemas jurídicos de imaginarias sociedades angelicales con un particular conjunto de características estipuladas (ser del tipo de las humanas, pero teniendo alas y, de alguna manera, más agradables) no requieren coerción, ¿hemos aprendido algo sobre los sistemas jurídicos? Un argumento teórico serio citaría ejemplos reales de sistemas jurídicos reconocibles en el pasado o en el presente que funcionan sin coerción.

Las cavilaciones filosóficas no verificables ni falseables desprovistas de las circunstancias y consecuencias del mundo real son, precisamente, lo que objetan los pragmatistas. El análisis conceptual basado en intuiciones, afirmaciones de características necesarias y verdades universales para todo tiempo y lugar, relatos de alienígenas y sociedades de ángeles son antitéticos con el pragmatismo. El método pragmatista implica «la actitud de apartar la mirada de las cosas primeras, los principios, las “categorías”, las supuestas necesariedades; y mirar hacia las cosas últimas, los resultados, las consecuencias, los hechos» (James, 1975, p. 32).

A fin de evitar una potencial imagen distorsionada, debe ser enfatizado que los pragmatistas no están en contra de las teorías, las abstracciones o las generalizaciones que son «indispensables» para el conocimiento (Dewey, 1948, pp. 148-160 y 1960, pp. 216-218)<sup>7</sup>. Las teorías nos ayudan a enmarcar y captar situaciones y a lidiar con las complicaciones que obstaculizan los objetivos. Están formuladas en diferentes grados de abstracción y la amplitud adecuada es aquella que facilite el logro de un proyecto dado. Las generalizaciones, incluyendo las proposiciones ampliamente aplicables al Derecho, son iluminadoras y justificadas cuando éstas se encuentran empíricamente sustentadas. El problema con la filosofía analítica contemporánea es que la búsqueda teórica de lo universal, de las características necesarias del Derecho, supone abstracciones tan desconectadas de la realidad del Derecho en la sociedad que proyectan escasa luz sobre nuestras reales preocupaciones sociales y jurídicas. La perspectiva teórica empíricamente elucidada en este ensayo ofrece una lente sobre la realidad social del Derecho que puede ayudar a identificar con fundamentos empíricos (contingentes, falibles) verdades y

<sup>7</sup> Haack enfatiza que los «filósofos de la tradición del pragmatismo clásico no estaban en una vía anti-teórica» (2018, p. 1050).

aportaciones sobre el Derecho fortaleciendo nuestra comprensión del fenómeno jurídico.

Los filósofos analíticos del Derecho son libres de rechazar el pragmatismo y de continuar con sus modos y métodos preferidos de análisis conceptual. El problema radica en que esas aproximaciones filosóficas dominan la filosofía del Derecho contemporánea con la relevante exclusión de las teorías realistas del Derecho. Para explicar su aproximación y demostrar su valor, trabajaré ahora sobre las características básicas de una teoría realista del Derecho de inspiración pragmatista y proporcionaré un muestreo de las aportaciones que supone en contraste con las aproximaciones analíticas.

#### 4. Naturalismo

El naturalismo tiene múltiples significados (Ritchie, 2008). La teoría realista del Derecho incorpora la idea central de que sólo existen los fenómenos naturales (no sobrenaturales) y que todo ocurre dentro de procesos naturales. Desde un punto de vista biológico, el naturalismo sitúa a los humanos como animales sociales dentro del proceso evolutivo común a todas las especies, distinguiéndolos principalmente por su inteligencia desarrollada, su lenguaje sofisticado y su capacidad de crear herramientas, todo lo cual da origen a las culturas, la tecnología, las instituciones sociales y muchas más cosas<sup>8</sup>. El pensamiento reflexivo, escribe Dewey, «tiene su origen en la conducta biológico adaptativa y la función última de su aspecto cognitivo es un control proyectivo de las condiciones del medio» (1982, p. 37). Necesitamos alimentación, vestimenta y alojamiento y nos reproducimos. Somos físicamente vulnerables, aproximadamente similares en nuestras habilidades y vivimos en entornos potencialmente peligrosos y con recursos limitados. Somos auto-interesados y altruistas respecto de los otros. Competimos con los demás y cooperamos con ellos. Creamos significados compartidos y actuamos para conseguir un enorme número de objetivos a fin de satisfacer nuestras necesidades y deseos.

La capacidad humana para el conocimiento y la capacidad de invención basadas en la experiencia nos lleva a mejoras que modifican el presente y el futuro mediante el cambio de las circunstancias de nuestra existencia colectiva. «Este elemento ideal», agrega Dewey, «es más y más acentuado por la inclusión progresiva de factores sociales en el entorno humano sobre y por encima de los factores naturales; de tal forma que las necesidades son satisfechas, los fines que son alcanzados no son los de carácter biológico o particular sino que incluyen también los fines y las actividades de otros miembros de la sociedad» (1982, p. 38). Los procesos naturales acompañan tanto las necesidades y rasgos biológicos como los requerimientos sociales de coordinación, coexistencia y acuerdos funcionales en los grupos.

El naturalismo tiene múltiples implicaciones para una teoría del Derecho. Aquí solo puede ser expuesto un breve muestreo de su relevancia potencial<sup>9</sup>. La implicación metodológica clave es que los estudios científicos naturales y sociales deben ser utilizados para discernir el alcance e influencia de los rasgos e imperativos sociales relacionados con el Derecho.

Hay un amplio consenso, por ejemplo, respecto de que el Derecho gestiona las condiciones básicas de las relaciones sociales de los hombres. La investigación

<sup>8</sup> Mead sitúa a las sociedades humanas entre las sociedades animales (1962, pp. 227-244).

<sup>9</sup> Una explicación naturalista de la emergencia del fenómeno jurídico se proporciona en Tamanaha (2018).

antropológica y psicológica ha confirmado numerosos rasgos humanos de carácter universal si bien con una gran variedad en sus expresiones culturales (Brown, 1991). Entre estos rasgos comunes (vida grupal, alojamiento, herramientas, música, estándares estéticos, intercambio de presentes, cosmología, etc.) aquellos específicamente relativos al Derecho incluyen los derechos de propiedad, las prohibiciones contra el homicidio, las compensaciones por daños violentos, el matrimonio, las herencias, las restricciones sexuales, las obligaciones por deudas, los derechos y obligaciones relativos a los estatus, las decisiones vinculantes y los castigos por las infracciones<sup>10</sup>. La universalidad de estas normas básicas de interrelación social es prueba de las raíces naturalistas de los rasgos y exigencias de la cohesión social<sup>11</sup>.

Los estudios sugieren, por demás, que las normas sobre estas cuestiones están afianzadas en factores naturales. Una teoría influyente propone que los humanos, sujetos a la selección natural, han evolucionado para tener intuiciones morales –inmediatas, automáticas y, a menudo, reacciones emocionales ante situaciones. Estos juicios morales intuitivos afianzan la cohesión y supervivencia del grupo (Haidt, 2007). Otra teoría propone que los sistemas cognitivos están estructurados de tal manera que generan representaciones mentales y reacciones morales que implican normas, conceptos y principios (Mikhail, 2007). La existencia de esta facultad moral se encuentra evidenciada en los estudios que muestran que los niños pequeños exhiben una «intuitiva filosofía del Derecho» cuando distinguen los actos intencionales de los no intencionales, usan la proporcionalidad para determinar el castigo y hacen otros tipos de distinciones jurídicas; todo lenguaje contiene conceptos deónticos como «obligatorio, permitido y prohibido»; y hay prohibiciones universales de homicidio, violación y otras acciones dañinas, así como de los conceptos de causa e intención (Mikhail, 2007).

El pragmatista George Herbert Mead identificó el castigo criminal con un instinto «hostil» manifestado en impulsos primitivos que refuerzan los lazos del grupo y el cumplimiento de las normas. «La repugnancia contra la criminalidad se revela en el sentido de solidaridad con el grupo, un sentido de ser parte de aquellos [citizen] que, por un lado, excluyen a los que transgreden las normas del grupo y de los que, por otro, inhiben sus propias tendencias a cometer actos criminales (1918, pp. 586-597). Oliver Wendell Holmes identificó los orígenes del Derecho en los sentimientos naturales de «la venganza», «el sentido de culpa», «la opinión... de que algo malo había sido hecho» (2005, p. 3). Igualmente, Adam Smith identificó el Derecho con las reacciones naturales a la injusticia (Herzog, 2014, pp. 703 y 705-707). «Fraude, falsedad, brutalidad y violencia» producen reacciones de «desprecio y aborrecimiento», observó Smith, y el homicidio, el robo y el hurto «apelan intensamente a la venganza y el castigo» (1986, pp. 94 y 116). Este innato sentido de la justicia es «el pilar fundamental que sostiene» a la sociedad y sin el cual ésta «se desmoronaría en átomos» (1986, p. 97). «La naturaleza ha implantado en el corazón de los hombres la conciencia del mal estéril y el espanto al merecido castigo que se ocupa de su violación como las grandes salvaguardias del acuerdo de la humanidad de proteger al débil, contener la violencia y escalear al culpable» (1986, p. 97).

Recientes estudios en neurología ofrecen soporte a estas tempranas especulaciones. Los humanos manifiestan estados mentales que incitan al castigo de lo que se percibe como una injusticia. «La decisión de castigar, la intensa motivación para hacerlo, es un estado límbico trivial» (Sapolsky, 2017, p. 610). Un estudio

<sup>10</sup> Brown (1991, pp. 136-40); Flannery K. y Marcus J. (2012, cap. 4); Wilson (2012, pp. 192-193); Tamanaha (2017a, pp. 82-84). Véase también Sapolsky (2017).

<sup>11</sup> Esta es una versión diferente de lo que Hart llamó «el contenido mínimo del Derecho natural» (1961, p. 188).

descubrió que cuando los ciudadanos aplican castigos a los transgresores de las normas se activan partes de su cerebro conectados con el dolor, la irritación y la repulsión (Wilson, 2012, pp. 250-251). «Resulta que la gente no sólo desea apasionadamente ver que se castiga a los delincuentes y parásitos; ellos también desean tomar parte en administrar justicia incluso a su propia costa» (Wilson, 2012, p. 250).

El surgimiento de los sistemas jurídicos como complejos organizados para aplicar normas jurídicas puede también ser comprendido en términos evolutivos, naturalísticos. H.L.A. Hart sugirió que las sociedades crean deliberadamente los sistemas jurídicos porque, en ausencia de sistemas organizados, el Derecho primitivo es demasiado estático, incierto y difícil de innovar y aplicar (1961, pp. 77-96). Sin embargo, el naturalismo sugiere que los sistemas jurídicos emergen gradualmente en una forma menos racionalista. A medida que la población crece en tamaño, las actividades que afectan a la coordinación social en grupos amplios dan origen a instituciones sociales creadas en el curso de proyectos colectivos. Los rasgos de la naturaleza humana –como el diseño de la pertenencia al grupo, el afán de posesión, la jerarquía y otros– dan textura a esas instituciones sociales –incluyendo el Derecho– influyendo en cómo operan y sus consecuencias.

Los estudios sugieren que políticas como los cacicazgos complejos y los proto-estados surgen mediante el recurso a la coerción, coordinando tareas centrales como el cultivo de los alimentos y la defensa frente a los ajenos al grupo, manteniendo la dominación política y el orden interno y haciendo cumplir la jerarquía social y económica (Tamanaha, 2017a, pp. 84-89). Los sistemas jurídicos proporcionan el músculo para hacer cumplir la ley que sustenta a los sistemas de gobierno en la medida en que estos aseguran su control sobre el grupo social mientras que también hacen cumplir las reglas de las interacciones sociales. Gobernantes, sacerdotes, administradores y jueces fueron delineados desde aristocracias hereditarias que controlaban la riqueza de las tierras utilizando plebeyos, siervos y esclavos para explotarlas bajo un régimen de propiedad y de formas de trabajo aplicadas por el Derecho (Flannery y Marcus, 2012, pp. 478 y 500-502). Esta explicación del surgimiento del Derecho a través de la aplicación coercitiva de la fuerza para coordinar acciones y mantener al gobierno, y que tiene un sólido fundamento por parte de antropólogos e historiadores<sup>12</sup>, es una explicación muy diferente a la sugerida por Hart de que los sistemas jurídicos son creados intencionalmente para remediar las ineficiencias en la creación y aplicación del Derecho primitivo (1961, pp. 91-92).

La configuración jurídica y el mantenimiento de la jerarquía en las sociedades humanas también tiene fuentes naturalistas. Los humanos son «iguales a otras muchas especies sociales, en tanto que tienen establecidos diferentes estatus entre los individuos y jerarquías que emergen de esas diferencias» (Sapolsky, 2017, pp. 475 y 425-444), aunque los humanos pertenecen a múltiples jerarquías vinculadas a diferentes criterios: riqueza, género, religión, casta, raza o etnicidad, etc. (2017, pp. 430-441).

El naturalismo también ofrece aportaciones potenciales sobre contenidos concretos del Derecho. Los estudios en investigación genética y neurológica, por ejemplo, han descubierto evidencias de que algunos individuos pueden, por razones biológicas, ser propensos a la violencia, la pedofilia u otros actos antisociales, hallazgos que tienen consecuencias sobre los castigos penales (Sapolsky, 2017, pp. 580-613 y Schuppe, 2019). Los estudios sobre el desarrollo cerebral sugieren que los

---

<sup>12</sup> Una excelente panorámica general se encuentra en Carneiro (1981, pp. 37-77); véase también Stein (1998).

adolescentes debieran ser tratados de forma diferente a los adultos a los efectos de la responsabilidad civil y penal (Sapulsky, 2017, pp. 155-173 y 387-424). Los estudios neurológicos han empezado a desvelar las bases de sesgos subconscientes relacionados con los juicios internos al grupo frente a los externos al mismo y que son relevantes para las respuestas jurídicas relacionadas con la discriminación (2017, pp. 387-424). Otros estudios han revelado evidencias de sesgos en la percepción de los hechos, motivación del razonamiento, influencia ideológica, pensamiento grupal y otros factores que afectan a la toma de decisiones por parte de la policía, fiscales, jurados y jueces (2017, pp. 387-424).

La sugerencia de que los rasgos y necesidades naturales se desarrollan en varios aspectos en el Derecho y a través del Derecho no significa que éste se encuentre totalmente determinado por factores naturales. Las influencias naturalistas no son fijas en su amplitud y expresión y no son omnicomprendivas. Las instituciones sociales, culturales, económicas, políticas y jurídicas varían sustancialmente entre sociedades y han cambiado intensamente a lo largo del tiempo. Es más, la contingencia, es un rasgo fundamental de la naturaleza (Dewey, 1960, p. 249). Dewey menospreciaba la (*laissez faire*) noción de Herbert Spencer de que las leyes de la naturaleza gobiernan los asuntos sociales y económicos de los hombres. Por el contrario, sostenía que los humanos son naturalmente participantes, se involucran en actividades que afectan profundamente a las condiciones de su existencia (1960, pp. 211-212). Los humanos generan significados y acciones instrumentales dirigidas a conseguir propósitos que configuran y dan forma y textura a las influencias naturales y van más allá de ellas. Los pragmatistas ven simultáneamente al naturalismo y la plasticidad en juego y ambos aspectos son considerados en la comprensión y aplicación teórica y práctica del Derecho.

## 5. Historicismo y holismo

El Derecho tiene una existencia temporal que abarca desde el pasado al continuamente reconstruido presente y se proyecta sobre el futuro. Esto es cierto en el estrecho sentido de que las leyes entran en vigor en un determinado momento para dirigir la conducta en todos los momentos en que permanecen vigentes. También es cierto que, en un sentido más amplio, el Derecho es un producto histórico –una tradición heredada (Krygier, 1986)– que cambia a lo largo del tiempo en relación con los factores que le rodean, moldeando y condicionando (mediante la constitución de estructuras de acción estables y vías de dependencia) futuros desarrollos en la sociedad y en sí mismo. Que la sociedad y el Derecho existen en y a lo largo del tiempo es un aspecto fundamental de la ontología social del Derecho.

Trabajando sobre la influencia del evolucionismo en los pragmatistas, Philip Wiener subraya que «lo histórico o genético, el aspecto temporal de las ideas y de todo fenómeno observable, dominó por completo la temprana y evolutiva aproximación del pragmatismo a la naturaleza y al hombre» (1965, p. 28). Nicholas St. John Green, un jurista miembro del *Metaphysical Club* en el que se gestó el pragmatismo (Peirce, 1982, pp. 54-55), retrató al Derecho como un lento resultado de siglos que soporta las marcas de los desarrollos del pasado. El Derecho, por tanto, debe ser entendido históricamente: «de la misma manera que damos cuenta de la distorsionada forma de un árbol mediante la búsqueda de las especiales circunstancias bajo las que ha crecido y las fuerzas a las que ha sido expuesto»<sup>13</sup>. «Green concebía que la función de la filosofía del Derecho es ofrecer un cuidadoso análisis lógico a los conceptos y normas procedentes del lento cambio de las condiciones sociales e históricas» (Wiener, 1965, p. 156). Apoyando un punto de vista

<sup>13</sup> Green, *Essays and Notes*, p. 53, citado por Wiener (1965, p. 163).

similar, Oliver Wendell Holmes, un ocasional participante en el *Metaphysical Club* y ampliamente considerado como un pragmatista (aunque él nunca hizo explícita la adhesión: Haack, 2005, p. 71), escribía, «el Derecho personifica la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no puede ser tratado como si sólo contuviese los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas. Para conocer qué es, debemos saber qué ha sido y en qué tiende a convertirse» (Holmes, 2005, p. 5).

Junto con el desarrollo temporal, el Derecho se extiende espacialmente a lo largo de la sociedad. El Derecho está interconectado con la cultura, la economía, la política, las estructuras sociales, la tecnología, el ecosistema; realmente todos los aspectos de la sociedad están inextricablemente entrelazados. Esta proposición ontológica está basada en la noción heurística de que las sociedades son como (porosas) totalidades alojadas dentro de una más amplia red de interacción. Una comprensión holístico-historicista requiere la atención sobre cómo el Derecho se relaciona e interactúa con otros aspectos de la sociedad –así como con otras sociedades– en un proceso de desarrollo temporalmente continuo. Un aspecto crucial del Derecho destacado por el historicismo y el holismo, del que los filósofos analíticos del Derecho dicen poca cosa, es la permanente tensión entre el mantenimiento de la estabilidad y la certeza jurídica con el acomodo del constante cambio social.

George Herbert Mead observa: «la mera recitación de estas instituciones sociales esenciales [escuelas, iglesias, instituciones de control social, procesos económicos, medios de comunicación] exhibe sus vitales relaciones recíprocas... Ninguna institución puede mantenerse por sí sola y el desarrollo de cada una de ellas ha sido el resultado del proceso de todas ellas» (1938, p. 496). Asimismo, Dewey (1982) exhibe un punto de vista holístico, escribiendo: «nosotros hemos importado nuestra lengua, nuestro Derecho, nuestras instituciones, nuestra moral y nuestra religión de Europa y las hemos adaptado a nuestras nuevas condiciones de vida». Dewey identifica las fuentes del Derecho con las «costumbres», las «fuerzas sociales» y los «intereses sociales» (1941, p. 82) y enfatiza que «los hechos sociales son preocupaciones en movimiento y todas las cuestiones jurídicas tienen su lugar en esas preocupaciones constantes» (1941, p. 85). Como remarca Holmes (2005, p. 5):

La percepción de las necesidades del momento, las teorías morales y políticas prevalentes, las instituciones políticas [*public policy*], declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que comparten los jueces con sus compañeros tienen mucha más relevancia que el silogismo al determinar las reglas mediante las que los hombres debieran ser gobernados.

Las interconexiones del Derecho con la sociedad son mutuamente constitutivas: las influencias sociales afectan al Derecho en multitud de formas mientras que el Derecho da lugar o está detrás de una multitud de asuntos sociales. El Derecho está integrado en el conjunto de la sociedad, tanto constituyéndola como siendo conformado por los factores de ésta que le rodean.

El historicismo y el holismo promueven la misma perspectiva central del Derecho integrado en la sociedad, enfatizando el primero la dimensión temporal y la espacial el segundo. Mead combinaba las dos en un ensayo de 1915 sobre el significado de los derechos naturales cuyas trazas iban del siglo XVII al presente. Su análisis histórico muestra que cada formulación de derecho –Hobbes, Locke, la Declaración de Independencia, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre, etc.– está elaborada con específicos «peligros y obstáculos» y con objetivos particulares en mente (Mead, 1915, pp. 141-142). A partir de ahí, los derechos devienen abstractos, privados de su significado original, tras lo cual surgen más

amplios contextos de aplicación que producen nuevos significados. «Empezamos con la vida, la libertad, la seguridad, la igualdad y la búsqueda de la felicidad como los derechos naturales» observa Mead, pero «eran incapaces de definir su contenido» (1915, p. 150). Como el punto de vista social, político y económico cambia y surgen nuevos conflictos de intereses, el significado de los derechos es completado de manera diferente. «Es evidente que las categorías que sirven a todos esos propósitos deben ser abstractas y vacías de contenido y que deberían conformar su contenido a través de la lucha que surge en la tierra de nadie entre sus distantes murallas» (1915, p. 151). La lucha apasionada que se dio en su tiempo era la protagonizada por los trabajadores y los empresarios; se representó en los parlamentos y en los tribunales y se manifestó como un choque entre la legislación del Estado de bienestar contra los derechos de libertad y propiedad aplicados por los tribunales (1915, p. 152). Su análisis involucra constantemente el historicismo y el holismo para demostrar que los derechos no son inmutables sino que varían en conexión con los factores sociales en desarrollo.

En su momento, los pragmatistas escribieron que la filosofía del Derecho de corte histórico se centró en la dimensión historicista mientras que la filosofía del Derecho sociológica desarrollada por Roscoe Pound, bajo la influencia del pragmatismo, enfatizó tanto la dimensión holística como la historicista (Tamanaha, 2017a, cap. I). Aunque ambas proveían de aportaciones esenciales al Derecho, son virtualmente ignoradas por la filosofía del Derecho actual. El exhaustivo texto *Jurisprudence* de Brian Bix, por ejemplo, menciona la filosofía del Derecho sociológica solo una vez *in passim* y sostiene que «la filosofía del Derecho histórica ha desaparecido en gran medida» (2015, pp. 196 y 278). Una teoría realista del Derecho es definitivamente historicista y holista.

Los teóricos comprometidos con una filosofía del Derecho histórica rastrearon los cambios de gran escala en el Derecho –como la explicación de Henry Maine de la evolución del Derecho del estatus al del contrato– así como aquellos al nivel de los conceptos y doctrinas jurídicas –como el argumento de Holmes de que el *Common Law* ha progresado de estándares subjetivos a objetivos–. La metodología historicista es genealógica y comparativa, observa tanto las continuidades como los cambios que ha experimentado el Derecho a lo largo del tiempo en diferentes escenarios.

Una lente histórica puede ser aplicada al Derecho con diferentes objetivos. En contraste con las propuestas de los filósofos analíticos del Derecho sobre la atemporalidad [y] las características necesarias del Derecho, yo utilizo una lente genealógica para mostrar que el Derecho ha experimentado cambios fundamentales en la forma y en la función a lo largo de la historia (Tamanaha, 2017a, nota 3 del cap. IV). Ella puede ser utilizada para rastrear los factores sociales que influyen en el desarrollo del Derecho así como una vía para ayudar a explicar y comprender el Derecho actual. Una lente histórica puede ser usada con propósitos legitimatorios, por ejemplo, arguyendo que la longevidad de un determinado régimen jurídico refleja sus efectos benéficos para la sociedad; o para socavar la legitimidad del Derecho, demostrando que sus orígenes fueron arbitrarios o indignos a pesar de que el Derecho se ha mantenido en su sitio por inercia, ciego tradicionalismo o inventadas racionalizaciones *post hoc*. Puede ser usado para mostrar que, a pesar de que un Derecho dado pudo ser beneficioso en un período anterior, las circunstancias del contexto han cambiado sustancialmente y mientras se mantenga fijo o rezagado no va a satisfacer las necesidades actuales.

Dewey aplicó análisis historicistas para criticar las actuales doctrinas liberales de la libertad contractual y los derechos de propiedad. Cuando esos principios fueron introducidos inicialmente en el Derecho en el siglo XVIII, explica, servían para

«emancipar» la industria, el comercio y a la gente de una «multitud de restricciones» que provenían desde los tiempos del feudalismo (Dewey, 1924). En el inicio del siglo XX, sin embargo, los problemas más acuciantes eran generados por las nuevas circunstancias emergentes de las sociedades urbanas de masas cuyos gobiernos intentaban atender mediante el Estado de bienestar y la legislación laboral. No obstante, los jueces impidieron esos esfuerzos invocando las doctrinas jurídicas de la libertad contractual y los derechos de propiedad garantizados por la ley. «Así, esos principios devinieron, a su vez, tan rígidos que resultaron casi tan reaccionarios como las “inmutables” leyes feudales que hubo en su día» (Dewey, 1924).

La filosofía sociológica del Derecho fue promovida predominantemente por Roscoe Pound –quien explícitamente invocó el pragmatismo– para combatir las abstracciones excesivas y el conceptualismo de la filosofía analítica del Derecho y de la teoría del Derecho natural del momento (Tamanaha, 2020). La perspectiva sociológica enfatiza que las influencias sociales –que giran en torno a las perspectivas morales, culturales y religiosas, los intereses económicos, las fuerzas políticas, las colisiones entre los grupos en competición, los avances tecnológicos y todo lo demás– penetran y conforman el Derecho a través de cada poro, incluyendo la acción legislativa, la ejecutiva, las decisiones judiciales, las de los abogados defendiendo los intereses de sus clientes, y cómo la gente piensa y actúa en relación con el Derecho. Al mismo tiempo, el Derecho construye y afianza a las empresas, las transacciones económicas, la estructura del gobierno, los derechos de propiedad, las indemnizaciones por daños, los derechos de los trabajadores, las obligaciones familiares y una multitud de otros aspectos de la sociedad. Las interconexiones entre el Derecho y la sociedad son variadas y dinámicas con otras muchas variaciones: algunas veces las autoridades o funcionarios ignoran o socavan el Derecho aplicable por razones culturales, políticas o económicas; otras veces la gente es ignorante de o desconoce la tarea del Derecho para conseguir sus deseos; algunas veces el Derecho tiene consecuencias inintencionadas (en favor o en contra), entre otras posibilidades. El Derecho es un aspecto «dinámico» de las actividades sociales, enfatizaba Dewey, y «debe ser visto, a la vez, tanto como interviniente en la complejidad de otras actividades como en un proceso social por sí mismo» (1941, p. 77).

Debido a estas interconexiones, ver el Derecho en aislamiento de las fuerzas sociales que le rodean es deficitario. «El moderno profesor de Derecho debiera ser, asimismo, un estudiante de sociología, economía y políticas», argüía Pound. «Debiera saber no solo lo que deciden los tribunales y los principios que van a aplicar sino tanto más las circunstancias y condiciones sociales y económicas en las que esos principios van a ser aplicados; debiera conocer el estado de la opinión pública y el de los sentimientos de la gente que crean la atmosfera en la que los principios deben operar en la práctica» (1907, pp. 919-920). La implicación metodológica de esta postura es que la comprensión de la realidad el Derecho requiere el estudio científico de Derecho en acción y sus consecuencias sociales.

Los filósofos analíticos del Derecho, por el contrario, abstraen al Derecho del contexto social. «Si una teoría del Derecho debe ser verdadera para todo sistema jurídico, los rasgos identificativos que lo caracterizan deben ser por necesidad muy generales y abstractos», afirmaba Raz. «Ella debe ignorar aquellas funciones que algunos sistemas jurídicos cumplen en algunas sociedades en razón de las especiales condiciones sociales, económicas o culturales de dichas sociedades» (2009, p. 104). Reduccionismos de este tipo inevitablemente resultan en explicaciones excesivamente estrechas del Derecho. Shapiro, por ejemplo, concluye que «el Derecho es una organización planificadora auto-validante y obligatoria cuyo ánimo es resolver los problemas morales que no pueden ser resueltos, o resueltos

bien, a través de otras formas alternativas de ordenamiento social» (2011, p. 225). Pero el Derecho es y hace muchísimo más que una planificación ordenada que resuelve problemas morales. El reducir el multilateral, variado y complejo fenómeno jurídico a términos unidimensionales altamente idealizados oscurece más que ilumina.

Desde que el Derecho está entrelazado con y funciona en relación con las continuamente cambiantes condiciones contextuales, sacar al Derecho de la historia y de la sociedad produce una distorsionada comprensión de lo que Derecho es y de lo que hace. «El “Derecho” no puede ser establecido como si fuera una entidad separada», escribió Dewey, «sino que sólo puede ser debatido en términos de las condiciones sociales en las que surge y de lo que concretamente hace ahí» (1941, p. 77). «La naturaleza fundamental del Derecho se revela no cuando todas las posibles conexiones han sido eliminadas», observó Sean Coyle en su crítica a los filósofos analíticos de Derecho, «sino cuando uno es capaz de contemplar el Derecho en su más amplio y más sistemático contexto: el Derecho en su sentido más concreto» (2013, p. 409).

El alcance del historicismo y del holismo puede ser ilustrado en conexión con el estado de Derecho [*rule of Law*]. Los filósofos analíticos del Derecho (así como otros teóricos) han abstraído los elementos del estado de Derecho, pero no pueden explicar cómo el estado de Derecho se desarrolló a lo largo del tiempo en algunas sociedades pero no en otras, ni nos cuentan cómo desarrollar el estado de Derecho en aquellos lugares donde es deficiente. Ni pueden dar cuenta de la realidad de que sociedades con estado de Derecho (US, Francia, Japón, Singapur, etc.) tienen muy diferentes complejos de instituciones jurídicas. No hay una única disposición institucional del estado de Derecho. Además, cuando las instituciones jurídicas de una sociedad con estado de Derecho son trasplantadas a otra sociedad, frecuentemente no generan un estado de Derecho en la sociedad receptora, porque ello se produce holísticamente y depende de las condiciones contextuales que la sustentan. En ausencia de historicismo y de holismo, la filosofía del Derecho permanece callada ante las incisivas cuestiones teóricas con significación en el mundo real.

## 6. El Derecho como una construcción social

Los pragmatistas clásicos sostenían que las teorías, conceptos y creencias compartidas, daban forma a los hechos observados en el mundo natural mediante el encuadramiento de la realidad material a través de lentes particulares para intereses y propósitos dados. El mundo social es el producto de nuestras acciones significativas y de sus consecuencias intencionadas e inintencionadas. Mientras que es creado colectivamente por nosotros, él preexiste a los individuos y sobrevive a su muerte. La gente nace en, asume un lugar en, es parte de y modifica el lenguaje existente, el conocimiento, las convenciones, las prácticas sociales y las instituciones generadas sobre la base de dinámicas propias de una comunidad de actores que colectivamente dan origen a un mundo social común que construye los hospitales, las escuelas, las gasolineras, los edificios de oficinas, las fábricas, las oficinas gubernamentales, los tribunales, las tiendas de alimentación, los cines y todas las demás cosas en la sociedad. Estos son los ubicuos fenómenos sociales en los que estamos diariamente inmersos y los damos por sentado. Ver el Derecho como una construcción social implica centrarse en la ontología de las instituciones jurídicas como instituciones sociales<sup>14</sup>, observando cómo están construidas y cómo operan (Searle, 1995 y 2010).

---

<sup>14</sup> Hay un desacuerdo sustancial sobre el significado de institución. Yo apoyo la concepción de instituciones sociales como estructuras permanentes modeladas por la acción social sobre una base

Para saber lo que es el Derecho, uno debe atender a las acciones significativas de la gente que ejerce los poderes jurídicos, a cómo la gente en sociedad entiende el Derecho e interactúa con el Derecho y a las consecuencias que de esto se derivan. Mead aplica esta perspectiva para mostrar, a través del reconocimiento colectivo, cómo los derechos de propiedad existen (1962, p. 261):

La institución representa una respuesta común por parte de todos los miembros de la comunidad a una situación particular. Esta respuesta común es una que, por supuesto, varía con la de carácter individual. En el caso de robo, la respuesta del policía es diferente de la del fiscal, de la del juez y de los jurados y demás; y todas ellas son respuestas que aún mantienen la propiedad; que están implicadas en el reconocimiento de los derechos de propiedad de los otros. Hay una respuesta común de formas variadas. Uno apela a la policía para ser asistido, uno espera que actúe el fiscal, espera que el tribunal y sus funcionarios desarrollen el proceso del juicio penal... Tal conjunto de respuestas organizadas están relacionadas unas con las otras; si uno convoca una de tales respuestas, está implícitamente convocando a las otras también. Así, las instituciones de la sociedad son formas organizadas del grupo o formas de actividad social tan organizadas que los miembros individuales pueden actuar adecuadamente y conjuntamente mediante la consideración de las actitudes ajenas sobre esas actividades.

La cuestión central de Mead era que la sociedad se completa con una multitud de organizaciones que desarrollan funciones o persiguen objetivos –escuelas, tiendas, bancos, iglesias, bandas criminales, etc.– que operan a través de las expectativas compartidas que les unen<sup>15</sup>. La gente trabaja en organizaciones construidas sobre roles reconocidos convencionalmente, responsabilidades, rutinas, prácticas y normas, involucrándoles en actividades que les conectan con lo que hacen otros aunque, frecuentemente, desconocen lo que estos otros están haciendo en la organización o cómo se articula todo; la gente que interactúa con una organización desde fuera puede tener una idea básica de qué es lo que hace mientras que permanece ignorante sobre sus operaciones internas.

Mead no sostuvo que las acciones de la gente estén determinadas por sus roles institucionales y responsabilidades. Al igual que todos los pragmatistas, reconocía que existe un pluralismo de perspectivas entre los individuos y que estos patrones generales permiten «plenamente el objetivo de la originalidad, la flexibilidad y una variedad de conductas» (1962, p. 262). Para todas las instituciones sociales, incluida la jurídica, la gente opera en relación con normas y prácticas que pueden ser creativamente modificadas, ampliadas o violadas e ignoradas, así como seguidas y ello tiene grados de indeterminación y contingencia. Además, las normas informales del contexto pueden ser tan influyentes como las normas formales al disciplinar las acciones. Mead no cree que las organizaciones sociales operan fluidamente juntas. Los conflictos en la sociedad son ubicuos. «Cada institución social se reivindica y se reafirma con el bien que le subyace pero esa propia reafirmación se encuentra en conflicto con otras instituciones y sus bienes» (1938, p. 498).

Centrarse en el reconocimiento colectivo proporciona una perspectiva demoledora que genera conocimientos que han sido pasados por alto por los filósofos analíticos del Derecho quienes basan su análisis en intuiciones y conjeturas idealizadas. El factor crucial en la construcción social del Derecho –como con todas las instituciones sociales– es el reconocimiento convencional en un grupo dado. El reconocimiento convencional determina *quién* cuenta como autoridad jurídica, *cuáles*

---

dinámica a través de la que colectivamente se reconocen roles, normas, prácticas y acciones significativas. Véase, en general, Miller (2019).

<sup>15</sup> Las organizaciones son entidades diferentes que desarrollan actividades en beneficio de proyectos dados; todas las organizaciones son instituciones aunque no todas las instituciones son organizaciones.

son los poderes jurídicos que ejerce –como legisladores, jueces, fiscales, policías, etc. – y *qué* deben hacer para que sus acciones cuenten como jurídicas. Por ejemplo, cuando un quórum de electos legítimos y acreditados satisfacen las exigencias del voto de una propuesta de ley que a partir de ahí es suscrita por el jefe de Estado y se le asigna un registro oficial; eso es Derecho. Los jueces crean Derecho válido en sus decisiones judiciales siguiendo un conjunto variado de procedimientos. Derecho es literalmente cualquier cosa que diga cualquier autoridad jurídica a través de las convenciones y normas jurídicas colectivamente reconocidas. Desde una perspectiva de construcción social, los hechos institucionalmente reconocidos que crean las autoridades jurídicas *son* el Derecho (MacCormick, 2007, pp. 289-293 y Searle, 1995, pp. 27-51).

Los filósofos analíticos del Derecho tienden a proponer afirmaciones generales sobre el Derecho basadas en sus conjeturas sin examinar cómo, día a día, se construye socialmente el Derecho a través de acciones sociales significativas. Esta es la fuente del gran ángulo muerto de la influyente constatación de Hart de que el Derecho es la unión de reglas primarias de obligación que regulan la conducta social y de reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación de las reglas primarias (1961, pp. 78-79); de acuerdo con la cual «la principal función del Derecho como medio de control social» es «controlar, guiar y planificar la vida fuera de los tribunales» (1961, p. 39). Las reglas secundarias, señalaba Hart, «*puede decirse que están todas en un nivel diferente de las reglas primarias, ya que son todas a cerca de tales reglas; en el sentido de que mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben y no deben hacer, esas reglas secundarias se ocupan de las propias reglas primarias*» (1961, p. 92).

El problema con estas afirmaciones es que significativos aspectos del Derecho estatal contemporáneo no son reglas primarias o secundarias –en realidad no son reglas en absoluto– y no son reglas sobre el control social. El Derecho hoy, establecido mediante la voluntad convencionalmente reconocida por las autoridades jurídicas a través de reglas de validez mantenidas internamente, es un instrumento multifuncional que puede tomar cualquier forma y puede ser usado para cualquier propósito, cualquiera que este sea. Los actos de promulgación, por ejemplo, no son reglas sino más bien constructos performativos que consiguen cosas mediante una declaración, generalmente señaladas por palabras como «por la presente, dispongo», «por la presente, creo», «por la presente, quedan derogadas» y similares (Searle, 1995, p. 34). Las normas de incorporación son actos de habilitación que constituyen instituciones [corporations], creando entidades que actúan y producen consecuencias en el mundo. Los actos de habilitación crean agencias gubernamentales; los actos de reorganización modifican las estructuras gubernamentales y los actos derogatorios suprimen la existencia de las entidades<sup>16</sup>; todos son conseguidos mediante una declaración; ninguno de ellas son normas sobre normas o sobre ordenación social, sino relativos a impulsar de forma inmediata cambios en el mundo. Una gran parte del Derecho no implica normas u orden social: declarar un día festivo; consignar un presupuesto; intitular un edificio público, etc. El reduccionista concepto de Derecho de Hart como un sistema de ordenación social compuesto por reglas a cerca de reglas, desdibuja la ilimitada variedad de normas y de hechos jurídicos producidos por actores jurídicos a través de un reconocimiento colectivo (Tamanaha, 2017a, pp. 120-124 y 131).

Poner la atención en la construcción social del Derecho genera aportaciones adicionales que discurren contra asunciones teóricas comúnmente aceptadas. La

---

<sup>16</sup> Un ejemplo que completó estos tres medios de declaración se halla en la *Home Security Act* de 2002, *Public Law*, 107-296, 116 Stat. 2135.

construcción social del Derecho estatal implica, la mayoría de las veces de forma inmediata, reconocimiento y acciones dentro de la propia comunidad de autoridades jurídicas<sup>17</sup>. El reconocimiento colectivo del Derecho por las autoridades jurídicas se produce en el conjunto de significados compartidos sostenidos como una cultura jurídica profesional –*Common Law*, sistema de Derecho civil, etc.– que está compuesto de un especializado lenguaje jurídico, conocimiento, instituciones y prácticas que han asegurado posiciones monopolísticas en la gestión de los sistemas jurídicos estatales. Este altamente tecnificado sistema a través del cual los actores jurídicos construyen el Derecho es muy opaco para la gente sin preparación jurídica.

Una implicación crucial de la construcción del Derecho por especialistas jurídicos es poner en duda la afirmación de Hart de que «las funciones principales» del Derecho son «controlar, guiar y planificar la vida fuera de los tribunales». Muchos teóricos del Derecho sostienen que la función del Derecho es guiar la conducta y coordinar el comportamiento en la comunidad. Sin embargo, el Derecho puede servir a esas funciones solo si la gente conoce lo que es el Derecho. Numerosos estudios han encontrado que amplios porcentajes de la gente (incluidos los profesionales) tienen erróneas comprensiones jurídicas en cuestiones importantes para sus vidas, incluyendo sus trabajos, delitos, cuestiones familiares, etc. (Van Rooji, 2021); y la gente a menudo no contrata abogados para asesorarles sobre el Derecho antes de involucrarse en acciones con implicaciones jurídicas (solo los individuos pudientes y los hombres de negocios tienen los recursos para hacerlo rutinariamente). La gente en la comunidad resulta que tiene sus propios puntos de vista sobre el Derecho que pueden o no coincidir con el Derecho oficial del Estado, una potencial discordancia que tiene una diversidad de consecuencias para el funcionamiento y eficacia del Derecho.

En la explicación de Mead de la propiedad, lo que él llama «respuesta común» retrata el reconocimiento convencional como integrado en un todo: los legisladores aprueban leyes contra el robo; la gente en la comunidad solicita protección jurídica de su propiedad y la policía, los fiscales y los tribunales responden para aplicar y hacer cumplir la ley que prohíbe el robo. La propiedad en este escenario está socialmente construida para agregar las acciones del público y de las autoridades jurídicas. Sin embargo, en realidad el Derecho está mucho menos unificado que lo que recoge esta imagen. Lo que las autoridades jurídicas colectivamente reconocen y hacen cumplir como Derecho no es necesariamente consistente con lo que la gente en la comunidad socialmente construye como Derecho. Un reciente informe del Banco Mundial encuentra que, «en muchos países en desarrollo, los sistemas tradicionales que funcionan fuera del régimen estatal son a menudo la forma dominante de regulación y de resolución de disputas, abarcando hasta el 90% de la población de partes de África... En muchos de esos países, los sistemas de justicia parecen actuar casi de forma completamente independiente del sistema estatal oficial» (Chirayath, Sage y Woolcock, 2005, p. 3). La coexistencia pluralista de los sistemas jurídicos, frecuentes en muchas partes de África, Medio Oeste, Asia y el Pacífico, es un legado de la imposición colonial de sistemas jurídicos estatales que regulan los asuntos políticos y económicos de los poderes coloniales y metropolitanos [expatriates], mientras que las formas consuetudinarias y religiosas indígenas del Derecho de la propiedad, el Derecho de familia, las compensaciones por daños y otras materias continúan

<sup>17</sup> El centrarse en la aceptación colectiva es una común aproximación teórica a las instituciones jurídicas, aunque hay otras aproximaciones. Véase Miller (2019). Una influyente explicación filosófica es la ontología social de Searle. Véase Searle (1995). Hay un profundo desacuerdo entre filósofos, teóricos sociales y sociólogos sobre los rasgos de las instituciones sociales. Una aproximación socio constructivista intermedia o ecléctica que sea compatible con más de una explicación filosófica puede ser utilizada por los teóricos del Derecho y los teóricos sociales mientras se dejen de lado problemas fundamentales.

regulando los asuntos de la mayor parte de la población, especialmente en las zonas rurales (Tamanaha, 2008). La unificada respuesta común que Mead describe colapsa en respuestas comunes segregadas; una compartida por los actores jurídicos del sistema jurídico estatal en relación con las normas jurídicas que ellos crean y una segunda compartida por los miembros de la comunidad que colectivamente reconocen y construyen socialmente sus propias formas de Derecho (aunque ellos reconocen también que el sistema jurídico estatal existe).

Los filósofos analíticos del Derecho generalmente proyectan una visión del Derecho como un unificado monopolio jerarquizado. «En resumen», concluye Raz, un sistema jurídico es «un sistema de guía y de adjudicación que reclama una autoridad suprema en una sociedad determinada y, por lo tanto, cuando es eficaz, disfruta también de dicha autoridad» (2009, p. 43). Esto no sólo es incapaz de dar cuenta del pluralismo jurídico que prevalece hoy en muchas sociedades sino que tampoco puede hacerlo del periodo medieval cuando ninguna forma de Derecho reclamaba una completa autoridad suprema (Herzog, 2018, cap. 6 y Tamanaha, 2017a, pp. 105-107). A Raz se le escapa todo eso porque su idealizada explicación está basada en los juristas y las autoridades jurídicas que actúan en un sistema jurídico estatal, ignorando que el Derecho está construido no solo por autoridades jurídicas sino que también puede ser construido por los miembros de la comunidad.

## 7. Instrumentalismo, poder e ideales

El pragmatismo ofrece un punto de vista instrumental de todas las instituciones sociales. «Son herramientas e instrumentos de la comunidad», enfatiza Mead (1915, p. 153). «Ahora bien, es cierto que las disposiciones, las leyes, las instituciones están hechas para el hombre en vez de que el hombre esté hecho para ellas; todas ellas son medios y acciones para el bienestar y el progreso humano», observó Dewey (1948, p. 194). «El Derecho es, de los pies a la cabeza, un fenómeno social; social en origen, en propósito o fin y en aplicación» (Dewey, 1941, p. 76). «Una determinada disposición jurídica es lo que *hace*, y lo que hace radica en el campo de modificar y/o mantener las actividades humanas como tareas en marcha» (1941, p. 77).

De ello se sigue que el Derecho sea visto como un instrumento del que uno debe conocer sus consecuencias reales (Dewey, 1941, p. 84), y que debe ser evaluado en los términos de si consigue exitosamente los fines deseados así como de si esos fines son socialmente beneficiosos (Dewey, 1916). «Para ello exige que la inteligencia, el empleo de los mejores métodos y los materiales científicos disponibles, sean utilizados para investigar, en los términos del contexto de las situaciones reales, las consecuencias de las normas jurídicas y de las propuestas de decisiones jurídicas y de actos legislativos», escribió Dewey (1941, p. 84). La jurisprudencia sociológica de Pound, expuesta antes, personifica la perspectiva de esta explicación del Derecho como un mecanismo de ingeniería social y su defensa de un estudio científico social del Derecho en acción.

La perspectiva instrumental del Derecho de Rudolph von Ihering, articulada en la segunda mitad del siglo XIX (con el precedente temprano de Jeremy Bentham) presagiaba el pragmatismo y fue respaldada por Pound. Para contrarrestar las explicaciones prevalentes del Derecho como un destilado de las costumbres del pueblo o un producto de la razón, Ihering sostenía que el Derecho es un instrumento usado para fines individuales y sociales. «A lo largo del tiempo», escribió, «los intereses de miles de individuos, y de todas las clases, han resultado vinculados a los principios existentes del Derecho de una forma tal que estos últimos no pueden ser eliminados sin causar enormes perjuicios a los primeros... De aquí que cada una de tales tentativas, en natural obediencia a la ley de auto-conservación, demanda en lo

sucesivo la más violenta oposición de los intereses puestos en peligro y con una lucha en la que, como en toda lucha, el tema no se decide por el peso de la razón sino por la relativa fortaleza de las fuerzas opuestas» (1915, pp. 10-11). El cambio jurídico es propulsado por esta permanente lucha sobre y a través del Derecho en conexión con los intereses individuales y colectivos en concurrencia, en el contexto de los permanentes desarrollos social, cultural, económico, tecnológico y ecológico.

Ver al Derecho como un instrumento da pie a preguntas sobre quién controla y hace uso del mismo y con qué fines. En la explicación ideal, apoyada frecuentemente por las autoridades jurídicas así como por los teóricos del Derecho, el Derecho es un instrumento para el avance del bienestar público y del bien común; un instrumento que mantiene un orden social justo –ayudando a coordinar conductas y resolver disputas, promoviendo orden, estabilidad, certeza y predictibilidad y limitando el ejercicio arbitrario del poder gubernamental. Los teóricos del Derecho frecuentemente identifican estas funciones con las funciones centrales del Derecho (Ehrenberg, 2016, cap. 8). La perspectiva crítica, por el contrario, acostumbrada al poder y a la injusta distribución de la riqueza y los recursos, sostiene que el Derecho opera como un medio de dominación que afianza y fortalece las jerarquías sociales, económicas y políticas a lo largo de varias líneas: casta, raza, riqueza y clase, género, religión y otros. Esta función del Derecho frecuentemente no está formulada de manera expresa, sino que es latente y se manifiesta a través de su funcionamiento. Las teorías del Derecho tienden a enfatizar una u otra perspectiva. Una teoría realista sostiene que el Derecho es lo que hace e incorpora tanto una explicación ideal como una perspectiva crítica.

La mayoría de las teorías del Derecho se centran en las funciones ideales (esto es, que el Derecho coordina la conducta social, que el Derecho es un sistema planificador que resuelve problemas morales, etc.), situando la dominación, si es que esta fuera mencionada, como un efecto colateral o un abuso del Derecho. La dominación, sin embargo, es un aspecto permanente del Derecho. Un académico influyente del desarrollo estatal remarcaba que «siempre se encuentra una gran injusticia en la creación de los Estados. Algunos, la minoría feliz, son ricos y poderosos y todos los demás, la gran mayoría, son pobres y débiles» (Claessen, 2002, pp. 101-104). El Derecho impone esta organización. «El Estado sirve, entonces, para mantener la posición privilegiada de la clase dirigente que está ampliamente basada en la explotación y degradación económica de las masas» (Tainter, 1988, p. 83). Hay muchos ejemplos históricos de realización jurídica de la jerarquía: el Código de Hammurabi está lleno de protecciones jurídicas de gente de estatus superior, el Derecho romano tenía a los ciudadanos varones adultos y nacidos libres en la cumbre, con todos los demás como jurídicamente inferiores; las leyes esclavistas en los Estados Unidos sojuzgaron a los esclavos y a sus descendientes como una propiedad de sus amos; muchos sistemas jurídicos pasados y presentes colocan a las esposas en posiciones de inferioridad respecto de sus maridos (Tamanaha, 2017a, pp. 93-98). El Derecho en las modernas sociedades liberales continua reflejando los intereses de las élites, no obstante por vía de la riqueza y los derechos de propiedad más que imponiendo diferentes estatus jurídicos. Holmes declaró (1873, pp. 582-583):

Cualquier organización que pueda detentar, en algún momento, el poder supremo es seguro que tiene intereses contradictorios con los de otros que se le han enfrentado fallidamente. Los intereses más poderosos deben verse reflejados más o menos en la legislación, la cual, como cualquier otro instrumento humano o animal, debe contribuir a largo plazo a la supervivencia del más apto.

La legislación «está realizada necesariamente con un propósito por el cual una organización, teniendo el poder, impone las cargas que le resultan desagradables sobre los hombros de cualquier otro» (1873, pp. 582-583).

La influencia de la riqueza sobre el Derecho es palmariamente evidente en los Estados Unidos de hoy en día donde miles de millones de dólares, enviados por las corporaciones y por particulares pudientes, fluyen hacia el sistema político con presiones de *lobby* y contribuciones a campañas que buscan legislaciones y acciones regulatorias favorables; los representantes de las corporaciones de intereses transitan hacia las posiciones superiores del gobierno y de las agencias públicas para implementar las iniciativas legislativas deseadas (Tamanaha, 2006, cap. 11). El dinero también influye en los nombramientos judiciales. En el nivel federal, la conservadora *Federalist Society*, que recientemente recibió 250 millones de dólares en apenas cuatro años de donantes anónimos, ha creado una influyente red de juristas, con puntos de vista económica y socialmente conservadores, entre quienes han sido nombrados, en un significativo número de casos, jueces de las cortes federales por parte de las administraciones republicanas, incluyendo la actual mayoría conservadora en el Tribunal Supremo (O'Harrow y Boburg, 2019). En el nivel estatal, millones de dólares son gastados actualmente en las elecciones judiciales, la mayoría de los cuales por corporaciones que buscan un tratamiento condescendiente por parte de los tribunales supremos de los Estados (Tamanaha, 2006, cap. 10).

Los pragmatistas no abordaron con amplitud el ejercicio del poder (Hildreth, 2009), aunque claramente reconocieron su importancia. Los pragmatistas, explicaba James, «se orientan hacia lo concreto y lo idóneo, hacia los hechos, hacia las acciones y hacia el poder» (1975, p. 31). Dewey, que lamentó que la industria norteamericana enfatizase los rendimientos económicos por encima de todos los demás valores (1960, pp. 282-283), alertó sobre el «genuino y extremadamente serio problema» que «afecta a la organización económica y jurídica de la sociedad, a consecuencia del cual el conocimiento que regula la actividad es, en gran medida, monopolio de unos pocos y es usado por ellos en favor de intereses privados y de clase y no para el uso general y común» (1960, p. 80).

Dewey sostuvo que «el Derecho es esencialmente una formulación del uso de la fuerza» con propósitos instrumentales (1916, p. 367) e instó al escrutinio crítico para discernir si la fuerza jurídica se aplica en el sentido de desarrollar (o dañar) los intereses sociales (1916, pp. 363-367). Fue crítico con afirmaciones del tipo «la fuerza está santificada por el mero hecho de que sea el Estado quien la usa o por el hecho de que sea ejercida en interés de la «justicia»; que es el castigo en abstracto o lo que elegantemente se denomina la «vindicación del Derecho» (1916, pp. 363-364). «Si uno se para a considerar la cuestión, habría que preguntarse si no hay algo raro en el hecho de que los hombres debieran considerar que la lealtad al “Derecho”, a los principios, a los estándares, a los ideales, sea una virtud inherente impuesta sobre ellos por exigencias de la justicia» (Dewey, 1960, p. 278).

Además de reconocer que el Derecho es una forma de poder coercitivo y que está tanto influido sustantivamente por poderosos elementos de la sociedad como que él mismo contribuye al mantenimiento de estos últimos, una teoría realista también reconoce que los ideales patrocinados por las autoridades jurídicas y por el público en general tienen un impacto central en el Derecho. Los ideales sobre el Derecho, particularmente las demandas de que el Derecho represente la justicia y el bien común, así como las ideas de libertad, igualdad, debido proceso y equidad proporcionan estándares para evaluar, criticar y reformar el Derecho. Recurrir a

ideales ayuda a generar un mejor estado de la sociedad y del Derecho<sup>18</sup>. Al enfatizar su potencial optimizador [melioristic], Dewey observaba que «el ideal se realiza a través de su propio uso como un instrumento o método de inspección, experimentación, selección y combinación de concretas operaciones naturales» (1948, p. 121). Las leyes «son medios y acciones para el bienestar humano y del progreso» (1948, p. 194).

El ideal de que el Derecho sirve al bien común, al bienestar social y a la justicia hace surgir cuestiones permanentes sobre cómo completar y evaluar el contenido y las implicaciones de los ideales, particularmente frente desacuerdos permanentes y profundos. Los pragmatistas, como se indicó al comienzo, son críticos con las declaraciones sobre lo universal, absoluto, los principios inmutables de lo correcto o de la moralidad; una negación que parece privar a la gente de estándares objetivos para evaluar y guiar al Derecho.

Un conjunto de valores derivable del pragmatismo está conectado con las normas de la investigación científica efectiva: desafiar las tesis existentes, evaluar las evidencias a favor y en contra, formular nuevas hipótesis, contestar cuestiones y considerar análisis, escuchar las críticas y tomar en consideración los puntos de vista opuestos<sup>19</sup>. El filósofo Hilary Putnam observó sobre estas normas de la investigación: «la buena ciencia requiere respeto por la autonomía, reciprocidad simétrica y discurso ético» los cuales «requieren la democratización de la investigación» (1995, pp. 220-221; también Misak, 2019). Al facilitar la adquisición de conocimiento en todos los campos de la investigación, incluyendo la ética, estos valores epistémicos se superponen con los valores morales (1995, p. 218), y pueden ser ampliados al sostenimiento de valores cercanos como la libertad de expresión (Misak, 2019, p. 205). Cuanto más lejos lo extrapole uno más allá de las normas directamente incluidas en la investigación científica, más tenue se vuelve, sin embargo, la conexión con el pragmatismo. Más al grano, estos valores epistémicos tienen un objetivo limitado que no puede producir un conjunto sustantivo de principios morales universales o una visión del bien<sup>20</sup>. Para Dewey, explica el filósofo Axel Honneth, la concepción del bien como un «fin definitivo o absoluto en la vida» en la tradición clásica «que presupone una objetiva jerarquía de valores, no es aceptable bajo las condiciones de una moralidad reflexiva por la simple razón de que los criterios con una plausibilidad a priori para evaluar las formas de vida ya no están disponibles» (1998, pp. 700-701).

Pound afirmaba que el Derecho debería encontrar un equilibrio entre los intereses sociales en conflicto «para ordenar las actividades humanas en su empeño por satisfacer sus exigencias, así como para posibilitar la satisfacción de cuantas más de ellas sea posible dentro del esquema global de exigencias y con la menor fricción y costes» (1941, p. 251; también Pound, 1943). Las imperfecciones en su propuesta son obvias. No todas las exigencias son normativamente aceptables o merecen ser satisfechas. «El hecho de que algo sea deseado solo hace surgir la *cuestión* de su deseabilidad; no la resuelve», remarcó Dewey (1960, p. 260), y no hay una vía evidente para cuantificar o atribuir pesos relativos a las exigencias o intereses por lo que no está claro cómo hacer compensaciones entre las exigencias en conflicto a los efectos de agregar la máxima satisfacción. Estas insuficiencias, nuevamente, indican la necesidad de un requerimiento de estándares sustantivos.

<sup>18</sup> Sobre el potencial transformador de los ideales, véase Dewey (1948, pp. 120-121).

<sup>19</sup> Estos valores están implicados en la investigación científica lo que no significa que están siempre reflejados en las prácticas científicas reales.

<sup>20</sup> Sobre la ausencia de principios morales universales en el pensamiento de Dewey, véase Eldrige (2013).

Los pragmatistas respondían a estas necesidades aparentes con un método y un proceso: «el instrumentalismo experimental» (Bernstein, 2010, p. 8). Dewey propone un reformismo inteligente, experimental, gradual en la creencia de que tenemos la capacidad de evaluar si los resultados son socialmente deseables a pesar de que haya un inevitable desacuerdo. Las acciones reformistas –tanto para reformar el derecho como para usar el Derecho para reformar la sociedad– deben estar basadas sobre debates serios con fundamento empírico sobre las condiciones sociales y jurídicas existentes, los fines sociales deseados y las probables consecuencias de diversas propuestas de cursos de acción. Comprometerse en reformas y, por tanto, observar sus consecuencias proporciona concreta información adicional que ayuda a evaluar su deseabilidad: ¿hay una reducción (o ampliación) en la extensión del sufrimiento humano? ¿ha mejorado la gente y, en su caso, en qué específicos sentidos? ¿Nos satisfacen los resultados tomando en consideración todos los factores? Y así sucesivamente. Siempre está disponible un rico conjunto de existentes y propuestos estándares valorativos a los que la gente eche mano para estas discusiones. Esto incluye un proceso continuo de investigación inteligente, acciones instrumentales para conseguir propósitos, atención a las consecuencias, evaluación de los resultados, medios e ideales, ajustes entre acciones y propósitos y vuelta a hacerlo. «Los fines se amplían, los estándares de juicio se mejoran», escribió Dewey. «El hombre está tanto bajo la obligación de desarrollar sus más avanzados estándares e ideales como de usar conscientemente aquellos que ya posee» (1948, p. 490). Las inmensas complejidades relativas a la interconectividad social, la opaca causalidad múltiple, la contingencia y la arbitrariedad, los límites en la información, entre otras incógnitas, en lo más alto de los desacuerdos genuinos sobre la justicia y el bien común conllevan que las incertidumbres no pueden ser eliminadas. Debemos hacer un esfuerzo de buena fe para hacer lo correcto y seguir adelante. Cuando evaluamos el Derecho, «el estándar se encuentra en las consecuencias; en función de lo que ocurre en la sociedad» (1948, p. 84).

Un ejemplo reciente de este proceso es la Ley de Atención Sanitaria Asequible [*Obamacare*], a la que se opuso vehementemente el Partido Republicano por ser innecesaria, demasiado costosa y eliminar la elección individual, entre otras objeciones. Los estudios sobre las consecuencias de la Ley han mostrado que la ratio de gente no asegurada descendió a los niveles más bajos de la historia, ha mejorado el tratamiento sanitario, se han reducido las dificultades para el abono de las facturas médicas y el incremento *per capita* anual en costes médicos es más bajo de lo que era antes de que la Ley fuera aprobada<sup>21</sup>. Algunas previsiones han demostrado ser tan populares entre el público –particularmente la prohibición de denegación de cobertura o del incremento de prima sobre las condiciones pre-existentes– que los republicanos prometieron preservarlas aun cuando pretenden revocar la Ley en pos de sustituirla por un sistema mejor<sup>22</sup>. La política sin duda seguirá de un lado para otro. Dewey comprendió que el conflicto es inevitable y que éste no es *naïve* e influye en los fracasos de la democracia. «El punto central es cómo uno *responde* al conflicto y esto requiere imaginación, inteligencia y resolución para solucionar problemas concretos» (Bernstein, 2010, p. 84).

El instrumentalismo experimental es superior a la rígida adhesión a principios o fines fijos que no se acomodan fácilmente a las variaciones y a los cambios de circunstancias sobrevenidas y la fundamentación, contenido, interpretación y aplicación de los presuntos principios del Derecho natural, la justicia y el bien común, está, de cualquier manera, en incesante disputa. La crítica de que el pragmatismo

<sup>21</sup> Para un resumen, véase Aron-Dine (2019).

<sup>22</sup> Hasta ahora, las propuestas legislativas de los Republicanos en el Congreso no han estado a la altura de esas promesas, vid. Pear (2019).

desactiva la autoridad moral a causa de la eliminación de los valores objetivos es errónea. Que no rijan esos atemporales y universales absolutos no se debe al pragmatismo sino a las limitaciones y finitud de nuestra existencia, a la ausencia de un punto de apoyo arquimédico. El pragmatismo simplemente reconoce esto y procede con el discurso moral como se dijo antes: esquiva el quimérico recurso a inexistentes proposiciones universales. Más que comprometerse en debates ya superados sobre qué principios (o las proposiciones auto-evidentes, etc.) son los objetivamente correctos, el pragmatismo se centra directamente en la discusión sobre la deseabilidad de unos ideales dados y de sus reales consecuencias sociales.

Dewey, un humanista comprometido, ofrece un fin sustantivo que creía podría hacer mejorar a la gente y a la sociedad: «el “significado” y el “propósito”» para toda institución social, incluyendo el Derecho, «es emancipar y desarrollar las capacidades de los individuos sin importar la raza, el sexo, la clase o el estatus económico» (1948, p. 186). Este es el compromiso personal de Dewey (asumido por otros muchos en las sociedades liberales) consistente con los valores epistémicos enfatizados por el pragmatismo aunque no estrictamente derivado de ellos<sup>23</sup>. Sin embargo, este no es un atemporal valor universal que los pragmatistas sostienen que no existe. Contra el supremacismo blanco, Dewey no puede invocar un Derecho natural a la igualdad humana o un principio universal de respeto para todos los seres humanos<sup>24</sup>. En cambio, sustentado en datos empíricos de apoyo y en argumentos morales, él puede argüir que los blancos no son de hecho superiores, que el racismo es irracional, que uno debiera respetar a las otras razas tanto como a la propia, que el racismo infringe injustificado dolor en los demás y es socialmente nocivo, y así en adelante, comprometiéndose en un debate con el supremacista blanco con la esperanza de encontrar una base común a partir de la cual convencerle de su error.

Una teoría realista del Derecho no incorpora ninguna visión particular del bien o un conjunto de principios morales. En una teoría realista, los valores entran en juego a través de cuatro vías. Primera, adopta los valores epistémicos patrocinados por el pragmatismo para alcanzar verdades –investigación colectiva, apertura a la crítica y a los puntos de vista alternativos, escrutinio de las evidencias en apoyo y en contra, experimentación y atención a las consecuencias, etc. Segunda, ya que los valores (como el poder) son centrales en la sociedad y en el Derecho, los teóricos deben atender a las influencias naturalistas de los valores, los diferentes usos de los valores y las consecuencias de los valores (y del poder) como una cuestión descriptiva o positiva, observando los hechos de las cuestiones sobre valores. Tercera, los teóricos, científicos sociales y todo aquel que utilice la teoría estarán orientados por compromisos normativos sobre qué problemas investigar y qué soluciones podrían ser deseables, ya que los valores afectan la aplicación de la teoría y sus resultados tienen implicaciones valorativas. Finalmente, el punto de vista pragmático de que las teorías deberían ser elaboradas en el sentido de capacitar a la gente para afrontar los problemas existentes es, ella misma, una orientación valorativa adoptada por la teoría realista. Una teoría realista del Derecho enfrenta esto mediante la mejora de la comprensión de lo que el Derecho es y lo que hace.

<sup>23</sup> Este fin es básicamente el mismo que Honneth identifica como la posición de Dewey desde el comienzo de su carrera filosófica, antes de su conversión al pragmatismo, observando: «la teoría moral en su conjunto como una ética de la auto-realización» (1998, p. 692). Además de hablar más tarde de «crecimiento» como un fin, el mayor cambio en el pensamiento de Dewey estaba conectado con la auto-realización para avanzar al bienestar de la comunidad (1998, p. 694).

<sup>24</sup> Honneth afirma: «en el trabajo de Dewey no hay referencia a un principio que podría justificar por qué estamos obligados moralmente respecto todos los seres humanos» (1998, p. 703).

## 8. Conclusión

El Derecho implica una interacción entre las necesidades naturales y las tendencias humanas de vivir en grupos sociales; un complejo de instituciones en desarrollo históricamente enraizadas y contingentes; la influencia de los interconectados factores sociales, económicos, políticos, ecológicos y tecnológicos; permanentes luchas entre intereses sociales en conflicto sometidos al poder y a los ideales, asimilados en el conocimiento jurídico, las instituciones y las prácticas y expresados en instituciones que crean, aplican y hacen cumplir el Derecho en el amplio campo social de los actores implicados en acciones significativas en busca de sus propios proyectos (incluyendo el recurso a otras formas de coexistencia del Derecho cuando proceda), resultando en consecuencias intencionadas e inintencionadas cuya totalidad es generalmente estable mientras que experimentan un cambio continuo. Eso es lo que sigue de observar lo que hace el Derecho, lo que la gente hace con el Derecho, cómo la gente piensa sobre y actúa en relación con el Derecho y cuáles son las consecuencias del Derecho. He propuesto múltiples ejemplos de cómo esta perspectiva teórica genera conocimientos sobre el Derecho contrarios o ignorados por la contemporánea filosofía analítica del Derecho que se caracteriza por su reduccionismo y escasa atención a los factores naturales y a la historia o al contexto social. El espacio del Derecho se ve mucho más rico y más complejo a través de las lentes de una teoría realista, que puede ayudar a capacitar a teóricos y a juristas a tratar de resolver los exigentes problemas de la actualidad.

Las características subrayadas en este artículo se articulan con el marco teórico de comprender al Derecho dentro de la sociedad. Naturalismo, historicismo, holismo y constructivismo social son aspectos de una ontología social del Derecho. El naturalismo presta atención a las vías en que las características naturales de los humanos y las exigencias sociales influyen y se desarrollan en el Derecho; el historicismo reconoce que el Derecho es una herencia de largo recorrido que estructura el presente mientras que cambia con el tiempo; el holismo enfatiza que el Derecho está interconectado con la totalidad social, conformado por y constituyendo aspectos de un entorno social, cultural, económico, político, tecnológico y ecológico más amplio; el constructivismo social es una perspectiva a nivel de base que presta atención a cómo las autoridades jurídicas y la gente comprende y da lugar al Derecho y actúa en relación con el Derecho. La primera examina las influencias naturalistas fundamentales y los imperativos sociales que fluyen a través del Derecho; la segunda y la tercera examinan el Derecho conforme avanza el tiempo en la sociedad; la cuarta es una perspectiva cercana al Derecho en acción. Lo que les convierte en aspectos de la ontología social es que cada una de ellas es una condición de la existencia del Derecho como una institución social y, más en general, de todas las instituciones sociales. Entender las implicaciones de las cuatro para el Derecho en sociedad requiere metodológicamente aportaciones que cruzan las ciencias empíricas.

Instrumentalismo, poder e ideales no son aspectos de la ontología social del Derecho en el mismo sentido de los anteriores cuatro aspectos. El poder y los ideales han sido largamente centrales para muchas formas del Derecho, mientras que el instrumentalismo jurídico deviene crecientemente crucial en las dos últimas centurias. Los estudios científicos apuntan a esos factores como específicamente centrales para el Derecho en la sociedad. Esto no es una exclusiva o exhaustiva lista de aquello sobre lo que una teoría realista debe focalizarse. Más bien, ellas han sido identificadas como características de una teoría realista por su importancia para el Derecho y cada una tiene particular prominencia para los tipos de preocupaciones y temas que ocupan la atención de los teóricos contemporáneos, científicos sociales, agentes gubernamentales, reformadores sociales y demás interesados en el Derecho.

Observar esas características ayuda a captar los temas que preocupan a mucha gente en relación con el Derecho.

El pragmatismo nos dice que las teorías proporcionan vías de comprensión y enmarcan los temas existentes para obtener conocimiento y hacer avanzar nuestros propósitos. Una teoría es válida si prueba su fertilidad al ser aplicada, aunque ninguna teoría lo capte todo y las teorías alternativas que obtienen diferentes comprensiones, hechos e implicaciones normativas son siempre posibles. Las características de una teoría realista del Derecho descritas en este artículo son coherentes porque, en su conjunto, sirven para la temática del Derecho en sociedad y el encuadramiento que generan *funciona*, esto es, nos ayuda a comprender al Derecho, criticar el Derecho y utilizar el Derecho para nuestros propósitos.

## Bibliografía

- Aquinas, Th. (1987 [1273]). *Treatise on Law*. Washington, United Sates: Regnery Gateway.
- Aron-Dine, A. (2019). The Impact of the Administration's Policies Affecting the Affordable Care Act. Declaración ante el Congreso, 6 de febrero. *Center on Budget and Policy Priorities*. Recuperado de <https://www.cbpp.org/health/impact-of-the-administrations-policies-affecting-the-affordable-care-act> (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Bernstein, R.J. (2010). *The Pragmatic Turn*. Cambridge, EE.UU: Polity Books.
- Bix, B. (2015). *Jurisprudence. Theory and Context* (7ª ed). North Carolina, EE.UU: Carolina Academic Press.
- Brown, D.E. (1991). *Human Universals*. New York, EE.UU: McGraw Hill.
- Carneiro, R.L. (1981). The Chifdom: Precursor of the State. En G.D. Jones y R.R. Kautz, (Eds.), *The Transition to Statehood in the New World* (pp. 37-79). Cambridge, EE.UU: Cambridge University Press.
- Chirayath, L., Sage, C. y Woolcock, M. (2005). *Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Legal Systems*. Washington, EE.UU: World Bank.
- Claessen, H.J.M. (2002). Was the State Inevitable? *Social Evolution & History*, 1, pp. 101-117.
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, 4, pp. 381-425.
- Coyle, S. (2013). Legality and the Liberal Order. *Modern Law Review*, 76, pp. 401-418.
- Dewey, J. (1914). Nature and Reason in Law. *International Journal of Ethics*, 25, pp. 25-32.
- Dewey, J. (1916). Force and Coercion. *International Journal of Ethics*, 26, pp. 359-367.
- Dewey, J. (1924). Logical Method and Law. *Cornell Law Quarterly*, 10, pp. 17-27.
- Dewey, J. (1926). The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Journal*, 35, pp. 655-673.
- Dewey, J. (1941). My Philosophy of Law. En Julius Rosenthal Foundation (ed.). *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars* (pp. 73-85). Boston, EE.UU: Boston Law Book.
- Dewey, J. (1948). *Reconstruction in Philosophy* (2ª ed.). Boston, EE.UU: Beacon Press.
- Dewey, J. (1960 [1929]). *The Quest for Certainty*. New York, EE.UU: Capricorn Books.
- Dewey, J. (1963 [1931]). *Philosophy and Civilization*. New York, EE.UU: Capricorn Books.

- Dewey, J. (1982). The Development of American Pragmatism. En H.S. Thayer, (Ed.). *Pragmatism: The Classic Writings* (pp. 23-43). Massachusetts, EE.UU: Hackett Publishing Co.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, UK: Hart Publishing Company.
- Ehrenberg, K.N. (2016). *The Functions of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Eldridge, M. (2013). Dewey, John. En *International Encyclopedia of Ethics*, Wiley Online Library. Oxford, UK: Blackwell Publishing.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Finnis, J. (1993). Law, Morality and Sexual Orientation. *Notre Dame Law Review*, 69, pp. 1049-1076.
- Flannery, K. y Marcus, J. (2012). *The Creation of Inequality: How our Prehistoric Ancestor set the Stage for Monarchy, Slavery, and Empire*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Green, L. (2013). The Morality in Law. En L. Duarte D'Almeida, J. Edwards y A. Dolcetti, (Eds.). *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Oxford, UK: Hart Publishing Company.
- Green, L. (2016). The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power. *Ratio Juris*, 29, pp. 164-181.
- Haack, S. (2005). On Legal Pragmatism: Where Does "The Path of the Law" Lead Us? *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.
- Haack, S. (2006). Introduction: Old and New. En S. Haack, *Pragmatism Old and New: Selectec Writings*. Nueva York, EE.UU: Prometheus Books.
- Haack, S. (2018). The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theory. *Washington University Law Review*, 95, pp. 1049-1082.
- Haidt, J. (2007). The New Synthesis in Moral Psychology. *Science*, 316, pp. 998-1002.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Herzog, L. (2014). Adam Smith's Account of Justice between Naturalness and Historicity. *Journal of the History of Philosophy*, 52, pp. 703-726.
- Herzog, T. (2018). *A Short History of European Law*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Hildreth, R.W. (2009). Reconstructing Dewey on Power. *Political Theory*, 37, pp. 780-807.
- Holmes, O.W. (1873). The Gas Stoker's Strike. *American Law Review*, 7, pp. 582-584.
- Holmes, O.W. (2005 [1881]). *The Common Law*. New Jersey, EE.UU: Transaction Publishers.
- Honneth, A. (1998). Between Proceduralism and Teleology: An Unresolved Conflict in Dewey's Moral Theory. *Transactions of the Charles Peirce Society*, 34, pp. 689-711.
- Ihering, R. von. (1915 [1879]). *The Struggle for Law*, trad. John J. Lalor. Chicago, EE.UU: Callaghan and Co.
- James, W. (1975). *Pragmatism and the Meaning of Truth*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- James, W. (1996). *A Pluralistic Universe*. Nebraska, United Sates: University of Nebraska Press.
- Krygier, M. (1986). Law as Tradition. *Law and Philosophy*, 5, pp. 237-262.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Mead, G.H. (1915). Natural Rights and the Theory of the Political Institution. *Journal of Philosophy*, 12, pp. 141-155.
- Mead, G.H. (1918). The Psychology of Punitive Justice. *American Journal of Sociology*, 23, pp. 577-602.
- Mead, G.H. (1938). *The Philosophy of the Act*. Chicago, EE.UU: Chicago University Press.
- Mead, G.H. (1962). *Mind, Self, and Society*. Chicago, EE.UU: University of Chicago

Press.

- Mikhail, J. (2007). Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future. *Trends in Cognitive Science*, 11, pp. 143-152.
- Miller, S. (2019). Social Institutions. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions/> (consultado el 4 de septiembre de 2020).
- Misak, C. (2019). Dewey on the Authority and Legitimacy of Law. En S. Fesmire (ed.), *The Oxford Handbook of Dewey*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- O'Harrow, R. y Boburg, S. (21 mayo, 2019). A Conservative Activist's Behind the Scenes Campaigning to Remake the Nation's Courts. *Washington Post*. Recuperado de [https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/investigations/leonard-leo-federalists-society-courts/?utm\\_term=.c0de0e609cfc](https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/investigations/leonard-leo-federalists-society-courts/?utm_term=.c0de0e609cfc) (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Pear, R. (20 abril, 2019). Republicans Offer Health Care Bills to Protect Patients (and Themselves). *New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2019/04/20/us/politics/pre-existing-conditions-trump-administration.html> (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Peirce, C.H. (1982). Definition and Description of Pragmatism. En H.S. Thayer, (Ed.), *Pragmatism: The Classic Writings* (pp. 48-61). Massachusetts, EE.UU: Hackett Publishing Co.
- Pound, R. (1907). The Need of a Sociological Jurisprudence. *A.B.A. Annual Reports*, 30, pp. 911-925.
- Pound, R. (1941). My Philosophy of Law. En Julius Rosenthal Foundation (ed.). *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars* (pp. 249-262). Boston, EE.UU: Boston Law Book.
- Pound, R. (1943). A Survey of Social Interest. *Harvard Law Review*, 57, pp. 1-39.
- Putnam, H. (1995). Pragmatism and Moral Objectivity. En M. Nussbaum y J. Glover, (eds.), *Women, Cultural, and Development: A Study of Human Capabilities* (pp. 199-224). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Putnam, H. y Putnam, R.A. (2017), *Pragmatism as a Way of Life: The Lasting Legacy of William James and John Dewey*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Ritchie, J. (2008). *Understanding Naturalism*. London, UK: Acumen Publishing.
- Rorty, R. (1979). *Philosophy and the Mirror of Nature*. New Jersey, EE.UU: Princeton University Press.
- Sapolsky, R.M. (2017). *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*. London, UK: Penguin Press.
- Schuppe, J. (27 abril, 2019). Blame My Brain: A Killer's Bold Defense Gets a Court Hearing. NBC News. Recuperado de <https://www.nbcnews.com/news/us-news/blame-my-brain-killer-s-bold-defense-gets-court-hearing-n998676>. (Consultado el 3 de septiembre de 2020).
- Searle, J.R. (1995). *The Construction for Social Reality*. New York, EE.UU: Free Press.
- Searle, J.R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Smith, A. (1986). *The Essential Adam Smith*. R.L. Heilbroner (ed.). New York, EE.UU: W.W. Norton & Co.
- Stein, G.J. (1998). Heterogeneity, Power, and Political Economy: Some Current Research Issues in the Archaeology of Old World Complex Societies. *Journal of Archaeological Research*, 6, pp. 1-44.
- Tainter, J.A. (1988). *The Collapse of Complex Societies*. New York, EE.UU: Cambridge

- University Press.
- Tamanaha B.Z. (1997). *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Tamanaha, B.Z. (2006). *Law as a Means to an End: Threat to de Rule of Law*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2008). Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, 30, pp. 375-411.
- Tamanaha, B.Z. (2017a). *A Realistic Theory of Law*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2017b). Necessary and Universal Truths about Law. *Ratio Juris*, 30, pp. 3-24.
- Tamanaha, B.Z. (2018). Law's Evolving Emergent Phenomena: From Rules of Social Intercourse to Rule of Law Society. *Washington University Law Review*, 95, pp. 1149-1186.
- Tamanaha, B.Z. (2020). Sociological Jurisprudence Past and Present. *Law and Social Inquiry*, 45, pp. 493-520.
- Van Rooij, B. (2021, próximamente). Do People Know the Law? Empirical Evidence about Legal Knowledge and its Implications for Compliance. En B. Van Rooij y D.D. Sokol (eds.). *Cambridge Handbook of Compliance*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Wiener, P.P. (1965). *Evolution and the Founders of Pragmatism*. New York, EE.UU: Harper & Row.
- Wilson, E. (2012). *The Social Conquest of Earth*. New York, EE.UU: Liveright Publishing.

# Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos\*

## Exclusivity and comprehensiveness of Law. Some reflections on the open nature of legal systems

Pablo E. Navarro  
 CONICET, Argentina  
 Universidad de Girona  
[pabnav@hotmail.com](mailto:pabnav@hotmail.com)

### Cita recomendada:

Navarro, P.E. (2020). Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 42-63.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5702>

Recibido / received: 14/04/2020  
 Aceptado / accepted: 08/07/2020

### Resumen

En este trabajo se analiza el posible significado y plausibilidad de dos conocidas tesis de la teoría jurídica: la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Conforme a la primera, las normas positivas agotan el contenido del derecho, mientras que la segunda expresa que los ordenamientos jurídicos siempre suministran una respuesta apta para justificar una decisión judicial. El marco teórico escogido es el enfoque del positivismo jurídico contemporáneo y, se muestra que, en gran medida, el alcance de las tesis acerca de la exclusividad y la exhaustividad depende de una distinción entre el «sistema global», que es el conjunto de normas válidas en un

\* Una versión preliminar de este trabajo fue discutida el martes 5 de Mayo en un seminario virtual organizado por Jordi Ferrer en la Cátedra de Cultura jurídica de Girona y el 18 de Mayo de 2020 en un seminario por internet, organizado por el Prof. José María Sauca, de la Universidad Carlos III. Agradezco a los comentarios de los participantes de estos eventos. También agradezco a Eugenio Bulygin, Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Pablo Rapetti, José María Sauca, Jordi Ferrer y Renzo Cavani por sus valiosos comentarios. Finalmente, agradezco sus observaciones a dos evaluadores anónimos de *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*.

cierto momento T (i.e., el momento de la decisión judicial que resuelve una controversia) y el sistema de normas aplicables. A su vez, esa distinción permite analizar la naturaleza abierta de los sistemas globales desde cuatro puntos de vista diferentes: regulativo, lógico, normativo e interpretativo. Finalmente, se exploran las consecuencias de estas distinciones para el problema de la discrecionalidad judicial.

### Palabras clave

Lagunas del derecho, discreción judicial, sistema jurídico, validez normativa, aplicabilidad.

### Abstract

*This paper analyzes the possible meaning and plausibility of two well-known theses: exclusivity and comprehensiveness of law. According to the first, the positive norms exhaust the content of the law, while the second expresses that legal systems always provide an answer to justify a judicial decision. The theoretical framework chosen is the approach of contemporary legal positivism and, it is shown that, to a large extent, a positivistic interpretation of both above-mentioned theses depends on a distinction between the «global system», which is the set of norms valid at a certain moment T (i.e., the moment of the judicial decision that resolves a dispute) and the system of applicable norms. In turn, this distinction allows us to analyze the open nature of global systems from four different points of view: regulatory, logical, normative and interpretative. Finally, the consequences of these distinctions for the problem of judicial discretion are explored.*

### Keywords

*Legal gaps, judicial discretion, legal system, normative validity, applicability.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La estructura del sistema jurídico. 3. La clausura regulativa del sistema global. 4. El sistema jurídico aplicable. 5. Relaciones entre sistemas abiertos y cerrados. 6. Sistemas interpretativamente abiertos. 7. La creación judicial de derecho. 7.1. Creación de derecho y fuerza concluyente de las calificaciones. 7.2. Razones subyacentes e identificación del derecho. 8. La exhaustividad del derecho. 9. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. Introducción

Una parte importante de las contribuciones de la filosofía del derecho contemporánea suministra estrategias para dar cuenta de dos conocidas ideas: la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Intuitivamente, ambas nociones pueden ser presentadas en las siguientes tesis:

- Tesis de la exclusividad»: todo derecho es solo derecho positivo.
- Tesis de la exhaustividad»: toda conducta está jurídicamente regulada

De acuerdo con la primera tesis, las normas jurídicas positivas agotan el contenido del derecho, mientras que la segunda implica que cualquier controversia puede decidirse justificadamente mediante la aplicación del derecho. En los sistemas jurídicos modernos, ambas tesis se manifiestan de diferente manera. Por ejemplo, en su artículo 22, el antiguo Código Civil Argentino señalaba que «lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil». En otras palabras, el derecho (civil argentino) se agotaría en

aquello que el Código Civil de Argentina prescribiese expresa o implícitamente. De igual modo, normalmente, los jueces están obligados –por normas positivas expresamente formuladas– a decidir todas las controversias en el ámbito de su competencia y a justificar sus decisiones en normas generales jurídicamente válidas. Estos requisitos asumen que el derecho regula exhaustivamente cualquier controversia y que los jueces deben usar exclusivamente el derecho como fundamento de sus decisiones (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 236-237).

En última instancia, una explicación de la exclusividad y exhaustividad del derecho tiene que servir para comprender mejor los posibles fundamentos de esas intuiciones y responder a interrogantes como los siguientes: ¿Son compatibles las tesis de la exclusividad y de la exhaustividad del derecho, o bien, por el contrario, ellas introducen exigencias teóricas antinómicas? ¿Qué deben hacer los jueces en casos regulados por el derecho y qué margen de discrecionalidad tienen cuando las normas positivas establecen soluciones moralmente inaceptables? ¿De qué manera la explicación de la exclusividad y la exhaustividad influye sobre la reconstrucción sistemática del derecho? ¿En qué sentido el derecho puede ser un sistema normativo cerrado? ¿Qué conexión existe entre el binomio «exclusividad-exhaustividad» y el problema de las lagunas normativas, los casos irrelevantes, la discrecionalidad y la creación judicial de normas jurídicas?

Mi principal objeto de atención es el modo en que el positivismo jurídico da cuenta de la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Tal vez, el intento más reconocido de reconciliar ambas tesis en el marco del enfoque positivista es la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen. A lo largo de su obra, Kelsen sostuvo que no hay otro derecho que el derecho positivo. También subrayó que el derecho regula la conducta humana de manera positiva o negativa. En su opinión, una conducta está positivamente regulada cuando es calificada deónticamente (como obligatoria, prohibida o permitida) por una norma jurídica, pero está sólo negativamente regulada cuando «esa conducta no está prohibida por el orden sin estar positivamente permitida por una norma...» (Kelsen, 1979, p. 29). Por esa razón, Kelsen niega que existan genuinas lagunas normativas y sostiene que los jueces siempre pueden aplicar el derecho positivo en la solución de cualquier controversia. De esa manera, él rechaza la discrecionalidad judicial como mecanismo para resolver casos que el derecho ha dejado sin regular y, por el contrario, reconoce esa discreción como capacidad para (i) determinar el contenido de una norma individual en la aplicación del derecho y (ii) cambiar el derecho, en aquellos casos que el ordenamiento jurídico les reconozca la facultad de adaptar el derecho a ciertas exigencias de justicia.

Sin duda, es fácil encontrar a lo largo de la obra de Kelsen diversos argumentos que él invoca para sostener la exclusividad del derecho positivo y rechazar al derecho natural. Esos argumentos hunden sus raíces tanto en su peculiar concepción de la moral como también en la profunda distinción entre naturaleza y sociedad y, finalmente, en su manera de entender las características básicas de una genuina ciencia del derecho (i.e., su «pureza»). Más complicado es encontrar en la *Teoría pura* una explicación para el hecho de que Kelsen haya sostenido durante casi medio siglo la tesis de la exhaustividad. Para Kelsen, la completitud de los sistemas jurídicos no es un mero ideal racional; algo a lo que cualquier orden normativo positivo debería aspirar. Más bien, su tesis es que, por su propia naturaleza, los sistemas jurídicos carecen de lagunas y, por tanto, los jueces siempre pueden resolver de manera justificada cualquier controversia. Pero, Kelsen no introduce la tesis de la completitud mediante un minucioso examen histórico o sociológico de la mayoría de los sistemas jurídicos o de una muestra significativa de ellos, sino que esa tesis es una consecuencia de cómo él entiende que (i) el derecho regula la conducta y que (ii) existan instituciones específicas encargadas de crear y aplicar el derecho. Este

análisis conceptual conduce a Kelsen a la tesis de la exhaustividad. En otras palabras, la tesis de la exhaustividad no es en el enfoque de Kelsen una generalización empírica ni una exigencia ideal. Más bien, parece un *Weltanschauung* similar al que podría utilizar un científico de la naturaleza para defender la exhaustividad de la causalidad como nexo entre los fenómenos empíricos.

En la actualidad, pocos teóricos del derecho defienden esa reconstrucción kelseniana de las tesis de la exclusividad y la exhaustividad, pero la mayoría de los autores positivista, en mayor o menor medida, se han inspirado en ella y sus ideas son constantemente reexaminadas en busca de mejores fundamentos. Por esa razón a lo largo de este trabajo, revisaré otras propuestas contemporáneas de indudable reconocimiento y prestigio (e.g., las teorías de Raz, Alchourrón y Bulygin, Bayón, etc.). Sin embargo, dado que no es posible analizar todas las alternativas relevantes en el abanico de doctrinas positivistas, la selección de los autores no pretende abrir juicio sobre los méritos o defectos de otros enfoques alternativos que no son considerados.

## 2. La estructura del sistema jurídico

En el marco del positivismo jurídico, las normas jurídicas agotan el derecho positivo. La separación entre esas normas y otras pautas socialmente relevantes (e.g., la moral) exige utilizar una herramienta conceptual idónea para trazar la distinción en el heterogéneo campo de fenómenos normativos. Esa es, precisamente, una de las principales funciones que desempeña la reconstrucción sistemática del derecho (Véase, por ejemplo, Kelsen, 2006, p. 3 y Hart, 1994, p. 95). Cuando esa reconstrucción se emprende en el marco de la justificación de una decisión institucional (e.g. una sentencia judicial), el conjunto normativo sistemáticamente estructurado siempre conlleva una referencia temporal, aunque muchas veces ella se omite de formularse expresamente. En otras palabras, el análisis positivista se refiere a los sistemas momentáneos, es decir, la totalidad de las normas positivas jurídicamente válidas de una comunidad política en un cierto momento T (Raz, 1970, pp. 34-35), e.g., el momento en el que un juez tiene que justificar una determinada decisión.

Dado que los sistemas momentáneos contienen a todas las normas válidas en un cierto momento T, denominaré a ese conjunto momentáneo como «sistema global». Este concepto sirve para comprender que, en general, el conocimiento jurídico, como aptitud para determinar qué es jurídicamente obligatorio o permitido se refiere a un fragmento de la historia normativa de la comunidad, y suministra un mecanismo para identificar a las normas jurídicas en el momento en el que surge la necesidad de separar al derecho de esa comunidad de otros ordenamientos sociales.

Un sistema global contiene «normas». Las normas son prescripciones que regulan la conducta, imponiendo obligaciones o autorizando comportamientos. Cualquier función social que el derecho desempeñe es posible sólo porque previamente cumple esa función normativa. Sin embargo, aunque las «fuentes» del sistema global generan numerosos elementos o «disposiciones», que no prescriben conductas (i.e., no son normas), ellas están internamente conectadas con otras disposiciones que guían el comportamiento. Esas conexiones determinan la estructura del sistema. En este sentido, una disposición D1 está internamente conectada a otra disposición D2 cuando D1 se refiere al significado, existencia o aplicación de D2 (Raz, 1970, p. 24). Por ejemplo, el art 1. del Código Civil Argentino señala que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio argentino. El art. 1 no obliga ni permite acción alguna (i.e., no es una norma), pero sirve para delimitar el alcance de otras disposiciones del sistema momentáneo. Esta trama interna determina la estructura «operativa» de un sistema momentáneo, que sirve de

marco para las relaciones regulativas y punitivas que caracterizan al derecho (Raz, 1970, pp. 183-184). En adelante, y por motivos de simplicidad, el análisis se centrará en las «normas» de los sistemas jurídicos.

Es un lugar común señalar que las normas «generales» son uno de los elementos principales del derecho de cualquier comunidad (Hart, 1994, p. 124). Por su propia naturaleza, estas normas no se refieren expresamente a las situaciones particulares. Más bien, la solución de los casos individuales se produce por intermediación de las consecuencias lógicas que se derivan de esas normas generales, en conjunción con hechos que determinan ciertas consecuencias jurídicas. Así, en la justificación de su decisión, los jueces hacen explícito («descubren») el contenido implícito de las normas generales mediante el despliegue de sus consecuencias lógicas para el caso particular. En este sentido, los jueces no crean nuevo derecho cuando simplemente «aplican» las normas generales a los casos individuales.

Esta visión de la conexión entre normas generales, casos individuales y justificación de las decisiones judiciales hunde sus raíces en una idea más ambiciosa: el derecho –globalmente considerado (i.e., el sistema global)– contiene todas sus consecuencias lógicas. Ello significa caracterizar a los sistemas normativos como sistemas deductivos, i.e., como un conjunto normativo que comprende todas sus consecuencias lógicas. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin puede señalarse que un ordenamiento jurídico es el conjunto formado por todos los enunciados válidos conforme a un criterio de identificación, que se aplica en un determinado momento T. Según Alchourrón y Bulygin, «cuando los filósofos del derecho hablan de sistemas jurídicos casi siempre utilizan esta expresión en el sentido de “ordenamiento”, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación» (1974, p. 121).

Este es un concepto similar al de sistema momentáneo global, pero –a diferencia de Raz, que caracteriza la estructura del sistema momentáneo a partir de una telaraña de relaciones operativas– este conjunto postulado por Alchourrón y Bulygin asume que el sistema tiene una estructura deductiva, es decir: es un conjunto clausurado o cerrado bajo la noción de consecuencia lógica. En otras palabras, en esta concepción se asume la validez de todas las normas lógicamente derivadas de otras normas válidas. Por el contrario, un sistema global que no admita una clausura deductiva es un sistema lógicamente abierto. En este caso, las relaciones internas entre normas no son relaciones de consecuencia lógica sino de otra naturaleza (e.g., genéticas, operativas, etc.).

Los sistemas normativos cerrados por la noción de consecuencia lógica son sistemas «normales» (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 143). La relevancia de este tipo de sistemas se aprecia fácilmente en el siguiente ejemplo: no hay dudas de que, en Argentina, el presidente de la república debe residir en la Ciudad de Buenos Aires, aunque ninguna norma imponga explícitamente esa obligación. Más bien, esa obligación surge de una norma derivada, que se obtiene como consecuencia lógica de otras dos disposiciones: por una parte, una norma constitucional que impone a los miembros del gobierno federal la obligación de residir en la Capital Federal y una ley del parlamento que establece que la Ciudad de Buenos Aires es la Capital Federal. Este es un ejemplo de una idea general ya que no pretende poner de manifiesto una particularidad del derecho constitucional argentino, sino que señala un rasgo central de nuestra práctica jurídica: aquello que se sigue lógicamente de las decisiones de la autoridad también cuentan como una solución y no pueden dejarse de lado sin un argumento jurídico de mayor peso.

Aunque los conceptos de sistema global y sistemas deductivos son instrumentos útiles para el conocimiento del derecho, ambos cumplen diferentes funciones analíticas y su compatibilidad no puede asumirse sin argumentos adicionales. El concepto de sistema global sirve para abordar la unidad del derecho, la conexión entre derecho y autoridades y, finalmente, la separación entre derecho y moral. Sin embargo, esos problemas son, en gran medida, irrelevantes en la reconstrucción de los sistemas deductivos. Más bien, la reconstrucción deductiva de los sistemas normativos pone de manifiesto el «alcance» del derecho. Mientras que el primer concepto (sistema global) es el utilizado normalmente en filosofía jurídica al analizar los diferentes aspectos de la «naturaleza» del derecho (e.g., la unidad del derecho), el segundo concepto es más usual en el ámbito de la dogmática jurídica, al exponer el «contenido» del derecho. En principio, esta diferencia de objetivos y áreas de análisis aseguraría un espacio propio para cada una de estas nociones de sistema en nuestras redes conceptuales.

Sin embargo, existe una cierta tensión entre la incorporación de normas derivadas y el papel de la autoridad. El sistema global sirve para comprender por qué la verdad de una proposición jurídica no puede desvincularse de las normas que ha formulado expresamente la autoridad jurídica (es decir, nos muestra en qué sentido el derecho es imposible sin autoridades). Pero, el sistema deductivo nos permite conocer en qué sentido una conducta es jurídicamente obligatoria o permitida, aunque ella no sea regulada por ninguna norma expresamente formulada (es decir, nos muestra en qué sentido el derecho va más allá de lo que expresamente dice o pretende la autoridad). Por esta razón, en la medida en que las intenciones y decisiones de las autoridades desempeñan un papel crucial en la identificación del sistema global, hay buenas razones para dudar de la compatibilidad de ambos sistemas

En líneas generales, esta conclusión escéptica acerca de la incorporación de las normas derivadas es la que surge de los trabajos de, por ejemplo, Joseph Raz y Hans Kelsen. Según Raz, esa incorporación sería incompatible con la tesis de las fuentes sociales y esa tesis es necesaria para explicar la autoridad y normatividad del derecho (1994, p. 229). A su vez, Kelsen, en su última etapa de la *Teoría pura* (al respecto, véase 1990), descarta la validez de las normas derivadas por diversas razones como, por ejemplo, el rechazo de una genuina lógica de las normas. Esta visión (moderada o radicalmente) escéptica del papel de las normas derivadas rechaza la idea de que los sistemas tengan una estructura deductiva y deja abierta la pregunta acerca de la relevancia de las normas derivadas como fundamento de las proposiciones descriptivas del contenido del derecho.

### 3. La clausura regulativa del sistema global

Una vez que se despejan estas distinciones básicas acerca de la naturaleza normativa del derecho y su estructura sistemática, es posible avanzar sobre las relaciones entre exhaustividad y exclusividad. La tesis de la exhaustividad implica que cualquier acción posible está regulada por una norma que se conecta a («surge» de, se «construye» a partir de) fuentes jurídicas reconocidas en ese sistema momentáneo. Pero, este ideal no puede fácilmente compatibilizarse con la exclusividad que reclama el derecho positivo. Después de todo, las normas formuladas por una determinada autoridad solo pueden regular expresamente (i.e., mencionando la acción específica) a un subconjunto de todas las acciones posibles y el inevitable residuo de aquello que no está capturado explícitamente por las normas formuladas formaría una suerte de esfera extranormativa.

Una manera de asegurar la exhaustividad y la exclusividad del sistema global es mediante una regla de clausura general, por ejemplo, una norma que estableciese que todo lo que no está prohibido está permitido. Una regla de clausura, al igual que otras normas, asegura posiciones jurídicas, garantizando una mayor certeza y limitando la discrecionalidad. Sin embargo, a diferencia de otras normas, el funcionamiento de una regla de clausura está asociado a tres características importantes (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 189-196). En primer lugar, una regla de clausura es una «norma positiva» y, por consiguiente, su existencia depende de acciones normativas específicas de las autoridades jurídicas. En segundo lugar, ellas tienen un alcance «residual» y la aplicación de sus soluciones presuponen que ya se ha identificado el derecho expresamente formulado. Finalmente, esa primacía conceptual del derecho formulado se manifiesta en la exigencia de que la aplicación de la regla de clausura no puede dar lugar a inconsistencias normativas. Dado que el único tipo de regla de clausura que puede formularse sin introducir inconsistencias normativas es una norma permisiva (i.e., todo lo que no está prohibido está permitido), en adelante asumiré que, si las autoridades introdujesen esa norma de clausura con un alcance general, entonces «cualquier» acción que no hubiera sido regulada previamente estaría positivamente permitida. En ese caso, el sistema global sería un sistema «regulativamente cerrado» (von Wright, 1968, p. 83; Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 170).

En principio, la principal consecuencia que surge en un sistema regulativamente cerrado es que los jueces siempre tienen un material normativo válido para invocar como justificación de sus decisiones. A diferencia de lo que ocurre en situaciones que no han sido reguladas por el derecho, en un sistema regulativamente cerrado los jueces carecen de discrecionalidad, salvo en las circunstancias en que el derecho los autoriza para cambiar el contenido de las normas y adaptarlo a exigencias valorativas específicas (Kelsen, 1979, pp. 254-258).

#### 4. El sistema jurídico aplicable

Nuestro interés en el contenido conceptual de las normas generales (i.e., sus consecuencias lógicas) se refiere principalmente a su impacto en solución de una determinada controversia. Cuando un juez resuelve un cierto caso, normalmente, encuentra la respuesta jurídica en el marco de las consecuencias lógicas de un número «limitado» de normas aplicables al problema en cuestión. Sin embargo, la expresión «La norma N es aplicable al caso C» es ambigua ya que puede referirse tanto al «alcance» como a la «fuerza» institucional de esa norma. En adelante, a los efectos de evitar ambigüedades, cada uno de esos aspectos serán denominados «aplicabilidad interna» y «aplicabilidad externa», respectivamente (Al respecto, véase, Navarro y Moreso, 1997, pp. 202-210; Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2004a). En virtud de que las normas se «aplican» a los casos que definen una cierta controversia, ellas suministran una respuesta normativa a esas situaciones (casos). Esta relación entre las normas y los casos es, principalmente, de naturaleza semántica: el significado convencionalmente atribuido a las palabras de clase empleadas en la formulación de normas generales «captura» una serie de eventos o estados de cosas –separando esa situación de otras posibles– y las correlaciona con una consecuencia normativa (Hart, 1994, pp. 125-127). En este sentido, la conexión entre normas y casos es una relación interna o conceptual. En otras palabras: conocer el «alcance» de una norma es saber cómo y qué casos resuelve (i.e. las circunstancias a las que ella califica deónticamente). Por esa razón, podemos señalar que una norma es «internamente» aplicable a los casos que regula.

Sin embargo, una norma es «externamente» aplicable cuando los jueces «deben» («o pueden») utilizarla para justificar una determinada solución en una

controversia particular<sup>1</sup>. Esta relevancia no surge únicamente de su conexión interna con los casos que regula<sup>2</sup>, sino que depende de otros factores institucionales heterogéneos como, por ejemplo, la competencia de un cierto tribunal (Waluchow, 1994, pp. 33-35; Schauer, 1991, pp. 112-134; Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2004b). Por ejemplo, a mediados del siglo XX, el adulterio en Argentina estaba contemplado tanto en el Código Civil como en el Código Penal, pero un juez civil no tenía competencia para aplicar la norma penal, que imponía una sanción prisión de un mes a un año. Aunque las normas del Código Civil y las del Código Penal eran internamente aplicables a los casos de adulterio, solo las normas del código civil eran las que el juez civil tenía la obligación de aplicar en un proceso civil.

A efectos de evitar confusiones con el sistema global, denominaré «sistema aplicable» al conjunto normativo, deductivamente clausurado, que es «externamente» aplicable en un determinado problema normativo. Es importante subrayar que la formación del sistema aplicable no se limita a identificar normas que resuelven un cierto «caso», sino más bien que el sistema aplicable se forma con las normas que son relevantes para un cierto «problema normativo». En gran medida, estos problemas surgen cuando es necesario determinar el estatus normativo de una acción en un cierto universo del discurso (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 32-33). Por ejemplo, en Argentina, el sistema aplicable del viejo código civil argentino para el problema de la restitución de bienes inmuebles en los artículos contenía únicamente a las normas de los artículos 2777 y 2778, es decir las normas del 2777 y 2778 eran las únicas aplicables a ese problema. Cada una de esas normas resuelve diferentes casos y su efectiva contribución a la solución de la controversia dependerá, entre otras cosas, de la clasificación del evento individual que genera la controversia en el universo de casos relevantes para ese problema.

La aplicabilidad externa de una norma dependerá de factores externos o extrínsecos, que se recogen en «criterios de aplicabilidad» específicos de cada sistema global. Un criterio de aplicabilidad es una norma N1 que obliga o permite usar otra norma N2 como justificación de una decisión. Sin embargo, también es frecuente encontrar en los sistemas jurídicos normas que prohíben utilizar otras normas del sistema. Por ejemplo, el código civil argentino establece en su artículo 2 que las leyes serán obligatorias ocho días después de su promulgación. La consecuencia de esta disposición es que los jueces no pueden usar esa norma en su período de vacancia. En este trabajo asumiré, sin mayores argumentos, que los jueces están obligados a aplicar las normas válidas del sistema global que son internamente aplicables a los casos que tienen que resolver (Schauer, 1991, p. 200), salvo que ellas sean excluidas por criterios de (in)aplicabilidad del sistema global. Esto significa que el sistema global tiene una importancia decisiva en la configuración del sistema aplicable ya que, salvo que entren en juego criterios de inaplicabilidad, las normas válidas internamente aplicables del sistema global también forman parte del sistema aplicable. Por otra parte, los criterios para seleccionar la familia de normas externamente aplicables (i.e., criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad) tienen que emanar de las normas válidas del sistema global (Bulygin, 1991b, pp. 200-204)<sup>3</sup>. En otras palabras: todas las normas del sistema global son, en principio, externamente aplicables a los casos que regulan y la selección de otras normas adicionales que forman el sistema aplicable es una

<sup>1</sup> Esta idea fue introducida por Bulygin en un trabajo de la década de 1960, aunque bajo el nombre de «obligatoriedad» y posteriormente, en un análisis de las relaciones entre tiempo y validez de las normas fue reemplazada por «aplicabilidad». Véase, Bulygin (1991a, p. 364) y Bulygin (1991b, p. 196).

<sup>2</sup> ¿Pueden las normas ser aplicadas a casos que ellas no regulan? La respuesta no es obvia y no discutiré aquí esas complicaciones. Al respecto, véase Caracciolo, 2013, pp. 13-34 y Navarro, 2014, pp. 147-159.

<sup>3</sup> Esta reconstrucción conduce al problema de la aplicabilidad de las normas que suministran los últimos criterios de aplicabilidad. No abordaré aquí esta cuestión. Al respecto, véase Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar (2004a).

función de criterios de aplicabilidad que son válidos en el sistema global al momento de la solución de la controversia.

El sistema global puede ser normativamente abierto o cerrado. En adelante, diré que un sistema global es «normativamente abierto» si es que el sistema aplicable contiene normas ajenas al sistema global y, en última instancia, ello significa que las normas de un sistema global (Sg) exigen o permiten justificar una decisión en normas que no son válidas en (Sg). Por el contrario, un sistema es «normativamente cerrado» cuando las normas «ajenas» han de ser previamente incorporadas al derecho (sistema global) del momento de la solución del conflicto. Esta última reconstrucción es la que mantuvo Kelsen en diferentes etapas de su *Teoría Pura del Derecho*. Por ejemplo, al analizar la incorporación de normas extranjeras en casos de Derecho Internacional Privado, en su *General Theory of Law and State*, señala (Kelsen, 2006, p. 244):

El punto esencial del problema parece ser la aplicación del derecho de un Estado por los órganos de otro Estado. Pero, si el órgano de un Estado, vinculado por las normas de ese Estado, aplica la norma de un derecho extranjero a un cierto caso, la norma aplicada se convierte en una norma del Estado del orden jurídico al que pertenece el órgano que la aplica.

También añade (2006, p. 244):

La norma que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar normas de derecho extranjero a ciertos casos tiene el efecto de incorporar las normas extranjeras a las normas del propio Estado. Tal norma tiene el mismo carácter que las de una nueva constitución, establecida por una revolución, que establece que algunas leyes válidas conforme a la anterior constitución, ya abolida, deben continuar vigentes conforme a la nueva constitución. El contenido de esas leyes permanece idéntico, pero se cambia la razón de su validez.

Esta solución de Kelsen admite diversas respuestas y no abordaré aquí los problemas de esta estrategia de «transformación» de normas ajenas en parte del propio derecho de los órganos aplicadores de normas (Para una crítica a Kelsen, véase Hart, 1983, pp. 334-339; Navarro, 2018, pp. 9-38). Más bien, asumiré sin mayor discusión, que el conjunto de normas externamente aplicable no es necesariamente un subconjunto de las normas válidas del sistema global (Bulygin, 1991b, pp. 200-201). En este sentido, por ejemplo, podría suceder que una norma que ya ha sido derogada y que, por esa razón, ya no es válida en el sistema global correspondiente a T, mantenga sus efectos jurídicos (e.g., en virtud del criterio de aplicabilidad *tempus regit actum*).

Tanto el sistema global como el sistema aplicable son relativos a un determinado momento T, pero sus criterios de pertenencia y la posición jerárquica de sus normas son diferentes. Mientras que las normas del sistema global son válidas con relación a las tradicionales «fuentes» del derecho admitidas en una comunidad, las normas aplicables incorporan elementos adicionales (e.g., normas morales, normas de ordenamientos extranjeros, normas inválidas), que complican notablemente su reconstrucción conceptual.

Si los sistemas globales son sistemas «normativamente» abiertos, entonces poco importa –a los efectos de evaluar la discrecionalidad judicial– que el derecho – en el sentido de sistema global– tenga o carezca de una regla de clausura en casos en que la situación relevante estuviese regulada por otras normas del sistema aplicable. Aún si el sistema fuese regulativamente abierto (porque no tiene una regla de clausura), ello no garantiza que exista discrecionalidad. Por ejemplo, aunque el

sistema global nada diga acerca del precio que debe abonar un comprador de un inmueble, esas circunstancias pueden estar tan normativamente determinada por los términos de un contrato (y, por consiguiente, sustraída de la discrecionalidad judicial) como otros casos regulados por las normas del sistema global. De igual manera, si el sistema global fuese regulativamente cerrado, la permisiones residuales generadas por la regla de clausura pueden ser desplazadas por otras normas del sistema aplicable. En este sentido, las calificaciones residuales de la regla de clausura no solo son desplazadas por nuevas decisiones que toma el legislador (por ejemplo, al prohibir aquello que no había sido regulado) sino también por las normas que los individuos adoptan cuando determinan sus posiciones jurídicas en acuerdos privados.

¿Cómo deben interpretarse las tesis de la exhaustividad y exclusividad en el análisis de los sistemas aplicables? Dado que los sistemas globales son abiertos (i.e., que pueden adoptar normas ajenas al derecho), entonces la tesis de la exclusividad tiene que limitarse a señalar que los «criterios de selección» de las normas externamente aplicables son exclusivamente normas del propio sistema global. Respecto de la tesis de la exhaustividad es conveniente recordar que, en el contexto de los sistemas globales, el problema es explicar en qué sentido el derecho regula cualquier conducta posible, incluso aquellas tan irrelevantes desde el punto de vista social (e.g., mover el dedo meñique) que prácticamente carece de sentido tratar de encontrar una calificación jurídica expresa para esos comportamientos. Por el contrario, en los sistemas aplicables, la tesis de la exhaustividad no se refiere a la calificación de acciones irrelevantes que el «derecho no regula ni pretende regular». Más bien, la pregunta es acerca de si el «derecho regula “todo” lo que pretende regular». En este caso, la cuestión es si un determinado conjunto normativo ofrece una respuesta a un determinado problema o si, por el contrario, ese conjunto tiene una «laguna normativa». Si se admite que el sistema tiene una laguna, entonces, es usual en el contexto del positivismo jurídico admitir que los jueces tienen discrecionalidad para resolver la controversia. Sin embargo, como veremos más adelante, la misma conexión entre casos sin regular (i.e., casos que están más allá de los límites del derecho) y discrecionalidad podría ser cuestionada.

## 5. Relaciones entre sistemas abiertos y cerrados

En las secciones previas, el análisis ha girado en torno a la distinción entre sistema global y sistema aplicable y sus conexiones con diferentes estrategias de apertura o clausura. En este sentido, he distinguido entre:

a) Sistemas «regulativamente» cerrados: contienen una regla de clausura. Por el contrario, son sistemas regulativamente abiertos aquellos que no contienen una regla de clausura.

b) Sistemas «lógicamente» cerrados: son estructurados conforme a una regla de consecuencia lógica clásica. Por el contrario, un sistema es lógicamente abierto cuando las relaciones entre sus elementos no dependen de las consecuencias lógicas de las normas formuladas.

c) Sistemas «normativamente» cerrados: no permiten integrar en el sistema aplicable elementos ajenos al sistema global. Por el contrario, son sistemas normativamente abiertos aquellos que adoptan, en el sistema aplicable, a normas ajenas al sistema global.

Una mejor comprensión de la naturaleza sistemática del derecho tiene que mostrar con mayor detalle las relaciones entre estos diferentes conceptos de sistemas

abiertos o cerrados. Al respecto, cabe mencionar las siguientes conclusiones provisorias:

1. Supongamos que un sistema es tanto regulativamente como lógicamente cerrado. En este sistema «normal», una regla de clausura permite todo lo que otras normas no prohíben. Como muestran Alchourrón y Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 155), sin embargo, un sistema aplicable coherente no puede ser utilizado para resolver todos los casos de los universos menos finos (o, incomparables) que el Universo de Casos Relevantes. Así, «porque» un sistema aplicable es deductivamente cerrado no puede regular exhaustivamente todos los casos posibles, aunque posea una regla de clausura (es decir, aun cuando fuese un sistema «regulativamente» cerrado).

2. Los sistemas globales son sistemas «normativamente» abiertos (Raz, 1979b, pp. 119-120 y 1979c, pp. 169-171). Con independencia de si el sistema global es regulativamente abierto o está cerrado por una regla de clausura que califica a todas las acciones posibles, en muchas ocasiones el fundamento de una decisión judicial dependerá de las normas ajenas que «adopta» el sistema aplicable. Por ello, el alcance de la discrecionalidad judicial dependerá, en gran medida, no tanto de la naturaleza regulativamente abierta o cerrada de un sistema global sino de la completitud del sistema aplicable.

3. El sistema aplicable es un conjunto construido con el propósito de resolver un problema específico y nada impide que contenga una regla de clausura que califique como permitido todo lo que no se ha prohibido. A su vez, las normas generales proyectan sus consecuencias lógicas a casos individuales, a partir de la intermediación de ciertos hechos. En este sentido, un sistema aplicable puede ser regulativamente y deductivamente cerrado. Pero, no tiene sentido preguntarse, por ejemplo, si este sistema aplicable es «normativamente» abierto ya que ello significa que sus normas contienen criterios de aplicabilidad que permiten construir otro sistema aplicable diferente (algo así como una suerte de sistema aplicable alternativo).

4. La distinción entre sistema global y sistemas aplicables permite analizar a qué nos compromete la remisión a la moral que se encuentra en ciertas normas expresamente formuladas. Algunas veces se señala que el derecho «adopta» esas normas. Pero ¿por qué el «hecho» de formar parte de un conjunto (sistema global) aportaría algo al «valor» justificatorio de las normas morales? (Al respecto, véase Raz, 2009, pp. 182-202). La necesidad de incorporarlas al sistema global sería relevante en la medida en que ese sistema sea el único fundamento plausible para una decisión judicial. Pero, si los jueces pueden utilizar normas morales en la construcción del sistema aplicable, entonces no es necesario «incorporar» la moral al sistema global para que ella pueda ser invocada por los jueces en la decisión de una controversia.

5. Una condición necesaria para sostener que los jueces «crean normas discrecionalmente» es que el sistema aplicable sea novedoso respecto de las normas del sistema global, pero no es verdadero que todo sistema aplicable novedoso deje margen para decisiones discrecionales. Así, las normas «ajenas» (e.g., normas del derecho extranjero), que son adoptadas en el sistema aplicable por un sistema global normativamente abierto, son diferentes a las normas del propio sistema global, pero esa incorporación puede resultar impuesta por los criterios de aplicabilidad del sistema global.

## 6. Sistemas interpretativamente abiertos

En un par de excelentes trabajos publicados a lo largo de la última década, Juan Carlos Bayón ataca algunas cuestiones centrales del modelo positivista desarrollado por Alchourrón y Bulygin (Bayón, 2009 y Bayón, 2010). Para los profesores argentinos, el sistema jurídico global capturaría la tesis de la exclusividad del derecho (aunque esa no es una terminología que se encuentre presente en su obra), pero rechazan expresamente que, por su propia naturaleza, el derecho regule exhaustivamente la conducta humana. Más bien, puede ocurrir que, por circunstancias contingentes, un sistema aplicable no sea completo y, en esos casos de lagunas normativas, los jueces tienen que crear normas generales que permitan resolver de manera justificada el caso individual. Bayón, por el contrario, cuestiona expresamente dos tesis: (i) los jueces tienen discreción para resolver lagunas normativas y (ii) los jueces necesariamente crean derecho cuando resuelven un caso de lagunas (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 217-223)<sup>4</sup>.

Bayón enmarca su propuesta dentro de un cierto convencionalismo, que, en principio, sería compatible con los enfoques positivistas. Sin embargo, su posición refleja una articulación de la exhaustividad y exclusividad del derecho que se aparta de la que tradicionalmente se encuentra en el marco del positivismo jurídico. Mientras que es usual señalar que el positivismo atribuye a las normas válidas una fuerza definitiva (Dworkin, 1977, p. 24), el núcleo del argumento de Bayón es la distinción entre calificaciones jurídicas provisionales y concluyentes<sup>5</sup>. Para el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, la identificación del derecho es un proceso complejo que incluye la revisión del alcance de las normas formuladas a la luz de sus razones subyacentes. De ese modo, las normas expresamente formuladas solo identifican de manera provisional los casos y soluciones relevantes ya que las prácticas interpretativas –que surgen de convenciones interpretativas específicas– permiten revisar esos casos y soluciones para encontrar las calificaciones jurídicas concluyentes.

Una de las principales funciones de estas prácticas interpretativas es revisar el alcance de las normas formuladas, eliminando casos recalitrantes que surgen de la divergencia entre las normas y sus razones subyacentes. Así, en opinión de Bayón (2009, p. 51),

Lo esencial, cuando imperan prácticas interpretativas semejantes ... es, entonces, que la calificación expresa o prima facie de una conducta –la que derivaría simplemente del sentido literal de las prescripciones explícitas– puede no coincidir con su calificación normativa definitiva. Para ser más exactos, allí donde el derecho esté abierto a la revisión del alcance de sus prescripciones expresadas a la luz de principios o razones subyacentes tanto en la dirección de ampliar como en el de restringir las prohibiciones contenidas en aquellas, será obvio que no se puede decir que «todo lo no (expresamente) prohibido, está (definitivamente) permitido» porque una conducta no expresamente prohibida podría estar a pesar de todo definitivamente prohibida.

Por ejemplo, el texto de artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina protege a las mujeres trabajadoras en situación de maternidad. Así, esa ley presume que el despido es arbitrario (y ello genera una indemnización especial) si se

<sup>4</sup> Los problemas de la discrecionalidad judicial y la creación del derecho no sólo surgen en los contextos de lagunas normativas sino también se manifiestan en (i) la aplicación de normas generales a casos individuales y (ii) el cambio judicial de normas generales para resolver situaciones valorativamente imprevistas. Así, aunque Kelsen niega que existan lagunas normativas, admite la discrecionalidad judicial en las dos circunstancias antes mencionadas. Por simplicidad, no abordaré en este trabajo estas cuestiones y me concentraré en el problema de las lagunas normativas.

<sup>5</sup> En este punto, Bayón sigue expresamente ideas de Ruiz Manero (2005)

produce, entre otras cosas, «hasta siete meses y medio después del parto». En un conocido caso de la década de los 80<sup>6</sup>, la actora exigió a la patronal esa indemnización específica ya que había sido despedida a los dos meses de adoptar una niña. El empleador sostuvo, entre otras cosas, que la adopción no es un parto y que, por tanto, la situación de la actora no estaba protegida por el artículo 178. Sin embargo, el voto principal de la Cámara Nacional del Trabajo señaló que un juez no puede atenerse exclusivamente al formalismo de las leyes, sino que también debe indagarse

... el sentido de la norma, los valores que explícita o implícitamente privilegia. Considero que la ley no ampara sólo meros procesos biológicos, como son el embarazo y el parto. Tienen en cuenta su significación espiritual y su trascendencia social, la recepción de una vida nueva que ha de integrarse en un núcleo familiar ... Aclaro que no se trata de llenar una supuesta laguna del derecho, concepto en torno al cual ha corrido suficiente tinta ... En mi opinión, sólo se trata de desentrañar el sentido pleno de la norma aplicable, tal como espero haberlo hecho en los párrafos precedentes.

En resumen, la Ley de Contrato de Trabajo solo deja provisoriamente sin regular el cese laboral de una mujer trabajadora que adopta un niño, pero su posición jurídica está protegida frente al despido arbitrario por el Derecho laboral (una vez que se revisa el alcance del artículo 178).

Puede ocurrir, sin embargo, que el sistema contenga una regla de clausura interpretativa que impida apartarse del tenor literal de las prescripciones formuladas (Bayón, 2009, p. 52). Así, podemos decir que un sistema «interpretativamente cerrado» es aquel que tiene una regla de clausura (convención interpretativa) que impide modificar el alcance de una norma a la luz de sus razones subyacentes. De ese modo, todas las situaciones provisoriamente reguladas por ciertas normas formuladas son también concluyentemente solucionadas por ese conjunto normativo. Por el contrario, un sistema «interpretativamente abierto» es aquel que no tiene una regla de clausura que impida la expansión o restricción de las circunstancias expresamente mencionadas por la autoridad en la formulación de sus prescripciones. También podría suceder que ciertas áreas del derecho estuviesen interpretativamente cerradas como parcialmente ocurre en el ámbito del derecho penal en el que usualmente se asume que las revisiones interpretativas no pueden prohibir conductas que no han sido expresamente prohibidas por la ley penal. En este caso, el sistema es «parcialmente» cerrado desde el punto de vista interpretativo.

Las consecuencias de admitir que el sistema global puede ser interpretativamente abierto o cerrado son importantes. Aquí solo mencionaré a tres de ellas:

1. En un sistema «interpretativamente» cerrado, las normas del sistema global, internamente aplicables a un determinado problema, son también necesariamente elementos de los sistemas aplicables, salvo que sean excluidas por un criterio de aplicabilidad del mismo sistema global (por ejemplo, porque están en período de *vacatio legis*). En un sistema interpretativamente abierto, las «normas interpretadas» del sistema aplicable no coinciden necesariamente con las normas formuladas por la autoridad. En otras palabras, en un sistema interpretativamente abierto no es

---

<sup>6</sup> Cámara Nacional del Trabajo, sal V, septiembre 30-1999. Casusaa, Margarita, E. contra Alexander Fleming S.A.- Despido en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, noviembre de 1999, N° 11, pp. 1164-1167. Editorial el Derecho, Buenos Aires.

necesario que exista un criterio de «inaplicabilidad» para excluir la pertenencia de una norma formulada en el sistema aplicable.

2. ¿Puede ocurrir que un sistema global S sea normativamente cerrado y, a la vez, interpretativamente abierto? Los jueces no pueden tener poderes normativos para cambiar «libremente» las soluciones impuestas por normas jurídicas formuladas. Esto significa que, en principio, el sistema aplicable tiene que reproducir las normas relevantes del sistema global. Pero, si el sistema es interpretativamente abierto, entonces podría ocurrir que las normas del sistema aplicable «nunca» coincidiesen con las del sistema global. En este sentido, un sistema interpretativamente abierto no puede ser normativamente cerrado, salvo que se asumiese que la revisión interpretativa afecta directamente al sistema global y, por ello, también repercute luego en la construcción del sistema aplicable.

3. Un sistema global «interpretativamente» abierto, pero «lógicamente» cerrado genera, en virtud del impacto de sus convenciones interpretativas, un sistema aplicable en el que las normas formuladas –que pertenecen al primero- no coinciden con las «normas interpretadas» –que forman parte del segundo. La misma solución puede lograrse debilitando la incorporación de consecuencias lógicas. De este modo, un sistema global «interpretativamente cerrado», pero lógicamente abierto, podría ofrecer soluciones equivalentes frente a un mismo problema normativo que otro sistema interpretativamente abierto y lógicamente cerrado (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 140-144).

## 7. La creación judicial de derecho

Hemos visto que el sistema global puede ser regulativamente cerrado por una regla de clausura expresamente formulada por un legislador y que esa regla puede ser incorporada al sistema aplicable. Sin embargo, dado que esas normas formuladas por el legislador solo establecen calificaciones provisionales, puede ocurrir que la «interpretación» de la regla de clausura modifique su alcance y transforme un sistema cerrado en parcialmente cerrado o viceversa. Si el sistema aplicable es «regulativamente» abierto (carece de una clásica regla de clausura), pero el sistema global es «interpretativamente» cerrado, entonces, es posible que un cierto caso carezca de solución ya que no hay interpretación admisible para adaptar el alcance de las normas relevantes al caso no resuelto y tampoco habría una norma de clausura que permitiese expresamente todo lo que no se ha prohibido. En esas situaciones, es usual señalar que los jueces no pueden dejar de decidir y, por consiguiente, ellos tienen que elaborar una norma general que permita justificar la decisión del caso particular (Alchourrón y Bulygin). En la medida en que esa norma general no reproduzca el contenido expreso o implícito de otras normas del sistema global, los jueces «crean» derecho. Esta afirmación, sin embargo, es extraordinariamente modesta ya que esa norma general judicialmente creada no ingresa necesariamente al sistema global y carece de valor vinculante para otros jueces (salvo cuando sientan jurisprudencia en sistemas que reconozcan obligatoriedad a los precedentes). Es decir, su papel se limita a justificar una decisión particular y, eventualmente, si adquiere vigencia (i.e., cuando sienta un precedente), es posible predecir que será empleada para resolver casos futuros.

¿Qué ocurre cuando el sistema global es interpretativamente abierto y las normas expresamente formuladas no regulan todos los casos relevantes? Según Bayón, con frecuencia, los jueces revisan el insuficiente material que proporcionan las normas formuladas (las leyes) a la luz de las razones subyacentes a las normas y obtienen mediante esa alquimia interpretativa soluciones que ya están contenidas en

una dimensión normativa más sofisticada (el derecho). En este sentido, afirma (Bayón, 2009, p. 55):

... de la mera existencia de una laguna (de la ley) no se sigue necesariamente que el juez se encuentre en posición de decidir discrecionalmente sobre el caso: porque éste puede estar solucionado en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas ... En suma, el juez no «crea» necesariamente la solución cada vez que no hay una regla expresa que resuelva el caso (del mismo modo que tampoco hace una aplicación indebida del derecho cada vez que se aparta del tenor literal de una regla expresa).

Por esa razón, del simple hecho de que existan lagunas en «la ley» no se sigue que en la construcción del sistema aplicable también encontraremos lagunas en el nivel de las calificaciones concluyentes. A su vez, frente a una laguna en el derecho, que se producen cuando las razones subyacentes no indican claramente qué se debe hacer en una determinada situación, los jueces no introducen nuevas soluciones, sino que determinan (especifican) el contenido del derecho. En su opinión, (Bayón, 2009, p. 59):

Todo lo cual, por cierto, acabaría a mi juicio dando la razón a quienes de un modo u otro han sostenido que la genuina laguna (del derecho) se produciría no tanto por la falta de solución para el caso dentro del sistema, sino más bien por la falta de un criterio claro para decidir entre distintas soluciones posibles («posibles» en el sentido de que cada una de ellas encontraría respaldo en algún principio o razón subyacente del sistema sin que se pudiese considerar una cuestión «determinada» por el derecho cuál de ellos habría de prevalecer en las circunstancias del caso)

En resumen, aunque el derecho resulte indeterminado, las razones subyacentes mantendrían una indudable relevancia. Incluso si en el nivel de las calificaciones concluyentes, el derecho no ofrece una respuesta unívoca, el juez no puede apartarse libremente de la pluralidad de razones subyacentes. Por ello, su decisión no se expresa en la formulación de nuevas normas sino únicamente en la especificación de contenidos ya incorporados al derecho por las razones sustantivas.

La plausibilidad de esta explicación de Bayón dependerá, en gran medida, de una mejor y más cuidadosa reconstrucción de esas prácticas interpretativas convencionales, que permiten revisar el alcance de las normas y determinar el peso abstracto y específico de cada principio en cada controversia. Por ejemplo, podría señalarse que la revisión interpretativa del alcance de las normas carece de impacto en la coherencia y completitud del sistema global ya que, en principio, esas «normas interpretadas» no forman necesariamente parte del sistema global. Los sistemas interpretativamente abiertos permiten a los jueces adaptar la aplicabilidad interna de las normas del sistema global, pero esas interpretaciones no son vinculantes para otros jueces, salvo cuando una norma del sistema global imponga esa obligación. No desarrollaré aquí las consecuencias de esa respuesta. Más bien creo que es importante destacar que, al igual que Bayón, no tengo dudas de que en nuestras comunidades existen esas prácticas interpretativas, pero no creo que ellas tengan tal articulación jerárquica y especificidad de contenido que permitan resolver de manera indudable una cantidad significativa de casos. Más bien, me parece que junto a esas genuinas prácticas interpretativas se acumulan otros recursos creativos de manera tal que, al insistir solo en el fenómeno interpretativo, es fácil olvidar la función creadora de derecho que recurrentemente ejecutan los jueces. En otras palabras, al amparo de máximas y principios interpretativos de dudosa compatibilidad –i.e., que permiten sistemáticamente justificar decisiones incompatibles– los jueces encuentran recursos suficientes no sólo para identificar las exigencias implícitas del derecho sino también para cambiar lisa y llanamente su contenido.

En cierta medida, este desacuerdo podría verse como una cuestión de énfasis sobre la indeterminación del derecho. A diferencia de Bayón –que señala que las prácticas interpretativas presionan por un desarrollo exhaustivo del derecho y también reconoce límites a la discrecionalidad que no surgen solo de las normas formuladas– en mi opinión, esa apelación a las prácticas interpretativas son solo otra manera en que se ejerce la discreción judicial. Este pesimismo acerca de las limitaciones a las decisiones discrecionales requiere un fundamento mucho más sofisticado que el que puedo ofrecer en los límites de este trabajo. Por ello, con independencia de actitudes optimistas o pesimistas, me limitaré a señalar tan solo dos dificultades inmediatas que tiene que superar un enfoque como el propuesto por Bayón.

### 7.1. Creación de derecho y fuerza concluyente de las calificaciones

El reconocimiento del impacto de las convenciones interpretativas en la revisión del alcance de las normas no tiene que ocultar dos preguntas acerca de la fuerza del material jurídico. Por una parte, (i) ¿poseen las convenciones interpretativas fuerza concluyente? Y (ii) ¿puede imponer una calificación concluyente una convención interpretativa que solo posee fuerza provisoria? Las respuestas a estas preguntas son importantes porque de ellas dependerá la normatividad que le reconozcamos a las convenciones interpretativas y si el balance de razones subyacentes está objetivamente determinado o si, por el contrario, depende de las preferencias de los jueces.

No hay en los trabajos de Bayón una respuesta explícita a estas cuestiones. En mi opinión, una vez que se introduce en un enfoque positivista la distinción entre calificaciones *prima facie* y concluyentes, debería aceptarse que «todo» el material emanado de las fuentes ordinarias del derecho (legislación, jurisprudencia, convenciones interpretativas, etc.) tiene fuerza provisoria y la calificación concluyente de una acción se produce recién después de la realización del balance de razones subyacentes<sup>7</sup>.

Sin embargo, no es claro que Bayón asuma esa tesis, al menos por la siguiente razón. En su opinión, nuestras convenciones interpretativas pueden establecer no solo la necesidad de tomar en cuenta las razones subyacentes a las normas formuladas sino también las relaciones de prevalencia entre esas razones para «clases» de situaciones (Bayón, 2009, p. 49). En ese caso, podría continuar su argumento, la revisión está limitada de antemano. Si, en virtud de esas convenciones interpretativas, un principio P1 prevalece sobre P2 en una clase de situaciones C, entonces la fuerza relativa de ambos principios ya está establecida de antemano, i.e., de manera previa al balance requerido en el caso individual. Así, en esa clase de situaciones C, P2 no es superada en el balance, sino simplemente excluida por la fuerza de la convención interpretativa. En otras palabras: las convenciones interpretativas podría ser –por sí misma– una razón excluyente o, simplemente, una regla con fuerza concluyente.

Sin embargo, en mi opinión, esas «convenciones de prevalencia» entre relaciones subyacentes también serán de naturaleza tan provisoria como el resto del material genéricamente establecido. Las convenciones no son solo hábitos o simples regularidades, sino que son razones excluyentes (Raz, 1990, pp. 73 y ss.). Al igual que otras normas, esas prácticas convencionales se justifican en razones

<sup>7</sup> Una conocida tesis de Dworkin es que los principios no son, por sí mismos, concluyentes. Su fuerza obligatoria se muestra en el modo en que interactúa con otros principios en un caso concreto. Pero, añade Dworkin (1977, p. 33), si los principios no fuesen obligatorios, entonces tampoco las normas podrían tener fuerza concluyente.

subyacentes que justifican su presión normativa. Pero, si la fuerza de una convención interpretativa admite razones subyacentes que la justifiquen, entonces será necesario examinar las razones subyacentes a las convenciones de prevalencia para determinar su fuerza frente a otras razones sustantivas en cada instancia de eventos perteneciente a la clase de situaciones previamente ordenada.

Tal vez, la ilusión de que las convenciones pueden tener fuerza concluyente antes de la ponderación de su fuerza en los casos concretos surge del hecho de que algunos sistemas pueden ser parcialmente cerrados. Por ejemplo, es usual admitir que en el derecho penal no se pueden adaptar interpretativamente las normas formuladas cuando eso afecta negativamente al imputado. Es tentador señalar que ese cierre interpretativo depende de prácticas convencionales, pero esa respuesta sería, por decirlo de alguna manera, incompleta ya que, precisamente en el ámbito del derecho penal, todas esas garantías están expresamente consagradas en normas explícitamente formuladas. En otras palabras, si un juez extiende analógicamente el alcance de una norma en perjuicio de un imputado, nuestro reproche se basaría en una norma expresa de la constitución o el código penal, siendo irrelevante la existencia o inexistencia de una convención interpretativa.

Ahora bien, supongamos que las razones subyacentes forman parte del sistema global (i.e., son parte del derecho) y que ese material –la suma de normas formuladas y los principios que las justifican– tienen fuerza concluyente con independencia del balance que los jueces efectúan en el caso en concreto (i.e., los jueces podrían equivocarse acerca de la solución concluyente que el derecho establece de antemano para un cierto caso). Esas razones justificarán concluyentemente una cierta solución, e.g., OR en un conjunto de casos  $p$ , pero también podrían justificar una solución incompatible en otras clases de situaciones lógicamente independientes, e.g.,  $q$ . Si se esas soluciones se proyectan a las consecuencias lógicas de  $p$  y  $q$ , entonces surgirán calificaciones concluyentes incompatibles en casos caracterizados por esas propiedades independientes. Esa conclusión es inaceptable a la luz de la noción misma de calificación concluyente (Raz, 1979d, p. 64). Por ello, es necesario rechazar también las premisas que imponen esa conclusión.

Creo que un desarrollo más detallado del argumento precedente concluiría en que la fuerza concluyente no está convencionalmente determinada, sino que resulta de la decisión judicial. En este caso, la fuerza que los jueces atribuyen al material expresamente formulado sería algo «adicional» a aquello que el derecho ya tenía antes de la decisión judicial. Como he señalado anteriormente, un ingrediente necesario para reconocer la creación judicial de derecho es la novedad del contenido de la norma que se invoca como fundamento de la decisión (Bulygin, 1991a, p. 360). Parece claro que una vez que se distingue entre ambos niveles de calificaciones jurídicas (provisorias y concluyentes), la atribución por parte de los jueces de una calificación concluyente a ciertas disposiciones que tan solo tenían fuerza provisoria es un *elemento novedoso* extraordinariamente relevante, aunque será, sin dudas, una simple disputa lingüística conceder (o rechazar) que se trate de una «genuina» creación judicial de derecho.

## 7.2. Razones subyacentes e identificación del derecho

A diferencia de Alchourrón y Bulygin, que únicamente asumen la exclusividad del derecho positivo, Bayón sugiere que nuestras prácticas jurídicas nos comprometen con la exhaustividad (Bayón, 2009, p. 38, nota 11). Esta expansión del dominio de la exhaustividad es correlativa con el debilitamiento de la exclusividad del derecho positivo ya que no solo cuenta como derecho las normas «(im)puestas» sino también

todas las razones que la autoridad tenía para ordenar aquello que ha ordenado. En este sentido, es necesario explicitar un criterio para señalar que las razones subyacentes son parte del derecho y no solo elementos que se *adoptan* en el sistema aplicable. En otras palabras, es preciso mostrar que las razones subyacentes que integran el sistema aplicable son parte del derecho porque los jueces están «obligados» a tenerlos en cuenta en el fundamento de sus decisiones «en virtud de que son derecho propio» y no un recurso externo que las normas válidas permiten (o, bien, obligan a) invocar en la solución de ciertas controversias (Raz, 1979a, p. 102)<sup>8</sup>. En este caso, la búsqueda de un criterio que nos permita mostrar que las razones subyacentes a las normas formuladas también son parte del sistema global tiene que servir para trazar una demarcación entre esas razones subyacentes y otras razones de segundo (tercero, cuarto, etc.) orden, progresivamente más abstractas, que, a su vez, justifican a las razones subyacentes (Schauer, 1991, pp. 26 y 188-191). En otras palabras: la atribución de naturaleza jurídica vinculante a las razones subyacentes tiene que ser compatible con el intento de encontrar los límites del derecho de una cierta comunidad (i.e. mostrar que algunas razones –aunque fuesen sustantivamente adecuadas– no son parte de las razones «jurídicas» para decidir en una cierta controversia).

El argumento de Bayón, por decirlo de alguna manera, es sucinto ya que se limita a señalar que nuestras convenciones interpretativas acerca de la justificación jurídica final de decisiones «hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a esas prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente –y no con un mero carácter *prima facie*– cabe considerar como contenido del derecho» (Bayón, 2009, p. 49). Una presentación similar sería la siguiente (al respecto, véase Ruiz Manero, 2005, pp. 109-112 y Ruiz Manero, 2010, pp. 298-300): las razones subyacentes serían parte del derecho «porque» los juristas los invocan como parte del derecho en la búsqueda de una respuesta jurídica en casos indeterminados. Dado que el derecho es una construcción social, la identificación de lo que cuenta como derecho depende de lo que los mismos juristas reconocen como derecho. Las controversias entre juristas, continuaría el argumento, son discusiones acerca de lo que el derecho exige y no un debate acerca de lo que debería exigir. Por consiguiente, siempre que los juristas acepten que están discutiendo acerca de aquello que el derecho respalda por medio de razones subyacentes, será también verdadero que el derecho incluye esas razones subyacentes.

En este tipo de argumentos, hay, al menos, dos problemas. Por una parte, la cuestión es si la remisión a esas prácticas lingüísticas (o interpretativas) convierte en una discusión sobre el contenido del derecho a «cualquier» controversia entre juristas competentes acerca de la justificación final de una decisión. No abordaré aquí esta cuestión, aunque un análisis cuidadoso podría mostrar que, con frecuencia, esas discusiones se refieren no tanto al derecho que es sino al que *debería ser* y que, por cuestiones de conveniencia retórica, ellas se presentan como una manera oblicua de presionar sobre la reforma del derecho.

Por otra parte, ¿qué tipo de evidencia confieren nuestras prácticas interpretativas o los acuerdos de los juristas acerca de la naturaleza jurídica (pertenencia al sistema global) de las razones subyacentes? Creo que no es

---

<sup>8</sup> Con frecuencia, frente a las indeterminaciones de la ley, el propio derecho «autoriza» a los jueces a tomar como fundamento de su decisión a la opinión de un experto (Hart, 1994, p. 294), o tener en cuenta criterios ajenos al propio sistema para la solución de una controversia (Gardner, 1988, p. 458). Estas son «fuentes» permisivas de un sistema aplicable. El hecho de que los juristas (o nuestras prácticas interpretativas) reconozcan que esas fuentes permiten invocar ciertas pautas ajenas no parece todavía un fundamento suficiente para admitir que, por ejemplo, la opinión de un jurista extranjero es parte del propio derecho

conveniente decidir esta cuestión teniendo en cuenta exclusivamente el modo en que los juristas perciben su propia práctica ya que esa percepción es tanto la fuente como el producto de las convenciones que apoyan el argumento principal. Por ejemplo, podría ocurrir que una comunidad jurídica (como la latinoamericana en el siglo XX), fuertemente influida por las lecturas de Kelsen, creyese que el derecho regula positiva o negativamente cualquier conducta humana. Sería precipitado, por decir lo menos, extraer de ese dato una razón para señalar que el derecho regula exhaustivamente la conducta humana. De igual modo, sería precipitado saltar desde los acuerdos entre juristas a una respuesta categórica al problema de la incorporación al derecho (sistema global) de las razones subyacentes. Más bien, podría responderse, uno de los papeles centrales del análisis conceptual es poner de manifiesto aquellos ingredientes que ocultan nuestras prácticas (especialmente, las prácticas lingüísticas) (von Wright, 1993a, pp. 31-32). Por ejemplo, muchos juristas (e.g., Kelsen) consideran que los enunciados normativos que describen posiciones jurídicas, e.g. «Todos los compradores están obligados a pagar el precio de la cosa» son proposiciones categóricas generales, que describen una característica normativa (no natural) que posee una cierta acción. Sin embargo, una reconstrucción alternativa, como la propuesta por Alchourrón y Bulygin, señala que esos enunciados son solo una forma traspuesta de hablar (1971, p. 122). En otras palabras, esos enunciados normativos son equivalentes en significado a proposiciones existenciales, que no se refieren directamente a las cualidades de una acción, sino implícitamente a la pertenencia de una norma de obligación en un cierto sistema normativo. No pretendo afirmar que la reducción de enunciados normativos a proposiciones normativas sea una opción teórica (in)aceptable (al respecto, véase Navarro, 2016), pero no creo que los usos lingüísticos vigentes entre los juristas tengan que ser el criterio decisivo de la corrección de una reconstrucción.

Si tenemos en cuenta esa advertencia previa podemos subrayar que uno de los datos básicos de la percepción de los juristas es que los jueces tienen que invocar como justificación jurídica a normas que ya son parte del derecho. Por ello, es natural también asumir una retórica en la que las respectivas pretensiones se presenten como normas implícitas en el contenido del sistema jurídico. En otras palabras, menos exactas, pero más simples, los juristas pocas veces distinguen entre el sistema global y el sistema aplicable y trasladan la indudable naturaleza jurídica del primero al segundo. Sin embargo, la discusión acerca de la justificación final de una decisión judicial es acerca del contenido y orden jerárquico del sistema aplicable. Si el sistema global es «normativamente» abierto, entonces incorpora pautas ajenas al sistema global y la discusión jurídica sobre las calificaciones concluyentes ya no se convierten automáticamente en una controversia sobre lo que «es “el” derecho» sino acerca de que pautas el derecho (sistema global) «apoya» como mejor solución de una cierta controversia.

## 8. La exhaustividad del derecho

Intuitivamente, la exhaustividad del derecho es una función del modo en que las normas jurídicas regulan la conducta. Si el derecho tiene límites, entonces, parecería inevitable conceder que la tesis de la exhaustividad tiene que ser falsa. Más allá de los límites del derecho inevitablemente encontraríamos casos que no han sido jurídicamente regulado y los jueces, al decidir discrecionalmente esas situaciones, crearían derecho de manera intersticial. Por supuesto, las premisas de este argumento son discutibles y su conclusión está lejos de ser inevitable, pero es suficiente para capturar la idea central: en casos fáciles, los jueces pueden aplicar las normas jurídicas y, en casos difíciles, la decisión no está predeterminada por el sistema jurídico. Por ello, la decisión judicial será discrecional en el sentido de que el derecho no ofrece un criterio para evaluar la corrección de esa decisión. Por tanto,

continuaría el argumento, si el positivismo está comprometido con la idea de que el derecho tiene límites, entonces tendría que rechazar la tesis de la exhaustividad. Como he señalado previamente, una manera de enfrentar este problema es limitar la tesis de la exhaustividad al ámbito de los sistemas aplicables que se construyen para resolver un problema normativo. En este sentido, la exhaustividad no se refiere a la posibilidad de regular infinitas acciones sino a la solución de todos los casos de un determinado universo de casos. En otras palabras, conforme a esta reformulación de la tesis de la exhaustividad, se negaría únicamente la existencia de genuinas lagunas en el derecho, más allá de lo que pudiese ocurrir con otras situaciones que «el derecho no regula ni pretende regular» (o que no regula «porque» pretende «no» regular).

Sin embargo, es usual encontrar, incluso entre autores positivistas (e.g. Kelsen y Raz) una versión «debilitada» de la tesis de la exhaustividad que no pone el acento en si existen lagunas normativas (i.e., casos sin solución en un determinado problema normativo) sino en qué debe hacer un juez frente a una laguna normativa o un caso sin solución. Esta estrategia es la que han seguido influyentes autores positivistas (e.g., Kelsen y Raz). También Bayón desarrolla esta misma idea y su posición puede resumirse de la siguiente manera: si un caso está regulado concluyentemente, los jueces tienen que imponer la solución determinada por el derecho, pero si el caso no está regulado concluyentemente, los jueces tienen que rechazar la pretensión infundada (Bayón, 2010, p. 312). Cuando una demanda no se apoya en un fundamento jurídico concluyente, i.e., cuando el actor pretende algo que el derecho no respalda concluyentemente, entonces –añadiría Bayón (Bayón, 2009, p. 72)– «no veo cómo cabría negar que un juez estaría obligado a desestimar su pretensión» (y, en el mismo sentido, Ruiz Manero, 2010, p. 304).

Sin embargo, Bayón admite que los jueces tienen discrecionalidad en casos de genuinas lagunas en el derecho (y no solamente en la ley). En estas situaciones, «no cabrá hablar de identificación de derecho preexistente, sino de decisión no vinculada por este, es decir discrecional» (Bayón, 2009, p. 60). Estas lagunas surgen cuando (i) las normas formuladas y sus consecuencias lógicas no resuelven un cierto caso, (ii) el balance de razones subyacentes exige una regla que imponga obligaciones o prohibiciones, (iii) el balance no deja en claro cuál sería la regla que hay que imponer. Ello equivale a decir que el juez enfrenta a una disyunción de soluciones posibles que especifican principios subyacentes potencialmente incompatibles sin que se pueda «considerar una cuestión “determinada” por el derecho cuál de ellos habría de prevalecer en las circunstancias del caso» (Bayón, 2009, p. 61). Supongamos que en un cierto caso de indeterminación similar a los que parece tener Bayón *in mente*, i.e., un actor A reclama al juez que «obligue» el demandado B a entregar un determinado bien. Diré, entonces, por simplicidad, que A pretende que el juez imponga una obligación  $O_1$ , que forma parte de un abanico disyuntivo  $\{O_1, O_2... O_n\}$ . Por hipótesis, en esos casos, el balance de razones concluyentes no impone la solución  $O_1$  ya que de la alternativa de obligaciones ( $O_1 \vee O_2... \vee O_n$ ) no se sigue, por ejemplo,  $O_1$ . En otras palabras, el sistema jurídico no establece concluyentemente que el demandado B está obligado a entregar ese bien al demandante A. Ahora bien, A pretende precisamente que se reconozca esa obligación  $O_1$ , pero el derecho (y no solo la ley) no impone concluyentemente esa carga al demandado B porque el balance de principios subyacentes no consagra definitivamente esa respuesta. Por consiguiente, si los jueces están obligados a rechazar todas las demandas que carecen de un fundamento concluyente previo a la decisión, entonces, contra lo que sostiene Bayón, tampoco tendrían discreción en casos de lagunas en el derecho (acerca de otras consecuencias contraintuitivas del enfoque de Bayón, véase Bulygin, 2010, p. 295).

## 9. Conclusiones

En este trabajo he mostrado que, a pesar de sus atractivos, las tesis de la exclusividad y la exhaustividad necesitan refinamiento ya que su plausibilidad se incrementa o disminuye cuando introducimos en el análisis ciertas distinciones ajenas a los modelos positivistas clásicos (e.g., la *Teoría Pura del Derecho*). En especial, he subrayado la importancia de analizar cuidadosamente lo que implica atribuir una naturaleza abierta al derecho en función de la distinción entre los sentidos (i) regulativo, (ii) lógico, (iii) normativo e (iv) interpretativo en los que un sistema puede ser considerado abierto o cerrado. Estas distinciones se conectan con las diferencias entre (i) sistemas globales y sistemas aplicables, (ii) aplicabilidad interna y externa y (iii) calificaciones jurídicas provisorias y calificaciones concluyentes. En gran medida, he destacado el modo en que este grupo de distinciones impacta en nuestra reconstrucción de la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Por ejemplo, la distinción entre sistemas globales y aplicables permite defender una versión debilitada de la tesis de la exclusividad ya que solo exige que los criterios de aplicabilidad sean parte del sistema global, dejando de lado la composición específica del sistema aplicable. A su vez, la diferencia entre calificaciones provisorias y concluyentes sirve para defender una versión debilitada de la tesis de la exhaustividad que señala que, en el nivel de las calificaciones concluyentes, los jueces siempre tienen una respuesta predeterminada. Finalmente, en mi opinión, no importa tanto revisar la verdad o falsedad de las versiones fuertes o debilitadas, sino destacar la importancia de comprender adecuadamente el significado posible de las tesis de la exhaustividad y exclusividad del derecho.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Wein, Estados Unidos: Springer.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Bulygin, E. (1991a). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 355-370). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991b). Tiempo y validez. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 195-214). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (2010). Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición. *Doxa*, 33, pp. 283-296.
- Bayón, J.C. (2009). Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En E. Bulygin et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho* (pp. 27-74). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bayón, J.C. (2010). Permisos, lagunas y discreción judicial: respuesta a Bulygin. *Doxa*, 33, pp. 307-317.
- Caracciolo, R. (2013). El problema de los hechos en la justificación de sentencias. *Isonomía*, 38, pp. 13-34.
- Celano, B. (1999). *La teoría del diritto di Hans Kelsen*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Duarte, L., Gardner, J. y Green, L. (Eds). (2013). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford, Inglaterra: Hart Publishing.
- Dworkin, R. (1977). The Model of Rules I. En Id., *Taking Rights Seriously* (pp. 14-45). Cambridge, EE.UU: Harvard University.
- Gianformaggio, L. y Paulson, S.L. (Eds). (1995). *Cognition and Interpretation of Law*. Turín, Italia: Giapichelli.

- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Kelsen, H. (1990). *General Theory of Norms*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*. New Jersey, EE.UU: Transaction Publishers.
- Harris, J.W. (1979). *Law and Legal Science*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1983). Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. En Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 309-342). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Munzer, S. (1972). *Legal Validity*. Dordrecht, Holanda: Kluwer.
- Navarro, P.E. (2014). Hechos y normas aplicables. *Isonomía*, 40, pp. 147-159.
- Navarro, P.E. (2016). Enunciados jurídicos, proposiciones normativas y necesidad práctica. *Analisi e Diritto*, 2016, pp. 101-126
- Navarro, P.E. (2018). The Uncertain Limits of Law. *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 9-38.
- Navarro, P.E. y Moreso, J.J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, 16, pp. 201-219.
- Navarro, P.E., Orunesu, C., Rodríguez, J.L. y Sucar, G. (2004a). Applicability of Legal Norms. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17, pp. 337-359.
- Navarro, P.E., Orunesu, C., Rodríguez, J.L. y Sucar, G. (2004b). La fuerza institucional del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México (UNAM)*, LIV, pp. 187-209.
- Navarro, P.E. y Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Paulson, S.L. y Litschewski Paulson, B. (eds). (1998). *Norms and Normativity*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979a). The Identity of Legal Systems. En Id., *The Authority of Law* (pp. 81-105). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979b). The Institutional Nature of Law. En Id., *The Authority of Law* (pp. 106-123). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979c). The Function of Law. En Id., *The Authority of Law* (pp. 162-177). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979d). Legal Reasons, Sources and Gaps. En Id., *The Authority of Law* (pp. 56-80). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2ª ed.). Princeton, EE.UU: Princeton University Press.
- Raz, J. (1994). Authority, Law and Morality. En Id., *Ethics in the Public Domain* (pp. 210-237). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). Incorporation by Law. En *Between Authority and Interpretation* (pp. 182-202). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Ruiz Manero, J. (2005). Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En F. Atria et al., *Las lagunas del derecho* (pp. 103-126). Madrid, España: Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (2010). Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho. *Doxa*, 33, pp. 297-305.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Von Wright, G.H. (1968). *An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action*. Dordrecht, Holanda: Reidel.
- Von Wright, G.H. (1993). Analytic Philosophy: A Historico-Critical Survey. En Id., *The Tree of Knowledge* (pp. 25-52). New York, EE.UU: Brill.
- Waluchow, W.J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, UK: Oxford University Press.

# Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad\*

## European drive to whistleblowing and integrity agencies

Javier Sierra Rodríguez

Universidad de Murcia

ORCID ID 0000-0001-9002-5153

[javier.sierra@um.es](mailto:javier.sierra@um.es)

### Cita recomendada:

Sierra Rodríguez, J. (2020). Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 64-85 .

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5703>

Recibido / received: 15/05/2020  
Aceptado / accepted: 14/07/2020

### Resumen

La transposición de la Directiva sobre protección de denunciantes debe llevarse a cabo en España antes de finalizar 2021, lo que obligará a incorporar en nuestro derecho interno con un alcance general los canales de alerta, el régimen de protección de los denunciantes y la designación de las autoridades independientes que deben gestionar los canales externos de denuncia. En este artículo se examinan los posibles modelos a seguir y las facultades que deberían tener este tipo de autoridades externas. Del examen de las diferentes alternativas se invita a la reflexión para que no sólo se contemple la creación de una autoridad nueva, sino que se valore la atribución del sistema de *whistleblowing* a organismos de control existentes, o incluso ir hacia un modelo distinto basado en la experiencia italiana de agencia anticorrupción que trabaja en campos conexos como la transparencia, la contratación pública y la lucha contra la corrupción.

### Palabras clave

Canales de alerta, denuncias, integridad, lucha contra la corrupción.

\*Parte de este trabajo se realizó durante una estancia de investigación en el Departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad Sapienza de Roma durante 2019, financiada por el Campus de Excelencia Internacional *Mare Nostrum* en la convocatoria para la realización de estancias en centros extranjeros para el PDI de la Universidad de Murcia.

### Abstract

The transposition of the Directive on whistleblower protection must be carried out in Spain before the end of 2021, which will force the incorporation into our internal law, with a general scope a range of alert channels, whistleblower guarantees and also independent authorities that must manage external reporting channels. This article examines the possible models to follow and the powers that this type of authority should have. From the examination of the different alternatives, reflection is invited so that not only the creation of a new authority is contemplated, but also the possible attribution of the whistleblowing system to existing control organisms, or even go towards a different model based on experience of the Italian anti-corruption agency that works in related fields such as transparency, public procurement and the fight against corruption.

### Keywords

Whistleblowing, alerts, integrity, fight against corruption.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Directiva de protección de los denunciantes y las autoridades externas. 2.1. La Directiva como impulso a la creación de las agencias de integridad. 2.2. La relevancia de los canales externos de denuncia y de las autoridades independientes. 3. Modelos de autoridades externas para la gestión de los canales de denuncia. 3.1. El modelo italiano: la *Autorità Nazionale Anticorruzione*. 3.2. El modelo de las Comunidades Autónomas. 3.3. Consideraciones sobre el modelo a adoptar. 4. Facultades, funciones y características críticas de las autoridades. 4.1. Protección de los denunciantes. 4.2. Comprobación de las denuncias: atribuciones de investigación, acceso a información e inspección. 4.3. Cooperación, salvaguarda del sistema y proyección exterior. 4.4. Régimen sancionador. 5. A modo de conclusión.

## 1. Introducción

Con el término angloamericano *whistleblowing* se alude a la utilización de los canales de denuncia de conductas ilícitas asociadas frecuentemente a la corrupción. Su giro al castellano se traduce como «tocar el silbato» y hace referencia al sentido expresado por Benítez Palma (2018, p. 13): «cuando algo se está haciendo mal y puede ocasionar algún tipo de daño físico o humano, alguien toca el silbato y todo se detiene»<sup>1</sup>. En la esencia de estos sistemas está la filosofía de la prevención y de la protección del denunciante (*whistleblower*), mediante garantías como la confidencialidad y la prohibición de represalias ante el ejercicio de una actuación que debería ser considerada cívica. Por ello, los sistemas de *whistleblowing* deben estar

---

<sup>1</sup> Para su traducción se ha venido utilizando el término «denunciante», por lo que hay voces (entre ellas la organización activista XNET) que reclaman que se utilice una palabra distinta como «alertador». El fundamento de esta reclamación se sustenta en evitar las connotaciones negativas del término denunciante (ej. chivato, acusador, etc.) debido al contexto sociocultural de nuestro país. Lo que se busca es que el término pueda reflejar su genuino significado y su asociación con las virtudes que se asocian al ejercicio de *whistleblowing* (valentía, cumplimiento del deber ciudadano, etc.). En cualquier caso, y ante la inexistencia de un término generalmente aceptado, a los efectos de este artículo se utilizarán indistintamente los términos *whistleblower*, denunciante, alertador y sus variaciones. Aparte, se remite a las reflexiones realizadas en torno al concepto por Pérez Triviño (2018) y como ejemplo sobre la imposibilidad de una adecuada traducción al contexto cultural italiano a Pérez Monguió (2019, p. 352).

respaldados por una regulación y debe existir algún tipo de autoridad que vele por la protección de los denunciantes y la eficacia del sistema.

Este trabajo tiene por objeto examinar la futura configuración de las autoridades externas de gestión de los canales de denuncias, de las que poco se ha escrito con cierta dosis de profundidad por el momento. El contexto es propicio, porque España debe incorporar a su ordenamiento interno una regulación completa del *whistleblowing* tras el impulso europeo que se ha dado a esta materia mediante la Directiva 1937/2019, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Para ello, el análisis se realiza con relación a las autoridades que puedan actuar en el ámbito público, dejando al margen las que se proyecten sobre el ámbito privado, así como otros debates relativos a la disyuntiva entre la confidencialidad y el anonimato de los denunciantes, o la apertura de los canales y las garantías fuera del contexto laboral sobre el que se denuncian los hechos.

El trabajo se estructura a través de tres apartados que siguen a esta introducción. Por un lado, se examinan los contenidos básicos de la Directiva y se detectan las razones por las que es relevante la existencia de canales externos de denuncia y de autoridades independientes. A continuación, se centra la atención en los modelos de autoridades externas, analizando la configuración y funciones de la *Autorità Nazionale Anticorruzione* italiana y de las agencias antifraude de las Comunidades Autónomas españolas. El siguiente apartado aborda críticamente las atribuciones y características que debería tener cualquier autoridad externa que gestione los canales de *whistleblowing* en España. Finalmente se realizan una serie de reflexiones a modo de conclusión, cuya finalidad es contribuir al debate sobre los contenidos de la futura transposición de la Directiva con relación a las autoridades externas que gestionen los canales de denuncia.

## 2. La Directiva de protección de los denunciantes y las autoridades externas

Como se ha introducido, la Unión Europea publicó el 26 de noviembre de 2019, la Directiva 1937/2019, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. A continuación, se analiza su contenido en relación a las autoridades o agencias de gestión de canales externos de denuncia y se aíslan los motivos por los que es relevante su existencia.

### 2.1. La Directiva como impulso a la creación de las agencias de integridad

La Directiva abre la puerta mediante su transposición –que debe realizarse antes del 17 de diciembre de 2021– a un sistema completo de alertas en España que abarca al ámbito público y al privado<sup>2</sup>, para facilitar que las personas conocedoras de infracciones del Derecho de la Unión en su contexto laboral puedan denunciarlas.

---

<sup>2</sup> No obstante, la Directiva no abarca a todos los ámbitos, aunque el listado de materias sobre las que se aplica sea amplio. Su artículo 2 delimita su ámbito material e incluye la contratación pública, los servicios, productos y mercados financieros, el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, la seguridad de los productos, la seguridad de transporte, la protección del medioambiente, la protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, la seguridad de los alimentos, la sanidad y bienestar de los animales, la salud pública, la protección de los consumidores, la protección de la privacidad y datos personales, la seguridad de las redes y los sistemas de información, los intereses financieros de la Unión Europea, así como las infracciones relativas al mercado interior.

Prevé dos tipos de canales, las vías internas, como canal principal de las denuncias, que se deben poner en marcha en el seno de las organizaciones para sus trabajadores y asimilados (contratistas, colaboradores, etc.); y las vías externas, ante autoridades independientes<sup>3</sup>.

Por tanto, su transposición tendrá un alcance general que comprende los canales de denuncia interna de las empresas privadas –que ya existen en muchas empresas en el marco de programas de *compliance*–<sup>4</sup>, y del ámbito público, siendo de esperar que obligue a modificar el tradicional sistema de denuncias administrativas<sup>5</sup>. Estas previsiones se deben ensamblar con los canales externos, que según la Directiva deben estar gestionados por una autoridad competente designada por los Estados (art. 11.1). Aparte, la transposición deberá definir si el sistema de *whistleblowing* quedará circunscrito sólo a las denuncias formuladas en relación con el contexto laboral, o si la legislación interna irá un paso más allá para que el régimen de las denuncias y las garantías de protección sean aplicables a las presentadas por cualquier particular y sin una necesaria relación laboral<sup>6</sup>, como sucede en parte de la legislación autonómica que recoge la existencia de canales externos.

Bajo las previsiones de la Directiva, en España podría establecerse un sistema para las denuncias externas que desemboque en una autoridad única y que permita acceder a las medidas de protección, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y a otros organismos dedicados al control<sup>7</sup>; o bien, existir más de una autoridad para gestionar el canal externo, tanto por grandes ámbitos – público y privado–, como por sectores concretos. Además, atendiendo al sistema de descentralización política de nuestro país, estas autoridades es probable que se reproduzcan en las Comunidades Autónomas e incluso en ámbitos locales.

Es precisamente esta configuración y concretamente la que se imponga con relación al ámbito público la que interesa a los efectos de este artículo, bajo la presunción de que existirán autoridades externas diferenciadas entre el sector público y el privado, constituyendo un sistema de *whistleblowing* dual como parece dibujarse en otros países. En la regulación italiana, por ejemplo, las denuncias relacionadas con la corrupción en el ámbito público y las medidas de protección se pueden activar recurriendo a la *Autorità Nazionale Anticorruzione*; mientras que en el sector privado,

---

<sup>3</sup> La Directiva también incorpora disposiciones para que las personas que hayan hecho revelaciones públicas de información puedan acogerse a las protecciones que ofrece, aunque circunscribe esta posibilidad a la previa utilización de los canales sin que se hayan adoptado medidas; o ante la existencia de motivos razonables sobre la producción de un peligro inmediato para el interés público o de efectos contraproducentes si se acude a los canales externos –riesgo de represalias o de tratamiento inadecuado de la denuncia– (art. 15).

<sup>4</sup> En algunos sectores como el ámbito financiero (Ley 10/20210, de 28 de abril), ya existía la obligación de disponer de canales de denuncia. No obstante, un factor que «ha actuado de *facto* como un catalizador para su implantación» fue la modificación del Código Penal operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, que incluía como un elemento de exoneración y atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas la adopción de un sistema de control y prevención de delitos (Bachmaier, 2019).

<sup>5</sup> El actual artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) prevé un sistema de denuncias que ya existía con anterioridad y que se ha mostrado ineficaz, tanto para la detección de las malas praxis en la Administración, como para la detección de la corrupción (Pérez Monguió, 2019, p. 348).

<sup>6</sup> No es objeto de este artículo la delimitación de la figura del denunciante, pero la apertura de los canales de denuncia a todos los ciudadanos termina generando beneficios –también inconvenientes– en términos del número de denuncias recibidas y, por tanto, de posibilidades de recibir información.

<sup>7</sup> La utilización de las vías establecidas (canales internos, externos o revelación pública) es un requisito para acogerse a las medidas de protección, pero la Directiva también la extiende la protección en las mismas condiciones a quienes hayan realizado denuncias ante otras instituciones, órganos u organismos de la Unión sobre infracciones dentro de su ámbito de aplicación. Por ejemplo, en la legislación italiana se extiende ante las denuncias formuladas ante autoridad judicial o de control de cuentas.

se puede acudir a la Inspección Nacional del Trabajo en caso de experimentar represalias<sup>8</sup>.

Hay otros indicios que nos llevan a este planteamiento dual. En primer lugar, porque durante el proceso de elaboración de la Directiva, la doctrina y la sociedad civil ya venía dando por hecho que el ámbito público tendría sus propios canales externos y una autoridad de control con un énfasis importante en relación con la lucha contra la corrupción (Benítez Palma, 2018; Vestri, 2019). En segundo lugar, porque existen precedentes en las Comunidades Autónomas que han creado agencias de integridad y oficinas contra la corrupción que actúan como gestoras de canales externos de denuncia. Y en tercer lugar, porque las iniciativas legislativas presentadas hasta el momento han adoptado este esquema mediante una autoridad externa para el ámbito público. Así se contemplaba en la proposición de Ley de Protección de Denunciantes de 2016 que no prosperó<sup>9</sup>, a la que ahora se une un *maremagnum* de iniciativas tras la Directiva, que tienen en común apostar por una línea similar y cuyo número previsiblemente siga aumentando en los próximos meses<sup>10</sup>.

## 2.2. La relevancia de los canales externos de denuncia y de las autoridades independientes

La Directiva pretende promocionar los canales internos dando cierta prioridad a su utilización como vía ordinaria. Así, en el artículo 7.2, establece el mandato a los Estados para promover la comunicación «a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa». Esta posición proclive a los canales internos se observa en toda la redacción de la Directiva y se ve reflejada al regular las vías de denuncia externa en su artículo 10, a las que se podrá acudir «tras haberla comunicado en primer lugar a través de los canales de denuncia interna». No obstante, el mismo artículo abre la posibilidad a que se produzca una comunicación «directamente a través de los canales de denuncia externa», pero es necesaria su lectura conjunta con el mencionado artículo 7.2 que, tras mostrar su preferencia por los canales de denuncia interna, condiciona esta prioridad a «que se pueda tratar la información internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias».

Con ello, se viene a reafirmar que se puede acudir a los canales externos directamente cuando se dude de la eficacia o exista la percepción de riesgo. La Directiva no aclara con mayor detalle estos los criterios, ni quién debe determinar si se produce alguna de estas características, lo que debería conllevar a que se permita de manera general el acceso directo a las vías externas. Esta fue la solución finalmente aceptada en el proceso de elaboración de la Directiva. García Moreno

<sup>8</sup> La legislación italiana que contiene las normas aplicables al *whistleblowing* en el ámbito público se insertaron en el Estatuto del Empleado Público en 2012 (Decreto Legislativo 165/2001, de 30 de marzo, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*); mientras que en el ámbito privado se contienen desde 2017 en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas (Decreto Legislativo núm. 231/2001, de 8 de junio, relativo a la *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*).

<sup>9</sup> La finalización anticipada de la XII legislatura debido a la convocatoria de las elecciones generales de abril de 2019 dejó en una fase avanzada una proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos (BOCG núm. 33-1/2016, de 23 de septiembre), que incluía los mecanismos de denuncia externa con un estatuto de protección del denunciante y creaba la Autoridad Independiente de Integridad Pública.

<sup>10</sup> Sin ánimo de ser exhaustivo, se citan las más recientes en el momento de cierre de este artículo presentadas por Joan Baldoví Roda y 15 Diputados (BOCG núm. 27-1/2019, de 20 de diciembre), por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos (BOCG núm. 35-1/2020, de 17 de enero) y por el Grupo Parlamentario VOX (BOCG núm. 56-1/2020, de 21 de febrero).

(2020, pp. 317-318) nos recuerda que inicialmente estaba previsto un sistema escalonado de tres etapas –interna, externa y revelación pública– que requería haber agotado la vía anterior para pasar a la sucesiva, y que finalmente se modificó ante las diversas críticas recibidas, entre ellas las del Consejo Económico y Social que venía a apostar por el sistema finalmente adoptado.

En cualquier caso, existen serias dudas sobre la efectividad y garantías de los canales internos en comparación a los de carácter externo. Los estudios en perspectiva comparada vienen a mostrar que los destinatarios internos de las denuncias son más proclives a tapar o ignorar los problemas (Moberly, 2014; Loyens y Vandekerckhove, 2018). A ello contribuye que cuanto más pequeño es el entorno, hay una mayor cercanía al potencial denunciado y aumentan las probabilidades de que existan relaciones personales que dificulten su gestión con eficacia, o que se pongan en riesgo elementos básicos de los canales de denuncia como es la garantía de confidencialidad<sup>11</sup>.

De ahí, que estas características puedan constituir una barrera que desincentive las alertas de manera insalvable, ante alertadores que no quieran verse sometidos a la incertidumbre y presión psicológica que producen estas situaciones, de manera que su denuncia sólo podría ver la luz si existe un cauce fuera de la organización en la que tienen lugar.

Todas estas razones llevan a presumir que los canales externos son más efectivos para la gestión de las alertas. Aparte, que se erigen en una piedra angular para garantizar el funcionamiento del sistema de *whistleblowing*, porque permiten establecer esa mayor distancia con el entorno donde suceden los hechos y porque pueden garantizar en mayor medida el aseguramiento de una actuación imparcial y libre de cualquier influencia.

A estos argumentos se une la posibilidad de que las vías externas estén gestionadas por autoridades realmente independientes y que eventualmente puedan estar dotadas de facultades suficientes con relación a la protección y asistencia de los denunciados, a la eficacia de la investigación de las alertas y a la salvaguarda del sistema. De ahí la importancia de la elección de estas autoridades y de la configuración y atribuciones que se les otorgue y cuyo examen se aborda en los siguientes apartados.

### 3. Modelos de autoridades externas para la gestión de los canales externos de denuncias

El articulado de la Directiva no establece cómo deben ser las entidades que gestionan los canales externos sobre las que se limita a referirse a ellas como autoridades competentes. No obstante, hay que detenerse en el considerando núm. 64 en el que se sugiere que «dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo».

<sup>11</sup> Sin embargo, autores como Miranzo Díaz (2019: 374 y ss.) muestran un mayor repertorio de bondades de los canales internos por existir una tendencia de los denunciados a utilizarlos como primera opción y porque realizan una función de filtro antes de llegar a otras instancias. Al mismo tiempo, sobre los canales externos señalan riesgos con relación a su independencia, por su posible saturación debido a la carga de trabajo, y por el desincentivo que origina entre los potenciales denunciados que no quieren poner en evidencia a su organización ante terceras entidades.

Las características que se propugnan sobre el canal como externo, independiente y autónomo<sup>12</sup> hacen que no se conciba –a priori– que estas autoridades no tengan un mínimo de independencia y que, en coherencia, sean entidades alejadas suficientemente del ámbito público en el que se produzcan las situaciones objeto de denuncia. De lo contrario, se produciría una contradicción que desprovea a los canales de las características básicas que se buscan.

A continuación, se examinan algunos modelos de autoridades que gestionan cauces de *whistleblowing*. De otros países se toma como referencia la *Autorità Nazionale Anticorruzione* italiano que dispone de un sistema de *whistleblowing* que lleva en funcionamiento desde 2014; mientras que en las Comunidades Autónomas se analiza la configuración de las agencias de integridad que se han regulado en los últimos años, con especial atención a las que ya están en funcionamiento en Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares.

### 3.1. El modelo italiano: la *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Las autoridades que gestionan alertas tienen un mayor recorrido en otros países europeos. Los modelos son diversos y hay canales de *whistleblowing* que dependen de órganos ligados al sistema judicial (Portugal) o a instituciones como el Defensor del Pueblo (Francia)<sup>13</sup>. En la legislación italiana encontramos su articulación a través de un organismo especializado en la lucha contra la corrupción, la *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC). Este organismo se erige como una instancia acogida a un marco regulador de ámbito estatal a la que remitir las denuncias y además ejerce un importante papel al impulsar, dictar directrices y dar pautas de interpretación sobre los canales de denuncia a las Administraciones públicas, así como sancionar directamente las represalias detectadas y las conductas que pueden socavar la eficacia del sistema, tal y como se analizará más adelante.

Este modelo se configura por evolución de la experiencia acumulada en Italia a partir de un primer organismo creado en 2009 con competencias en materia de lucha contra la corrupción, transparencia y evaluación del desempeño (*Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche – CIVIT*)<sup>14</sup>, que convivía con una autoridad de control de la contratación pública (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*)<sup>15</sup>. En 2012 fue designada como autoridad nacional para la coordinación de la actividad en relación con la lucha contra la corrupción en la Administración pública y en el 2013 adoptó la

<sup>12</sup> La Directiva tiene una forma peculiar de determinar que se cumple con los rasgos de independencia y autonomía, algo que circunscribe al cumplimiento simultáneo de dos criterios. Por un lado, que se «se diseñen, establezcan y gestionen de forma que se garantice la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado de la autoridad competente» y por otro, que «permitan el almacenamiento duradero de información... para que puedan realizarse nuevas investigaciones» (art. 12.1).

<sup>13</sup> En el ámbito europeo hay organismos equivalentes con experiencia en la gestión de canales de denuncia. En diciembre de 2019 se constituyó la red europea de los organismos estatales que trabajan en esta materia con la presencia de nueve países. Estos organismos responden a una tipología diversa como agencias y oficina de integridad, defensorías del pueblo y fiscalías. Los organismos que constituyeron la red fueron los siguientes: *Federal Ombudsman* y *Vlaamse Ombudsdienst* (Bélgica); *Défenseur des Droits* (Francia); *Huis voor Klachtenluiers* (Holanda); *Contact Point of Whistleblowers* (Letonia); *General prosecutor's office, Department. of internal investigations* (Lituania); *Autorità Nazionale Anticorruzione* (Italia); *Garda Ombudsman, GSOC Protected Disclosure Unit* (Irlanda); *MFSA* (Malta); el Ministerio Público (Portugal), y *Conflict of Interests and Anti-Corruption department* (República Checa).

<sup>14</sup> La *Commissione* fue creada mediante el *Decreto Legislativo núm 150/2009, de 27 ottobre, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*.

<sup>15</sup> La *Legge Merloni* núm. 109/1994, de 11 de febrero, creaba esta autoridad que inició su actividad como entidad de control de la contratación de obras, y que fue ampliando sus funciones hasta actuar como organismo de supervisión de toda la contratación pública.

denominación actual<sup>16</sup>. Finalmente, en 2014, estas estructuras experimentaron una reorganización, transfiriendo las competencias en materia de control de la contratación pública a la ANAC y suprimiendo la autoridad de vigilancia de la contratación pública, al tiempo que la ANAC perdía las competencias en materia de medición del desempeño<sup>17</sup>. Por tanto, su ámbito de actuación no se limita sólo a la lucha contra la corrupción, sino que comprende la transparencia administrativa y la contratación pública, constituyendo áreas que interactúan entre sí y que refuerzan su capacidad de comprensión de los fenómenos de la corrupción (Carlioni, 2017, p. 90). Sus funciones de lucha contra la corrupción se ven reforzadas por el impulso, aprobación y ejecución de planes trienales de lucha contra la corrupción, que permiten a la ANAC coordinar los planes de estas características que deben existir en cada Administración pública, en una especie de sistema de *compliance público* que incorpora medidas de transparencia, reglas de conducta y la existencia de un responsable de estas materias en cada Administración pública.

### 3.2. El modelo de las Comunidades Autónomas

La mayoría de las Comunidades Autónomas que disponen de normativa específica en esta materia han optado por regular vías externas (Aragón, Asturias Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Navarra), así como por la creación de nuevos organismos, salvo en Asturias donde se atribuye la gestión de las denuncias a una oficina dependiente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CUADRO I). Aparte, queda el caso de Castilla y León, cuya ordenación de *whistleblowing* se configura como una vía interna ante la inspección general de servicios<sup>18</sup>.

Las autoridades de estos canales externos están enfocadas al ámbito público y a una tarea general de detección de la corrupción y el fraude, por lo que gestionan las vías de denuncia como una posibilidad más a partir de la cual despliegan sus actuaciones de investigación, que también se pueden iniciar de oficio o tras la comunicación de terceras entidades.

Por lo general, sus canales externos de denuncia van acompañados de algún tipo de garantías, y están abiertos a cualquier ciudadano, aunque muchas de las salvaguardas no sean aplicables a los particulares porque estén expresamente previstas para las relaciones laborales en el ámbito público<sup>19</sup>. Aparte, la confidencialidad es un rasgo inherente a estos sistemas, y salvo en el caso aragonés, se permiten las denuncias anónimas en el resto de normas, aunque se termine haciendo una remisión a lo que eventualmente determine la legislación básica.

En su configuración podemos encontrar características comunes encaminadas a proteger su independencia, lo que se considera un elemento clave

<sup>16</sup> Las modificaciones que también afectaron a su organización interna tuvieron lugar a través de la Ley anticorrupción (*Legge Severino*) 190/2012, de 6 de noviembre, –que además introducía los canales de denuncia en el estatuto del empleado público– y mediante el Decreto Ley 101/2013, de 31 de agosto, convalidado como *Legge* 125/2013, de 30 de octubre.

<sup>17</sup> *Decreto-legge* núm. 90/2014, de 24 giugno, de *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, posteriormente convalidado como Ley 114/2014, de 11 de agosto.

<sup>18</sup> Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos con la Administración Pública y se establecen garantías de los informantes en la Comunidad de Castilla y León.

<sup>19</sup> Sin embargo, en la ley aragonesa –Ley 5/2017, de 1 de junio– es más restrictiva porque aun cuando su procedimiento de actuación prevé la recepción de denuncias por personas físicas o jurídicas sin explicitar mayores condicionamientos (art. 23.2), el artículo 45.1 circunscribe la consideración de denunciante a los empleados del sector público e instituciones de Aragón en el marco de la delimitación de su Estatuto del Denunciante.

para su eficacia, pero también porque el «aislamiento de posibles presiones políticas deviene crítico para la legitimidad» (Ponce Solé, 2017, p. 13). Entre los rasgos de independencia más claros está la adscripción directa al Parlamento, evitando dependencias de la esfera gubernamental (Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares), aunque persisten modelos en los que hay algún tipo de sujeción a la Administración autonómica (Asturias y Navarra)<sup>20</sup>. También es habitual que se establezcan requisitos para los componentes de sus órganos de gobierno basados en la experiencia o solvencia profesional, así como su elección por mayorías parlamentarias cualificadas, la disposición de un estatuto de permanencia e inamovilidad, entre otros<sup>21</sup>. Estas características no deberían estar ausentes en la futura regulación de las autoridades externas del *whistleblowing*, de modo que lleven a la mínima posibilidad de interferencia gubernamental en su proceder, especialmente en las decisiones relativas a la propuesta y aprobación de candidatos para ocupar sus puestos de dirección<sup>22</sup>, la selección de su personal, la aprobación de sus propias normas de autoorganización, o la elaboración de su proyecto de presupuestos.

De la normativa analizada, la que sistematiza de un modo clarificador las funciones de este tipo de agencias de integridad o anticorrupción es la Ley Foral Navarra 22/2018, que diferencia las funciones en cuatro ámbitos: prevención, investigación, evaluación y protección. Así, las actuaciones en torno a los canales de denuncia corresponden simultáneamente, tanto al ámbito de investigación, porque se activa tras las alertas; como al ámbito de protección, que se proyecta específicamente sobre las garantías de confidencialidad y las salvaguardas ante perjuicios que puedan experimentar los denunciantes. Como se observa, se trata de funciones que superan las previsiones mínimas necesarias para los sistemas de *whistleblowing* y que conllevan una función más amplia de investigación y lucha contra la corrupción incluyendo la óptica preventiva<sup>23</sup>, a la que contribuye la mera disposición de los canales de denuncia porque supone un mecanismo de la prevención de la corrupción por su efecto disuasorio (Vestri, 2019, p. 23). En todo caso, se descarta de sus funciones la vía represiva que sigue residiendo en los organismos a los que se derivan los informes de investigación, bien sean de carácter judicial o administrativo.

---

<sup>20</sup> La oficina asturiana depende del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno sobre el que se declara su «plena autonomía funcional y absoluta independencia», sobre el que se prevé su adscripción a la Consejería competente en materia de transparencia (art. 63.2). Por otra parte, en el caso de Navarra, la oficina se crea como entidad de derecho público que aun invocando su «plena independencia orgánica y funcional» (art. 1.1) queda encuadrada como un organismo del sector público autonómico.

<sup>21</sup> No es objeto de este trabajo profundizar en los rasgos de independencia formal y real de estos organismos, pero en los últimos años se ha escrito sobre este tema con relación a la configuración de los consejos y órganos de control de la transparencia. Véase al respecto Sendín García (2014), Jiménez Asensio (2017), Martín Delgado (2018), Cocciolo (2019) o García Costa (2020).

<sup>22</sup> Nótese que este desplazamiento hacia el Parlamento combinado con la exigencia de mayorías cualificadas ha originado algunos problemas en Aragón, Asturias y Navarra, porque no se llega a un acuerdo al respecto y está suponiendo la parálisis de la puesta en marcha de estas instituciones. Sin embargo, la falta de exigencia de mayorías cualificadas podría llevar, por el contrario, a que se opte por personas con perfiles sesgados en términos partidistas o ideológicos.

<sup>23</sup> Las funciones de prevención están formuladas de muy distinto modo en las leyes autonómicas, así algunas expresan mandatos generales al fomento de valores y principios de ética e integridad (Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares), mientras que otras son más explícitas e incluyen la los planes de prevención, la identificación de riesgos, la elaboración de códigos de conducta, la disposición de registros de actividades, bienes, derechos e intereses, incompatibilidades, planes de prevención, acciones de formación y sensibilización, según los casos. Muchas de estas materias han sido incorporadas en otra legislación autonómica –principalmente asociada a la transparencia y el buen gobierno– que no se examina porque las normas reguladoras no acogen sistemas de *whistleblowing*.

## CUADRO 1

## ORGANISMOS INDEPENDIENTES A LOS QUE SE ENCOMIENDA LA GESTIÓN DEL CANAL EXTERNO DE DENUNCIAS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Comunidad Autónoma	Autoridad	Regulación	Dependencia	Rasgos de su canal de denuncias
Aragón	Agencia de Integridad y Ética Públicas	Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas	Cortes de Aragón (art. 8)	<b>Denunciante:</b> Empleados públicos (art. 45). <b>Denuncias anónimas:</b> se excluyen las denuncias anónimas (art. 46).
Asturias	Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción	Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, adscrito a la Consejería de transparencia (art. 63)	<b>Denunciante:</b> Cualquier persona física o jurídica (art. 59). <b>Denuncias anónimas:</b> en los términos que, en su caso, disponga la legislación básica (art. 60).
Cataluña	Oficina Antifraude de Cataluña	Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña	Parlamento de Cataluña (art. 1.1)	<b>Denunciante:</b> Cualquier persona (art. 16.3) <sup>24</sup> <b>Denuncias anónimas:</b> se permiten por una instrucción interna <sup>25</sup> , sin estar previstas en su ley, ni en su reglamento <sup>26</sup> .
Comunidad Valenciana	Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción	Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción	Las Cortes Valencianas (art. 1.1)	<b>Denunciante:</b> Cualquier persona física o jurídica (art. 14,1 a). <b>Denuncias anónimas:</b> se admiten (art. 35 reglamento <sup>27</sup> ).
Islas Baleares	Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción	Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción	Parlamento de Las Islas Baleares (art. 1.1)	<b>Denunciante:</b> Cualquier ciudadano (art. 7.2) o persona (art. 14.3). <b>Denuncias anónimas:</b> se admiten (art. 32 reglamento <sup>28</sup> ).
Navarra	Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción	Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción	No se explicita (art. 1)	<b>Denunciante:</b> persona física o jurídica, pública o privada (art. 14.1). <b>Denuncias anónimas:</b> Permite "permanecer" en el anonimato (art. 24.2).

Fuente: elaboración propia

<sup>24</sup> El artículo 16 de su Reglamento especifica: «a consecuencia de una denuncia o comunicación presentada por una persona física o jurídica, pública o privada».

<sup>25</sup> Instrucción 1/2016, de 7 de septiembre, del Director de la Oficina Antifraude de Cataluña.

<sup>26</sup> Normas de Actuación y de Régimen Interior de la Oficina Antifraude de Catalunya, aprobadas por la Comisión de Asuntos Institucionales del *Parlament de Catalunya* en la Sesión de 25/11/2009.

<sup>27</sup> *Resolució de 27 de juny de 2019, del director de l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraude i la Corrupció de la Comunitat Valenciana, per la qual s'aprova el seu Reglament de funcionament i règim interior, en desenvolupament de la Llei 11/2016, de 28 de novembre, de la Generalitat.*

<sup>28</sup> Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares. Aprobado por la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales del Parlamento de las Islas Baleares en su sesión de 21 de noviembre de 2018.

### 3.3. Consideraciones sobre el modelo a adoptar

Una referencia habitual sobre la inserción de los mecanismos anticorrupción en España es la remisión a Antonio Arias (2017), quien describía los dos modelos básicos de implantación por los que ahora se debe optar con relación al *whistleblowing*: atribuyéndolos a una institución de control existente como se había hecho en Portugal, o mediante la creación de una agencia especializada bajo el modelo de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

El hecho de atribuir las competencias sobre *whistleblowing* a organismos preexistentes en el ámbito estatal podría desdibujar la idea de seguir un modelo de agencias anticorrupción especializadas y centradas en esta materia, pero sería una alternativa real. Una eventual confluencia del *whistleblowing* en torno al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno –como sucede en la legislación asturiana– haría confluir a los cauces de denuncia con la transparencia, cuya función de prevención de la corrupción es innegable<sup>29</sup>, aunque esté menos identificada como un mecanismo activo de lucha contra la corrupción. No hay que olvidar que bajo el paraguas de las leyes de transparencia se ha venido introduciendo la regulación de materias afines como los principios de buen gobierno, los códigos éticos, la ordenación de los *lobbies* –el propio canal de denuncias en Asturias–, entre otros, por lo que cualquier separación que se quiera realizar entre transparencia y lucha contra la corrupción es superflua.

Algo similar sucedería si se apuesta por el modelo de los Tribunales de Cuentas, mientras que otra opción viable sería el Defensor del Pueblo, tal y como existe en Francia. En el primer caso, pueden existir dudas sobre su eficacia, atendiendo al control excesivamente formalista que caracteriza su actuación. En el segundo caso, existe suficiente sustantividad y separación entre la actividad de tutela de derechos y libertades con aquella que se desarrolla en el marco de la lucha contra la corrupción, de modo que esta convivencia podría terminar priorizando la actividad de una sobre la otra con las correspondientes consecuencias negativas en términos de visibilidad y prioridad de las actuaciones.

Con todo, la incorporación al derecho interno del sistema de *whistleblowing* puede ser una oportunidad para reorganizar y refundir algunos de los organismos preexistentes, no con la intención de suprimir, sino con la idea de fondo de crear estructuras potentes y con capacidad para actuar eficazmente. Esto se fundamenta en que muchos de los órganos creados tienen debilidades estructurales debidas a su diseño normativo, en aspectos como la carencia de una capacidad sancionadora o dependencia de los ejecutivos respecto a su funcionamiento o disposición de recursos<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Que se reconozca su contribución en términos de prevención o condicionamiento de la corrupción no significa necesariamente que se evite la corrupción, de hecho, como indica Monge Antolín (2018, p. 189), tal postura «sería toda una osadía por nuestra parte, ya que el hecho de que haya leyes de transparencia, no evita, ni soluciona la corrupción política».

<sup>30</sup> Esta es la situación del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, sobre el que observa una ausencia de capacidad sancionadora y que experimenta insuficiencia de recursos para el desarrollo de su labor, aparte de la situación de transitoriedad originada porque no se ha nombrado a su titular desde el fallecimiento de su anterior presidenta en 2017. De hecho, la Declaración de Cádiz, formulada en 2018 por la Red de Consejos y Comisionados de la Transparencia, hacía una reclamación expresa sobre la necesidad de aportar recursos económicos y humanos suficientes para que los organismos de garantía de la transparencia puedan realizar su labor ante este tipo de debilidades estructurales.

No es ocioso mencionar que la tendencia a la creación de organismos nuevos al resguardo de las novedades y de la búsqueda de alternativas para lograr una mejor Administración también ha producido disfunciones. Una de ellas es la multiplicación de las instancias que disponen de funciones similares y que pueden llegar a solaparse produciendo duplicidades innecesarias<sup>31</sup>. La constelación actual de organismos de tamaño pequeño –su atomización–, con una dotación de recursos escasos y capacidad limitada, puede traer como consecuencia que los resultados y eficacia en su conjunto sea mucho menor de la que se podría obtener si se concentran. Algunas consecuencias prácticas de la parcelación actual de los ámbitos de control pueden llevar a que la información distribuida en varias entidades públicas no permita que las denuncias prosperen adecuadamente, o que los mismos denunciados acudan a las todas las entidades a la vez. En esta línea, Benítez Palma (2017, p. 16) aboga por que se delimiten las competencias y que se impulse la coordinación y lealtad entre instituciones evitando «que se establezca una competición entre ellas por los recursos limitados».

Hay que reiterar, que aun con un buen diseño normativo, es conveniente una disposición de medios económicos y humanos suficientes. De hecho, Ponce Solé (2017, p. 13) expone a partir de la experiencia comparada, que las agencias anticorrupción más débiles son aquellas en las que confluye una escasa voluntad política con un bajo acceso a recursos y capacidad de su plantilla. Entre estos recursos disponibles está el acceso a tecnologías avanzadas, porque la Directiva establece una serie de requisitos sobre los canales externos relativos a la recepción de denuncias y a la comunicación con los alertadores (modalidad de comunicación y características para asegurar la confidencialidad [arts. 9.1 a) y b), 9.2, 12.1 y 12.2], registro de las denuncias [art. 18], etc.), pero además, porque las nuevas tecnologías son cada vez más importantes en los procesos de investigación para la detección de la corrupción y malas prácticas (Amoedo Barreiro, 2018).

En cualquier caso, de cara a la decisión sobre el modelo a adoptar, conviene recordar la reflexión de Ponce Solé (2017, p. 12) relativa a que deben «ponderarse los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y solo crearla si los segundos superan a los primeros». Este autor insiste en la necesidad de una evaluación de su desempeño a la hora de diseñar las agencias, al igual que Garrido Juncal (2019, p. 143) quien aboga por evaluar los organismos existentes en función «del cumplimiento de los objetivos que ampararon su creación y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos».

Por otra parte, la regulación debe dar una solución que permita distinguir si en cada ámbito territorial debe existir sólo una autoridad o si puede coexistir más de una y en qué términos. La legislación estatal deberá contemplar quién es autoridad competente ante denuncias originadas en el contexto laboral de la Administración General del Estado, y si esa misma autoridad será la de referencia para las denuncias

---

<sup>31</sup> Es ilustrativo el artículo 5 de la Ley Valenciana –en la misma línea que la catalana y balear–, que muestra la contorsión legislativa que se realiza para delimitar las funciones de la agencia antifraude sin incurrir en la invasión del ámbito de competencias y funciones de otros organismos e instituciones: «1. Se entiende en todo caso que las funciones de la agencia lo son, sin perjuicio de las que ejercen, de acuerdo con la normativa reguladora específica, la Sindicatura de *Comptes*, el *Síndic de Greuges*, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Intervención General de la Generalitat, la Inspección General de Servicios, los órganos competentes en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses y los órganos de control, supervisión y protectorado de las entidades incluidas en el ámbito de actuación correspondiente, y que actúa en todo caso en colaboración con estas instituciones y órganos (...). 2. La agencia no tiene competencias en las funciones y materias que corresponden a la autoridad judicial, el ministerio fiscal y la policía judicial ni puede investigar los mismos hechos que han sido objeto de sus investigaciones».

relacionadas con instituciones del Estado o para ámbitos en los que ya existen canales como en materia de derecho de la competencia, y todo ello sin perjuicio de la estructura que se decida para el sector privado.

Con todo, sería conveniente que la transposición determinase cuál es la autoridad externa de referencia que está revestida de atribuciones para la activación de las medidas de apoyo a los denunciantes, de manera que se diferencie de aquellas otras entidades de control externo que permiten –directa o indirectamente– la iniciación de procedimientos de investigación a partir de denuncias, sin perjuicio de que otros organismos distintos de los anteriores puedan recibir alertas y activar el régimen de protección del denunciante según esté previsto en la legislación. Por ejemplo, en Cataluña coexiste la Oficina Antifraude que posee su sistema de *whistleblowing*, mientras que, en paralelo, la Sindicatura de Cuentas permite la iniciación de procedimientos a raíz de las denuncias recibidas. De lo que se trata es que la regulación que se adopte potencie la claridad de los canales y no se confunda a los potenciales denunciantes.

Aparte, el sistema debe considerar la estructura descentralizada de nuestro Estado y prever un mecanismo de convenios similar al que rige para las reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información pública (art. 24 LTBG)<sup>32</sup>. Este sistema debería permitir que aquellas Comunidades Autónomas que lo deseen, puedan formalizar el correspondiente instrumento de colaboración con la agencia de ámbito superior, en lugar de verse obligado a crear una estructura propia o atribuir las funciones a un órgano preexistente. Pero a su vez, esta previsión tendría que estar presente para el ámbito local, si no es que se atribuye directamente la gestión de las denuncias al organismo autonómico correspondiente en función de su propia legislación. Se puede producir la multiplicación de canales externos en ámbitos reducidos si no hay un esquema normativo claro que racionalice los ámbitos idóneos en los que deben existir este tipo de autoridades.

#### 4. Facultades, funciones y características críticas de las autoridades

Las atribuciones que se otorguen a la autoridad independiente constituyen un factor crítico para la eficacia del sistema. A continuación, se extraen algunas reflexiones sobre las facultades y características que se consideran más relevantes, diferenciando entre las relativas a la protección del denunciante, a las investigaciones y a las que son necesarias para el fortalecimiento del sistema, además de las capacidades en materia sancionadora.

##### 4.1. Protección de los denunciantes

Las garantías para los alertadores se articulan a través de lo que se viene a denominar como Estatuto del Denunciante<sup>33</sup>. En la Directiva se recogen en el Capítulo VI relativo

<sup>32</sup> El artículo 24 de la LTBG junto a lo previsto en la Disposición Adicional 4ª establece un sistema por el cual las Comunidades Autónomas pueden optar por crear un organismo o atribuir a uno existente la resolución de las reclamaciones ante denegaciones expresas o presuntas de solicitudes de acceso a la información formuladas ante la Comunidad Autónoma. Alternativamente pueden optar por la celebración de un convenio de colaboración con el CTBG para que sea éste quien resuelva las reclamaciones.

<sup>33</sup> Pérez Monguió (2020, pp. 240-241) indica que un Estatuto del Denunciante debe incorporar características como garantías de confidencialidad y canales seguros de comunicación, asistencia jurídica, un régimen de indemnización por los perjuicios que pudiera sufrir, garantías de que la denuncia será investigada y un régimen de infracciones para quienes vulneren las garantías; pero propone también medidas de protección y salvaguarda para los que trabajen en los canales internos y también en los externos, así como para los denunciados en el caso de alertas temerarias malintencionadas o simplemente falsas. Aparte, plantea como posibilidad el establecimiento de incentivos para la formulación de denuncias mediante el reconocimiento público o la recompensa económica al *whistleblower*.

a las «medidas de protección» en diversos artículos que incluyen el régimen de prohibiciones de represalias (art. 19)<sup>34</sup>, medidas de apoyo (art. 20), de protección (art. 21)<sup>35</sup>, un régimen de sanciones (art. 23) y una cláusula de proscripción de la renuncia a los derechos y vías de recurso (art. 24), sin perjuicio de otras previsiones también respecto a las personas afectadas por la denuncia (art. 22). La mayoría de estos artículos tendrán un impacto en la regulación interna de los Estados, pero no hay que olvidar que sus contenidos pueden ser mejorados a tenor del principio de trato más favorable y no regresión previsto en su artículo 25. Sea como fuere, pueden quedar desprovistos de su eficacia si no se establecen mecanismos para asegurar su cumplimiento e imponer sanciones. Por ello, llama la atención que la Directiva sólo incluya como medidas activas de protección frente a represalias una somera referencia a que los denunciantes y asimilados «tendrán acceso a medidas correctoras frente a represalias, según corresponda, incluidas medidas provisionales» (art. 21.6), pero sin especificar quién y cómo se podrán llevar a cabo, cuya decisión sobre su determinación se traslada a los Estados. Por razones de coherencia y especialización, la legislación interna podría otorgar estas atribuciones a las autoridades que gestionan los canales externos y dotarles de competencias directas para impedir, mitigar y sancionar las represalias directamente.

A las previsiones anteriores se unen las denominadas *medidas de apoyo* (art. 20) y que básicamente consisten en prestar información y asesoramiento, así como obtener asistencia efectiva ante represalias y de carácter jurídico en procesos judiciales, dejando a criterio de los Estados la disposición de asistencia financiera y otras medidas de adicionales. En este caso, la Directiva sí contempla que se presten «por un centro de información o por una autoridad administrativa única e independiente claramente identificada» (art. 22.3), pero esta previsión abierta, no lleva aparejada que deba ser autoridad que gestione los canales de denuncia externa, aunque se pueda apuntar en esta línea.

Por ello se echa en falta una mayor concreción sobre quién debe velar por estas protecciones y el tipo de atribuciones que debe tener. En caso contrario, se pueden establecer sistemas que queden en declaraciones de intenciones y que obliguen a llegar a la vía judicial para que se activen las protecciones de manera efectiva, lo que conduce a la reflexión de que pueda obtenerse el amparo cuando ya se hayan experimentado los perjuicios y sólo quede opción a su restitución y resarcimiento. Al respecto, la proposición de Ley de 2016 establecía que el denunciante podía acudir en cualquier momento del procedimiento a la autoridad para solicitar protección ante la vulneración de sus derechos por acciones u omisiones adoptadas a causa de la denuncia. Entre las posibilidades que ofrecía estaba la suspensión de las decisiones, acuerdos o resoluciones lesivas para el denunciante, el traslado provisional o la concesión de un periodo de excedencia con mantenimiento de la retribución, antigüedad y derechos (ver art. 5, párrafo 2).

---

<sup>34</sup> El artículo 19 establece una larga lista de prohibiciones de las distintas manifestaciones que tienen las represalias, sobre las que además prohíbe su amenaza y las tentativas de llevarlas a cabo: suspensión, despido, destitución, degradación, denegación de ascensos, cambio de puesto de trabajo, horario, reducción salarial, denegación de formación, evaluaciones o referencias negativas, coacciones, intimidaciones, acoso, ostracismo, discriminación, trato desfavorable o injusto y un largo etcétera.

<sup>35</sup> Bajo esta denominación se incorporan garantías como la exención de responsabilidad cuando los denunciantes ofrecen información convencidos de su veracidad –salvo que su adquisición o acceso sea un delito–; la presunción de que los perjuicios experimentados por el denunciante se producen como represalia a consecuencia de la denuncia; el derecho a medidas correctoras y provisionales ante represalias; la exención de responsabilidad ante procesos judiciales relativos a difamación, derechos de autor, protección de datos o secretos; así como las medidas para para garantizar vías de recurso y acceso a indemnización por daños y perjuicios sufridos.

Adicionalmente, también se suman aquellas características de las autoridades que permitan a los alertadores tener una mayor confianza en el sistema de *whistleblowing*. Por supuesto la garantía de confidencialidad, sobre la que hay múltiples referencias a lo largo de toda la Directiva<sup>36</sup>, pero también las relativas a la posibilidad de un seguimiento y *feedback* constante sobre las denuncias efectuadas. Para ello, la Directiva establece algunos mandatos como actuar con prontitud para acusar recibo de las denuncias en un lapso de siete días desde su recepción, dar respuesta al denunciante en un plazo razonable no superior a tres meses –ampliable tres más en casos justificados– y comunicarles el resultado final de las denuncias<sup>37</sup>. En definitiva, constituyen elementos que permiten al denunciante tener certidumbre, comprobar que el sistema funciona y que va a ser eficaz.

#### 4.2. Comprobación de las denuncias: atribuciones de investigación, acceso a información e inspección

En lo que respecta al proceso de comprobación de las denuncias, la Directiva omite prácticamente estos contenidos. La disyuntiva que deben decidir los Estados consiste en si deben ocuparse de la evaluación de las denuncias o de remitirlas a otra autoridad (Garrido Juncal, 2019, p. 141). Así, las previsiones son escasas y se limitan a mandatos como su transmisión «en tiempo oportuno» –art. 11.2 f) – a las instituciones, órganos y organismos competentes para cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional; o por referencias genéricas a que los Estados velen «porque cualquier autoridad que haya recibido una denuncia, pero que no tenga competencias para dar tratamiento a la infracción denunciada, la transmita a la autoridad competente dentro de un plazo razonable y de manera segura» (art. 11.6).

Las diferentes propuestas de configuración de la autoridad externa en España para el ámbito público, como así sucede en los organismos autonómicos, parece tender hacia un modelo en el que las autoridades puedan llevar a cabo un mínimo de acciones de investigación, siempre que no interfieran en las actuaciones de las autoridades judiciales, Ministerio Fiscal y Policía Judicial. Esta cuestión controvertida se analizó respecto a la configuración de la oficina catalana, sobre cuyo proyecto de Ley puso reparos el *Consell Consultiu* ante su posible inconstitucionalidad (Capdeferro Villagrasa, 2016, pp. 22-23). Finalmente se optó por salvar el posible conflicto de competencias mediante una delimitación de funciones por la cual quedaba en una posición secundaria respecto a la investigación del fraude y la corrupción, interrumpiendo sus actuaciones cuando se tenga conocimiento de que estos organismos las estén llevando a cabo sobre el mismo asunto (art. 7 Ley 14/2008), tal y como se han venido regulando las vinculaciones entre el procedimiento administrativo sancionador y la jurisdicción penal<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Más aún, la legislación interna debe dar una respuesta al debate sobre la posibilidad de admitir denuncias anónimas que la Directiva deja en manos de los Estados (art. 6.2) y que es la opción que según Amoedo Barreiro (2017, p. 7) tiene mayor aceptación en el plano internacional y por la que abogan algunos autores, aunque el anonimato impida *a priori* acogerse a cualquier protección (Pérez Monguió, 2019 y 2020).

<sup>37</sup> Se muestra así el contraste con otros canales de denuncia pre-existentes como son las correspondientes al ámbito tributario en el que los denunciadores son un «convidado de piedra» (Blanes Climent, 2019). Según el artículo 114 de la Ley General Tributaria, los derechos de denunciante quedan en la mera presentación de la denuncia y del acuse de recibo que genera el sistema, de modo que el denunciante queda desprovisto de cualquier acceso a información, o de protección, se identifique o no: «No se considerará al denunciante interesado en las actuaciones administrativas que se inicien como consecuencia de la denuncia ni se le informará del resultado de las mismas. Tampoco estará legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones en relación con los resultados de dichas actuaciones».

<sup>38</sup> Cabe recordar que el artículo 7 del derogado Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) establecía que «1. En cualquier

En cualquier caso, es necesario que tengan un régimen que les permita ejercer labores de investigación si no se quiere limitar su actuación a meros derivadores de denuncias. Entre ellas y siguiendo el modelo de las agencias autonómicas, deberían poder acceder a información de las entidades en las que se producen los hechos, pero también de terceros que dispongan de información (información tributaria, de tráfico, de los registros oficiales mercantil, de la propiedad, bienes muebles, etc.), así como realizar inspecciones y entrevistas. Sin embargo, en las agencias autonómicas las posibilidades de obtención de información dependen de la voluntariedad de la colaboración de terceros que no están sometidos a su regulación, además de los condicionantes derivados del reparto competencial o por derechos como la protección de datos. Aparte, sus capacidades de inspección se circunscriben a las entidades públicas y espacios vinculados a los servicios públicos del ámbito de aplicación de su normativa. Todo ello hace conveniente que la futura legislación prevea estas posibilidades y se podría acudir al modelo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que dispone de unas amplias facultades de inspección, que le permiten el acceso a locales e instalaciones de empresas, e incluso a domicilios particulares de personas vinculadas a la actividad que se investiga, aunque para ello se requiera consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, autorización judicial<sup>39</sup>.

### 4.3. Cooperación, salvaguarda del sistema y proyección exterior

Las autoridades también deberían disponer de atribuciones que permitan la cooperación con las entidades que gestionan canales externos, o con organismos de control que puedan existir en el mismo o en diferente nivel de autogobierno, tal y como se ha tratado de establecer a través de la firma de convenios de colaboración entre las agencias catalana, balear y valenciana y, a su vez, cada una de ellas con las sindicaturas de cuentas.

El diseño normativo tendría que establecer que alguna de las autoridades de gestión de los canales externos actuase con funciones de coordinación y dirección sobre lo que «se ha denominado la jungla de los controles, pero de forma más positiva podemos denominar el sistema de integridad local, autonómico y estatal» (Ponce Solé, 2017, p. 8). La finalidad es facilitar que se puedan adoptar criterios y una doctrina homogénea respecto a las causas de inadmisión, archivo de las denuncias y actuaciones y aplicación de límites, así como para fomentar que se compartan recursos o se intercambie información sobre investigaciones y experiencias. La ordenación de las autoridades externas también es útil ante la posible utilización simultánea de diversos canales externos para que no se dupliquen las actuaciones<sup>40</sup>. En cualquier caso, este tipo de colaboraciones facilitarán a su vez el cumplimiento del artículo 14 de la Directiva, que realiza un mandato hacia la revisión periódica del

---

momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación (...) 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial». Llama la atención como bien advierte Moreno Molina (2016, p. 16), que estos dos apartados no han sido trasladados a las leyes 39 y 40/2015 que regulan el régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

<sup>39</sup> Véase al respecto la contribución de Guillén Caramés sobre los requerimientos de información de las autoridades de competencia (2015) y sobre las órdenes de inspección (2018).

<sup>40</sup> Esta situación puede suponer un problema de calado porque un mismo sujeto puede acudir a varias de las vías externas que eventualmente actúen con relación al ámbito de su contexto laboral, pero además, se podría llegar a que una persona acuda a la vía interna de su organización y a su vez a la externa si no existen mecanismos que permitan excluir esta posibilidad y controlar su utilización simultánea.

sistema de *whistleblowing*, para lo que «tendrán en cuenta su experiencia y la de otras autoridades competentes y adaptarán sus procedimientos en consecuencia».

Aparte, está el dilema correspondiente a si las autoridades externas deberían ser las que asuman las funciones de control sobre la correcta disposición de las vías internas de denuncia. Capdeferro Villagrasa (2016, p. 25) proponía como una línea de mejora en relación con la oficina catalana, que las agencias de integridad fuesen las que velasen por las obligaciones en materia de prevención y control de la corrupción de los órganos administrativos con mayor riesgo de corrupción. Esta idea trasladada al ámbito específico del *whistleblowing* llevaría a otorgar a las autoridades externas la capacidad de inspeccionar y verificar que los canales de denuncia interna de su ámbito de actuación existen y están articulados conforme a lo que establezca el derecho interno<sup>41</sup>.

Finalmente, hay otro grupo de funciones a valorar y que se proyectan hacia el exterior del sistema de *whistleblowing* bajo la idea de actuar sobre la sociedad y permitir un rol más activo de la ciudadanía en la detección de corrupción, tal y como proponen autores como Cerrillo i Martínez (2018)<sup>42</sup>. Entre ellas, está la realización de actuaciones de difusión para dar a conocer los derechos, canales y procedimientos de denuncia –arts. 7.3, 9.1 g), 12.4 a) y 13 de la Directiva–; la profundización en la transparencia del sistema a través de la publicación de memorias detalladas y la rendición de cuentas en sede parlamentaria; las acciones divulgativas y de sensibilización que contribuyan a un cambio cultural para que la utilización de estos canales esté desprovista de las connotaciones negativas que existen sobre los denunciantes<sup>43</sup>; así como de manera general, hacer partícipe a la sociedad en la asunción de funciones preventivas y de promoción de la integridad, como así está previsto en algunas agencias autonómicas, y que se podría coordinar a partir de la participación de la ciudadanía en elaboración y aplicación de los planes de integridad (Cerrillo i Martínez, 2019).

#### 4.4. Régimen sancionador

La Directiva dispone en su artículo 23 que los Estados establecerán un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. La prevé ante el intento de impedir las denuncias, por represalias o procedimientos abusivos contra los denunciantes y asimilados, por el incumplimiento de la confidencialidad sobre la identidad de los denunciantes, así como para las personas que hayan comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas. Como se puede observar, no hay estipulaciones sancionadoras sobre los hechos de corrupción, que corresponden a otras autoridades judiciales y administrativas, pero sí respecto a las represalias y a las situaciones que socavan el sistema de *whistleblowing*.

De hecho, la capacidad de imponer sanciones se considera una característica clave para su eficacia, pero se atisba que es un régimen de sanciones mínimo e, incluso, insuficiente como ahora se verá. La Directiva tampoco entra a delimitar la

<sup>41</sup> Más aún, se podría configurar un sistema como el italiano en el que la ANAC hace de enlace con el *Responsabile della Prevenzione della Corruzione* (RPCT) y que en España se puede articular a partir de una figura similar al delegado de protección de datos.

<sup>42</sup> Este autor viene a proponer la participación y colaboración ciudadana como un principio general de la regulación de los sistemas de alertas. Para ello propone la apertura de las bases de datos y una mayor transparencia de la documentación generada para que haya un mayor control e implicación ciudadana, la suscripción a servicios de avisos sobre su actividad, entre otras propuestas.

<sup>43</sup> Pérez Monguió (2020, pp. 230-232) hace alusión a la existencia de estas barreras de carácter cultural por lo que insiste en la necesidad de acompañar los instrumentos jurídicos del *whistleblowing* con un importante esfuerzo educativo «sobre el concepto de lo público y del deber, pero también el derecho que tenemos todos a protegerlo».

entidad que debe gestionar las sanciones. Con todo, se podría hacer residir las competencias sancionadoras en las autoridades externas, y que éstas sean directas, es decir, que dispongan de unas completas atribuciones que no se limiten a incoar procedimientos sancionadores, sino que puedan resolverlos, tal y como se prevé en la regulación italiana y que las deposita en la ANAC<sup>44</sup>, o como sucede en la oficina balear y la agencia valenciana, cuyo director es el órgano competente (art. 34.1 ley balear y 21.1 ley valenciana)<sup>45</sup>.

Ambos modelos tienen modos distintos de abordar las sanciones ante las represalias. En el caso italiano se sanciona de manera directa la adopción de medidas discriminatorias (art. 54 bis.6 Decreto Legislativo 165/2001), mientras que en las Islas Baleares –art. 29.1 f) Ley 16/2016– y Comunidad Valenciana –art. 18.1.2 Ley 11/2016– se produce de manera indirecta siendo el motivo la falta de colaboración en la protección del denunciante.

De todas maneras, el régimen de mínimos establecido en la Directiva, se muestra insuficiente para que las autoridades externas hagan valer las funciones de investigación que eventualmente puedan disponer. Por ello, la regulación en el derecho interno será clave para fortalecer sus actuaciones de investigación y un ejemplo a seguir podría ser la legislación balear, en la que se establece un amplio catálogo de sanciones ante barreras al ejercicio de sus funciones o por incumplimiento del deber de colaboración<sup>46</sup>.

Además, se echa de menos en la Directiva que se atribuya a estas autoridades competentes la capacidad de imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones relativas a los canales de denuncia interna. Tal como se indicaba anteriormente, la Directiva omite este tipo de funciones de control que podrían ostentar las autoridades externas. En la legislación italiana se deposita en la ANAC la posibilidad de sancionar a las Administraciones que no dispongan de canales de denuncia, que lo hagan de manera defectuosa sin seguir sus directrices, o que no den curso adecuado a las denuncias recibidas mediante su verificación o análisis. De este modo, la ANAC se erige en la institución que culmina el sistema de *whistleblowing* en el ámbito público y cuyo modelo se podría seguir en España.

De manera complementaria al régimen sancionador y con la finalidad de compeler al cumplimiento del deber de colaboración o a la abstención de represalias, existen otros mecanismos que podría incluir la transposición de la Directiva, como visibilizar en las memorias anuales e informes periódicos la falta de colaboración de las Administraciones, el hecho de dificultar su actuación o de no reprimir las

---

<sup>44</sup> Según el artículo 54 bis D. Leg. 165/2001, la ANAC es el organismo responsable de determinar la existencia de los motivos de sanción y de su importe concreto atendiendo al tamaño de la Administración o del organismo. Además, en el caso de las represalias se produce una inversión de la carga de la prueba para la Administración, que es quien debe demostrar que las medidas susceptibles de ser discriminatorias o de represalia se deben a motivaciones ajenas al señalamiento.

<sup>45</sup> La ley de creación de la oficina antifraude de Cataluña ni siquiera regula un régimen sancionador, aunque haga sucintas referencias a la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes dificulten o impidan el ejercicio de sus funciones, así como a quienes no faciliten los informes, documentos o expedientes requeridos (art. 14.4). En esta línea, Capdeferro Villagrasa (2020, pp. 56-58) pone en evidencia las carencias que resultan de no disponer de un régimen sancionador expreso para garantizar el cumplimiento de los deberes de colaboración, lo que debería llevar a una modificación legislativa para la atribución de potestad sancionadora a la oficina o a otro organismo que actúe ante los incumplimientos con relación a su actuación.

<sup>46</sup> Los artículos 29 a 31 establecen los supuestos de sanción. Entre las muy graves se encuentran supuestos relativos a la falta de entrega de información solicitada, su ocultación, o por facilitarla de manera incompleta, inexacta o falsa. Otros supuestos de sanciones graves están relacionados con la falta de asistencia tras ser convocado a comparecer o por negar la entrada o permanencia ante una inspección.

represalias<sup>47</sup>. Este tipo de informes son una palanca de especial relevancia si no se dispone de competencias sancionadoras directas, o ante la detección de malas prácticas que se podrían hacer públicas, aun cuando no constituyan motivo suficiente para producir responsabilidad penal o administrativa.

## 5. A modo de conclusión

Existen muchas expectativas sobre la introducción de los canales de *whistleblowing* en España bajo la extensión que les otorga la Directiva. Se espera que la transposición contribuya a medio plazo a cambiar la manera en que se percibe a los denunciantes, y a que realmente los canales de denuncia tengan un efecto en términos de prevención y detección de la corrupción y el fraude. Para ello, obsta mencionar que sería deseable que el legislador español aspire a que el derecho interno vaya más allá y se amplíen los ámbitos de aplicación personal y material, las garantías y las protecciones que se configuran como mínimas.

En cualquier caso, para cubrir estas expectativas la Directiva prevé la existencia de unas autoridades. Y para que sea realmente eficaz es necesario que el sistema de *whistleblowing* esté culminado por una institución fuerte desde el punto de vista de su diseño normativo, con garantías de independencia en su actuación, con separación del ámbito sobre el que ejerce su control y arropada por la legitimidad parlamentaria respecto al nombramiento de sus órganos de gobierno, cuyos titulares deberían responder a un perfil técnico.

Será conveniente que estas autoridades dispongan de facultades suficientes para desempeñar su misión de protección de los denunciantes, con posibilidad de sancionar directamente las represalias e incumplimientos en relación con los canales de denuncia y el régimen de protección. Sus funciones estarían incompletas si no se les dota de potestad para investigar eficazmente los contenidos de las denuncias, con capacidad para acceder a información de terceros y desplegar actuaciones inspectoras, todo ello sin perjuicio del límite a partir del cual deben ser las instancias de nuestro sistema jurisdiccional las que se hagan cargo de su continuación. Aparte, la transposición de la Directiva es una oportunidad para que se sobrepase el alcance del sistema de *whistleblowing*, y que las autoridades incorporen funciones de control de las vías de denuncia interna y atribuciones que las conviertan en verdaderos organismos de promoción de la integridad y de prevención de la corrupción y el fraude. Al menos, el desenlace debe contemplar una legislación que disponga de un mandato expreso para su adecuada dotación de recursos materiales, económicos, humanos y tecnológicos para el cumplimiento de sus finalidades.

Llegada la ocasión será interesante ver la decisión final que toma el legislador español respecto a quién debe asumir la gestión de los canales externos, pero también, sobre la posible parcelación que se atribuya a cada autoridad externa en función de la dicotomía público-privado, y de los ámbitos materiales que están sujetos a una regulación especial. Las alternativas que ofrece la Directiva son claras. Por un lado, se puede optar por la creación de un nuevo organismo, lo que nos llevaría al modelo centrado en la lucha contra la corrupción, siguiendo las últimas proposiciones de Ley presentadas y que imitan las agencias y oficinas creadas en algunas Comunidades Autónomas. La otra alternativa es que su gestión resida en un organismo pre-existente de los muchos que trabajan en materias relacionadas:

---

<sup>47</sup> En este sentido existen previsiones en las normas catalana (art. 14.5), balear (art. 8.6) y valenciana (art. 7.2).

Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, entre otros.

Por el momento las tendencias apuntan a la primera opción. Es difícil que cambie la propensión, especialmente, porque ninguna formación política va a resistirse a ser parte protagonista del alumbramiento de una institución de estas características. Tampoco hay una coyuntura favorable a que arraiguen otras opciones derivadas de una seria meditación sobre la desmedida multiplicación de nuevas estructuras de control, que al final, atomizan las actuaciones de vigilancia, producen solapamientos y ocasionan un funcionamiento susceptible de ser más óptimo si se concentran los esfuerzos y los medios.

Por ello, y como reflexión final, sobrevuela una alternativa parcialmente distinta que nos llevaría al modelo italiano de Autoridad Anticorrupción, que agrupa ámbitos correspondientes a la transparencia, la contratación pública y la lucha contra la corrupción, incorporando dentro de esta última la gestión de los planes anticorrupción, atribuciones en materia de conflicto de intereses y códigos de conducta, junto al sistema de *whistleblowing*. Esta experiencia constituye un posible camino a seguir que permitiría la reorganización del mapa de entidades de control en la búsqueda de unas estructuras más sólidas, con más capacidades y facultades en torno a campos conexos y sin que por ello fuese necesario renunciar a un modelo de agencia especializada.

## Bibliografía

- Amoedo Barreiro, D. (2017). Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, 4, pp. 1-8.
- Amoedo Barreiro, D. (2018). Los sistemas informáticos de detección de malas prácticas, herramientas esenciales para la prevención de la corrupción. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, 6, pp. 1-7.
- Arias Rodríguez, A. (2017). Instituciones de control y prevención de la corrupción. Hay novedades, *Fiscalización.es*. Recuperado de: <https://fiscalizacion.es/2017/01/14/control-prevencion-corrupcion/>
- Bachmaier, L. (2019). *Whistleblowing* europeo y *compliance*: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, (9539).
- Benítez Palma, E. (2017). La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción. *Auditoría Pública. Revista de Control Externo*, 69, pp. 9-18.
- Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, 59, pp. 11-42.
- Blanes Climent, M.A. (2019). *La nueva Directiva de (des)protección de los denunciantes de corrupción*. Entrada de Blog [16/11/2019]. Recuperado de: <https://miguelangelblanes.com/2019/11/26/la-nueva-directiva-de-desproteccion-de-los-denunciantes-de-corrupcion/>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2016). Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la Oficina Antifraude de Cataluña. *Revista de Dret Public*, 53, pp. 13-30. doi: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i53.2016.2821>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2020). El paper de l'Oficina Antifrau de Catalunya en la lluita contra la corrupció en el sector públic català. Anàlisi i propostes de reforma amb motiu del seu 10<sup>è</sup> Aniversari. *Revista de Dret Public*, 60, pp. 35-64. doi: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i60.2020.3413>

- Carlioni, E. (2017). El sistema de lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos. *REALA*, 7 (nueva época), pp. 86-102. doi: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10432>
- Cerrillo i Martínez, A. (2018). Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública. *Revista Internacional de Transparencia*, 6, pp. 1-7.
- Cerrillo i Martínez, A. (2019). Grupos de interés y anticorrupción. *Actualidad Administrativa. Especial Transparencia y Lucha contra la Corrupción*, 1 (extra abril).
- Cocciolo, E. (2019). La arquitectura administrativa de la transparencia en España: *regulation-inside-government* y diseño institucional de las Autoridades de Transparencia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 6(3), pp. 521-571. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v6i3.68602>
- García Costa, F.M. (2020). La independencia de las autoridades administrativas garantes del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 53, pp. 1-58.
- García Moreno, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual, novedades normativas y propuestas de futuro. *REALA*, 12 (nueva época), pp. 126-151. doi: <https://doi.org/10.24965/reala.i12.10731>
- Guillén Caramés, J. (2015). Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 197, pp. 41-89. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.02>
- Guillén Caramés, J. (2018). ¿Derechos fundamentales versus eficacia de las Órdenes de inspección? La (in)validez del consentimiento prestado por las empresas objeto de inspecciones en el Derecho de la Competencia. *La Ley Mercantil*, 52.
- Loyens, K. y Vandekerckhove, W. (2019). Whistleblowing from an International Perspective: A comparative Analysis of Institutional Arrangements. *Administrative Sciences*, 8. Recuperado de <https://www.mdpi.com/2076-3387/8/3/30>
- Jiménez Asensio, R. (2017). Instituciones de garantía de la transparencia. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68, pp. 60-75.
- Moberly, R. (2014). To persons or organizations that may be able to effect action': Whistleblowing recipients. En VV.AA. *International Handbook on Whistleblowing Research*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 273-97.
- Martín Delgado, I. (2018). La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 27, pp. 281-309.
- Miranzo Díaz, J. (2019). La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público. *Revista General de Derecho Europeo*, 49, pp. 361-385
- Monge Antolín, V. (2018). La banalización del discurso de la transparencia en la sociedad de la información. *Cuadernos Giménez Abad*, 15, pp. 188-204.
- Moreno Molina, J.A. (2016). Las novedades en la regulación por las Leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. *REDA*, 179, pp. 87-109.
- Pérez Monguió, J.M. (2019). Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 115, pp. 343-375.
- Pérez Monguió, J.M. (2020). Whistleblower y las dificultades para su implementación en España e Italia. En M. Sánchez de Diego y J. Sierra (coords.), *Participación y transparencia para un gobierno abierto* (pp. 225-245). Madrid: Wolters Kluwer.
- Pérez Triviño, J.L. (2018). Whistleblowing. *Eunomia*, 14, pp. 285-298. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4170>
- Ponce Solé, J. (2017). Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, 3, pp. 1-13.

- Red de Consejos y Comisionados de la Transparencia. (2018). Declaración de Cádiz. *Revista Española de la Transparencia*, 7, pp. 13-18.
- Sendín García, A. (2014). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33 (Monográfico, Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno), pp. 1-25.
- Vestrí, G. (2019). Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración Pública española. *Revista General de Derecho Administrativo*, 51, pp. 1-24.

# Cooperación, cohesión y volubilidad institucional en los sistemas organizacionales de la pesca artesanal chilena\*

## Cooperation, cohesion and institutional volubility in the organizational systems of Chilean small traditional fisheries

Sebastián Ascui Gac

Universidad Academia Humanismo Cristiano / Universidad Alberto Hurtado

ORCID ID 0000-0001-8894-4839

[seba.ascui.gac@gmail.com](mailto:seba.ascui.gac@gmail.com)

Claudio Villegas Oliva

Universidad Academia Humanismo Cristiano

ORCID ID 0000-0002-6416-3365

[lit.villegas@gmail.com](mailto:lit.villegas@gmail.com)

### Cita recomendada:

Ascui Gac, S. y Villegas Oliva, C. (2020). Cooperación, cohesión y volubilidad institucional en los sistemas organizacionales de la pesca artesanal chilena. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 86-102.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5704>

Recibido / received: 16/01/2020  
Aceptado / accepted: 07/05/2020

### Resumen

En los últimos años, diversas investigaciones han aportado a entender cómo las instituciones, las reglas formales e informales, en contextos de recursos comunes, influyen en las decisiones y resultados de los agentes que componen los entramados institucionales. El propósito de este artículo es 1) describir etnográficamente un sistema institucional situado en la pesca artesanal chilena. El análisis se centra en las estrategias de múltiples agentes en torno a la administración de un Área de Manejo de Recursos Bentónicos (AMERB), adjudicada por un sindicato de

\* El artículo contempla información de campo recolectada de manera independiente en 2015 sin fuentes de financiamiento. Caleta Coquimbo es un territorio ubicado en la IV<sup>o</sup> región de Chile del mismo nombre, cuya dedicación es la actividad pesquera tradicional, es decir, una actividad económica no industrializada.

pescadores de la Caleta Coquimbo y 2) dilucidar cómo los incentivos de estos sistemas prescriben problemas relativos a la volubilidad de las organizaciones que deberían velar por la sustentabilidad ecológica para estas pesquerías tradicionales. Los resultados de la investigación muestran, además, la sinergia entre metodologías eminentemente cualitativas como la etnografía y la confección de modelos matemáticos explicativos como los de la Teoría de Juegos.

### Palabras clave

Instituciones, normas sociales, recursos comunes, pesca artesanal en Chile, debilidades institucionales.

### Abstract

*In recent years, several investigations have contributed in understanding how institutions, formal and informal rules involving common pool resources, influence the outcomes and incentives of the agents' roles inside institutional arrangements. The purpose of this article is to 1) give a formal ethnographically description of an institutional system nested in Chilean small scale fisheries. The analysis focuses on the strategies of multiple agents involved in the administration of a Benthic Resources Management Area (AMERB), awarded by a fishermen's union in Caleta Coquimbo and 2) diluting how the incentives of these systems prescribe problems related to the volubility of organizations that pursue ecological sustainability for these traditional fisheries. Our research results show, in addition, the possibility of synergy between eminently qualitative methodologies such as ethnography and the making of explanatory mathematical models such as those used in Game Theory.*

### Keywords

*Institutions, social norms, common pool resources, small scale fisheries in Chile, institutional volubility.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Marco teórico. 2.1. Qué es la teoría de juegos. 2.2. Tragedia de los comunes. 2.3 Teoría de la cooperación en contextos de recursos comunes. 3. Estudio de caso: Caleta Coquimbo y el Sindicato de Buzos Mariscadores. 3.1 Criterios de selección del caso. 4. Método de investigación. 5. Resultados. 5.1. Sistema de Reglas y Conjuntos Normativos. 5.2. Jugadores individuales y colectivos. 5.3. Estrategias. 5.4. Pagos. 6. Modelos: Juego del Sindicato con recursos comunes e información imperfecta. 6.1. Debate sobre la pertinencia del modelo. 7. Conclusiones.

## 1. Introducción

Los dilemas colectivos y la cooperación entre agentes son temáticas frecuentemente analizadas en Teoría de Juegos; los campos y arenas de acción donde interactúan los jugadores, los incentivos asociados a cumplir con las prescripciones normativas como aquellas asociadas a no cumplirlas, son todos elementos que componen una línea de análisis institucionalista.

El caso que vamos a ilustrar en éste artículo hace alusión a la administración de recursos comunes en los que juegan varios actores e instituciones. Estos dilemas muchas veces suscitan problemas en relación a la sustentabilidad de los recursos, y asimismo, la sostenibilidad de las organizaciones locales en términos de cohesión interna. Su capacidad de operar y producir agentes cooperativos, e inhibir comportamientos que vulneran las reglas de administración (*free riders* en inglés, gorriones o polizones en español).

De acuerdo a ello, esta investigación persigue los siguientes planteamientos: ¿cómo una organización de pescadores artesanales controla el comportamiento de sus integrantes para no quebrantarse a sí misma? y ¿cómo mantiene un nivel de cohesión suficiente asociado al control de los polizones internos? Trabajos recientes han buscado establecer los efectos que tienen la gobernanza y el capital social en la administración de pesquerías (Grafton, 2005); el tipo de vínculos sociales que fortalecen o debilitan las organizaciones que administran recursos comunes (Barnes-Mauthe, Arita, Allen, Gray y Leung, 2013; Agrawal, Brown, Rao, Riolo, Robinson y Bommarito, 2013); los atributos sociales que estarían correlacionados con el deterioro o mantenimiento de este tipo de instituciones (Rivera, Gelchich, García-Flores y Acuña, 2019); además de los impactos monetarios que genera la gorronería externa (Bandin y Quiñones, 2014). En este artículo se abordará un problema inverso al último: la gorronería interna y su impacto en el sistema organizacional, en el contexto de la pesca tradicional chilena, desde un análisis formal de parámetros y estrategias observados mediante métodos etnográficos, esbozando así una descripción de las relaciones entre instituciones fiscalizadoras, sindicatos pesqueros y los polizones locales.

## 2. Marco teórico

### 2.1 Qué es la teoría de juegos

Para llevar a cabo la propuesta usaremos las herramientas que brinda la Teoría de Juegos, cuyo foco es el modelamiento matemático de interacciones estratégicas. Esta teoría basa sus postulados en la Teoría de la Elección Racional, la que sugiere que todos los individuos y las sociedades actúan en función del principio de racionalidad, por lo que los agentes seleccionarán aquellas estrategias que maximicen alguna magnitud de interés individual. Todo modelamiento de un juego “G” se formaliza como una triada  $(N, \{A_i | (0 \leq i \leq n)\}, \{u_i | (0 \leq i \leq n)\})$  (Amster y Pinasco, 2014), donde “N” representa a un conjunto finito de jugadores;  $\{A_i | (0 \leq i \leq n)\}$  un conjunto finito de acciones disponibles para cada jugador, o el perfil estratégico. Finalmente,  $\{u_i | (0 \leq i \leq n)\}$  representa a un conjunto de funciones de utilidad finitas asociadas a cada estrategia, esto es, su pago. Esto último aporta sentido a la descripción de la arena de acción que estamos tratando de caracterizar.

No obstante, este tipo de herramientas presentan limitaciones, en particular, el concepto de racionalidad clásica no admite concebir a sujetos que persigan otro tipo de incentivos, tales como la dominación política o el prestigio. No obstante, este tipo de aspectos son sobre los que teoría se ha expandido en recientes contribuciones a la literatura (Crawford y Ostrom, 1995; Ostrom, 2015).

El problema central de la racionalidad es que al llevarla a contextos donde grupos humanos deben administrar recursos de acceso común, prescribe un único escenario posible: la Tragedia de los Comunes, popularizada por Garrett Hardin (1968).

### 2.2 Tragedia de los comunes

La Tragedia de los Comunes es un experimento mental desarrollado típicamente de la siguiente forma: en un pastizal, o un recurso cualquiera abierto para todos los que quieran apropiarse de él, cada recolector, como ser racional, buscará maximizar sus utilidades. El recurso de libre acceso para el pastor rinde utilidades cuya función de incremento es positiva y semejante a  $a + 1$ . En contraparte, la función de sobrepastoreo es compartida por todo el conjunto apropiadores, por lo que se

representa como una fracción de  $-1$ . Así, al sumar todas las utilidades parciales, el pastor concluye que la única decisión sensata es continuar añadiendo animales a su rebaño. Ahí radica la tragedia, pues el conjunto de apropiadores de cualquier recurso común está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente en un mundo con recursos limitados.

Es bajo estas ideas que los analistas concluyen que las únicas opciones para evitar la Tragedia de los Comunes son la privatización de los recursos o mantenerlos como propiedad pública o Estatal, cuyo acceso puede ser por medio de adjudicación o mérito (Hardin, 1968). No obstante, este tipo de reduccionismos olvidan que las políticas centralizadas descansan en el supuesto de que cuentan con información perfecta, atributo que es sumamente cuestionable. Por lo demás, también ignoran que a nivel empírico existe una enorme diversidad de arreglos institucionales que en ocasiones pueden lidiar con los comportamientos polizones (Ostrom, 2000, 2015).

### 2.3 Teoría de la cooperación en contextos de recursos comunes

Una de las grandes respuestas que ha tenido la Tragedia de los Comunes la desarrolló Elinor Ostrom (2000), argumentando que existen casos empíricos donde los usuarios de recursos comunes renovables han podido sostener arreglos institucionales, creados y modificados por los mismos usuarios, cuya supervisión y sustentabilidad han sido demostrados en el tiempo.

Dada la heterogeneidad en los casos de estudio, la autora identifica ciertas características que pueden propiciar un ambiente cooperativo (Ostrom, 2000), es decir, que sus miembros sigan y mantengan las reglas de apropiación para mantener así la cohesión del grupo y la legitimidad del sistema. Sin embargo, cualidades como el capital social, la habilidad de generar compromisos creíbles, y las oportunidades de transición de un conjunto de reglas a otro son aspectos mayormente definidos por las inclinaciones individuales de cada apropiador.

Lo anterior supone que los jugadores no son entidades pasivas ni uniformes. Diversos experimentos en laboratorio han dilucidado que la emergencia de la cooperación entre individuos ocurre en situaciones donde hay canales de comunicación, los que posibilitan la generación de mutuos acuerdos, además de la generación de relaciones de confianza (Berg, Dickout y McCabe, 1995). Otros autores han descubierto que la cultura e historia social de los grupos humanos puede tener efectos adversos sobre la cooperación, ya que en ocasiones resaltan posiciones asimétricas entre jugadores (Koford, 2003). Otros experimentos que buscaban simular las condiciones de administración de recursos comunes también coinciden en que la comunicación entre agentes es vital para la coordinación, concordando que estas ayudan a propiciar estrategias conjuntas, disposición a vigilarse y sancionarse mutuamente (Ostrom, 2015), pero de igual forma afecta en los resultados la distancia y desigualdad social entre agentes para la mantención de dichos acuerdos.

Tanto las condiciones de administración, comunicación entre agentes y elección de estrategias conjuntas son propiedades que sólo existen cuando de la interacción individual emergen organizaciones sociales. Aunque no está directamente contemplado en la teoría Ostromiana, parte de las propiedades que caracterizarían a los sistemas de administración exitosos no pueden asignarse a un jugador sin considerar que su racionalidad está situada dentro de una entidad organizacional o colectiva. De ello se deduce que es posible integrar en un modelo interacciones que representen un mecanismo internivel: entre individuos y organizaciones, haciendo énfasis en la tensión que puede existir entre las estrategias e intereses individuales,

y las estrategias e intereses grupales. Por ende, el modelo debe integrar ideas de la Teoría de la Acción Colectiva.

Actualmente, existe una serie de trabajos (Turchin, 2003; Boyd y Richerson, 2002; Henrich y Henrich, 2006) que desarrollan la teoría de la acción colectiva a través de estrategias de modelización. Aunque no haremos una descripción detallada de sus especificidades, estos autores asumen que las organizaciones humanas deben invertir esfuerzos en minimizar la descoordinación y diferenciación interna, esto es, mantener su cohesión para llevar a cabo acciones colectivas exitosas, tales como acordar y respetar reglamentos, o mantener una convivencia y comunicación suficiente entre sus miembros. Esto implica que, al incluir un jugador organizacional, podemos trabajar sobre el supuesto de que un incentivo relevante para sus estrategias es la conservación de la cohesión interna de la organización.

Es en este punto en que la teoría de la acción colectiva se encuentra con la teoría de la elección racional: al tener que maximizar esta cantidad, teóricamente los jugadores organizacionales podrían incurrir en actos ilegítimos bajo sus propios estatutos, principios morales o intereses ecológicos o económicos. Autores como Turchin (2003) señalan que el ejemplo paradigmático de esto es el reforzamiento de la amenaza externa (enemigos y guerra), al punto de que los agentes organizacionales pueden llegar a provocar acciones violentas contra otros grupos, con el objetivo de minimizar su conflictividad y descoordinación interna.

Aunque ciertamente este tipo de mecanismos pueden observarse en procesos políticos de alto nivel, las organizaciones de menor escala enfrentan el mismo problema, aunque bajo una estructura social distinta. Autores como Dunbar y Sosis (2018) o Dunbar y David-Barret (2012) han desarrollado un programa de investigación cuyo principal hallazgo es que, bajo el límite poblacional aproximado de los 1.500 individuos, las organizaciones sociales pueden conservar características autoorganizadas, esto es, que sus procesos de coordinación interna no dependen críticamente de la existencia de jerarquías especializadas en controlar la variación conductual. No necesitan cuerpos de sancionadores, puesto que la dinámica interna de la organización genera sanciones suficientes de forma espontánea, pero difusa: socialización, contención, silencio, chismes y palizas.

Como carecen de un cuerpo especializado, estas organizaciones someten su control de la variación colectiva y cohesión interna a los efectos de redes sociales densas y, por tanto, al mantenimiento de éstas para poder funcionar y ejercer acciones colectivas. De ello, podemos suponer que, en el contexto del control de los gorriones, una red social densa aumenta la probabilidad de que el gorrón sorprendido sea además un miembro de la red de amistad, familia o lealtad de quien lo sorprende y debe decidir aplicar una sanción. En este contexto, el posible sancionador debe balancear no sólo entre asumir los costos inmediatos de sancionar o los costos de debilitar normas de su interés, sino que además entre debilitar o no los vínculos entre él y el sancionado, y entre quienes, inmiscuidos en la red de afectos, pueden llegar a enfrentarse por un evento de dichas características. De allí, surge la situación en que el principal activo de la organización (su cohesión) se encuentra con la paradoja de hacer valer sus estatutos, al costo de arriesgar la base de redes que la sustentan, razón por la cual cabría preguntarse directamente por el efecto de red sobre las instituciones de administración de recursos comunes.

### 3. Estudio de caso: Caleta Coquimbo y el Sindicato de Buzos Mariscadores

#### 3.1 Criterios de selección del caso

Los cuatro criterios para la elección del caso que se va modelizar poseen una relación intrínseca con la Teoría de juegos, la Tragedia de los Comunes, la Teoría de la Cooperación y la Teoría de la Acción Colectiva. En primer lugar, las cuatro vertientes obtienen su sustento gracias a los aportes de la teoría de la racionalidad humana en una versión ampliada, multifacética, y a su vez limitada por el contexto. En ese sentido, la descripción etnográfica y cualitativa explicita el sentido que los actores le dan a sus estrategias individuales y colectivas, y ayuda con las definiciones reglamentarias de cada institución y cómo éstas se tensionan con el perfil estratégico de cada agente involucrado. Por lo tanto, se argumenta entonces que la idoneidad del caso es debido a cuatro grandes criterios: 1) la presencia de polizones, gorriones o *free riders*; 2) es un contexto que involucra recursos comunes; 3) la presencia de instituciones locales y gubernamentales parece afectar, inhibir o incluso estimular la proliferación de estrategias gorrionas; 4) la densidad demográfica de las organizaciones seleccionadas permite pensar que sostienen su cohesión interna en base a redes densas.

Primero, nuestro caso centra el análisis en el Sindicato de Buzos Mariscadores de Coquimbo, esta organización queda ubicada dentro del puerto pesquero artesanal Caleta Coquimbo, una caleta de pescadores artesanales emplazada dentro del espacio urbano en la costa de la ciudad de Coquimbo, provincia del Elqui de la IV región de su mismo nombre. Sus coordenadas geográficas son latitud 29° 57' S, y longitud 71° 20' W. Este es un sindicato de pesca que cuenta con la administración de recursos comunes contenidos en un Área de Manejo de Recursos Bentónicos (AMERB), y comúnmente enfrentan el desafío de controlar la emergencia de comportamientos *free riders* dentro de sus propias filas que pone en peligro la sustentabilidad de los recursos que administran.

En segundo lugar, empíricamente hablando, el caso ostenta recursos comunes que no deben ser confundidos con otro tipo de bienes. Los recursos comunes suponen grandes diferencias con los bienes públicos, puesto que estos últimos no disminuyen en su consumo. En cambio, los bienes comunes sí tienden a la sustracción, implicando así que al extraer una unidad de recurso éste no estará disponible para el resto. Estos bienes pueden ser derivados de la naturaleza o fabricados artificialmente, tal y como por ejemplo lo puede ser un pastizal o una conexión a internet vía WIFI pública.

El tercero de los elementos clave para la selección del caso tiene relación con la provisión de múltiples instituciones que controlan el acceso a los recursos, y que en conjunto actúan coordinadamente. Estas son el Sindicato de Buzos Mariscadores y la Armada de Chile, además de otras que ya serán mencionadas para aportar mayor coherencia al relato. Resulta importante resaltar el rol de las instituciones fundamentalmente porque estas se encargan de definir las acciones compatibles en base a un conjunto de normativas que dan sustento y sostenibilidad a la actividad extractiva. Así, la legislación y las reglas de las instituciones establecen que toda estrategia considerada como gorriona puede ser penalizada por la ley como por las organizaciones locales, ya que es un acto que atenta contra los bienes del colectivo y la sustentabilidad del recurso.

Finalmente, el cuarto elemento es que el Sindicato de Buzos Mariscadores, al igual que la mayor parte de las organizaciones pesqueras en el territorio chileno, cuenta con menos de 1.500 miembros y, por tanto, cumple con el criterio demográfico

para teóricamente sostener su cohesión interna en la interacción dentro de redes densas, antes que en cuerpos fiscalizadores especializados.

Cualquiera de estas cuatro razones teóricas entrega una justificación analítica para emprender una investigación de campo. Sin embargo, las razones empíricas, y un tanto particulares por las que se elige el caso, es principalmente debido a que el sindicato enfrenta constantemente problemas asociados a la gorronería interna, es decir, aquella perpetrada por sus propios miembros, pero además la gorronería o el juego detrás de la gorronería involucra a tipos de actores o tipos de agentes tanto individuales como organizacionales, es decir, se ven envueltos tanto individuos o entidades externas como a miembros de la agrupación. En síntesis, el juego de la gorronería va más allá de la mera interacción entre quienes siguen las reglas y quiénes no, aspecto relevante que contribuye a la necesidad de un tratamiento complejo.

#### 4. Método de investigación

El método etnográfico registra principalmente interacciones, o bien lazos determinantes en la interacción social, los que abarcan conjuntos de individuos e instituciones (Crivos, 2014; Crossley y Edwards, 2016), de modo que permite la interpretación de la información conductual registrada como la manifestación sensible del resultado acumulado de dichas interacciones. Tal preocupación es compartida con la Teoría de juegos. En consecuencia, su unión es natural y sinérgica, como lo han mostrado diversas investigaciones en los últimos años (Henrich *et. al.*, 2005; Henrich y Henrich, 2006; Barr, Ensminger y Johnson, 2010; Atran, Medin y Ross, 2005).

Los registros etnográficos preceden de un trabajo de terreno efectuado durante el primer semestre de 2015 en Caleta Coquimbo, y las herramientas para la recolección de información fueron principalmente las entrevistas en profundidad y registros campo. Nuestros informantes clave los constituyeron principalmente las autoridades locales, y miembros activos de esta organización, aplicando como criterio de muestreo uno teórico que implicaba conducir la investigación hasta lograr un nivel de saturación de la información recolectada. Para nosotros, la validez del material empírico reside al aportar con un completo abanico de registros y relatos en donde interactúan los comportamientos específicos de los agentes y los sistemas reglamentarios. De estos se deducen el espectro completo de combinaciones de sucesos o posibilidades que pueden ocurrir cuando los agentes deciden cometer actos de gorronería. En efecto, las bondades de este material etnográfico no solo muestran cómo opera la orgánica de los sindicatos e instituciones involucradas, sino también cómo los comportamientos de los agentes exceden los límites de estas normativas.

#### 5. Resultados

##### 5.1 Sistema de Reglas y Conjuntos Normativos

Los dos conjuntos normativos desde los que emanan y se moldean las reglas institucionales de Caleta Coquimbo son: a. la legislación pesquera; y b. los reglamentos específicos de cada organización. Ambas, a grandes rasgos, sirven para regular las relaciones entre organizaciones de pesca artesanal, agencias gubernamentales (SERNAPESCA, Armada de Chile, Gobernación Marítima), y pescadores artesanales.

A nivel de legislatura, la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) establece en todos los párrafos del artículo 55 las medidas para adjudicarse un Área de Manejo

de Recursos Bentónicos. En los mismos también se señala las obligaciones y requerimientos de cada organización para sostener su acceso como régimen de pesca. En síntesis, la adjudicación demanda estudios científicos que corroboren la factibilidad de someter el área a extracción sin deteriorar el ecosistema de la zona. De ahí, se desprende la importancia de implementar un Plan de Manejo cuyo propósito es explotar el área de manera sustentable suponiendo así un impacto no negativo por parte de la actividad.

La legislación igualmente establece medidas de protección a través de una serie de sanciones para quienes transgreden el Plan de Manejo, por ejemplo, artículo 120 A del Título IX, «que la extracción de recursos bentónicos, sea por quienes la tienen asignada como por sujetos ajenos, si es contraria a la normativa de manejo, serán sancionados con una multa que asciende desde 30 hasta los 100 UTM»; el doble en caso de reincidencia. Funcionando en conjunto a lo anterior, el artículo 120 B prohíbe el apozamiento, elaboración o transformación de los productos que hayan sido extraídos de esa forma, como también el artículo 125 que fija los procedimientos de denuncia por parte de los afectados, que es la organización legalmente formalizada, para que así se tramite ante los Tribunales de Justicia.

Por otro lado, el artículo 139 bis, aplica a no titulares, es decir externos a la organización, y establece como delito de hurto del Código Penal a quien extraiga recursos de la AMERB sin ser titular. Este procedimiento, consiste en el comiso de sus equipos de buceo y embarcación por parte del tribunal, sumado a la suspensión de su inscripción de pesca artesanal (RPA) por dos años.

Como se puede apreciar, la ley pesquera contempla situaciones y prescribe un conjunto de medidas y sanciones sobre quienes transgreden los Planes de Manejo. El otro conjunto normativo, que funciona en paralelo a la normativa legal, son las reglas institucionales propias de cada organización. En este caso el Sindicato de Buzos Mariscadores de Coquimbo tiene estipulado estatutos muy claros sobre cómo proceder en caso de presenciar *free riders* en su área de manejo, pues estos dictan que todo aquel miembro que sea sorprendido en la zona será expulsado del gremio sin oportunidad de reintegrarse.

Todo este conjunto de reglamentos, normativas y sanciones son ciertamente supervisados para su cumplimiento por las entidades de donde emanan. Estas serán las directrices con las que se asignarán los roles de cada uno de los jugadores para el modelo. Sin embargo, para comprender sus comportamientos estratégicos es necesario examinar otras variables que pueden alterar sus funciones, como por ejemplo, los incentivos monetarios.

## 5.2 Jugadores individuales y colectivos

El cumplimiento de las normas requiere de esfuerzos conjuntos entre las organizaciones locales y gubernamentales; el carácter de esta alianza, por lo menos en términos normativos, refleja dos objetivos comunes entre estos agentes: reducir la gorronería y preservar la sustentabilidad pesquera. Esto se materializa en las labores que los sindicatos de pescadores artesanales realizan para proteger las áreas de manejo de los gorriones. Así, al ser un juego que centra su atención sobre los potenciales polizones dentro de la organización, designaremos como jugador 1 a todo jugador que realice la actividad pesquera y sea miembro activo del sindicato. El jugador 2, lo definiremos como todo funcionario de la armada que fiscaliza en terreno a las embarcaciones artesanales. Este jugador, en conjunto con el anterior, posee incentivos perversos que vulneran su rol de vigilante, puesto que, como explicaron ciertos informantes que solían gorronear el área de manejo, a algunos de estos

fiscalizadores a veces se les puede coimear para que ignoren la falta en caso que descubra una embarcación cometiendo gorronería. Finalmente, el jugador 3 va representar la autoridad local de las caletas de pescadores investidos de autoridad para sancionar las conductas desviadas cuyos incentivos son preservar la organización, esto es, el jugador 3 es quien vela por los intereses organizacionales.

### 5.3 Estrategias

Hasta ahora, se tiene noción de que quien integra el sindicato sujeto a recursos comunes debe decidir si cumple o no con las normativas de trabajo. Traicionar las reglas del sindicato implica verse sometido a las estrategias de los otros dos jugadores: el fiscalizador proveniente de la Armada y el sindicato como ente de monitoreo.

Respecto al perfil estratégico del jugador 2, la fiscalización en terreno que realizan los funcionarios de la Armada de Chile se sustenta en el apoyo logístico de la Gobernación Marítima y Capitanía de Puerto, también llamados Alcaldes de Mar. Esto en sí mismo es una estrategia en la cual si llegan a identificar a un transgresor tienen todas las facultades de llevar el caso a Tribunales de Justicia, tal y como detallan algunos artículos de la legislación.

En tanto, el jugador 3, compuesto por los agentes locales del sindicato, tales como presidentes, vicepresidentes y tesoreros de cada organización con acceso a una AMERB, están investidos de autoridad para hacer cumplir sus propias normativas internas sancionando o expulsando a todos quienes transgredan el Plan de Manejo, y, en cuyo caso, no está excluida la posibilidad de denunciar posteriormente al transgresor. Esto último, más que una fiscalización estatal representa mecanismos institucionales de supervisión mutua materializados en actos de vigilancia compuesto por autoridades locales.

El perfil estratégico de cada uno de estos jugadores está asociado a la totalidad de las normativas que conducen a preservar el área de manejo, no obstante, la virtud de modelar situaciones en base a información etnográfica es que permite un acercamiento mayormente complejo; removiendo aquel componente, las estrategias estarían totalmente circunscritas al aparato reglamentario. La importancia del trabajo de campo radica precisamente en poder identificar comportamientos no deducibles de los conjuntos normativos, asimismo al reducir la distancia entre el modelamiento y los datos cualitativos se hace plausible construir proposiciones estandarizadas en base al comportamiento repetitivo observado, para así reconocer el funcionamiento global del sistema social. Lo anterior invita a que de ahora en adelante las estrategias se modelen a partir de proposiciones verbales, las que tendrán relación con los conjuntos reglamentarios y por supuesto, sus respectivos pagos.

Para el jugador 1, tal y como designa nuestro modelo, independiente de lo que condicione su accionar, si acaso el jugador decide cumplir con las reglas de trabajo el evento será definido como C, y en caso contrario como T. Recordemos que las estrategias del funcionario de la Armada, el jugador 2, y el jugador 3, el sindicato, consisten básicamente en prevenir la gorronería del jugador 1 por medio de actos de vigilancia. Aquellos actos serán designados con las letras A y O, cuya definición será la supervisión del fiscalizador y la vigilancia de la organización. En realidad, ambos son eventos probabilísticos porque están definidos en función de su efectividad {jugador x elige y con cierta probabilidad}. Desde luego, las negaciones de las proposiciones A y O suponen que la supervisión de la actividad productiva falló.

Nuestros informantes explicaban que la ventana de oportunidad que tienen los polizones era durante las mañanas, cuando la fiscalización en terreno de la armada era poco frecuente, por ende las probabilidades de éxito eran altas. Según los mismos, en esos periodos de tiempo tampoco los miembros del sindicato estaban al tanto si alguna embarcación carecía de permiso para zarpar. No obstante ello, algunos vigilantes de ambas instituciones sabían de esas estrategias, pero no siempre podían destinar tiempo ni recursos para realizar acciones preventivas de gorronería en el área de manejo. Una de las informaciones más reveladoras que dieron a conocer estos informantes, es que los polizones intentaban coimear a los funcionarios en el caso que fuese descubiertos hurtando en el área de manejo, y como estos imparten una multa, los gorriones preferían perder el monto equivalente a una coima, ya que aceptar esa falta también implicaba que los funcionarios reportarían su acto de gorronería a la organización y, por tanto, arriesgaban a la vez una sanción interna. A este suceso le hemos designado la letra AC {funcionario acepta coima}, si esta negociación falla, como a veces suele hacerlo según los informantes, el modelo en vez de establecer C establece una letra M {multa}, es decir, la negación del otro evento {funcionario no acepta coima}.

Paralelamente, cuando la organización sorprende un acto de gorronería, es decir, el enunciado O, esta tiene dos alternativas: denunciar al infractor, enunciado compuesto por OD o perdonarlo, enunciado compuesto por OP. El primero de los eventos se define a partir de lo expuesto en el apartado sobre los conjuntos normativos. Por el contrario, el segundo es un comportamiento que descansa en las relaciones de lealtad entre miembros del colectivo, y en el mantenimiento de su red densa. De esta segunda acción se deriva uno de los principales dilemas asociados a la gorronería y hurto en el área de manejo que tiene adjudicado el sindicato. Ahora bien, perdonar al transgresor una vez sorprendido por hurtar del área no necesariamente implica ausencia de sanciones concretas. Los informantes que conformaban las autoridades del sindicato pesquero decían que, informalmente, toleraban hasta tres actos de gorronería perpetrados por algún miembro, y que los miembros de los sindicatos preferían emplear tácticas de persuasión o disuasión para que el transgresor desistiera de sus actos en el futuro, de modo que la organización no adquiriera un carácter draconiano y expulsara a todos los gorriones cada vez que cometa una falta. Un ejemplo de lo anterior, durante el trabajo de campo, es que se presenció a un par de pescadores de otra organización propinando una golpiza a uno de sus miembros. Las autoridades de la caleta esclarecieron que esas prácticas eran poco frecuentes, pero que en ciertas circunstancias los miembros del sindicato sí efectuaban prácticas que incluían humillaciones o el ostracismo hacia un gorrón, no como una práctica institucionalizada, más bien como un gesto de desaprobación espontánea que emergía de los propios miembros del colectivo. Los mismos informantes expresaban que la diversidad de estas sanciones difusas en ocasiones hasta reemplazan las sanciones de tipo organizadas y hasta eran asumidas por los transgresores como costos que estaban dispuestos a aceptar para evitar su expulsión de los sindicatos.

Teniendo lo anterior presente, las definiciones estratégicas a nivel propositivo buscan hacer la siguiente demostración: el espectro de todas las posibles combinaciones de sucesos probabilísticos sufre variaciones debido a las estrategias que determina cada agente en cada jugada. Aquel enunciado puede ilustrarse juntando proposiciones que no sean excluyentes, por ejemplo, el jugador 1 al gorronear puede ser sorprendido por el funcionario de la Armada y las autoridades de su organización. Sin embargo, las autoridades del sindicato declararon durante la investigación que ambas instituciones operan de manera autónoma, implicando así que un funcionario de la Armada podría aceptar una coima de un polizón, y este paralelamente puede ser denunciado por otros miembros del sindicato. Aquí queda

expuesto el carácter probabilístico del modelo: dado el nivel de incertidumbre e información imperfecta, la incerteza sobre cuál será la acción que emprenderá cada agente prescribe un juego respecto al curso que tomará cada uno en su actuar.

#### 5.4 Pagos

En Teoría de Juegos toda acción posee recompensas asociadas a su ejecución, así teniendo la totalidad del perfil estratégico descrito para cada agente, quedaría entonces la tarea de definir los pagos de los jugadores involucrados. Estos incentivos pueden ser fácilmente designados para el jugador 1 y el jugador 2, puesto que son en su mayoría monetarios.

Para el transgresor fijamos a  $R_t$  como la recompensa monetaria percibida al gorronear el área de manejo, y dependiendo de los eventos que lo aglomeren, como enunciado acumulativo, estos irán acompañando, sumando o restando a sus pagos. Por ejemplo, si el transgresor es sorprendido por el funcionario de la armada y la organización {A y O}, se le restarán las sanciones correspondientes del primero designadas como  $S_A$ , e igualmente las sanciones que emanan de la organización designadas como  $S_O$ . Asimismo, hay que tener en consideración que los funcionarios de la Armada dedican su tiempo a fiscalizar la zona, por ende, al ser un ejercicio plenamente laboral, este posee incentivos salariales que simbolizaremos con la letra  $w$  que alude a la palabra en inglés *wage*.

De los actos desviados se derivan tanto incentivos como costos. En ese sentido, si la coima del jugador 1 es aceptada por el jugador 2, condicionado obviamente al ser sorprendido por este {A}, entonces se le restan a las ganancias del transgresor un monto equivalente donde se asume como maniobra de costos transferidos al jugador 2, el que será simbolizado como  $C_C$ . Por su parte, la sanción difusa,  $S_d$ , designa una pérdida del sujeto que no es monetaria. Más bien, disminuye en alguna propiedad específica como bienestar físico, emocional o estatus producto de una golpiza o humillación perpetrada por parte de la organización o sus miembros.

En cambio, los pagos del jugador 3 representan una formalización interpretada directamente a partir de los datos empíricos. Los informantes que conformaban las autoridades del sindicato debatían que a menudo las agrupaciones de pescadores artesanales se disolvían por dos razones específicas: la aplicación draconiana de las normas y reglas de trabajo, o su nula aplicación. Ellos explicaban que los miembros de estas organizaciones actúan como facciones, haciendo que la aplicación de sanciones o su perdón afecten los vínculos sociales, esto es, el costo del castigo o su omisión impacta en la cohesión del grupo, efecto externalizado que se nota reforzando los faccionalismos o fragmentándolos. De hecho, la literatura especializada corrobora esta observación, ya que también han evidenciado que las caletas de pescadores y sus organizaciones preceden de comunidades sustentadas en vínculos familiares y de compadrazgo, ostentando sus propios códigos e identidad (Glaría, 2010), aspecto que también explica por qué las organizaciones mantienen o toleran gorriones dentro de sus filas.

Bajo esa premisa, parece válido proponer que la sanción organizacional (formal) o difusa (informal) { $S_O$  o  $S_d$ } operan en base a un incentivo con incertidumbre, pues suponen que su ejecución o inacción impactan en la lealtad de los individuos hacia su agrupación al reflejar un carácter draconiano o permisivo. Este resultado doblemente adverso para el jugador 3 puede reflejarse con un valor algebraico simbolizado como  $\delta$  {delta}, el que tendrá sentido, siempre y cuando, estemos haciendo alusión a una magnitud cuyo valor representa la cohesión hacia las normas y la legitimidad de los arreglos institucionales, el que se verá afectado de forma

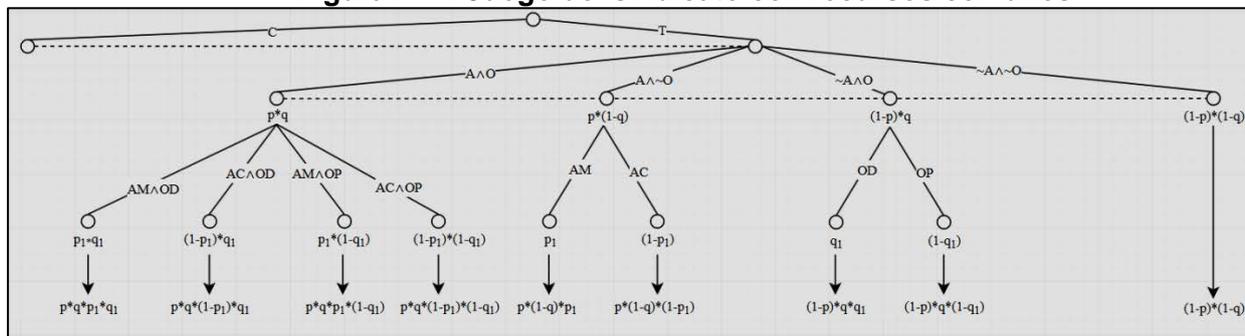
negativa cuando un transgresor sorprendido por la organización sea sancionado o perdonado por la misma, destruyendo el sentido de las normas, o bien el sentido de participar de una asociación que no es capaz de inhabilitar la membrecía de los traidores, cuya permanencia y tolerancia podría poner en juego incluso un Plan de Manejo, y con eso desmantelar al sindicato.

### 6. Modelo: Juego del Sindicato con recursos comunes e información imperfecta

Como se explicitó anteriormente, nuestra propuesta entra en el campo de lo probabilístico, porque en gran medida los sucesos y resultados no se deducen completamente de los sistemas reglamentarios y, en síntesis, tampoco se tiene claridad en cuáles son las razones por las que un miembro de la organización traiciona, o por qué un fiscalizador aceptaría una coima, o por qué el sindicato desistiría en aplicar las normas. Nuestro planteamiento central es que al incorporar dentro del espacio muestral eventos que arroja el material etnográfico, estos demuestran la volubilidad del sistema, o alternativamente su estabilidad.

El modelo posee las siguientes características: 1. Es un juego extensivo, que a diferencia de uno simultáneo se confecciona como un árbol de decisiones ramificado. Justificamos esto porque en la mayoría de las estrategias hay eventos sucesivos que se acumulan enunciativamente; 2. Es un juego que centra su atención sobre el perfil estratégico de los transgresores, que en este caso son los gorriones (*free riders*) con membrecía en el Sindicato de Buzos de la Caleta Coquimbo. A eso se suman otros dos jugadores, el funcionario de la Armada de Chile, y la organización; 3. Las recompensas derivadas de cada estrategia serán sólo designadas por símbolos más que por números, ya que no se tiene certeza cómo son las funciones de pago de cada jugador.

**Figura nº 1: Juego del sindicato con recursos comunes**



Fuente: Elaboración propia.

Como se aprecia, los nodos del juego representan momentos decisionales de cada jugador. El primer nodo corresponde al jugador 1 quien debe decidir si en la primera fase cumple con las reglas de trabajo, C, o las transgrede, T. El segundo nodo muestra participan los jugadores 2 y 3, el funcionario y el sindicato. Sus acciones hasta aquí se basan en las metas y deberes de cada institución, los que obligan a realizar actos de vigilancia {A}, que representa la supervisión del funcionario de la armada, y {O} que representa la supervisión de la organización. La notación ~ supone la negación de esos sucesos, es decir, representa una falla en la supervisión que ejecuta cada entidad encargada de tal actividad.

Asimismo, el lector puede observar que hasta el tercer conjunto de nodos se encuentran estos unidos por líneas horizontales segmentadas. Estas líneas representan información incompleta e incertidumbre, porque hasta allí los agentes no

saben con certeza cuál será la estrategia que cada uno elija o funcione independiente de sus inclinaciones preferenciales.

La resolución del juego se aprecia precisamente una vez que los jugadores 2 y 3 decidan cómo actuar condicionado a si es que sorprendieron a un infractor rompiendo las reglas. Sus estrategias pueden tomar el curso de sancionarlo {AM y/OD}, o buscar una vía alternativa, sea aceptando una coima de parte del infractor {AC} o perdonándolo {OP}, aplicando de esa manera una sanción difusa.

Tabla nº 1: Eventos, probabilidades y pagos del juego del sindicato con recursos comunes  
Fuente: Elaboración propia.

Eventos	Probabilidades	Eventos	Probabilidades Conjuntas	Pagos			
				Jugador 1	Jugador 2	Jugador 3	
A ∧ O	pq	AM ∧ OD	$p_1q_1$	$pqp_1q_1$	$R_t - S_A - S_o$	w	$-\delta$
		AC ∧ OD	$(1 - p_1)q_1$	$pq(1 - p_1)q_1$	$R_t - C_c - S_o$	$w + C_c$	$-\delta$
		AM ∧ OP	$p_1(1 - q_1)$	$pqp_1(1 - q_1)$	$R_t - S_A - S_d$	w	$-\delta$
		AC ∧ OP	$(1 - p_1)(1 - q_1)$	$pq(1 - p_1)(1 - q_1)$	$R_t - C_c - S_d$	$w + C_c$	$-\delta$
A ∧ ~O	p(1 - q)	AM	$p_1$	$p(1 - q)p_1$	$R_t - S_A$	w	$\delta$
		AC	$(1 - p_1)$	$p(1 - q)(1 - p_1)$	$R_t - C_c$	$w + C_c$	$\delta$
~A ∧ O	(1 - p)q	OD	$q_1$	$(1 - p)qq_1$	$R_t - S_o$	w	$-\delta$
		OP	$(1 - q_1)$	$(1 - p)q(1 - q_1)$	$R_t - S_d$	w	$-\delta$
~A ∧ ~O	(1 - p)(1 - q)	-	-	$(1 - p)(1 - q)$	$R_t$	w	$\delta$
				$\Sigma = 1$			

En la tabla nº 1 se resumen los conjuntos de eventos o estrategias, y las probabilidades asociadas a tales eventos, seguido por las acciones que suman a estos más sus probabilidades conjuntas, los que finalmente se traducen en productos o probabilidades finales. Estas combinaciones y posibilidades implican lógicamente que existen recompensas asociadas a cada suceso. Gracias a eso se podría suponer que estrategias dominantes, por lo menos para los jugadores 1 y 2, son aquellas que proveen máximos beneficios: el jugador 1 estaría plenamente interesado en que la supervisión de cualquiera de los vigilantes o monitores fallara, al igual como los pagos del jugador 2 sugieren que este preferiría un salario más una coima.

Para el jugador 3 el análisis se complejiza, puesto que según nuestro modelo sus preferencias dictan que le conviene no saber de las actividades desviadas del jugador 1, porque afectarían a la cohesión del sindicato, ya que sorprenderlo supone que debe actuar acorde a una prescripción normativa o a través de un mecanismo informal, y cualquiera sea la vía que tome, su cohesión se verá reducida por las razones que ya se han expuesto. En el caso contrario, desconocer la falta no debería impactar de manera negativa la cohesión del sindicato.

### 6.1 Debate sobre la pertinencia del modelo

El modelo generado a partir de información etnográfica plantea las siguientes interrogantes: 1. ¿Los supuestos detrás de las estrategias del jugador 3 restringen el número de resultados posibles? 2. ¿Se pueden estimar equilibrios o soluciones al juego?; 3. ¿Cuál sería una estrategia metodológica apropiada para el análisis de las recompensas que percibe el jugador 3? ¿Es la cohesión una variable tangible?

El primero de los puntos dice relación con la sanción organizacional,  $S_o$ , pues supone que los registros etnográficos señalan que, sí y sólo si el sindicato fue el que sorprendió al infractor entonces tiene dos alternativas: sancionar organizadamente o de forma difusa. Pero a su vez, también recae en el sindicato denunciarlo a tribunales o no. En definitiva, el problema del modelo es que no introduce esa variabilidad, que pudo hacerse incorporando un nodo más de decisión al árbol.

En segundo lugar, es comprensible que una de las grandes limitaciones que varios teóricos de juegos indicarían a nuestro modelo del sindicato con recursos comunes es, principalmente, la falta de soluciones o equilibrios en el modelo. A modo de defensa, el introducir probabilidades en función de la combinación de los perfiles estratégicos brinda incerteza sobre las jugadas e información limitada, elementos que son muy comunes en juegos no cooperativos. No obstante, la solución del juego se induce alegando que si son altas las probabilidades de coerción interna y externa, tal vez, los jugadores desistan de gorronear en ciertas rondas. Asimismo, se puede alegar, desde la perspectiva del jugador 1, que si el costo de la coima transferido al jugador 2 es muy alto, resulta no muy favorable hurtar del área de manejo, como también, si los eventos de la vigilancia interna y externa a la organización local no son efectivos, su estrategia puede sostenerse de manera esporádica.

Por último, el modelo y el relato resaltan carácter doblemente problemático sobre la presencia de gorriones en una organización que se encarga de administrar recursos comunes. El parámetro delta ( $\delta$ ), representa un incentivo marcado por incertidumbre para el jugador 3, denotando un efecto en la cohesión del grupo cuando se aplica o no el estamento correcto. Nuestros hallazgos fundan una problemática respecto a las redes personales de cada agente que afectan la probabilidad de ser sancionado o no, por ello es que un diseño apropiado para investigaciones posteriores debería abordar los tipos de vínculos y sus efectos condicionales en las estrategias del sindicato, de acuerdo a un abordaje basado en análisis de redes sociales. Evidentemente, una investigación de ese tipo expande la necesidad de abordarlo desde un punto de vista etnográfico, incorporando técnicas como las encuestas de redes y el conjunto de estadígrafos propios del análisis de redes. Creemos que sólo así se puede abordar el efecto estadístico de los lazos sociales en dilemas relacionados a la administración de recursos comunes, y en ese sentido, precisar los factores que condicionan el comportamiento del parámetro  $\delta$  y su posible dinámica temporal.

## 7. Conclusiones

El modelo pone en consideración varios desafíos que enfrentan las instituciones para que sus agentes obedezcan las leyes, en contextos de administración de recursos comunes. El artículo no pretende demonizar la externalización de las sanciones ni tampoco la participación local para controlar el comportamiento de sus propios integrantes; ambas poseen virtudes como también incentivos perversos. La volubilidad de los sistemas institucionales y los desafíos de mantener la cohesión grupal en torno a las normas representan problemas recurrentes que podemos extrapolar a varios otros dilemas sociales asociados no sólo a la administración de recursos comunes.

Naturalmente, esta no es una problemática nueva. En la publicación de R. Bandin y R. Quiñones (2014), los autores modelizan el impacto de la pesca ilegal en un AMERB ubicada en Isla Mocha, Chile. Sin embargo, su problema de administración residía en el hurto de una pesquería perpetrada por pescadores externos a la caleta. Los pescadores de esta isla demandaban mayor participación y esfuerzos coordinados entre la autoridad marítima y local. A partir de los hallazgos de esta

investigación, algunos lectores podrían deducir la existencia de una correlación positiva entre el aumento de la participación local y la gorronería interna en regímenes de pesca artesanal. Pero en realidad es difícil pensar en una relación lineal, porque el problema yace en un atributo ambiguo que designamos como cohesión, el que promueve ambientes cooperativos, pero a la vez tolera la deserción hacia las normas. Es posible que la solución elaborada por las organizaciones que enfrentan este balance necesario entre sancionar y no sancionar, se encuentre en la alternancia de estrategias, tal como lo sugiere la solución etnográfica de «tres oportunidades» que admitían nuestros informantes.

En ese sentido, tampoco es factible sostener que las organizaciones de pescadores artesanales en Chile ostentan toda una cultura que promueve la sustentabilidad como lo han hecho otros autores (Marín, 2007). Este tipo de hipótesis generan disonancia entre las acciones colectivas e individuales, por lo que no son capaces de explicar el comportamiento estratégico de ninguno de los agentes involucrados.

En paralelo, para nosotros sí es posible sostener que la etnografía es un medio que ayuda a complejizar estos modelos, ya que este método genera registros de comportamientos *in situ* de los jugadores presentes, y es capaz de señalar los vicios y paradojas de cada sistema, lo que *a posteriori* brinda, en conjunto con un marco teórico adecuado, un análisis formal y hasta posibles predicciones sobre la perpetuación o un posible colapso de los sistemas institucionales de este tipo. En ese sentido, se muestra la utilidad de la combinación de métodos que tienden a considerarse como productos excluyentes (Janssen, 2015; Crosley y Edwards, 2016). En vista de que la forma de extracción de datos que provee la etnografía permite observar modos de interacción no visibles a través de métodos aprioristas (Kleinman y Kolb, 2011), como los tipos de interacción que se dan en un sistema social, al combinarse con métodos de modelación matemática y simulación basados en teorías sobre la interacción social, permiten la deducción de escenarios no observados, resultados no evidentes de las estrategias encontradas, la simulación de interacciones nuevas y ensayar formas de control de la gorronería y persecución de objetivos globales de los propios agentes organizados como los pescadores. A su vez, ni el apriorismo de una teoría y un conjunto de métodos de modelamiento, ni el inductivismo propio del método etnográfico, son de por sí caminos suficientes para abordar una problemática social como la que nos convoca, por lo que resulta del todo pertinente su combinación.

En consecuencia, si su combinación aporta valor heurístico a la toma de decisiones de los agentes, sobre todo en relación a la capacidad limitada de control que pueden ejercer organizaciones con alta vinculación socioafectiva entre sus miembros, de lo que se deduce que no necesariamente este tipo de relaciones son capaces de constreñir la gorronería interna, cabe preguntarse si podemos profundizar en el modelo al combinar el método etnográfico con los análisis de redes, y los métodos de modelamiento de redes sociales, que permiten calcular un conjunto de medidas para estimar la estructura del poder en un sistema, la tendencia a la formación de facciones no evidentes, y la tendencia a vincularse y protegerse entre sujetos semejantes (Crossley y Edwards, 2016). Ello sugiere que una combinación entre teoría de juegos, teoría de redes y etnografía puede llegar a descubrir nuevos escenarios de interacción, basados en las constricciones estratégicas que genera la estructura de los lazos sociales, como también información para el replanteamiento de políticas públicas orientadas a principios políticos, como la intervención estatal, la privatización de los recursos o la confianza ciega en instituciones que, por su carácter comunitario, pueden limitar su eficacia y pavimentar su desmantelamiento al intentar conservar dicha comunidad.

## Bibliografía

- Agrawal, A., Brown, D. G., Rao, G., Riolo, R., Robinson, D. T. y Bommarito, M. (2013). Interactions between organizations and networks in common-pool resource governance. *Environmental Science & Policy*, 25, pp. 138-146. doi: 10.1016/j.envsci.2012.08.004
- Amster, P. y Pinasco, J. (2014). *Teoría de juegos: una introducción matemática a la toma de decisiones*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Atran, S., Medin, D. L. y Ross, N. O. (2005). The cultural mind: environmental decision making and cultural modeling within and across populations. *Psychological Review*, 112(4), pp. 744-76. doi: [10.1037/0033-295X.112.4.744](https://doi.org/10.1037/0033-295X.112.4.744)
- Bandin, R. y Quiñones, R. (2014). Impacto de la captura ilegal en pesquerías artesanales bentónicas bajo el régimen de co-manejo: el caso de Isla Mocha, Chile. *Latin American Journal of Aquatic Research*, 42(3), pp. 547-579. doi: 103856/vol42-issue3-fulltext-14
- Barnes-Mauthe, M., Arita, S., Allen, S. D., Gray, S. A. y Leung, P. S. (2013). The influence of ethnic diversity on social network structure in a common-pool resource system: implications for collaborative management. *Ecology and Society*, 18(1), 23. doi: 10.5751/ES-05295-180123
- Barr, A., Ensminger, J. y Johnson, J. (2010). Social networks and trust in cross-cultural economic experiments. En K. Cook, M. Levi, y R. Hardin (Ed.), *Whom can we trust?: how groups, networks, and institutions make trust possible* (pp. 65-90). New York: Russell Sage Foundation Press. Recuperado de <http://jee.caltech.edu/publications>.
- Berg, J., Dickhaut, J. y McCabe, K. (1995). Trust, reciprocity, and social history. *Games and Economic Behavior*, 10(1), pp. 122-142.
- Boyd, R. y Richerson, P. J. (2002). Group beneficial norms spread rapidly in a structural population. *Journal of Theoretical Biology*, 215, pp. 287-296. doi: 10.1006/jtbi.2001.2515
- Crawford, S., Ostrom, E. & (1995). A grammar of institutions. *The American Political Science Review*, 89(3), pp. 582-600. Recuperado de <http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28199509%2989%3A3%3C582%3AAGOI%3E2.0.CO%3B2-A>.
- Crivos, M. (2019). Bunge and Scientific Anthropology. En M. Mathews (ed.), *Mario Bunge: A Centenary Festschrift* (pp. 389-396). Berlín, Alemania: Editorial Springer.
- Crossley, N. y Edwards, G. (2016). Cases, mechanisms and the real: the theory and methodology of mixed-method social network analysis. *Sociological Research Online*, 21(2), pp. 1-15. doi:10.5153/sro.3920
- David-Barrett, T. y Dunbar, R. I. M. (2012). Cooperation, behavioural synchrony and status in social networks. *Journal of Theoretical Biology*, 308, pp. 88-95. doi: 10.1016/j.jtbi.2012.05.007
- Dunbar, R. I. M. y Sosis, R. (2018). Optimising human community sizes. *Evolution and Human Behavior*, 39(12), pp. 106-111. doi: [10.1016/j.evolhumbehav.2017.11.001](https://doi.org/10.1016/j.evolhumbehav.2017.11.001)
- Glaría, V. (2010). Sujetos colectivos en búsqueda de la sustentabilidad pesquera: relatos de los miembros de una comunidad de pescadores artesanales, V región, Chile. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 9(27), pp. 109-127. doi: 10.4067/S0718-65682010000300006
- Grafton, Q. (2005). Social capital and fisheries governance. *Ocean & Coastal Management*, 48, pp. 753-766. doi: 10.1016/j.ocecoaman.2005.08.003
- Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science*, 162(3859), pp. 1243-1248. doi: 10.1126/science.162.3859.1243
- Henrich, J., Boyd, R., Bowles, S., Camerer, C., Fehr, E., Gintis, H., McElreath, R.,

- Alvard, M., Barr, A., Ensminger, E., Henrich, N. S., Hill, K., Gel-White, F., Gurven, M., Marlowe, F. W., Patton, J. Q., Tracer, D. (2005). Economic man in cross-cultural perspective: behavioral experiments in 15 small-scale societies. *Behavioral and Brain Sciences*, 28, pp. 795-855. Recuperado de [https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich et al in BBS Dec 05.pdf](https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich_et_al_in_BBS_Dec_05.pdf).
- Henrich, J. y Henrich, N. (2006). Culture, Evolution and the puzzle of human cooperation. *Cognitive Systems Research*, 7, pp. 220-245. doi: 10.1016/j.cogsys.2005.11.010
- Janssen, M. (2015). A behavioral perspective on the governance of common resources. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 12, pp. 1-5. doi: 10.1016/j.cosust.2014.08.002
- Kleinmann, S. y Kolb, K. (2011). Traps on the path of analysis. *Symbolic Interaction*, 34(4), pp. 425-446. doi: 10.1525/si.2011.34.4.425
- Koford, K. (2003, septiembre). *Experiments on trust and bargaining in Bulgaria: the effects of institutions and culture*. Ponencia presentada en el 7º Encuentro Anual de la Sociedad Internacional para la Nueva Economía Institucional, Budapest, Hungría.
- Ley General de Pesca y Acuicultura, N°18.892, 1989. Congreso Legislativo de Chile.
- Marín, W. (2007). Cultura y modernización de la pesca artesanal en Chile: adaptaciones, cambios e hibridaciones en una caleta de algueros. *Revista Mad. Revista del Magíster en Análisis Sistemático Aplicado a la Sociedad*, (17), pp. 113-143. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=311224745007>.
- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. (2015). *Comprendiendo la diversidad institucional*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivera, A., Gelcich, S., García-Flórez, L. y Acuña, J. L. (2019). Social attributes can drive or deter the sustainability of bottom-up management systems. *Science of the Total Environment*, 690, pp. 760-767. doi: [10.1016/j.scitotenv.2019.06.323](https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2019.06.323)
- Turchin, P. (2003). *Historical Dynamics: Why states rise and fall*. New Jersey, EEUU: Princeton University Press.

# Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19\*

## Transparency, access and re-use of information in the context of public sector digital transformation: lessons and challenges in the age of COVID-19

Julián Valero Torrijos

Universidad de Murcia

ORCID ID 0000-0002-6739-6789

[julivale@um.es](mailto:julivale@um.es)

Juan Ignacio Cerdá Meseguer

Universidad de Murcia

[jiignaciocm@um.es](mailto:jiignaciocm@um.es)

### Cita recomendada:

Valero Torrijos, J. y Cerdá Meseguer, I. (2020). Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 103-126.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5705>

Recibido / received: 10/07/2020  
Aceptado / accepted: 02/09/2020

### Resumen

La transformación digital del sector público requiere de una apuesta decidida por la innovación y, en particular, por la efectiva integración de los sistemas de información a partir de los planteamientos de los datos abiertos y la transparencia basada en la reutilización de la información del sector público. En este sentido, la efectiva colaboración interadministrativa

\* Este trabajo se ha realizado en el marco de la participación de los autores en los proyectos de investigación «Datos de salud: claves ético-jurídicas para la transformación digital en el ámbito sanitario», financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (ref. 20939/PI/18), y «Datos abiertos y reutilización de la información del sector público en el contexto de su transformación digital: la adaptación al nuevo marco normativo de la Unión Europea», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ref. PID2019-105736GB-I00).

aprovechando las posibilidades de la tecnología, el impulso convencido a los principios del Gobierno Abierto, la colaboración decidida con el sector privado y la superación de un modelo de gestión de la información en gran medida lastrado por una interpretación desenfocada de la normativa sobre protección de datos personales se revelan como algunas de las principales medidas a impulsar. Tal y como se ha manifestado en los últimos meses durante la lucha contra la pandemia generada por el COVID-19, es urgente diseñar un nuevo modelo de gobernanza de la información que permita hacer frente a este desafío.

### **Palabras clave**

Gobierno Abierto, transformación digital, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, co-creación de servicios públicos digitales, protección de datos de carácter personal, datos de salud, COVID-19.

### **Abstract**

*Digital transformation of public sector involves a firm commitment to innovation and, particularly, to the true integration of information systems based on open data, transparency and PSI re-use standards. In this respect, sincere inter-administrative collaboration, effective use of the innovation possibilities of technology, a decided support for the principles of Open Government, the cooperation with the private sector and the overcoming of an information management model largely constrained by an out-of-focus understanding of the data protection legislation are some of the main actions to be promoted. As it has been shown over the past few months in the fight against the COVID-19 pandemic, it is becoming urgent to design a new model of information governance in order to tackle this challenge.*

### **Keywords**

*Open Government, digital transformation, data protection & PSI re-use, digital public services co-creation, personal data protection, health data, COVID-19.*

SUMARIO. 1. Una premisa inexcusable: la importancia de los datos en el contexto del Gobierno Abierto y la transformación digital del sector público. 2. La doble superación del modelo de gestión documental en el sector público en el contexto de su transformación digital y el Gobierno Abierto. 2.1. La dimensión objetiva: de los documentos a los datos. 2.2. De la Administración y las entidades del sector público a la colaboración con el sector privado. 2.2.1. La existencia de una relación contractual para la prestación de servicios por cuenta de las Administraciones Públicas. 2.2.2. La obtención de información de sujetos privados por parte de las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades de vigilancia y supervisión. 2.2.3. La disponibilidad de información de sujetos privados en la ejecución de actividades prestacionales por parte de las Administraciones Públicas. 2.2.4. El acceso por las Administraciones Públicas a la información generada por entidades privadas en el ejercicio de su propia actividad. 3. Análisis jurídico de las singularidades e insuficiencias de la gestión documental en el ámbito sanitario y su proyección en la gestión del COVID-19. 3.1. La fragmentación competencial y su proyección sobre un modelo superado de gestión para la obtención de los datos. 3.2. Ausencia de condiciones jurídicas adecuadas en la regulación legal: la interoperabilidad como premisa inexcusable. 3.3. Modelo centrado principalmente en la historia clínica. 3.4. La información del sector privado también es esencial: más allá de las previsiones sobre salud pública. 4. La perspectiva de la protección de los datos de carácter personal: ¿salud pública o privacidad? 4.1. Los términos generales del debate jurídico. 4.2 Análisis del Reglamento General de Protección de Datos y la legislación española en materia de salud pública. 5. Conclusiones y reflexiones finales.

## **1. Una premisa inexcusable: la importancia de los datos en el contexto del Gobierno Abierto y la transformación digital del sector público**

Uno de los principales rasgos característicos de las sociedades actuales consiste en la necesidad de disponer de datos a partir de los que adoptar las decisiones. Se trata de una exigencia que no sólo se plantea en el sector privado, sino que, por lo que ahora nos interesa, adquiere una singular relevancia en el contexto de la actividad de las Administraciones y el resto de las entidades que forman el sector público.

Buena parte del proceso de transformación digital que se preconiza en todos los ámbitos se basa en la «explotación» de datos a partir de las posibilidades que ofrece la innovación tecnológica que, en el caso del sector público, ha de partir necesariamente de las exigencias del Gobierno Abierto. Como se ha señalado con acierto respecto del sector público, sólo de esta manera puede afrontarse el proceso de su transformación digital en las modernas sociedades democráticas, que requieren nuevos modelos de relación entre las instituciones públicas y la ciudadanía en los que la incorporación de nuevos protagonistas ajenos a la organización pública resulta imprescindible (Martínez y Salvador, 2016, p. 91). En consecuencia, además de la participación, la transparencia y el acceso a la información, la colaboración se convierte en un auténtico desafío a la hora de configurar la actividad del sector público en este contexto, alumbrando un nuevo paradigma que consiste en la co-creación de servicios públicos digitales a partir de la disponibilidad de datos abiertos en formatos reutilizables de manera automatizada<sup>1</sup>.

Esta dimensión se ha puesto de manifiesto de manera especialmente cruda durante la crisis generada por la pandemia del COVID-19<sup>2</sup>, donde la falta de transparencia, la no disponibilidad de datos fiables y actualizados, así como la incapacidad de la Administración Pública de afrontar los desafíos planteados sin la colaboración del sector privado nos obligan a replantear el modelo de gestión. A este respecto resulta imprescindible tener en cuenta las exigencias y posibilidades no sólo de la tecnología sino, en particular, del Gobierno Abierto como plasmación actual del Estado democrático occidental según las exigencias actuales en el comienzo de la tercera década del siglo XXI.

Más allá de la mera constatación de una evidencia, resulta imprescindible ordenar, si quiera mínimamente, las principales manifestaciones a través de las cuales se plasma el proceso de transformación digital en el que se encuentran inmersas las entidades públicas y en particular la Administración. Sólo desde esta aproximación tipológica será posible abordar un análisis más profundo no sólo de las implicaciones jurídicas que plantea este proceso sino, en particular, afrontar los riesgos que suponen para el Derecho en general y el Derecho Administrativo en particular. Se trata, en definitiva, de un debate imprescindible en el actual contexto de la «Estrategia Europea de Datos»<sup>3</sup>, un ecosistema donde la mayor transparencia y

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo, la apertura de datos en Euskadi durante la crisis generada por el COVID-19 conforme a los parámetros de la reutilización de la información del sector público ha generado interesantes iniciativas particulares que facilitan la visualización de los datos. Información accesible en <https://opendata.euskadi.eus/comunidad-open-data/-/2020/visualizaciones-de-datos-sobre-la-evolucion-del-covid-19/> (última visita: 22 de junio de 2020).

<sup>2</sup> La relevancia de este debate se demuestra en el hecho de que la Comisión Europea haya aprobado un documento específico al respecto. Se trata de la Recomendación C (2020) 3300 final, de 8 de abril, relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados.

<sup>3</sup> Véase: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es) (último acceso: 22 de junio de 2020).

disponibilidad de datos que demandan el *big data* y la Inteligencia Artificial están llamados a desempeñar un papel esencial (Zlotnik, 2019, p. 27). Y en este debate no puede menospreciarse la necesaria integración de la variable jurídica como presupuesto para la legitimidad de la innovación tecnológica, en particular por lo que se refiere al cumplimiento normativo vinculado a los derechos fundamentales (Martínez Martínez, 2019, pp. 75-78) y a los riesgos derivados de los aspectos ético-jurídicos (Martínez Martínez, 2017, pp. 155-159).

## 2. La doble superación del modelo de gestión documental en el sector público en el contexto de su transformación digital y el Gobierno Abierto

### 2.1. La dimensión objetiva: de los documentos a los datos

En el análisis de los diferentes escenarios de la transformación digital que ha de afrontar el sector público encontramos fundamentalmente dos elementos cuya incidencia sobre las implicaciones jurídicas del fenómeno anteriormente presentado adquieren una singular importancia. Así, desde un punto de vista objetivo resulta imprescindible partir de la superación del modelo de gestión basado en los documentos, avance que sólo se puede concebir a partir de la generalización del uso del soporte electrónico. Si bien los documentos como tales siguen resultando imprescindibles (Bustos Petrer, 2018, p. 59) en tanto que permitan reflejar con plenas garantías ciertos actos jurídicos, lo cierto es que desde las posibilidades de la innovación tecnológica no basta simplemente con la sustitución de su versión en soporte papel por la correspondiente en soporte electrónico. De hacerlo así seguiríamos asumiendo una perspectiva excesivamente rígida que impediría aprovechar las ventajas de un planteamiento más dinámico como el que ofrece la gestión basada en los datos, sin duda más adecuado a las exigencias de la buena regulación (Canals Ametller, 2016, pp. 19-20).

En efecto, sin perjuicio de que a partir de los datos puedan generarse documentos formalizados cuando resulte preciso e incluso que dicha conversión se lleve a cabo manera automatizada, la verdadera posibilidad de transformación digital de la actividad administrativa sólo se concibe desde el abandono del documento como eje a partir del cual articular la gestión de la actividad y, asimismo, las relaciones con otros sujetos. A este respecto, a pesar de que las nuevas tecnologías permiten formas alternativas de creación de innovaciones más allá de las reglas burocráticas y sus constreñimientos (Criado y Villodre, 2016, p. 102), lo cierto es que la desproporcionada importancia que tiene el procedimiento administrativo como eje formal esencial de la actividad administrativa (Martín, 2018: 187, 188) ha determinado que el expediente adquiera una trascendencia en la práctica y la cultura de las entidades públicas que, sin duda, supera ampliamente su efectiva y originaria razón de ser (Rivero, 2007, pp. 183-194; Sanz Larruga, 2017, pp. 965-967).

Más aún, la tradicional aproximación jurídica a la gestión documental realizada en el seno de las entidades públicas se ha articulado a partir de una premisa esencial: la documentación se generaba con el fin de ofrecer soporte a una determinada actuación, de manera que su utilización para finalidades adicionales en gran medida se encontraba limitada a las necesidades de control y supervisión previamente establecidas normativamente, generando una concepción excesivamente restrictiva que se ha plasmado legalmente (Valero Torrijos, 2018, p. 386). En otras palabras, ni la concepción legal ni la práctica administrativa se muestran muy proclives a una decidida apertura de la información en poder del sector público, lo que obedece no sólo a premisas –y en algunos casos prejuicios– ideológicas y culturales al margen del Derecho sino, con frecuencia, a un planteamiento condicionado por el origen

último de la gestión documental: asegurar la constancia de las actuaciones realizadas, de los trámites cumplimentados y, en definitiva, de las decisiones adoptadas. En consecuencia, en general, todavía es infrecuente que el diseño de las aplicaciones y los sistemas de información se realice teniendo en cuenta la necesidad de, en un momento posterior, suministrar datos a otros sujetos para finalidades distintas de la actuación principal que se vaya a realizar.

A esta problemática debe añadirse la dificultad adicional que conlleva proyectar dicha conclusión en una dimensión intersubjetiva que, además, tenga en cuenta la naturaleza de las entidades que participan en las diversas relaciones jurídicas que se entablan en el contexto de los proyectos e iniciativas relacionadas con la transformación digital del sector público.

## 2.2. De la Administración y las entidades del sector público a la colaboración con el sector privado

Desde hace casi veinte años el foco de la modernización tecnológica en el sector público se ha planteado a partir de la denominada Administración electrónica. En efecto, ya en la legislación de 1992 sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común se trató de impulsar el uso de medios electrónicos en la actividad administrativa y, sobre todo, en las relaciones *ad extra* con los ciudadanos. En concreto Valero Torrijos (2014, p. 120) se dio inicialmente carta de naturaleza legal a esta posibilidad en particular por lo que se refería a los documentos administrativos y el ejercicio de potestades para, a partir de finales del siglo XX, avanzar en la perspectiva de las comunicaciones que tuvieran lugar para la presentación de escritos, solicitudes y recursos, así como, por lo que se refiere a la eficacia de los actos administrativos, a la práctica de las notificaciones.

En todo caso, aun reconociendo el avance producido desde entonces y de manera especial en los últimos cinco años, no por ello puede evitarse constatar una dificultad muy específica por lo que se refiere a las relaciones interadministrativas, incluso desde la perspectiva de la propia regulación legal. En efecto, con la reforma de 2007 se plantearon importantes limitaciones a la hora de que los ciudadanos pudieran utilizar sistemas indirectos de presentación de sus escritos y comunicaciones por medios electrónicos, lo que en última instancia determinaba la necesidad de utilizar el registro electrónico propio de la entidad a la que iban dirigidos.

Más allá de esta dimensión relacional que parece superada legalmente, otra importante medida de simplificación nos puede servir para ejemplificar las dificultades que, más allá de la literalidad regulatoria, supone la necesidad de articular las relaciones interadministrativas por medios electrónicos y, por tanto, las dificultades derivadas de la fragmentación competencial inherente a un modelo descentralizado como el propio del Estado de las Autonomías. En efecto, si bien que limitado en la versión inicial de 1992 a la Administración actuante, es necesario enfatizar que el derecho a no presentar documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas todavía a día de hoy sigue sin ser satisfecho plenamente según las exigencias de la regulación legal (Martínez Gutiérrez, 2016, p. 174), de manera que son demasiado frecuentes los casos en que su no aportación en ejercicio del derecho que reconoce el art. 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) finaliza en la necesidad de que el particular haga frente al requerimiento de justificar documentalmente aspectos fácticos que ya le constan a aquellas. De hecho, aun cuando existe una habilitación legal *ad hoc* en el art. 155 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que ha sido reforzada desde

la perspectiva de la protección de datos personales por la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), lo cierto es que en la práctica no siempre se dan los presupuestos institucionales y organizativos necesarios para que el intercambio de información entre las Administraciones Públicas tenga lugar de manera regular mediante la interconexión automatizada de los respectivos sistemas de información (Martín Delgado, 2018, p. 185).

Aun cuando tras las reformas de 2007 y de 2015, se haya seguido avanzando en esta línea regulatoria, la propia dinámica de la innovación tecnológica ha planteado la necesidad inevitable de superar una visión centrada exclusivamente en las entidades públicas, dando lugar a una creciente importancia del papel que corresponde al sector privado (Criado y Villodre, 2016, p. 99). En última instancia, se trata de superar tales limitaciones desde el potencial de la tecnología para articular soluciones que faciliten la innovación administrativa (Martín, 2018, pág. 200); lo que requiere alumbrar un modelo basado en la gestión de la información a partir de su recogida masiva, así como su gestión inteligente y colaborativa (Cotino Hueso, 2017b, p. 398). Sin embargo, el fundamento en el que se sustentan las relaciones jurídicas subyacentes es ciertamente diverso, de modo que resulta imprescindible delimitar, si quiera inicialmente, la naturaleza de las mismas para, de esta manera, identificar posibles barreras o, simplemente, desafíos a tener en cuenta por lo que se refiere a la accesibilidad de la información desde las exigencias de la transformación digital, bien de cara a su integración en otros sistemas de información bien por lo que respecta a la disponibilidad por parte de terceros para el ejercicio de sus propias funciones o la satisfacción de sus respectivos intereses.

### **2.2.1. La existencia de una relación contractual para la prestación de servicios por cuenta de las Administraciones Públicas**

En ocasiones no son las propias entidades públicas quienes realizan exclusivamente la actividad o de manera directa, sino que, con frecuencia, lo hacen a través de prestadores de servicios con los que, por tanto, habrá de existir una relación jurídica formalizada, normalmente a través de un contrato. Este sería el caso, por ejemplo, de los proyectos que se impulsan en el marco de las iniciativas agrupadas en torno al modelo de «ciudades inteligentes» (*Smart cities*). Se trata de un concepto acuñado para hacer referencia a un modelo de gestión de servicios municipales basado en la obtención de cantidades ingentes de datos que permitan prestar dichas actividades con mayor eficiencia no sólo tecnológica sino también con un decidido compromiso de protección del medio ambiente y la sostenibilidad, por lo que el debate acerca de la transparencia, acceso y uso de tales datos resulta especialmente relevante (Piñar Salmerón, 2017, p. 31). No se trata, simplemente de adoptar un enfoque de gestión a partir de los datos que se obtengan en la actividad municipal sino, además, de integrar en los procesos de análisis, gestión, decisión y evaluación aquellos otros que resulten de la realización de actividades por parte de ciertos sujetos privados que, por lo que ahora interesa, prestan servicios públicos a través del oportuno contrato (transporte colectivo urbano de viajeros, suministro de agua potable, recogida y tratamiento de residuos...). En estos supuestos (Fernández Mañas, 2015, pp. 1014-1020), existen evidentes conflictos de intereses por lo que se refiere a la accesibilidad de la información vinculada a la prestación de los servicios por parte de dichos sujetos privados, lo que plantea importantes desafíos a la hora de concretar la arquitectura jurídica a través de la que articular las relaciones contractuales con la Administración municipal.

### **2.2.2. La obtención de información de sujetos privados por parte de las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades de vigilancia y supervisión**

Con frecuencia la actividad administrativa se proyecta sobre la que realizan otros sujetos mediante el ejercicio de potestades de vigilancia y supervisión. A este respecto, desde la perspectiva de la transformación digital cabe plantear varios escenarios cuyas implicaciones jurídicas son ciertamente diversas, lo que resulta de importancia a los efectos de este trabajo. Así, por una parte, tales competencias administrativas pueden tener por objeto funciones de control sobre actividades – normalmente de carácter económico– que llevan a cabo las empresas y otras entidades en el ámbito del libre mercado. Sin embargo, por otra parte, también puede referirse al normal desenvolvimiento de personas físicas más allá de sectores donde exista, si quiera indirectamente, vinculación a un servicio público en sentido estricto o a una actividad de prestación realizada por una entidad pública.

Al margen del comercio electrónico, ya definitivamente consolidado, un ejemplo emergente y paradigmático de estas actividades sería la denominada Industria 4.0, que afectaría tanto a la actividad económica empresarial como, asimismo, el comportamiento de personas físicas que desempeñan una actividad profesional en el marco de las relaciones laborales. En este tipo de escenarios la actividad que subyace sólo se concibe a partir de la gestión de grandes cantidades de datos que, con la mayor precisión, permiten optimizar las estrategias empresariales y, de este modo, afrontar los desafíos que plantea el incesante incremento de las exigencias de competitividad sobre la actividad industrial.

Ciertamente, la actividad privada que se realiza quedaría al margen de la normativa sobre transparencia, acceso y reutilización de la información del sector público, si bien los datos que se generan pueden presentar enorme interés a la hora de ofrecer servicios de valor añadido basados en la interconexión de diversas fuentes. Sin embargo, dado que existen derechos e intereses particulares que han de ser objeto de tutela y, en la medida que no se contempla una regulación específica que les obligue a ello, la apertura de tales datos sólo puede contemplarse desde la voluntariedad; con las matizaciones que es posible realizar por lo que se refiere a los registros públicos y las obligaciones vinculadas a la obtención de ayudas y otros beneficios económicos con cargo a fondos públicos.

En consecuencia, sólo cabría plantear con carácter general el acceso a la información que se genere como resultado de la actividad administrativa en este entorno. Ahora bien, una mínima exigencia de eficacia en la misma requiere que las competencias de control y supervisión administrativas hayan de tener lugar de manera adecuada en función de las singularidades de la actividad objeto de dichas potestades. En consecuencia, las funciones administrativas habrán necesariamente de adaptarse al entorno digital, lo que en definitiva supone que una apuesta decidida por la automatización, medida que no sólo se debería proyectar en la ejecución propiamente dicha de la actividad administrativa sino, además y por lo que ahora nos resulta de interés, en la accesibilidad de los datos generados como consecuencias de su desenvolvimiento

Ahora bien, la disponibilidad de estos datos requiere que no se genere interferencia en otros derechos e intereses legítimos, cuestión nada sencilla de abordar y que requiere una mínima regulación.

En última instancia, más allá de la imprescindible voluntad y partiendo de la insuficiencia del marco legislativo, para ello se debería plantear anticipadamente esta opción de apertura de los datos de manera inmediata –o, cuando menos, tras una mínima supervisión– y a partir de formatos que permitieran su posterior reutilización sin que sea precisa la intervención directa de personas físicas.

### **2.2.3. La disponibilidad de información de sujetos privados en la ejecución de actividades prestacionales por parte de las Administraciones Públicas**

En otras ocasiones, la información se genera en el contexto de la prestación material de un servicio por parte de una entidad pública a un particular, normalmente para la satisfacción de un derecho. En estos la concurrencia de un interés público determina la conveniencia –o, incluso, obligación cuando así se configure normativamente– de que la misma se ponga a disposición de un tercero, si bien para ello pueden existir dificultades jurídicas de gran relevancia.

Al margen de la tutela de los intereses y derechos de las personas jurídicas-privadas –cuestión menos frecuente en el caso de las actividades prestacionales y que resulta ciertamente compleja (Cerrillo, 2016, p. 111)–, en la medida que la información se encuentre vinculada a una persona física identificada o identificable sería de aplicación la normativa sobre protección de datos de carácter personal, para lo cual habría que tener en cuenta las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD) sobre las circunstancias que legitiman el tratamiento de tales datos. En particular, salvo que resulten de aplicación algunas de las condiciones que legitimen el tratamiento de las previstas en los arts. 6 y 9 RGPD, las posibilidades de tratar los datos para finalidades distintas sólo se podrán plantear desde el consentimiento, salvo que se den las condiciones adecuadas para la anonimización y, por tanto, para que la persona titular de los datos no pueda ser identificada. Esta última exigencia ha de ser enfatizada, dado que la mera seudonimización, tal y como se contempla en el art. 5 RGPD, implica que resulte de aplicación la normativa que regula este derecho fundamental y, por tanto, que únicamente sea lícito el tratamiento de los datos con las exigencias y las garantías establecidas al respecto normativamente (Cotino Hueso, 2017a, p. 146).

### **2.2.4. El acceso por las Administraciones Públicas a la información generada por entidades privadas en el ejercicio de su propia actividad**

Algunos sujetos privados disponen de información ciertamente relevante que es el resultado del desenvolvimiento de su propia actividad, sin que se encuentre sometida a una función de control y supervisión de cuyo ejercicio se pudieran obtener aquella. Además, dicha información resulta singularmente relevante cuando se refiere a actividades que afectan de manera masiva a otros sujetos privados, bien sean personas físicas o, en su caso, personas jurídicas. En última instancia, este carácter masivo de los sujetos afectados y, sobre todo, en relación con la singularidad de la actividad a la que se refieren puede determinar un singular valor desde la perspectiva de los intereses generales de los datos que se puedan generar.

En algunos casos, con ocasión de la prestación de sus servicios, estas entidades generan datos con un destacado valor social e, incluso, económico, de manera que si se dieran las condiciones jurídicas adecuadas para permitir su uso por terceros podrían aportarles un indiscutible valor añadido, caso de las entidades financieras. Por lo que se refiere a la actividad administrativa, en los últimos meses hemos asistido a un ejemplo relevante que, no obstante, ha generado cierta polémica

desde la perspectiva de las garantías relativas al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal: la utilización de los datos sobre la prestación del servicio de telefonía móvil para que el Instituto Nacional de Estadística (INE) realizase un estudio de movilidad a partir de datos agregados<sup>4</sup>.

En este caso, con ocasión de la prestación del servicio de telefonía móvil las compañías que lo ofrecen pueden determinar en cada momento la ubicación aproximada de los terminales, ya que dicha información resulta imprescindible para asegurar una adecuada comunicación. En consecuencia, indirectamente disponen de datos relativamente precisos acerca de la ubicación de los usuarios del servicio, lo que en definitiva revela información de gran valor a la hora de conocer sus hábitos de movilidad de cara a la formulación de políticas públicas. En el caso de las encuestas que tradicionalmente había venido realizando el INE para esta finalidad, la metodología se había basado en la realización de encuestas presenciales y telefónicas, de manera que además del coste más elevado se planteaba la necesidad de contar con la colaboración voluntaria de la persona encuestada, exigencia que no se plantea con este nuevo modelo. Además, con una mínima intervención, los datos se pueden ofrecer con una mayor agilidad e, incluso, a tiempo real, de manera automatizada y conforme a formatos abiertos y reutilizables, con lo que se facilitaría enormemente el conocimiento en tiempo real de dichos datos.

Ahora bien, este modelo presenta importantes desafíos desde la perspectiva estrictamente jurídica. Así, por una parte, se trata de información que puede estar vinculada a personas físicas identificables, en concreto aquellas que utilizan los terminales de telefonía móvil. En consecuencia, en la medida que es de aplicación la normativa que regula este derecho fundamental, sería necesario establecer la base legitimadora del tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 RGPD y, en su caso, la normativa estatal que pudiera resultar de aplicación en función del ámbito material en el que se pretenda utilizar la información. Así pues, como se demuestra en este ejemplo, la gestión basada en los datos permite no sólo aprovechar el potencial informativo, con segregación y posterior mezcla, sino también dar cumplimiento a exigencias y requerimientos jurídicos como la privacidad por diseño y por defecto, así como la apertura de los datos sin que colateralmente se vean afectados otros bienes jurídicos que, en última instancia, pueden convertirse en un límite a la disponibilidad de la información.

Por otro lado, se trata de datos generados en el contexto de la prestación de un servicio de telecomunicaciones que, además, con frecuencia supondrá la aplicación de la normativa sobre consumidores y usuarios, circunstancia que habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar las condiciones de licitud en base a las cuales podrían utilizarse los datos generados con ocasión de la prestación del servicio. En concreto, más allá del cumplimiento de las garantías fijadas por el RGPD, será necesario establecer cuáles serían los derechos que corresponderían al destinatario de los servicios que, en definitiva, es el sujeto al que se refieren los datos generados durante su prestación, sin que el debate pueda limitarse únicamente en su carácter anónimo o en las posibilidades de re-identificación de aquellos a pesar de las medidas técnicas y organizativas adoptadas para evitar la vinculación con un concreto usuario.

En definitiva, la posibilidad de ofrecer servicios de valor añadido a partir del análisis masivo de datos (*big data*) nos aboca a plantear cualquier acercamiento en el sector público a partir de la necesaria colaboración con otros sujetos del ámbito privado. Esta perspectiva conlleva importantes implicaciones jurídicas si tenemos en

<sup>4</sup> Información en: [https://www.ine.es/censos2021/movilidad\\_proyecto.pdf](https://www.ine.es/censos2021/movilidad_proyecto.pdf) (último acceso: 27/05/2020).

cuenta la diferente naturaleza jurídica de los actores implicados, ya que esta dimensión subjetiva condiciona el régimen jurídico aplicable y, por tanto, la aplicación de mayores restricciones y limitaciones en la accesibilidad de los datos. No obstante, al margen de los supuestos en que la información esté vinculada a personas físicas identificadas o identificables y que supondrían la aplicación del RGPD, la Unión Europea ha establecido las bases para impulsar el acceso más allá de las entidades del sector público, en concreto a través de la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y del Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

### **3. Análisis jurídico de las singularidades e insuficiencias de la gestión documental en el ámbito sanitario y su proyección en la gestión del COVID-19**

Partiendo de la anterior categorización de carácter general procede, a continuación, analizar las dificultades y retos que se plantean desde el punto de vista jurídico a la hora de afrontar un modelo avanzado de gestión documental adecuado para hacer frente a las condiciones de accesibilidad, transparencia y eficacia que permite la transformación digital en el ámbito de la salud desde la perspectiva del Gobierno Abierto. A tal efecto puede resultar de especial interés partir de la experiencia vivida en los últimos meses con ocasión de la lucha contra la pandemia generada por el COVID-19.

#### **3.1. La fragmentación competencial y su proyección sobre un modelo superado de gestión para la obtención de los datos**

Tal y como ha podido comprobarse durante la gestión informativa de la crisis del COVID-19, uno de los principales problemas que se han planteado en la gestión por parte de las entidades públicas en España ha sido el relativo a la diversidad de Administraciones competentes. En efecto, la responsabilidad sobre la prestación de los servicios sanitarios corresponde a las Comunidades Autónomas, de manera que son ellas las que generan directamente los datos necesarios para informar de la incidencia directa de la pandemia en los respectivos servicios de salud, tanto por lo que respecta a la atención directa a los pacientes como, asimismo, la gestión de espacios, recursos humanos y materiales.

Sin embargo, desde la aprobación del 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, la Administración General del Estado, a través de los ministerios competentes referenciados en su artículo 4, asumió la condición de autoridad delegada, correspondiendo al Ministerio de Sanidad un papel especial reforzado al asumir residualmente las funciones de otras áreas de actuación distintas de la suya que no hubiesen sido específicamente asignadas a otros departamentos. Por su parte, las Comunidades Autónomas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6, conservaron

las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5.

A estos efectos, el Real Decreto 454/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, contempla en

diversos preceptos la atribución a órganos ministeriales de la competencia para elaborar los sistemas de información y coordinar la vigilancia en salud pública. Ahora bien, dichas funciones se le asignan en coordinación con los órganos de la Administración General del Estado con competencias en la materia y, de manera particular, con los servicios de las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, teniendo en cuenta la necesidad de proceder a una normalización de la gestión de la información, por parte del Ministerio de Sanidad se procedió a la aprobación de la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Sin embargo, debido a los desajustes provocados, tan solo un mes después fue necesaria su modificación, lo que tuvo lugar a través de la Orden SND/352/2020, de 16 de abril, por la que se modifica la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que sobre todo afectó al Anexo donde se establecían los datos a remitir sobre información epidemiológica.

Según las referidas previsiones, la información se habrá de remitir de forma agregada<sup>5</sup>, de manera que se prescinde de una aproximación de mayor precisión que, sin duda, permitiría abordar de manera más eficaz otro tipo de finalidades relacionadas con la transparencia y la participación. Asimismo, sólo se contempla un mínimo período de una hora para remitir los datos, cuando la tecnología permitiría que los datos se pudieran actualizar de manera continua y, sobre todo, que no fuera necesaria la remisión en sentido estricto, bastando con la simple puesta a disposición una vez estuvieran definitivamente validados por la persona responsable.

En definitiva, la necesidad de integrar sistemas de información pertenecientes a diferentes entidades sin una previa tarea de diseño y configuración más allá de las urgencias de la situación generada por la pandemia ha evidenciado la limitación del alcance del modelo puesto en marcha por lo que se refiere a las posibilidades y exigencias de la transparencia, en particular por lo que se refiere a la limitada disponibilidad de datos en formatos abiertos y reutilizables<sup>6</sup>. Se trata de un problema de singular relevancia, ya que el valor añadido se genera, sobre todo, obteniendo datos proporcionados por diversas fuentes que, como sucede con las Administraciones sanitarias, deberían establecer mecanismos de coordinación en la gestión de la información que permitan dar respuestas adecuadas ante situaciones ordinarias y, asimismo, de singular gravedad como la que se ha vivido durante los últimos meses. Así pues, la urgencia y gravedad de la crisis ocasionada por el COVID-19 ha obligado a poner en marcha un modelo de gestión que no ha sido capaz de aprovechar, al menos en su diseño inicial, el potencial de la innovación tecnológica,

---

<sup>5</sup> En todo caso, la información se proporciona segregada por provincias y semanas a partir de los datos notificados a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE) (<https://cnecovid.isciii.es/>), si bien no pueden descargarse en formatos abiertos y reutilizables salvo las series históricas. También se ofrecen informes semanales más extensos y completos, aunque en formato pdf y con un mes de retraso. Última consulta: 30/06/2020.

<sup>6</sup> Mirar: <https://cnecovid.isciii.es/covid19/#documentaci%C3%B3n-y-datos>, desde donde pueden descargarse series históricas por Comunidades Autónomas y provincias en formato csv (último acceso: 22/06/2020). Según se afirma en dicha página web «los resultados que se presentan en este panel se obtienen a partir de la declaración de los casos de COVID-19 a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE) a través de la plataforma informática vía Web SiViES que gestiona el Centro Nacional de Epidemiología (CNE). Esta información procede de la encuesta epidemiológica de caso que cada Comunidad Autónoma cumplimenta ante la identificación de un caso de COVID-19».

lo que se ha terminado proyectando en las deficiencias de la puesta a disposición de los datos como analizaremos a continuación.

### 3.2. Ausencia de condiciones jurídicas adecuadas en la regulación legal: la interoperabilidad como premisa inexcusable

Aun cuando el modelo puesto en marcha se haya basado en el uso de medios electrónicos, sin embargo, su diseño sólo obedece parcialmente a los planteamientos propios del Gobierno Abierto y, en particular, a las exigencias y requerimientos de los datos abiertos<sup>7</sup>. En consecuencia no se aprovechan en todo su potencial<sup>8</sup>, en gran medida porque la regulación legal sólo ha incorporado tímidamente tales principios (Cerrillo, 2014, p. 65) y no existe un derecho de acceso conforme a tales estándares y formatos (Martín, 2014, p. 367) hasta el punto de que la eficacia de las previsiones legales se han asimilado a meras reglas de *soft law* (Campos, 2017, pp. 461-462). En efecto, aun cuando desde el primer momento se hayan puesto en marcha mecanismos institucionales de transparencia en la gestión de la pandemia a través de medios telemáticos, lo cierto es que, al margen de las ruedas y notas de prensa, en gran medida se basaron en la utilización de documentos en soporte electrónico. Ahora bien, con carácter general no se han aprovechado las posibilidades que habría permitido el impulso de formatos abiertos y reutilizables, salvo algunas destacadas excepciones en el ámbito autonómico<sup>9</sup> y de la Unión Europea<sup>10</sup>. Aun admitiendo que la recogida y tratamiento de los datos para finalidades de vigilancia epidemiológica no puede compararse con la dimensión estadística y esta diferencia podría justificar algunas limitaciones en su disponibilidad, lo cierto es que dichos formatos tienen un impacto mayor tanto por lo que se refiere al control social como a la posibilidad de dinamizar servicios económicos de valor añadido. Además, se requiere de un ecosistema tecnológico, organizativo e institucional adecuado que difícilmente se puede improvisar, sobre todo cuando afecta a diversas entidades públicas con sus propias competencias, como sucede en el ámbito material que nos ocupa. Sin duda, persiste en general una concepción basada en el recelo interadministrativo propio de modelos organizativos al margen de la eficiencia que posibilitan las tecnologías (Criado y Villodre, 2016, pp. 115-116) que, en definitiva, es necesario superar.

Desde el punto de vista de la regulación normativa, la actividad administrativa en el ámbito sanitario se encuentra en un estadio avanzado por lo que se refiere al impulso de la tecnología en la gestión administrativa, tal y como se demuestra con las importantes iniciativas dirigidas a la digitalización de las historias clínicas o la receta electrónica entre otros proyectos (Valero, 2016, pp. 643-650). Sin embargo, tanto la

<sup>7</sup> La información básica sobre las condiciones de reutilización de los datos que ofrece la Administración General del Estado se encuentra disponible en (<https://datos.gob.es/es/catalogo/e05070101-evolucion-de-enfermedad-por-el-coronavirus-covid-19>). Último acceso: 22/06/2020.

<sup>8</sup> Para una visión crítica desde la perspectiva de la gestión de formatos abiertos y reutilizables, véase (<https://www.fundacionctic.org/es/actualidad/open-covid-19>). Último acceso: 22/06/2020.

<sup>9</sup> Ha sido, precisamente, en el ámbito de las Comunidades Autónomas donde precisamente se ha realizado un destacado esfuerzo para que la información se encuentre disponible en estas condiciones. A modo de ejemplo véanse los casos de Castilla-León (<https://analisis.datosabiertos.jcyl.es/explore/?sort=modified&refine.keyword=COVID-19>), Euskadi (<https://opendata.euskadi.eus/catalogo/-/evolucion-del-coronavirus-covid-19-en-euskadi/>), la Comunidad de Madrid ([http://datos.comunidad.madrid/catalogo/dataset/covid19\\_tia\\_muni\\_y\\_distritos](http://datos.comunidad.madrid/catalogo/dataset/covid19_tia_muni_y_distritos)), la Región de Murcia ([https://transparencia.carm.es/coronavirus\\_ertes](https://transparencia.carm.es/coronavirus_ertes)) o Cataluña ([http://governobert.gencat.cat/es/dades\\_obertes/dades-obertes-covid-19/index.html](http://governobert.gencat.cat/es/dades_obertes/dades-obertes-covid-19/index.html)). También en algunos casos a nivel municipal, como sucede con Alcobendas (<https://www.alcobendas.org/es/portal.do?TR=C&IDR=4072&NM=3>) o Barcelona entre otros (<https://opendata-ajuntament.barcelona.cat/data/es/dataset/indicadors-covid19-bcn>). Todos los accesos a esas direcciones tuvieron lugar el 22 de junio de 2020.

<sup>10</sup> <https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/covid-19-coronavirus-data>

legislación estatal en materia transparencia como, sobre todo, en materia de reutilización de la información del sector público resultan excesivamente timoratas, ya que no establecen la existencia de obligaciones jurídica exigibles al acudir a conceptos ciertamente flexibles como la simple preferencia por los formatos abiertos y reutilizables (Alamillo, 2017, p. 117).

Más allá de las posibles interpretaciones desde la regulación de la Administración electrónica y, en concreto, el Esquema Nacional aprobado en 2010, es necesario advertir que existe una norma técnica de interoperabilidad específicamente planteada desde de la óptica de la reutilización de la información del sector público desde 2013. En consecuencia, sin perjuicio de que sus previsiones deban aplicarse en los términos establecidos, lo cierto es que es necesario ir más allá y establecer criterios específicos de manera coordinada para hacer frente a las necesidades específicas y singulares del ámbito sanitario, especialmente por lo que se refiere a los desafíos que plantea la vigilancia epidemiológica y de la salud pública ante experiencias como la generada por el COVID-19<sup>11</sup>. En concreto, deberían fijarse de manera coordinada políticas activas en formatos abiertos y reutilizables por parte de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas de manera que, ante eventuales situaciones de pandemia –o, incluso, ante los rebrotes que se produzcan–, se dieran las necesarias condiciones de interoperabilidad que garanticen la adecuada transparencia informativa y, asimismo, que desde el sector privado se puedan ofrecer servicios de valor añadido que refuercen el control social y, en su caso, permitan desarrollar actividades económicas de impacto a partir de la reutilización de la información del sector público.

En definitiva, a pesar de los avances legislativos desde el año 2007, todavía persisten importantes insuficiencias y dificultades normativas que hacen cada vez más urgente una apuesta legislativa decidida para hacerles frente. En concreto, más allá del ámbito específico de la salud pública, la exigencia de que las entidades públicas difundan los datos utilizando formatos reutilizables es una premisa para integrar otro tipo de datos que, sin estar referidos específicamente al ámbito de la salud pública<sup>12</sup>, podrían ofrecer un indiscutible valor a la hora de adoptar decisiones de políticas públicas que faciliten el impulso del control social, de la actividad económica así como, en definitiva, el desarrollo de modelos de negocio por parte del sector privado a partir de la integración del mayor número posible de catálogos de datos provenientes del múltiples fuentes de información.

### 3.3. Modelo centrado principalmente en la historia clínica

El eje principal a partir del cual se gestiona la información sanitaria es la historia clínica, herramienta esencial para las prestaciones asistenciales que se encuentra regulada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP). Según establece el art. 3, se integra por «el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial».

---

<sup>11</sup> El uso de la historia clínica para el seguimiento de pacientes mediante técnicas de analítica de datos implica el uso de un lenguaje muy codificado; lo que sin duda exige un esfuerzo adicional desde la perspectiva de la interoperabilidad, en particular por lo que se refiere a la integración de datos que provengan de múltiples fuerzas, lo que sin duda puede ser un importante reto de cara a las metodologías decisionales basadas en la Inteligencia Artificial (Martínez, 2020).

<sup>12</sup> Un caso especialmente avanzado es el de la legislación sobre contratación del sector público, donde sí existe una obligación clara y contundente cuyo incumplimiento podría dar lugar a consecuencias invalidantes (Valero, 2019, pp. 65-70).

En consecuencia, es precisamente a partir de esta herramienta desde donde se puede generar información fiable y verificada sobre el estado de salud de una persona y, por tanto, la que debería constituir el eje a partir del cual plantear cualquier iniciativa que sirva para suministrar información fiable y precisa. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 16 LAP señala que se trata de «un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente», previsión que sin duda puede limitar ulteriores posibilidades de utilización de la información que contiene. No obstante, dicho precepto contempla específicamente la posibilidad de que la información que contiene se utilice para fines epidemiológicos y de salud pública, si bien este uso posterior «obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínicoasistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos».

Se trata de una exigencia que, además, viene reforzada por la normativa europea sobre protección de datos de carácter personal que, no obstante, ha establecido un marco normativo más flexible que el anterior<sup>13</sup> en la medida que, con las garantías adecuadas a las que más adelante nos referiremos –ver epígrafe 4.2–, facilita su utilización para otras finalidades no asistenciales. En concreto, salvo que se trate de datos anonimizados, será necesaria la concurrencia de alguna de las condiciones de licitud establecidas en el artículo 9 RGPD, cuya efectiva aplicación puede suponer una dificultad por cuanto requiere que se adopten las exigencias adicionales que contempla dicho precepto.

Así pues, cabría admitir que los datos fueran tratados de manera agregada para que, con las oportunas garantías, pudieran reutilizarse para otras finalidades, lo que en definitiva implicaría que no existe posibilidad de que se vinculen con su titular salvo por parte del personal facultativo encargado de prestar el servicio asistencial. Se trataría, por tanto, de un tratamiento que debiera no sólo respetar dicha exigencia sino que, además, tendría que articularse de manera automatizada, esto es, sin intervención directa de personas físicas, lo cual traslada necesariamente la garantía al diseño de la correspondiente aplicación informática. En todo caso, cuando se trate de finalidades relacionadas con la investigación ha de tenerse en cuenta lo establecido en la disposición adicional 17 LOPDGDD, si bien es preciso advertir que dicha regulación se basa en un concepto distinto, la seudonimización, definido por el artículo 4.5 RGPD.

### **3.4. La información del sector privado también es esencial: más allá de las previsiones sobre salud pública**

Al margen de la información en poder de las entidades públicas competentes en materia de prestación sanitaria, no puede obviarse la creciente tendencia a utilizar numerosos dispositivos electrónicos mediante los cuales medir parámetros diversos que pueden reflejar información relevante desde el punto de vista sanitario y de salud pública. Asimismo, por otra parte, los hábitos de navegación en Internet y, de manera especial, los relativos a las pesquisas realizadas través de los buscadores –singularmente Google– pueden ofrecer datos relativos a tendencias que, oportunamente analizados, reflejen parámetros de interés desde la perspectiva de la salud pública y, en particular, la vigilancia epidemiológica.

Ahora bien, a diferencia de las anteriores fuentes, estos datos se encuentran normalmente en manos de entidades privadas que prestan servicios al usuario final,

<sup>13</sup> Sobre esta idea, véase Andreu Martínez, Pardo López y Alarcón Sevilla (2017, p. 170).

de manera que no les resultaría de aplicación la normativa sobre transparencia, acceso a la información y datos abiertos. Sin embargo, la información agregada de que disponen estos prestadores puede resultar de enorme utilidad a la hora de prevenir problemas o dificultades futuras o inmediatas ya que, de una parte, la información que gestionan se proporciona directamente por los usuarios y, desde una consideración objetiva, se refieren a datos de salud de alta precisión y continuamente actualizados en el caso de los dispositivos. Además, en última instancia, pueden reflejar inquietudes y preocupaciones que, debidamente analizadas e integradas con otros datos, determinen tendencias en base a las cuales aplicar modelos predictivos y, en particular, herramientas de Inteligencia Artificial.

En consecuencia, a la hora de plantear un sistema avanzado e integral de gestión de datos en situaciones excepcionales resultaría de gran ayuda disponer de tales datos, si bien la integración de dichas fuentes supone un auténtico desafío desde la perspectiva jurídica ya que, en definitiva, sólo cabría hacerlo a partir de la colaboración voluntaria de tales prestadores privados. Por tanto, en este caso no se trata de un problema tecnológico sino, por el contrario, derivado de las dificultades para establecer obligaciones precisas que, en última instancia, deberían plantearse en un nuevo modelo regulatorio sobre salud pública que tuviera en cuenta las singularidades del actual contexto digital y la mayor eficacia que podrían aportar los datos aportados tales sujetos a partir de la colaboración público-privada.

#### **4. La perspectiva de la protección de los datos de carácter personal: ¿salud pública o privacidad?**

Uno de los debates más intensos sobre la gestión avanzada de los datos con ocasión de la pandemia generada por el COVID-19 es el relativo a la tensión latente entre la mayor eficacia que ofrece la tecnología para hacer frente a la situación y, por otro lado, la protección de los datos de carácter personal (Andreu Martínez, 2020, pp. 850-851; Martínez Martínez, 2020).

Resulta incuestionable que el uso de la tecnología es indiscutiblemente más eficaz no sólo para la detección de incumplimientos relacionados con las restricciones impuestas en el contexto de la lucha contra el COVID-19 sino, asimismo, para identificar personas afectadas y, en última instancia, posibles focos de contagio. A este respecto es necesario plantear hasta qué punto conviene reforzar las funciones de vigilancia y seguimiento teniendo en cuenta los negativos efectos indirectos que se pueden generar por lo que respecta a la desconfianza frente al poder público, en particular desde los riesgos que puede suponer para la protección de los datos de carácter personal.

Se trata de un debate que, más allá de la dimensión estrictamente jurídica, suscita importantes desafíos desde la perspectiva ética (Ranisch y otros, 2020, p. 12), de manera que debería plantearse en el futuro sin la urgencia e inmediatez con la que se ha afrontado la lucha contra esta pandemia. En efecto, aun partiendo de los condicionamientos normativos existentes a nivel de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal, lo cierto es que existe un importante margen para, a partir de los principios de menor restricción y proporcionalidad mediante un proceso adecuado, transparente, participativo y auditable, realizar las adaptaciones y ajustes que se consideren necesarios en la legislación estatal sobre salud pública y sanidad.

#### 4.1. Los términos generales del debate jurídico

Cualquier aproximación que se plantee ha de partir de los condicionantes normativos actualmente existentes sobre los que, en definitiva, han de proyectarse las tecnologías disponibles a fin de evaluar su conformidad. De lo contrario, se estaría fundamentando el debate en prejuicios y opciones éticas y políticas, muy respetables sin duda, pero que no ayudarían a enfocar el imprescindible análisis jurídico.

En concreto, el principal objetivo que se ha planteado respecto del uso de la tecnología para hacer frente a la crisis sanitaria y de salud pública generada por el COVID-19 consiste en su utilización para rastrear los movimientos de las personas infectadas previos al diagnóstico de la enfermedad, de manera que se pueda identificar a quienes hubieran estado en contacto con ellas en ciertas condiciones. A partir de la información así obtenida se podrían adoptar medidas reactivas y preventivas de mayor eficacia que, en última instancia, estuvieran dirigidas a evitar la propagación de la enfermedad y, por tanto, nuevos contagios.

La localización de un dispositivo móvil puede tener gran importancia a la hora de situar geográficamente a su titular, tanto por lo que respecta a la adopción de decisiones de políticas públicas asociadas la lucha frente al COVID-19, para la localización y atención de personas enfermas o, en su caso, para la trazabilidad de sus movimientos y, por tanto, la prevención de posibles contagios (Martínez Martínez, 2020). Sin embargo, a este respecto, la prioridad fijada institucionalmente por la Comisión Europea ha sido la adopción de un enfoque paneuropeo para las aplicaciones móviles<sup>14</sup>, entre otras razones para evitar la proliferación de soluciones tecnológicas que no fueran compatibles en términos jurídicos con la regulación europea: en concreto, la Unión Europea ha manifestado su «preferencia por el uso de las medidas menos intrusivas pero eficaces, como el uso de datos de proximidad y evitar el tratamiento de datos relativos a la localización o los movimientos de personas, así como el uso de datos anonimizados y agregados cuando sea posible» (*ibídem.*).

Sin embargo, cuando el objetivo ya no se centra en la identificación proactiva de personas infectadas el enfoque institucional del que ha partido la UE cambia radicalmente. En concreto, la Comisión ha enfatizado la necesidad de impulsar

un plan común para el uso de datos anonimizados y agregados sobre la movilidad de la población a fin de i) modelizar y predecir la evolución de la enfermedad, ii) controlar la eficacia de la toma de decisiones de las autoridades de los Estados miembros en lo referente a medidas como el distanciamiento social y el confinamiento, y iii) obtener información de cara a una estrategia coordinada para la salida de la crisis de la COVID-19 (*ibid.*, p. 9).

Así pues, a diferencia de la finalidad anterior, la consecución de tales objetivos se plantea ahora desde modelos de gestión centralizados que se articulan a partir de la agregación de los datos y su anonimización, aludiéndose expresamente a la necesidad de proceder a la verificación de los procesos que, a tal efecto, apliquen los proveedores de los datos (*ibid.*, p. pp. 12-13), fundamentalmente los prestadores de servicios de telefonía móvil.

---

<sup>14</sup> Recomendación de la Comisión de 8 de abril de 2020, relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizado. C(2020) 3300 final, p. 11.

En consecuencia, procede a continuación analizar esta problemática desde una consideración estrictamente jurídica, lo que nos obliga a partir de lo dispuesto a nivel europeo en el RGPD, normativa de aplicación directa en toda la Unión Europea desde que entrara en vigor en 2018. Asimismo, por exigencia del citado RGPD en los términos que luego explicaremos, será necesario tener en cuenta la legislación española en materia sanitaria y de salud pública.

#### 4.2. Análisis del RGPD y la legislación española en materia de salud pública

Una de las principales novedades de la regulación europea es el cambio de paradigma que supone, ya que implica el abandono de una perspectiva esencialmente formalista en el cumplimiento de obligaciones como la adoptada por la legislación de 1999 al amparo de Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En concreto, el RGPD se basa en el establecimiento de una serie de principios y condiciones generales de licitud para el tratamiento de los datos personales, el recurso a conceptos jurídicos indeterminados que facilitan su aplicación práctica en un contexto de complejidad tecnológica, así como la fijación de obligaciones sustantivas y no meramente formales dirigidas a demostrar que por parte del responsable y el encargado del tratamiento se adoptan las medidas adecuadas en función de las circunstancias concretas de cada caso.

Entre los principios generales más relevantes por lo que se refiere a este trabajo, el art. 5 RGPD consagra los siguientes:

- a) Transparencia, que se manifiesta en la obligación de proporcionar la información necesaria al titular de los datos antes de proceder a su recogida (art. 12), en la publicación del registro de actividades de tratamiento (art. 30) y, asimismo, en la gestión de las brechas de seguridad (arts. 33 y 34).
- b) Limitación de la finalidad para la cual se pueden utilizar los datos, de manera que sólo se admiten otros usos que sean compatibles.
- c) Minimización, de manera que los datos han de ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. En concreto, este principio implica que han de adoptarse las soluciones que aseguren la privacidad desde el diseño y por defecto (art. 25 RGPD). Ahora bien, es importante insistir que la materialización de esta exigencia normativa requiere tener en cuenta conceptos muy imprecisos como «estado de la técnica», «riesgos de diversa probabilidad y gravedad», «medidas apropiadas» o «garantías necesarias».
- d) Integridad y confidencialidad, garantizando una seguridad adecuada en los términos del art. 32 RGPD.

Con carácter general, el art. 6 RGPD establece varias circunstancias que pueden servir de base para la licitud del tratamiento de los datos de carácter personal. Al margen del consentimiento, que se considera residual, existen otros fundamentos relevantes a los efectos del objeto de nuestro análisis; en concreto, la protección de intereses vitales<sup>15</sup>, el cumplimiento de obligaciones legales, así como la realización de una misión en interés público o el ejercicio de poderes públicos; si bien, en estos

---

<sup>15</sup> De hecho, en el contexto de la pandemia generada por el COVID-19 se ha planteado utilizar los datos de localización con fines epidemiológicos ya que, en definitiva, no afectaría al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En concreto, se podría encontrar su fundamento en la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física a que se refiere el art. 6.2.c) RGPD. Sobre este planteamiento, véase Martínez Martínez (2020).

tres últimos casos expresamente se habilita a los Estados miembros para que puedan fijar de «manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo».

Por lo que respecta a los datos de salud, el art. 9 RGPD no sólo permite que el tratamiento se base en el consentimiento –que habrá de ser explícito– sino que, alternativamente, alude al cumplimiento de obligaciones en el ámbito laboral, a la protección de intereses vitales cuando no sea posible otorgar el consentimiento y, en particular, a la concurrencia de razones de interés público en el ámbito de la salud pública; si bien en este último caso, «sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado». A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el amparo en razones de interés público exige que, adicionalmente, se establezcan medidas adecuadas y específicas para la protección de los derechos y libertades.

El carácter abierto de las soluciones normativas en las que se sustenta el RGPD adquiere una de sus principales manifestaciones a la hora de adoptar las medidas de seguridad, que habrán de tener en cuenta los riesgos que presente el tratamiento. De hecho, este mismo criterio del riesgo es el que, en los términos del art. 35 RGPD, determina la necesidad de llevar a cabo una evaluación de impacto<sup>16</sup>; si bien, a este respecto y por lo que se refiere a las entidades del sector público, no existe en la legislación española un cauce formal al efecto para dar cumplimiento a la obligación establecida por la regulación europea. Esta ausencia dificulta no sólo la transparencia de la decisión sino, además, la efectiva participación de las personas afectadas en los términos del art. 35.9 RGPD.

En definitiva, la normativa europea sobre protección de datos de carácter personal ofrece la flexibilidad necesaria para integrar los objetivos de salud pública más allá del consentimiento del titular de la información. Sin embargo, al mismo tiempo, establece exigencias cuyo efectivo cumplimiento resulta ineludible pues, de lo contrario, el tratamiento de la información resultaría ilícito y, por tanto, las soluciones tecnológicas adolecerían del oportuno sustento en términos jurídicos.

#### 4.3. La proyección del RGPD sobre las medidas adoptadas para la lucha contra el COVID-19

Así pues, del breve análisis realizado puede concluirse que el RGPD no impone una determinada solución tecnológica a la hora de abordar el diseño y la implementación de las herramientas para hacer frente a los desafíos que plantea la lucha contra el COVID-19<sup>17</sup>. Sin embargo, el debate que se ha generado a nivel europeo en gran medida se ha suscitado en entornos supraestatales, tanto institucionales como académicos y profesionales, de manera que no se ha tenido en cuenta la regulación

---

<sup>16</sup> Como ha señalado el European Data Protection Board (EDPB), «The development of the apps should be made in an accountable way, documenting with a data protection impact assessment all the implemented privacy by design and privacy by default mechanisms, and the source code should be made publicly available for the widest possible scrutiny by the scientific community». La referencia forma parte de la carta remitida por Andrea Jelinek, Presidenta del EDPB, al responsable de la Unidad sobre protección de datos de la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, con fecha 14 de abril de 2020 (Ref: OUT2020-0028), accesible en [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpbletterecadviscodiv-appguidance\\_final.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpbletterecadviscodiv-appguidance_final.pdf) (último acceso: 22 de junio de 2020).

<sup>17</sup> Para una valoración general de las distintas herramientas tecnológicas desde la perspectiva de su incidencia sobre el derecho analizado, véase Agencia Española de Protección de Datos (2020); (último acceso: 22 de junio de 2020).

española sobre salud pública. En concreto, las principales posturas se han decantado inequívocamente por una aproximación basada en el carácter voluntario del uso de las aplicaciones para la identificar contactos con personas infectadas, sin que se admita el seguimiento de los concretos movimientos de los individuos al considerar más adecuado los tratamientos basados en su proximidad. Y, por otro lado, se ha sentado la preferencia por la anonimización de los datos relativos a la localización, como es el caso, específicamente, de la postura adoptada por el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB)<sup>18</sup> así como la iniciativa denominada *Decentralised Privacy-Preserving Proximity Tracing* (DP<sup>3</sup>T), en cuyo seno se ha generado una importante discusión y varios documentos de interés<sup>19</sup>.

En todo caso, se trata simplemente de planteamientos generales que, no obstante, podrán modularse en el ámbito de cada Estado miembro a través de sus propias normas puesto que las previsiones del RGPD permiten un amplio margen de maniobra (Piñar, 2016, p. 26), aun a costa de generar cierta inseguridad jurídica (García, 2019, p. 103). En efecto, en la legislación española sobre salud pública existe una base legítima adecuada para los tratamientos de datos personales en el contexto de la lucha contra una pandemia como la generada por el COVID-19<sup>20</sup>, fundamentalmente en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Sin embargo, se trata de normas excesivamente antiguas y en modo alguno adaptadas a las posibilidades actuales de la tecnología y al marco normativo vigente sobre su utilización, en particular el RGPD y las garantías que contempla.

Ante esta evidencia ha sido precisa la introducción de diversas modificaciones, principalmente la llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. A tal efecto, según lo dispuesto en su art. 23, se han establecido obligaciones de información para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica dirigidas a todas aquellas entidades públicas y privadas «cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19». En concreto, el tratamiento tendrá por finalidad el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, así como para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas.

Por lo que se refiere a las soluciones tecnológicas impulsadas desde del Gobierno español, inicialmente se aprobó la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Al amparo de la misma se suscribió un Convenio entre la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y Telefónica Digital España, SLU, para la operación de la Aplicación ASISTENCIACOV19 en el contexto de la situación de

---

<sup>18</sup> EDPB (2020). Guidelines 4/2020, on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak. Documento accesible en [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_20200420\\_contact\\_tracing\\_covid\\_wit\\_h\\_annex\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_wit_h_annex_en.pdf) (último acceso: 22 de junio de 2020).

<sup>19</sup> La documentación generada está libremente accesible en <https://github.com/DP-3T/documents> (último acceso: 22 de junio de 2020).

<sup>20</sup> A este respecto, véase el Informe de la AEPD 17/2020, accesible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf> (último acceso: 22 de junio de 2020).

crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>21</sup>. De manera complementaria y, en concreto, por lo que se refiere al seguimiento de los contactos, se ha desarrollado otra aplicación denominada Radar COVID, si bien sus características y eficacia todavía son una incógnita<sup>22</sup>. En todo caso, está pendiente la evaluación de tales herramientas, de manera que pueda comprobarse cuál es el nivel de cumplimiento de los objetivos planteados y, en particular, la eficacia desde la perspectiva jurídica de las soluciones tecnológicas, planteamiento de singular importancia dada la incertidumbre que generan las soluciones tecnológicas innovadoras (Canals, 2019, pp. 34-35).

## 5. Conclusiones y reflexiones finales

Como ha quedado evidenciado, las medidas adoptadas en España para hacer frente a la crisis originada por la pandemia del COVID-19 tienen, en gran medida, carácter coyuntural<sup>23</sup> y se han adoptado atendiendo a necesidades urgentes sin un debate previo en el que, desde la perspectiva científica pero también social, política y económica se puedan valorar todas las posibilidades y, sobre todo, llevar a cabo una evaluación sobre la eficacia de las decisiones y estrategias a impulsar. Por ello, en el momento actual, una vez superadas las graves y excepcionales circunstancias vividas en los últimos meses, deberían sentarse las bases para abordar este desafío y, en función del resultado, plantear en el medio plazo las reformas normativas que procedan con una vocación de estabilidad y permanencia.

La preocupación por la protección de datos de carácter personal ha de ser, sin duda, un objetivo prioritario a la hora de afrontar este reto, pero en el contexto de la salud pública. Ahora bien, las preguntas claves a formular no son tanto qué medidas se pueden adoptar, para qué finalidades se pueden utilizar los datos o quién los puede procesar sino, más bien, cómo hacerlo (Martínez Martínez, 2020). Para ello, se requiere adoptar un enfoque alternativo al que tradicionalmente se viene manteniendo en este ámbito en el que, integrando las exigencias y requerimientos que plantea la protección de datos, se puedan tener en cuenta también otras perspectivas y dimensiones que permitan aprovechar el indiscutible valor añadido que puede aportar la innovación tecnológica con las garantías jurídicas adecuadas.

Lejos de apriorismos y prejuicios ideológicos, se trata de establecer unas sólidas bases institucionales y normativas que permitan afrontar con rigor el reto de construir un modelo de gestión de la información adecuado para hacer frente a situaciones de crisis como la que estamos viviendo. Es el momento, por tanto, como señala Esteve Pardo, de que la complejidad científica de las decisiones no adquiera un protagonismo absoluto a costa de la transparencia, de manera que, aun cuando deban adoptarse decisiones desde la incertidumbre, su legitimidad se vea reforzada a través de mecanismos de refuerzo procedimental e institucional (Esteve Pardo, 2020, p. 47). A este respecto, la elaboración de una norma con rango legal no sólo

<sup>21</sup> La información completa sobre la aplicación está disponible en <https://asistencia.covid19.gob.es/> (último acceso 22 de junio de 2020).

<sup>22</sup> La única referencia oficial encontrada se refiere al acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el día 23 de junio de 2020 de poner en marcha una prueba piloto para una aplicación móvil de notificación de contactos de riesgo por COVID-19 y la correspondiente nota de prensa accesible en la web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ([https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2020/200623\\_np\\_gomera.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2020/200623_np_gomera.pdf)). El correspondiente contrato se ha celebrado por la entidad Indra Soluciones Tecnológicas de la Información S.L.U. por un importe de 330.537,52 euros, IVA incluido, utilizando la API de Google y Apple.

<sup>23</sup> Con relación al Real Decreto-ley 21/2020 se ha llegado a afirmar (Cotino Hueso, 2020) que «no hay delimitación concreta de datos, finalidades muy específicas, previsión de reutilización, ni siquiera para la investigación. Tampoco hay previsiones específicas respecto de las garantías o medidas de seguridad. No se da cobertura alguna a pasaportes biológicos y, especialmente, a aplicaciones de rastreo. Aunque se brinda cierta cobertura legal, ciertamente no es la respuesta legal que sería precisa en España».

permitiría afrontar con solvencia los diversos retos jurídicos que se planteen, sino que, además, tendría el valor añadido de que su aprobación fuera precedida por un debate público en sede parlamentaria que daría pie, asimismo, a su contraste en los diversos ámbitos sociales y académicos.

A este respecto es necesario superar la tentación de una visión reduccionista centrada principalmente en la protección de los datos personales –preocupación sin duda de gran relevancia en un Estado democrático, donde el respeto a las libertades es incuestionable– y un excesivo protagonismo de la Administración estatal en la gobernanza del modelo de interoperabilidad necesario (Gamero Casado, 2017, p. 513). Por el contrario, se precisa diseñar un modelo institucional e integrado basado en la transparencia y el acceso a la información conforme a las exigencias del Gobierno Abierto y, en particular, el principio de datos abiertos por defecto (Valero Torrijos y Pardo López, 2012, p. 459), de manera que se impulse definitivamente la co-creación de servicios digitales. Para ello debería adoptarse una perspectiva que no sólo tenga como objetivo exclusivo la efectiva protección de la salud pública y la vigilancia epidemiológica sino, por el contrario, la integración de otros aspectos que indirectamente puedan afectar de manera sustancial en la consecución de otros objetivos relevantes de interés general. Ciertamente, aun cuando nos encontramos todavía en un estado incipiente en la implementación de la idea de innovación abierta en el sector público, su valor dependerá en gran medida de la capacidad de alterar las reglas de funcionamiento actuales (Criado y Villodre, 2016, p. 117), en particular las que se han consagrado durante décadas en la normativa reguladora de la actividad de las Administraciones y el sector público.

En última instancia, el principal reto como sociedad consiste en el diseño de un sistema institucional de gobernanza que permita impulsar las condiciones adecuadas para que efectivamente se garantice la integración de las diversas perspectivas necesarias para generar un auténtico ecosistema institucional (van Loenen y otros, 2020, pp. 4-5), de manera que la accesibilidad de los datos conforme a ciertos estándares suponga realmente un refuerzo de la legitimación y de la eficiencia de las medidas que se adopten (Ruiner y otros, 2019, pp. 270-272). Si realmente se pretende apostar por la puesta en acción de herramientas que puede aportar un enorme valor añadido como la Inteligencia Artificial, la disponibilidad de la mayor cantidad y variedad de datos en formatos reutilizables constituye una premisa inexcusable que ha de abordarse desde el pleno respeto a los derechos fundamentales en cuanto pilar básico de nuestra cultura jurídica europea, en la que las garantías del Estado de Derecho han de gozar de la necesaria primacía.

El retroceso que se ha vivido en España durante los últimos meses por lo que se refiere a la transparencia y el acceso a la información no sólo se ha manifestado en la gestión de los datos relativos a las infecciones y fallecimientos provocados por el COVID-19 sino que, además, se ha proyectado sobre otros ámbitos esenciales como la contratación pública (Gamero Casado, 2020; Miranzo Díaz, 2020). Es precisamente la revisión crítica de la experiencia que hemos vivido en los últimos meses la que nos ha de llevar a plantear no sólo la revisión de las normas cuya efectividad se ha demostrado inexistente sino, sobre todo, la creación de un modelo normativo e institucional adecuado de gestión de la información. Y para ello resulta imprescindible partir de un equilibrio adecuado entre la mayor eficiencia que permite la innovación tecnológica, el refuerzo democrático que facilita el Gobierno Abierto y la inexcusable integración del respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas. En consecuencia, no es el momento de poner el foco en lo inmediato sino, por el contrario, de adoptar una mirada estratégica dirigida al fortalecimiento institucional del sector público (Jiménez Asensio, 2020, p. 116).

## Bibliografía

- Agencia Española de Protección de Datos (2020). *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*. Recuperado de: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>
- Alamillo Domingo, I. (2017). La regulación de la tecnología: la superación del modelo papel como elemento de transformación digital innovadora. En I. Martín Delgado (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 79-129). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Andreu Martínez, M.B. (2020). Privacidad, geolocalización y aplicaciones de rastreo de contactos en la estrategia de salud pública generada por la COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extraordinario 12-2, pp. 848-859.
- Bustos Petrel, G. (2018). El documento electrónico en el centro del mundo digital. En G. Bustos (Coord.), *La gestión del documento electrónico* (pp. 45-62). Madrid, España: Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos.
- Campos Acuña, M.C. (2017). Transparencia y reutilización: algunos comentarios sobre la relación entre tecnología y Derecho. En I. Martín Delgado (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 459-472). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Canals Ametller, D. (2019). Incidencia del avance tecnológico en el derecho público (elaboración, práctica, docencia e investigación). En B. Puentes y A. Quintiá (dirs.), *El derecho ante la transformación digital. Oportunidad, riesgos y garantías* (pp. 31-49). Barcelona, España: Atelier.
- Canals Ametller, D. (2016). El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación. En D. Canals (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación* (pp. 11-52). Girona, España: Documenta Universitaria.
- Cerrillo i Martínez, A. (2016). Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales. En D. Canals (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación* (pp. 87-121). Girona, España: Documenta Universitaria.
- Cerrillo i Martínez, A. (2014). Los principios de los datos abiertos en la legislación española. *Internet, Derecho y Política*, 19, pp. 62-77.
- Cotino Hueso, L. (2020). Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra el Covid y la privacidad y protección de datos. *Internet, Derecho y Política*, 31. Recuperado de <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i31.3244/galley/3642/download/>
- Cotino Hueso, L. (2017a). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 24, pp. 131-150.
- Cotino Hueso, L. (2017b). La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso. En I. Martín (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 397-432). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J.I. y Villodre, J. (2016). Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las administraciones públicas. ¿Hacia una WikiGovernment? En J.I. Criado (ed.), *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas* (pp. 95-119). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.

- Esteve Pardo, J. (2020). La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, pp. 35-50.
- Fernández Salmerón, M. (2015). Soluciones innovadoras y gestión avanzada en entornos urbanos. Problemas jurídicos derivados de la contratación pública en el desarrollo de ciudades inteligentes. *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 4, pp. 995-1024.
- Gamero Casado, E. (2020). Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19. Recuperado de <http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19>
- Gamero Casado, E. (2017). Administración electrónica e interoperabilidad. En I. Martín (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 499-517). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- García Mahamut, R. (2019). Del Reglamento General de Protección de Datos a la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (pp.96-131). En R. García y B. Tomás (eds.), *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Jiménez Asensio, R. (2020). El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones Públicas: desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020. *Anuario de Derecho Municipal* 2019, 13, pp. 85-131.
- Martín Delgado, I. (2018). El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador. En T. de la Quadra y J.L. Piñar (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho* (pp. 179-201). Madrid, España: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97)
- Martín Delgado, I. (2014). Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública. En J. Valero y M. Fernández (coord.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información* (pp. 367-406). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Martínez Hernández, O. y Salvador Serna, M. (2016). ¿Del gobierno digital al gobierno abierto? Iniciativas para transformar la gestión de recursos humanos con un componente tecnológico y cambio institucional. En J.I. Criado Grande (ed.), *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas* (pp. 73-93). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Martínez Gutiérrez, R. (2016). *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Martínez Martínez, R. (2020). Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. *Diario La Ley*, 9604, 30 de marzo de 2020, versión electrónica.
- Martínez Martínez, R. (2019). Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo. *Revista catalana de Derecho Público*, 58, pp. 64-81. doi: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3317>
- Martínez Martínez, R. (2017). Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 24, pp. 152-164.
- Miranzo Díaz, J. (2020). Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19. Recuperado de <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>

- Piñar Mañas, J.L. (2017). Derecho, técnica e innovación en las llamadas ciudades inteligentes. Privacidad y Gobierno Abierto. En J.L. Piñar (ed.), *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable* (pp. 11-31). Madrid: España: Editorial Reus.
- Piñar Mañas, J.L. (2016). Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos. En J.L. Piñar (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (pp. 15-22). Madrid, España: Editorial Reus.
- Ranisch, R. et. al. (2020). Ethics of digital contact tracing apps for the COVID-19 pandemic response. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/342412008>
- Rivero Ortega, R. (2007). *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Cizur Menor, España: Thomson Aranzadi.
- Ruiner, E., Détienne, F., Baker, M., Groff, J. y Meijer, A.J. (2019). The politics of Open Government Data: Understanding Organizational Responses to Pressure for More Transparency. *American Review of Public Administration*, 50(3), pp. 260-274.
- Sanz Larruga, F.J. (2017). Gestión documental. En E. Gamero (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público. Tomo I* (pp. 913-995). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Valero Torrijos, J. (2019). La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública. En M. Fernández y M.F. Gómez (dirs.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (49-74). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Valero Torrijos, J. (2018). La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del sector público. En T. de la Quadra y J.L. Piñar (ed.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 375-396). Madrid, España: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97)
- Valero Torrijos, J. (2016). Acceso, reutilización y gestión avanzada de la información en el ámbito de la Administración sanitaria: implicaciones jurídicas desde la perspectiva de la innovación tecnológica. En J. Valero y M. Fernández (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información* (pp. 631-667). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Valero Torrijos, J. (2014). De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014). *Internet, Derecho y Política*, 19, pp. 117-129. doi: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i19.2466>
- Valero Torrijos, J. y Pardo Lopez, M.M. (2012). Institutional Backing and PSI Reuse: Is the EU Going Too Far or Just Going in the Wrong Way?. *Masaryk University Journal of Law and Technology (MUJLT)*, 6(3), pp. 455-470.
- Van Loenen, B., Vancauwenberghe, G., Cromptvoets, J., & Dalla Corte, L. (2018). Open data exposed. En B. Van Loenen, G. Vancauwenberghe, & J. Cromptvoets (eds.), *Open data exposed* (pp 1-10). Alemania, Berlin: Springer.
- Zlotnik, A. (2019). Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación. *Boletic*, 84, pp. 24-32.

# La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías

## The response to the Covid19 pandemic and the state of the autonomies

Iñaki Lasagabaster Herrarte  
Universidad del País Vasco  
ORCID ID 0000-0002-2404-1937  
[inaki.lasagabaster@ehu.eus](mailto:inaki.lasagabaster@ehu.eus)

### Cita recomendada:

Lasagabaster Herrarte, I. (2020). La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 127-153.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5706>

Recibido / received: 13/07/2020  
Aceptado / accepted: 10/09/2020

### Resumen

La respuesta del Estado a la pandemia provocada por el Covid19 se ha realizado mediante la declaración del estado de alarma. El autor considera que acudir al estado de alarma ha situado la política en clave de ordeno y mando –militar– cuando debían de haber sido la transparencia y auto responsabilidad de la ciudadanía los principios rectores. La normativa sanitaria es suficiente para responder a la pandemia, quedando exclusivamente algunos aspectos relativos a la movilidad interterritorial necesitados de una normativa estatal, que únicamente con ese objeto podría ser cubierta por la declaración del estado de alarma. Las comunidades autónomas (CCAA) son las competentes en materia de sanidad, educativas, actividad comercial, así como de orden público, en especial las que tienen policías propias. Por este motivo las Autoridades Competentes delegadas debían haber sido autonómicas y no estatales. La actuación conjunta debía haberse desarrollado mediante instrumentos de coordinación y no asumiendo el Estado directamente las competencias. La respuesta autonómica y/o local ante la situación hubiese sido la adecuada por su flexibilidad y adecuación a las circunstancias. La desescalada así lo ha puesto de manifiesto. El Estado ha actuado como si los Gobiernos autonómicos no existieran, fundamentalmente en el comienzo de la pandemia.

### Palabras clave

Pandemia Covid19, estado de alarma, competencias autonómicas.

### Abstract

*The State's response to the pandemic caused by Covid19 has been carried out by declaring the state of alarm. The author considers that going to the state of alarm has placed politics in the key of command –military– when transparency and self-responsibility of citizens should*



*have been the guiding principles. Health regulations are sufficient to respond to the pandemic, and aspects related to interterritorial mobility in need of state regulations, which could only be covered by the declaration of the state of alarm for that purpose. The CCAA are competent in matters of health, education, commercial activity, as well as public order, especially those that have their own police. For this reason, the competent authorities delegated should have been autonomous and not state. The joint action should have been developed through instruments of coordination and not by directly assuming the powers. The regional and / or local response to the situation would have been adequate due to its flexibility and adaptation to the circumstances. The de-escalation has shown this. The State has acted as if the regional governments did not exist, mainly at the beginning of the pandemic.*

### **Keywords**

*Covid19 pandemic, state of alarm, autonomous competences.*

**SUMARIO.** 1. La pandemia como situación de excepción sanitaria y la intervención de los diferentes poderes públicos: autonomía y Covid19. 2. Covid19 y el reparto competencial previsto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía. 2.1. Emergencia y naturaleza de la cosa como principio obligado de determinación competencial: una consideración teórica más allá del derecho positivo. 2.2. La respuesta al Covid19 desde las regulaciones sectoriales: experiencia desarrollada. 2.3. Covid19 y organización autonómica del Estado. 2.4. La regulación del estado de alarma. 2.5. La categoría jurídica «estado de alarma» como materia objeto de reparto competencial. 2.6. La aplicación del estado de alarma y la necesidad de su adopción para responder al Covid19. 3. La declaración del estado de alarma, el Real Decreto 463/2020 y sus modificaciones posteriores. 3.1. El RD 463/2020 y las normas posteriores reguladoras del estado de alarma. 3.2. Las autoridades competentes delegadas (AACCdd). 3.3. Las competencias de las AACCdd. 3.3.1. Las previsiones de los arts. 4 y 5 RD 463/2020. 3.3.2. Las órdenes directas de la ACd a los efectos del estado de alarma. 3.4. Las resoluciones dictadas por las AACCdd: normas, resoluciones, medidas o criterios interpretativos. 3.5. Las relaciones internormativas: normas dictadas durante la pandemia y su relación con las normas ordinarias. 3.5.1. Las normas autonómicas dictadas como respuesta a la pandemia antes de la declaración del estado de alarma y el efecto sobre las mismas del RD 463/2020. 3.5.2. Las relaciones internormativas producidas durante la pandemia. 3.5.3. Las normas dictadas durante la pandemia y el RD ley 21/2020 que establece el régimen jurídico de las situaciones sanitarias producibles como consecuencia de la pandemia. 4. Covid19 y estado de las autonomías: una consideración final.

## **1. La pandemia como situación de excepción sanitaria y la intervención de los diferentes poderes públicos: autonomía y Covid19**

La situación de excepción sanitaria que se está viviendo como consecuencia de la expansión del coronavirus constituye un verdadero reto para todos los sistemas políticos. La forma en cómo se gestione y su resultado tendrán consecuencias en esos sistemas, se trate de dictaduras o de democracias. La sociedad no va a mantenerse ecléctica. Hasta se está considerando que esta crisis puede y debe tener consecuencias en el sistema económico capitalista, tal como funciona hoy en día. De alguna forma, esta crisis sanitaria podría ser un ensayo de otra crisis mucho más grave y letal para la humanidad, como será la crisis ambiental. Sin ir tan lejos, desde el sistema político estatal las crisis ponen de manifiesto lo mejor y lo peor, reflejando

de manera acentuada la cultura política de cada lugar. Cultura política que afecta a toda la sociedad, y cuyos defectos y virtudes se van a poner de manifiesto.

Al inicio de la crisis se empezaron a evidenciar algunas cuestiones que se proyectan sobre todo el proceso posterior, aunque se hayan producido correcciones. La respuesta legal no ha sido fácil, en lo que ahora interesa, ya que las previsiones legales en esta materia es difícil que se correspondan con las necesidades que en cada momento se manifiesten. Los poderes públicos deben intervenir en estas situaciones respetando también al máximo los derechos de las personas, es decir, las instituciones jurídicas provistas para su mantenimiento y defensa. El alcance del principio de reserva de ley y su aplicación en la regulación de los derechos fundamentales o en el establecimiento de limitaciones a las que están sometidos, requieren la atenta mirada del derecho. Los ordenamientos han debido hacer con frecuencia verdaderos encajes de bolillos para dar la respuesta adecuada, ya que las previsiones legales no daban una respuesta ajustada a las exigencias producidas por la situación. En todo Estado de Derecho deben respetarse los derechos de las personas y el principio de legalidad. Las Administraciones deben estar habilitadas para intervenir, lo que no es fácil de realizar cuando se trata de enfrentar una situación en la que debe actuarse de forma inmediata y enfrentarse a problemas de alcance desconocido.

La regulación contenida en la Constitución Española (CE) de 1978 tiene un *totum revolutum* (Cruz Villalón, 1980, p. 694) donde se quiere dar respuesta con los mismos instrumentos a problemas político-sociales y a catástrofes sanitarias o naturales. A diferencia de otras culturas políticas post dictatoriales, como es el caso de la alemana, la CE 1978 siguió primando el componente militar en la respuesta a las situaciones de excepción. Con sus previsiones quiso situar el alcance de la intervención del legislador ordinario, siendo el estado de alarma el instrumento pensado para responder a situaciones sanitarias como la actual (Cruz Villalón, 1980, p. 694).

El componente obligatorio y coercitivo sigue estando muy presente, como lo pone de manifiesto la introducción de referencias militares, verbales y simbólicas, realizadas sobre todo en el inicio de la pandemia. Las intervenciones públicas, las diferentes normas o el vocabulario utilizado han hecho referencias constantes a términos de ese significado. También los escritos académicos manifiestan frecuentemente una atención a lo militar. En principio estas referencias pueden estimarse como cláusulas de estilo, en algunos casos, o intervenciones iniciadas accidentalmente en un medio o en una intervención pública, que posteriormente tiene éxito como expresión en la opinión pública. Ahora bien, también es posible plantearse que detrás de estas referencias existe un substrato ideológico, que hace presentarse ante la excepción utilizando términos militares, como si lo excepcional siempre necesitase una respuesta militar<sup>1</sup>.

Es interesante en este sentido calificar a la situación de pandemia como una situación excepcional, que requiere una respuesta urgente de los poderes públicos, mediante los instrumentos excepcionales y ordinarios para enfrentarse a la excepción, que no por ser excepcionales requieren una intervención pública uniformada. Así se ha podido observar en el caso de la República Federal de Alemania (RFA). No hay nada más que atender las palabras del presidente federal alemán, cuando en su discurso ante la situación de pandemia señaló que no se trataba de una guerra, dicho con sus palabras: «La pandemia no es una guerra. No están naciones contra

---

<sup>1</sup> Esta incidencia de lo militar en la política, en especial al tratar del orden público, la describe históricamente Ballbé (1985).

naciones, ni soldados contra soldados. Se trata de un examen de nuestra humanidad»<sup>2</sup>.

Estas palabras son indicativas de un espíritu con el que enfrentarse a una situación como la pandemia. No se trata de anunciar la represión como forma de cumplimiento del mandato legal o de las autoridades, sino de buscar la respuesta al problema en la voluntad de la ciudadanía<sup>3</sup>. Esto requiere subrayar la responsabilidad y la solidaridad como principios fundamentales para hacer vigente el derecho, principios en los que los titulares de los poderes públicos deben manifestar precisamente una total exquisez<sup>4</sup>. Los términos son importantes porque en ellos subyace la ideología de quienes los utilizan, en este caso haciendo ver una idea de la acción pública vinculada a las situaciones de excepción. Si es una guerra impone una forma de actuación caracterizada por el espíritu militar, ordeno y mando. Centralización, opacidad, no participación y, en este caso, búsqueda de una legitimación. No se ha regulado cuándo intervienen las Fuerzas Armadas, a iniciativa de quién, para qué o con qué objetivo. Preguntas todas ellas derivadas de actitudes sorprendentes, como las producidas en Navarra<sup>5</sup>. Las intervenciones iniciales del Gobierno basadas en la situación de guerra y en la ausencia de fronteras para el virus daban las claves fundamentales de la forma en que se enfocaba la intervención pública, una intervención centralizada y con una concepción centralista.

Pero la realidad no permite sin más considerar que una respuesta centralizada era la realmente necesaria<sup>6</sup>. El derecho comparado lo pone claramente de manifiesto. Sí era su escenificación, con militares de diferentes cuerpos y los miembros del Gobierno, designados autoridades competentes, en las ruedas de prensa, así como en las largas comparecencias del presidente del Gobierno<sup>7</sup>. Luego había otra

---

<sup>2</sup> Discurso pronunciado por el presidente Frak-Walter Steinmeier en la televisión alemana el 11 de abril de 2020, disponible también en la página web oficial de la Presidencia de la República.

<sup>3</sup> Diferentes sindicatos de bomberos, fundamentalmente de Galicia, Cataluña y País Vasco, elaboraron un manifiesto donde proclamaban «no somos soldados», después de decir «siempre seremos vuestros».

<sup>4</sup> Permítaseme la anécdota, aunque muy significativa, de los dos últimos presidentes del Gobierno del Partido Popular. Aznar abandonó su domicilio habitual en Madrid para dirigirse a su segunda residencia en Marbella. Rajoy fue denunciado por sus vecinos al salir de su vivienda habitual en Madrid para hacer ejercicio físico. Ambas conductas están prohibidas para toda la población.

<sup>5</sup> La intervención de los militares no puede ser a voluntad propia, siendo compleja también la relación entre los diferentes cuerpos: Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Fuerzas Armadas. La prensa ya se ha hecho eco de esta situación, informando que el Ministerio de Defensa y el de Interior habían llegado a un acuerdo, según el cual los militares actuarían bajo «dirección operativa y coordinación» del Cuerpo Nacional de Policía o la Guardia Civil. Serían los primeros, la Policía, la que podría interpelar a la ciudadanía sobre su presencia en la vía pública, verificando en su caso su documentación, pudiendo ser exclusivamente los agentes policiales quienes podrían interponer la correspondiente denuncia. A pesar de estas informaciones, los militares procedieron a identificar a la ciudadanía en la capital Navarra, no estando habilitados para ello. Además, habría que añadir su total falta de formación en estas materias. La disputa entre ministerios se mantuvo, manteniéndose la puesta en práctica del acuerdo atascada. Los departamentos interpretaban de forma diferente los términos «dirección operativa y coordinación», ya que para el Ministerio de Defensa «en ningún caso las tropas estarán bajo el mando de la Policía o la Guardia Civil, sino que corresponderá siempre a sus jefes naturales. Fuentes de Defensa confían en que el asunto se desbloquee en breve y se inicien las patrullas mixtas, aunque subrayan que con la vigilancia de fronteras e infraestructuras críticas por parte del Ejército ya se están liberando efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que es el objetivo principal de esta colaboración» (*El País*, 3 de abril de 2020).

<sup>6</sup> Esta frase del presidente del Gobierno del Estado pone de manifiesto el tipo de respuesta legal que se va a dar. Dijo Sánchez y repitieron otros miembros del Gobierno y de sus partidos, que «la lucha contra el coronavirus no entiende de territorios ni colores políticos». La realidad pone de manifiesto que el Covid19 sí conoce de ambas cosas. Por una parte, la necesidad de dar respuestas diferenciadas según los territorios. Por otra, las CCAA han dado respuestas diferentes a la crisis según su color político. A la vista está la política seguida en la Comunidad de Madrid.

<sup>7</sup> Tiene interés el comentario en el periódico *El País*, de 1 de mayo de 2020, realizado por Berna Gonzalez Harbour, sin olvidar, claro está, la tendencia política del periódico en el que se publica.

realidad: la sanidad y las residencias de mayores eran de gestión autonómica, por lo que la responsabilidad en la gestión recaía en otras Administraciones.

Las líneas siguientes tratarán precisamente esta cuestión, a saber: el significado del principio de autonomía en la respuesta de los poderes públicos a la crisis del Covid19. Para ello se analizará la figura del estado de alarma, su consideración como materia objeto de reparto competencial. Su marchamo militar condicionará la política a aplicar inicialmente. El análisis de esta figura y su significado en el reparto de competencias Estado – Comunidades Autónomas se realizará de forma teórica en la primera parte de este trabajo. Posteriormente, en el apartado tercero, se estudiará la forma en que esa competencia, la declaración del estado de alarma, ha sido utilizada por el Estado, para así concluir si, en su primera aplicación en todo el ámbito territorial del Estado, el principio de autonomía ha tenido algún significado<sup>8</sup>.

## 2. Covid19 y el reparto competencial previsto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía

### 2.1. Emergencia y naturaleza de la cosa como principio obligado de determinación competencial: una consideración teórica más allá del derecho positivo

Una pandemia es una situación excepcional en la que la salud de las personas está en peligro, con una incidencia e intensidad tal que obligan a los poderes públicos a intervenir de forma excepcional. Que sea una intervención excepcional constituye también objeto de definición jurídica. Crisis sanitarias hay con frecuencia, en el sentido de que en un período de tiempo un número significativo de la población se ve afectada por una determinada enfermedad, anualmente la gripe, por ejemplo, dándose un número importante de fallecidos. Los poderes públicos por su parte realizan campañas informativas, de vacunación y otras, con objeto de proteger a la población. En algún caso la amenaza de una epidemia ha sido utilizada para aumentar el gasto sanitario en determinados productos, resultando posteriormente que el peligro era falso<sup>9</sup>. La legislación sanitaria prevé poderes especiales de respuesta ante estas situaciones. No procede ahora analizar en abstracto esta legislación, para lo que no hay espacio en un artículo de este carácter. Interesa ahora el análisis de la situación en concreto producida con ocasión de la pandemia del Covid19.

Los primeros escritos sobre la pandemia atendieron a esta cuestión, resaltándose algo común a muchos autores, como es la afirmación de que

la propia esencia de las situaciones de emergencia, sumado al protagonismo que en ellas toma normalmente el Gobierno central, permite concluir que también el art. 116 CE admite, al menos implícitamente, que en aquellas situaciones excepcionales

---

<sup>8</sup> La bibliografía en esta materia es escasa. Recientemente podría citarse el volumen *COVID19 y Derecho Público*, de David Blanquer (edit.) (2020), y el de Javier García Roca, *COVID19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena* (2020), respectivamente. La revista *El Cronista del Estado Social* dedica el número extraordinario 86-87 a esta cuestión. Se ha podido consultar este último, no los anteriores, aunque hay que decir que sobre el tema que se trata en este trabajo se han utilizado los trabajos publicados. No se hacen referencias a artículos cortos o de periódico por la dificultad de controlar todas las fuentes y porque su análisis, aunque interesante e informativo, no está acompañado normalmente de la necesaria elaboración teórica.

<sup>9</sup> A principios del año 2010 la prensa se hizo eco de las falsedades vertidas sobre la conocida como «gripe A», que dio lugar a una importante compra de vacunas, luego innecesarias. Autoridades del Consejo de Europa denunciaron estos hechos, así Wolfgang Wodarg, representante alemán en la Asamblea del Consejo de Europa.

también quede afectado el orden constitucional de competencias (Velasco Caballero, 2020, pp. 80-81).

Aquí conviene detenerse en esa caracterización referida a la «esencia» de las situaciones de emergencia. No se puede compartir que las situaciones de emergencia tengan una esencia común, que lleva indefectiblemente a una centralización de poderes por su propia naturaleza<sup>10</sup>. Esta competencia *Natur der Sache* no puede constituirse en categoría jurídica, máxime cuando en Estados federales consolidados como la RFA esto no sucede. No todas las calificables como situaciones de emergencia tienen un mismo significado.

Habría que definir lo que se entiende por situación de emergencia, por un lado, y caracterizar esa situación de emergencia según el sector afectado. Por ejemplo, las situaciones de emergencia pueden remitirnos a ámbitos como la sanidad, el consumo, el suministro de agua, inundaciones, la entrada de extranjeros, el salvamento marítimo, los incendios, temporal marítimo, la nieve y el frío, el transporte, el aislamiento de poblaciones por hechos naturales, el orden público, invasiones militares, ocupación de infraestructuras básicas, secuestros u otras actividades delictivas de amplio efecto personal o territorial, el no funcionamiento de servicios públicos..., podríamos continuar con la referencia a estas situaciones, sin que de ellas se puedan extraer conclusiones jurídicas operativas. Es decir, que, según los hechos o situaciones acaecidas, el ordenamiento jurídico sectorial preverá formas de respuesta según el sector y lógicamente el tipo de situación producida.

De aquí a entender, como un aspecto esencial de las situaciones excepcionales, el que se produzca necesariamente una centralización es más deudor de una preconcepción, que una verdadera exigencia de cada situación en concreto.

Es más, si se atiende a la respuesta dada en otros lugares, se comprueba que no hay un solo tipo de respuesta a todas las situaciones, que la centralización de competencias tampoco se produce y que la respuesta a la pandemia se articula a través de los instrumentos previstos especialmente en materia sanitaria. En la RFA la pandemia no ha llevado a la centralización de competencias<sup>11</sup>, lo que quiere decir que no existe una «esencia» propia de las situaciones de excepción, que irradia todo el ordenamiento, afectando al propio funcionamiento ordinario de las Administraciones<sup>12</sup>. Se ha podido comprobar que la regulación que la LFB hace de estas situaciones es diferente. La LFB diferencia situaciones provocadas por

---

<sup>10</sup> Un ejemplo de materia que por su naturaleza corresponde a un Ente determinado es la política comercial y el régimen de aranceles. Aquel que es competente en política comercial debe necesariamente (*Natur der Sache*) ser el titular de la potestad arancelaria. Sin embargo, la cualidad de situación excepcional sanitaria, ambiental, etc., no lleva por su naturaleza a una centralización. El ejemplo alemán lo pone claramente de manifiesto. Por esta razón se critica en este trabajo que se responda a la situación de excepción con el estado de alarma, lo que no es necesario por sí mismo, ya que las normas sanitarias serían suficientes para responder a la pandemia. Solamente la movilidad intercomunitaria podría exigir y con ese objeto acudir al estado de alarma. Por otra parte, a pesar de declararse el estado de alarma, la gestión no tiene por qué ser centralizada.

<sup>11</sup> La prensa de la RFA ha puesto de manifiesto la bondad del federalismo para dar una respuesta a la pandemia provocada por el Covid19. Ciertamente los resultados son buenos comparativamente, al menos hasta el momento (agosto 2020). El desarrollo de la pandemia exigirá analizar las políticas aplicadas en los diferentes estados y sus resultados. La diligencia y estricta aplicación de medidas de confinamiento y otras no ha tenido siempre el resultado deseado. En todo caso, el federalismo alemán se remite a la idea de flexibilidad (Feld y König, 2020; Leue, 2020), así como a los efectos positivos de un «Federalismo competitivo» (Korte, 2020). Para este politólogo la diferencia de respuestas entre *Länder* y también comarcas o municipios es buena, en contra de lo que manifiestan los partidos de extrema derecha, en especial AfD. En castellano puede consultarse también Fuchs y Hein (2020).

<sup>12</sup> Esto no impide obviamente que se planteen reformas legales de diferente alcance, ya que una experiencia como el Covid19 no había tenido lugar en los dos últimos siglos. La experiencia habida puede aportar enseñanzas útiles para futuras reformas legales y de respuesta sanitaria.

catástrofes, dentro de las que podrían incluirse las sanitarias, los supuestos de peligro para la seguridad interior y los casos de intervención de las fuerzas armadas. Las características fundamentales de estas regulaciones pueden situarse en el respeto a la autonomía de los *Länder*, primeros a ser llamados a dar una respuesta y a su vez estar habilitados para solicitar la ayuda de la Federación y de otros *Länder*. La intervención del Gobierno federal *motu proprio* está sometida al control del *Bundestag*, y especialmente por previsión constitucional al *Bundesrat*. Esto manifiesta la importancia política de los *Länder*<sup>13</sup>. La intervención de los militares no está prevista para actuar en ningún caso frente a la ciudadanía, con la única excepción de la intervención de grupos armados.

Una idea similar se transmitió inicialmente afirmándose, desde el Gobierno español, que la pandemia no tenía fronteras. La idea no tiene mucho fundamento en sí misma. Los fenómenos naturales no tienen fronteras, ya que las fronteras afectan a las decisiones políticas solamente. Y si la respuesta a una pandemia es política, las fronteras le afectan. Pero no solamente las fronteras. Los poderes públicos actúan sus competencias en un determinado ámbito territorial, aunque el ejercicio de sus poderes pueda tener consecuencias más allá de esos límites territoriales. Las competencias de los diferentes poderes públicos no tienen fronteras dentro del Estado, pero sí tienen ámbitos territoriales en los que pueden intervenir. Es decir, que los poderes públicos tienen limitado su poder desde la perspectiva territorial. En este sentido, la intervención política frente a un hecho natural siempre está limitada por las competencias y el ámbito territorial en el que cada poder público puede actuarlas. Las situaciones producidas en Estados Unidos, Brasil, República Federal de Alemania o Reino Unido ilustran claramente estas cuestiones. Frente a la respuesta global a la pandemia sustentada en el estado de alarma cabe también considerar la realizada desde perspectivas sectoriales.

## 2.2. La respuesta al Covid19 desde las regulaciones sectoriales: experiencia desarrollada

La Generalidad de Cataluña fue la primera Administración Pública que adoptó una medida destinada a dar respuesta al Covid19, que se había empezado a manifestar con especial virulencia en algunas comarcas o localidades catalanas. La Resolución conjunta de los responsables de Interior y Sanidad acordaba la restricción de movimientos en los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena<sup>14</sup>. La Resolución se dictaba en materia de protección civil, dando cobertura su regulación para adoptar medidas confinatorias.

Esta Resolución fue ratificada mediante Auto número 70/2020, de 13 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Barcelona, por un período de 14 días naturales, los cuales vencían a las 23:59 horas del día 26 de marzo. Por este motivo, ante el próximo vencimiento del plazo, y estimándose que se siguen manteniendo las condiciones para la protección de la salud pública que justificaron en primer término la adopción de la Resolución INT/718/2020, de 12 de

<sup>13</sup> La primera medida adoptada en el ámbito federal en la RFA consistió en un acuerdo entre el Gobierno federal y los y las Jefes de Gobierno de los *Länder*. Este acuerdo establecía las actividades que no podían ser cerradas, las que debían ser cerradas, las que quedaban prohibidas y las normas que los *Länder* debían dictar para regular algunas actividades. El acuerdo fue adoptado el 16 de marzo de 2020, bajo el título siguiente: *Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Bundesländer angesichts der Corona-Epidemie in Deutschland*. A este acuerdo siguieron otros varios, todos ellos localizables en la página web del Gobierno Federal alemán.

<sup>14</sup> Con fecha 12 de marzo de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, la Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, por la que se acuerda restringir la salida de las personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena.

marzo de 2020, la Generalitat de Cataluña solicitó al Ministro de Sanidad, como autoridad competente delegada durante la vigencia del estado de alarma, la prórroga de la referida resolución. Con este objeto se dictó la Orden SND/290/2020, que prorrogó la vigencia de la resolución de la Generalidad, continuada por la posterior SND/323/2020, que dejó finalmente sin efectos las restricciones inicialmente establecidas.

Al igual que en el caso catalán, la Administración vasca intervino también en los momentos iniciales, aunque solamente al efecto de adoptar una medida organizativa, pero sin adoptar decisiones limitadoras de los derechos de la ciudadanía. Por Decreto<sup>15</sup> se avocaron al Lehendakari, que asumía así la dirección única y la coordinación, las competencias establecidas en la normativa de protección civil.

Como puede comprobarse, en ambos casos hay una respuesta autonómica al reto planteado por la pandemia del Covid19, acudiéndose en los dos a la normativa de protección civil, que da suficiente respaldo para adoptar las medidas que posteriormente se dictarán en el ámbito estatal con la declaración del estado de alarma. También facilita instrumentos de intervención la legislación sanitaria.

### 2.3. Covid19 y organización autonómica del Estado

La regulación de los estados de alarma, excepción y sitio se recoge inicialmente en la Constitución y en la LO 4/1981. Estos estados previstos constitucionalmente, pero ayunos de normativa reguladora que establezcan su contenido, constituyen instrumentos indefinidos en su contenido, respecto de los cuales se establecen las competencias que al Gobierno y Parlamento corresponden en estos casos o la forma en que las relaciones Gobierno – Parlamento se ven afectadas cuando se declara alguno de estos estados. Desde la perspectiva territorial, de reparto de competencias, no se dice nada, lógicamente. La CE 1978 no tiene una idea precisa de su estructura política territorial, si todo el Estado va a estar estructurado en CCAA y con qué competencias.

La entrada en vigor de la Constitución requiere acomodar el ordenamiento jurídico a sus mandatos, lo que da lugar al dictado de las normas que se entendía más necesarias para el funcionamiento de esos nuevos poderes constitucionalmente previstos, siendo una de las primeras normas que se dicta la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, LO 4/1981. Esta norma regula el estado de alarma en los arts. 4 a 12, después de establecer unos principios generales en los arts. 1 a 3. Estos preceptos parten de una situación de hecho, de circunstancias extraordinarias, a las que no pueda darse respuesta mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

La consecuencia que se ha derivado de este principio es que su misma existencia y la declaración del estado de alarma no puede entenderse que «en nada quedan afectadas las competencias de las comunidades autónomas y de las Entidades locales» (Velasco Caballero, 2020, p. 81). Esta posibilidad es real según la situación de que se trate. El estado de alarma se declara si es necesario porque «circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad

<sup>15</sup> Decreto 6/2020, de 13 de marzo, del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, *Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi*, ante la situación generadas por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid19. Este Decreto se dictaba de conformidad con lo establecido en Decreto Legislativo 1/2017, e 27 de abril, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias, el art. 8 de la Ley 7/1981, Ley de Gobierno, y el art. 10 Ley 40/2015, estatal.

mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (art. 1 LO 4/1981). Si a continuación se acude al precepto que regula el posible contenido del estado de alarma se comprueba que en el mismo es posible «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias» (art. 11 LO 4/1981). Las previsiones contenidas en el estado de alarma no quieren decir que solamente pueden establecerse en esa situación. No existe una «reserva» material al Estado de alarma que impida adoptar en otras normas y ámbitos decisiones que hayan sido adoptadas en un estado de alarma.

El estado de alarma puede dictarse con el único objetivo de limitar la movilidad de las personas, en concreto entre comunidades autónomas, por lo que no tienen por qué verse afectadas las competencias de otras Administraciones. Lo que en realidad perseguiría esa relación es eliminar la reserva de ley (y los poderes judiciales), facilitando la adopción de una medida, que no sería posible adoptar con los poderes ordinarios de las Autoridades competentes. Este tipo de decisión en nada afectaría al reparto territorial del poder político, a las competencias de la diferentes Administraciones Públicas. Por esta razón tampoco tiene sentido afirmar que la declaración del estado de alarma necesariamente debe tener consecuencias en el reparto de competencias territoriales, que siempre serían negativas, es decir limitando o reduciendo esas competencias.

#### 2.4. La regulación del estado de alarma

El contenido del estado de alarma puede definirse inicialmente a la luz de su regulación. La LO 4/1981 dice poco sobre el posible contenido de la declaración del Estado de alarma. Solamente establece unos principios que se señalan a continuación, a saber:

a) La declaración del estado de alarma establecerá el ámbito territorial, duración y efectos de la declaración. De estos términos destaca que el ámbito territorial es indefinido, por lo que no está limitado al territorio de ninguna de las estructuras administrativas territoriales existentes.

b) El estado de alarma se declara para un período temporal determinado. La nota de transitoriedad es importante, ya que en caso de extenderse en el tiempo la situación, la respuesta del ordenamiento debe ser otra. No se puede vivir en una situación de excepción permanente, en la que ni los poderes ni los derechos de la ciudadanía están clara y legalmente establecidos.

c) La tercera cuestión tratará de los efectos. El estado de alarma puede tener un contenido normativo o puramente administrativo, con las consecuencias que el mismo tiene. Esto quiere decir que el estado de alarma tiene un contenido, que no puede remitirse a una determinación posterior. La declaración del estado de alarma debe determinar sus efectos, que no pueden consistir en habilitaciones, sino que deben tener un contenido material, oponible, si es el caso, a la regulación en vigor.

d) La LO 4/1981 establece también, en su art. 9.1, que «Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas,

bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza».

Este artículo no constituye una cláusula abierta, sino que debe vincularse directamente con el contenido concreto de lo establecido en el RD que declare el estado de alarma. Por sí mismo el precepto no habilita para que la Autoridad Competente dicte los actos y disposiciones que estime oportunos. Habrá que estar al contenido del RD para comprobar si el mismo resulta aplicable mediante las previsiones del art. 9.1.

e) El art. 10 LO 4/1981 es muy importante para entender el contenido del estado de alarma. De acuerdo con el mismo,

El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma podrá sancionarse de acuerdo con lo que prevén las leyes. Añadiendo más tarde que si el incumplimiento o la resistencia fuesen cometidos por Autoridades, las facultades de éstas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración de estado de alarma podrán ser asumidas por la Autoridad competente durante su vigencia (art. 10.3 LO 4/1981).

Este precepto establece una idea clara, a saber: que las Autoridades ordinarias siguen ejerciendo sus competencias en ejecución de lo establecido en el RD declarativo de la alarma, pudiendo ser sustituidas si incumplen las órdenes de la Autoridad Competente. La regulación está ayuna de normas de procedimiento, que deberían prever la intervención de las Cámaras o formas de colaboración interadministrativa.

## 2.5. La categoría jurídica «estado de alarma» como materia objeto de reparto competencial

a) La competencia para la declaración del estado de alarma. El reparto competencial Estado – Comunidades Autónomas se realiza atendiendo a dos categorías jurídicas que constituyen lo que se denomina competencia. Estas dos categorías son materia y potestades. Cada una de ellas encuentra aplicación en el tema que se estudia, empezando por lógica con la descripción de la materia alarma.

El estado de alarma es una construcción jurídica, que se encuentra en la Constitución y sus normas de desarrollo, en especial la LO 4/1981. La Constitución establece en el art. 149 las competencias del Estado, a las que deben añadirse aquellas que, no siendo propias del Estado, los Estatutos otorgan a las Comunidades Autónomas. El estado de alarma no es una materia reconocida a la competencia del Estado en el art. 149 CE. La única materia relacionada es la seguridad pública (art. 149.1.29 CE), materia ajena al estado de alarma, que como tal es una materia creada por el art. 116 CE. La regulación del Estado de alarma se realiza por el Estado, mediante Ley Orgánica, lo que significa que no es una competencia estatal. Otra cuestión diferente es si podría haber una regulación del Estado de alarma de ámbito autonómico, o los efectos que la estructura política del Estado debe o puede tener en esa regulación.

En principio cabe afirmar que la competencia para su regulación corresponde al Estado. La principal razón sería porque las CCAA no la han asumido en sus Estatutos. La segunda porque el estado de alarma como materia está constituida por lo que dice su ley reguladora, en el respeto de lo establecido por el art. 116 CE, estableciéndose en esa regulación que la competencia es estatal. Otra cuestión diferente será analizar si la regulación que se realiza del Estado de alarma se

corresponde con los mandatos constitucionales y si otra regulación sería factible. La exigencia de reserva de ley orgánica no es criterio suficiente para reconocer la competencia estatal<sup>16</sup>, tal como la jurisprudencia del TC ha señalado, al igual que la reserva de ley no impide la regulación de una materia, en el ámbito de sus competencias, por parte de las Entidades locales (Lasagabaster, 2004)<sup>17</sup>.

b) El contenido de la materia estado de alarma. La materia estado de alarma tiene unos contenidos claros y otros más discutibles. Entre los contenidos claros está su carácter temporal y procedimentalmente, la necesidad de aprobación por el Gobierno y la intervención del Congreso de los Diputados. Cada quince (15) días el Gobierno debe solicitar la autorización del Congreso, sin la cual no es posible prorrogar el estado de alarma. No es pensable que un estado de alarma pueda alargarse *sine die*, por mantenerse la situación que lo provoca. La Constitución está pensando en un estado de alarma temporal. Esta limitación temporal es muy importante ya que, transcurrido el mismo, los efectos del estado de alarma desaparecen. Las competencias actuadas son las necesarias para enfrentar la situación o los hechos que han provocado la declaración del estado de alarma. Transcurrido el estado de alarma cesan sus efectos, excepto los que sean

---

<sup>16</sup> El TC señaló, en su ya lejana STC 137/1986, que el legislador orgánico podía deferir a la ley la integración de algunos de sus enunciados, que «deviene imperativo constitucional cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata. La Ley Orgánica puede, ciertamente, disponer una regulación plena de los modos y órganos de participación de la comunidad escolar en el gobierno del centro, pero, aun en tal caso, una parte de esa normación habrá de tener carácter meramente supletorio respecto de las Comunidades Autónomas que, al amparo de lo prevenido en el art. 149.1.30 de la Constitución, hayan recabado para sí las competencias que, a contrario, ese precepto permite sean asumidas en los Estatutos (art. 149.3)». Más tarde añade: «Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto del que la Constitución se vale en el citado art. 149.1.30 («normas básicas para el desarrollo del art. 27 ...»), no posee el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el art. 81.1. El enunciado de aquel precepto impone al intérprete considerar que, respecto de las Comunidades que ostenten competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al art. 27 de la Constitución, pueda considerarse “desarrollo” (art. 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos. Ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30). El criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º) parece habría aquí de tenerse en cuenta, tanto más cuanto que, según antes se apuntó, la colaboración en términos generales entre Ley Orgánica y ordinaria no ha de reputarse, en todo caso, constitucionalmente ilegítima». Seguía posteriormente diciendo: «Por todo ello, la delimitación de competencias que establece el art. 149.1.30 entre el Estado y las Comunidades cuyos Estatutos hayan operado a partir de este precepto, no podrá establecerse, sin más, tomando como parámetro el texto formalmente aprobado en “desarrollo” de los derechos enunciados en el art. 27 de la Constitución. Para alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica, encierran “normas básicas para el desarrollo del art. 27”, porque sólo son ellas, respecto de estas Comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas. No toda divergencia, pues, entre Ley Orgánica y territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última y sí sólo su eventual apartamiento del contenido de aquellas “normas básicas”, cuya identificación corresponde, en última instancia, a este Tribunal Constitucional. Por lo demás, el título específico que, en el orden de la educación, así ostenta el Estado para disponer la normación básica hace ya pasar a un segundo plano, en este caso, el alcance de la cláusula general ex art. 149.1.1». Se ha hecho referencia a esta cuestión en Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Fuentes del Derecho*, Bilbao, Lete/IVAP, 2007, p. 76. Anteriormente del mismo autor «Sobre las leyes orgánicas», RVAP, 1987, 17, pp. 53 a 72

<sup>17</sup> Véase Lasagabaster (2004). En este artículo se pone de manifiesto la evolución de la jurisprudencia del TC sobre la reserva de ley en materia sancionadora y la potestad reglamentaria estatal, así como la respuesta que al problema de la Ley 57/2003.

consecuencia de obligaciones derivadas de un contrato, por ejemplo, cuyos efectos puedan extenderse en el tiempo, o del ejercicio de una potestad, así la sancionadora.

Junto al elemento temporal está el procedimental. La declaración del estado de alarma y su prórroga debe hacerla el Gobierno, correspondiendo al Congreso de los Diputados aprobar su prórroga en el plazo de quince días. En ese plazo y con ese procedimiento se puede declarar el estado de alarma, cuyo contenido se presenta como una cuestión abierta. Se ha definido esta materia de una forma finalista (Viver i Pi-Sunyer, 1989), al decirse que el estado de alarma incluye las decisiones adoptadas para responder a la situación de alarma, lo que dejaría la materia del estado de alarma como una categoría abierta, que puede incluir el ejercicio de una potestad sobre cualquier cuestión. Se trataría de una materia acéfala<sup>18</sup>, que estaría limitada por la finalidad a que se dirige y durante un período temporal concreto. A su vez, esa competencia tiene otro importante límite, que está constituido por el necesario respeto del funcionamiento ordinario de las diferentes administraciones, autonómicas y locales (art. 14 LO 4/1981). No se trata por tanto de sustituir lo existente, sino de decidir lo necesario para responder a las necesidades derivadas de la alarma.

c) Las potestades actuables por la Autoridad Competente. En este sentido es importante detenerse en las potestades que pueden ejercerse, que pueden reducirse a dos fundamentales: potestades ejecutivas o normativas. La normativa reguladora, la LO 4/1981, y los sucesivos RRDD declarando o prorrogando el estado de alarma, han hecho referencia a medidas, actos, disposiciones, sin que los diferentes nombres puedan entenderse como referidos a actuaciones de diferente naturaleza jurídica. La regulación del estado de alarma permite que la Autoridad Competente dicte actos o normas, siendo diferentes sus consecuencias, según su propia naturaleza jurídica. Las potestades en concreto que pueda actuar cada Autoridad Competente serán aquellas que el RD establezca, no existiendo ni materias ni potestades cuyo ejercicio se derive directamente de la LO 4/1981.

d) Los efectos de las decisiones de la Autoridad Competente. El ejercicio de sus potestades por la Autoridad Competente puede afectar a las actuadas por otros poderes públicos, lo que remite a la cuestión de la relación entre ellas. En este sentido pueden diferenciarse los actos y las normas. Por lo que hace a estas últimas, su efecto es desplazar a la norma existente, desplazamiento que es temporal y no produce la derogación, ya que la norma dictada por concepto es de duración temporal. Finalizada la situación de alarma, pierde su vigencia la norma dictada por la Autoridad Competente. Sus efectos se han producido durante la vigencia de la situación, no pudiendo prolongarse en el tiempo, ya que en tal caso significaría que el estado de alarma continúa. Las normas jurídicas pueden tener efectos después de su período de vigencia, lo que también se producirá con las normas dictadas por la Autoridad Competente, así como con el contenido del RD declaratorio del estado de alarma. Este tiene una naturaleza jurídica específica, de valor de ley, lo que significa que puede modificar las leyes vigentes, a pesar de ser una norma dictada por el Gobierno<sup>19</sup>. Las normas dictadas por las AACCCdd no tienen esa naturaleza jurídica, por lo que no podrían afectar a las leyes en vigor.

La competencia estatal al declarar el estado de alarma puede entenderse como una competencia concurrente impropia (*unechte*), que permite actuar a la autoridad titular de la misma si se produce una determinada situación<sup>20</sup> (la que

<sup>18</sup> Esta categoría es deudora de la doctrina italiana, véase Mazziotti (1961, p. 243) y Panzera (1972, p. 261).

<sup>19</sup> Véase STC 83/2016.

<sup>20</sup> Este tipo de competencia se ha eliminado de la LFB, estando regulada en su art. 72, bajo el nombre legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*), que remite a algunos apartados del art. 74.

legítima la declaración de estado de alarma), para adoptar aquellas decisiones justificadas para responder a esa alarma. Esto quiere decir que la decisión pública está limitada, no pudiendo actuar simplemente porque así lo decida. En este último caso se estaría ante una competencia concurrente genuina (*echte*), es decir no condicionada.

La aplicación de la decisión prevista por el RD de declaración o prórroga del estado de alarma, así como de las decisiones de las AACCCdd frente a la normativa anterior, se produce por aplicación del principio de competencia<sup>21</sup>.

## 2.6. La aplicación del estado de alarma y la necesidad de su adopción para responder al Covid19

La respuesta de los poderes públicos a la crisis sanitaria producida por el Covid19 permitía diferentes respuestas sanitarias y jurídicas, tal como los medios de comunicación han tenido ocasión de ilustrarnos. El Gobierno tuvo que dar respuesta a una situación hasta ahora desconocida, haciéndolo tardíamente, tal como él lo ha reconocido y también ha sucedido en otros Estados, y utilizando el estado de alarma. Hay que reconocer la dificultad del momento, pero bajo el prisma de la guerra contra el virus, «que no conoce de fronteras»<sup>22</sup>, se ha utilizado el estado de alarma desconociendo las competencias de las comunidades autónomas, que hasta el final de la vigencia del estado de alarma eran convidadas de piedra. Al final, con la desescalada, esta situación se modifica. En este punto interesa reseñar que el estado de alarma no era la única forma de dar respuesta a la situación sanitaria existente. Esa respuesta podía haberse acogido solamente a la normativa sanitaria, pero en ese caso hubiese sido de mucho menor significado político. Tampoco habría permitido el liderazgo único del Gobierno del Estado, que llevó en algún momento a la incomodidad de los presidentes autonómicos, actores sin papel en unas reuniones semanales donde se les informaba de las medidas que iba a adoptar el Gobierno, que normalmente eran ya conocidas por la opinión pública, al haber sido filtradas a los medios de comunicación o presentadas en rueda de prensa previamente.

En la segunda parte de este trabajo se analizarán las medidas en concreto adoptadas por las AACCCdd.

---

Antes la remisión se hacía a todas las materias del art. 74. Había otras dos remisiones a los arts. 74.a) y 75, artículos que han sido derogados. El último tiene especial importancia porque significa la eliminación de las denominadas competencias marco (*Rahmengesetzgebung*), que sería la denominadas en la CE bases, legislación básica. La razón no es otra que fortalecer el federalismo, afirmando los ámbitos de la exclusividad competencial, que permite una más clara determinación de la responsabilidad política, es decir de la democracia.

<sup>21</sup> Se ha entendido también que este sería un caso de aplicación del principio de prevalencia, art. 149.3 CE (Velasco Caballero, 2020, p. 83), idea que no se comparte, ya que la prevalencia puede producir que la norma autonómica pierda su vigencia, lo que puede suceder si una ley básica estatal afecta a una ley autonómica de desarrollo anterior. Por otra parte, la prevalencia debe entenderse como una norma a la que acudir cuando el conflicto entre normas afecta a otros principios constitucionales, en especial a la naturaleza jurídica de ley y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, en especial teniendo en cuenta el régimen jurídico de la ley y las exigencias derivadas de la cuestión de inconstitucionalidad. En el caso del estado de alarma se trataría de aplicar el principio de competencia. Véase en este tema Lasagabaster (2018). Herrarte, Iñaki, *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Madrid, Marcial Pons, 2018, apdos. 18-24.

<sup>22</sup> El mensaje del presidente francés del día 12 de marzo de 2020 decía que «el virus no tiene pasaporte», con lo que llamaba a la colaboración con las instituciones europeas. Lo reclama una parte al todo, no al revés, el todo a la parte, con la consecuencia y el objetivo de eliminar sus competencias.

### 3. La declaración del estado de alarma, el Real Decreto 463/2020 y sus modificaciones posteriores

La segunda parte del trabajo tratará de describir y analizar sucintamente las normas dictadas por las AACCCdd, debiendo analizar como paso previo el contenido del RD 463/2020, norma base del desarrollo normativo posterior por las citadas autoridades. La descripción ilustra sobre las medidas realmente adoptadas, la intervención de cada una de las AACCCdd, las clases de normas dictadas y su contenido, para sí poder aquilatar la necesidad de las intervenciones y la forma que adoptan.

#### 3.1. El RD 463/2020 y las normas posteriores reguladoras del estado de alarma

La Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo pandemia internacional la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de Covid19. El Gobierno aprobó 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 Covid19. El artículo 3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, estableció, en el marco de lo dispuesto por el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que la duración del estado de alarma sería de quince días naturales<sup>23</sup>.

A la vista de la evolución sanitaria de la población, y con base en los datos disponibles y en los informes de evaluación elaborados por las autoridades competentes delegadas durante ese periodo, el Gobierno, con la finalidad de garantizar la eficaz gestión de la emergencia sanitaria, solicitó del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en cinco ocasiones el estado de alarma declarado por el RD 463/2020.

De este modo, mediante el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la prórroga se extendió hasta las 00:00 horas del 12 de abril de 2020; mediante el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, se dispuso la prórroga hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, estableció una nueva prórroga hasta las 00:00 horas del 10 de mayo de 2020; el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, dispuso la prórroga del estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020; y, finalmente, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, prorrogó el estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020.

El Gobierno ha remitido semanalmente al Congreso de los Diputados la información requerida en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional sexta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, junto a los informes aportados por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias y la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

Los datos indicaron, durante el periodo de la segunda prórroga, que el número de contagios había disminuido por debajo del umbral que produciría la saturación de las UCI, al tiempo que se había fortalecido la capacidad del sistema sanitario para dar respuesta a la misma. Además, el número de altas se fue incrementando en este periodo y con ello se produjo una descarga progresiva de las unidades asistenciales ampliadas. Los datos evidenciaron durante el periodo de la tercera prórroga la consolidación de la tendencia decreciente de los diferentes indicadores (casos

<sup>23</sup> Se sigue la descripción de los hechos realizada en el preámbulo del RD 555/2020.

confirmados diarios por PCR, fallecimientos confirmados, ingresos hospitalarios y en UCI), así como la reducción a la mitad de los incrementos diarios, a excepción de los casos que requirieron hospitalización. Durante la vigencia de la cuarta prórroga se establecieron los mecanismos necesarios para avanzar en la detección precoz y el rápido control de cualquier brote de la forma más localizada posible. Finalmente, cabe destacar la favorable evolución de la situación durante la quinta prórroga. En este sentido, con datos a fecha 1 de junio, la incidencia acumulada de casos diagnosticados en los últimos 14 días es de 13,87 por 100.000 habitantes y de 5,87 en los últimos 7 días. Teniendo en cuenta la fecha de inicio de síntomas, la incidencia en los últimos 14 días es de 2,03 y, en los últimos 7 días, de 0,57<sup>24</sup>.

El Real Decreto 555/2020 realiza la última prórroga del estado de alarma declarado por el RD 463/2020. Este RD tiene una norma complementaria muy importante que es el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid19. En el RD Ley 21/2020 se establecen unas medidas a mantener en los territorios que estén en la fase III de la pandemia, cuyo contenido es interesante comprobar cómo coincide con algunas de las determinaciones establecidas en el RD 463/2020. Desde la perspectiva autonómica interesa detenerse inicialmente en las denominadas autoridades competentes delegadas.

### 3.2. Las autoridades competentes delegadas (AACCdd)

El RD 463/2020 realiza la declaración del estado de alarma, siendo una de sus funciones fundamentales establecer las denominadas autoridades competentes. Las autoridades competentes van a ser cuatro, cada una dentro de sus competencias, sin relación jerárquica entre ellas, aunque es manifiesta la importancia destacada del Ministro de Sanidad. Todas ellas estarán bajo la superior dirección del presidente del Gobierno. Las autoridades competentes tendrán las competencias que el RD 463/2020 determina, que posteriormente serán objeto de análisis.

La LO 4 /1981 no establece ningún requisito ni limitación específica en esta materia, señalando que la AC puede ser el presidente de la comunidad autónoma cuando el estado de alarma se limita a su territorio. Esta disposición no quiere decir que en los demás casos no lo pueda ser. Con este precepto se ha querido establecer la posibilidad de que haya una única AC y que esta sea de ámbito autonómico<sup>25</sup>. El RD 463/2020 prevé cuatro AACC de ámbito estatal, que serán las responsables de las carteras de Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y Sanidad. Después se hará una breve referencia a la intervención de estas diferentes autoridades, ahora interesa considerar su sola existencia.

A la luz de la experiencia cabría haber limitado estas AACC, ya que algunas de ellas tenían una función meramente ejecutiva, en su caso, de realización material de prestaciones o intervenciones, que no precisaba de haberse incluido en el RD. El Ministerio de Defensa no tiene ninguna función autónoma ni directiva en una situación de este tipo, debiendo intervenir solamente a solicitud de los demás poderes, los

<sup>24</sup> Hasta aquí las referencias de este apartado se han tomado del preámbulo del RD 555/2020 en su literalidad.

<sup>25</sup> El 28 de agosto de 2020 el presidente Sánchez señaló que algunas CCAA tenían problemas para hacer frente a la situación, recomendándoles que si lo necesitaban podía solicitar la declaración del estado de alarma para toda o una parte de su territorio. Esta propuesta, si se piensa un poco detenidamente, es un gran desatino, si se analiza jurídicamente. Si el problema existe y el competente para declarar el estado de alarma es el Gobierno a él le correspondería la decisión. También se ha tenido ocasión de escuchar a responsables autonómicos que el Estado no les da medios, en una clara huida ante la asunción de responsabilidades propias, de las que deberá dar cuenta ante su Cámara de representantes.

previstos en el RD 463/2020 y los demás, en concreto las Administraciones competentes, que pueden ser las estatales, autonómicas o locales. El establecimiento de estas cuatro AACC, y la escenificación diaria de su dación de cuentas a la opinión pública, ha resultado un exceso que a lo largo de la marcha de la pandemia se ha ido corrigiendo. El departamento responsable de la intervención pública ha sido sanidad, quien realmente ha dirigido esa intervención pública y el régimen jurídico de la actividad privada durante la pandemia. Los demás no han dejado de ser comparsas, con independencia de que su intervención fuera necesaria para ejecutar lo decidido desde una perspectiva sanitaria. El departamento con responsabilidades destacadas, a la luz de las normas dictadas, ha sido el Departamento de Transportes.

La determinación de las AACC podía haberse hecho teniendo en cuenta la estructura autonómica del Estado, lo que no ha sucedido. Es más, establecer como AACC a las personas responsables de Defensa e Interior es significativo. Ese hecho y algunas de las consideraciones hechas desde el Gobierno al inicio de la pandemia, ponían esto de manifiesto. La pandemia no conoce de fronteras es una afirmación tan interesada como falsa.

La estructura autonómica del Estado tampoco ha tenido reflejo en el funcionamiento de las AACC durante la pandemia. Los domingos a la mañana tenía lugar la reunión de los presidentes autonómicos y el presidente del Gobierno, reunión en la que se trataban temas cuyo contenido ya había sido desvelado a la prensa, de tal forma que no había decisiones nuevas que comunicar a los presidentes autonómicos<sup>26</sup>. Se trataba de reuniones protocolarias, donde los presidentes autonómicos ni decidían nada ni eran informados de algo que no conocieran. Estas reuniones solamente daban espacio al comentario o queja de carácter general, con muy escaso significado político.

La posibilidad de que los presidentes autonómicos fueran AACCdd no está prohibida por el ordenamiento, ni requiere ninguna norma que así lo establezca, salvo el propio RD de declaración del estado de alarma. La regulación de la LO 4/1981 se realiza en la idea de que un estado de alarma se declare solamente para el territorio de una CA y en consecuencia la AC sea su presidente. Esto no impide que en otros casos se pueda designar AC a una autoridad autonómica. Así ha sucedido con la desescalada, como a continuación se va a escribir.

El RD 555/2020, de 5 de junio, prorroga el Estado de alarma decretado por el RD 463/2020, modificando la regulación hasta entonces realizada de las AACC. Tiene interés reproducir el precepto que regula estas AACCdd delegadas, que dice lo siguiente:

1. Durante el periodo de vigencia de esta prórroga, las autoridades competentes delegadas para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, serán el Ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, con arreglo al principio de cooperación con las

<sup>26</sup> El Lehendakari Urkullu declaró, en la octava videoconferencia de presidentes autonómicos, su oposición al escaso protagonismo de los presidentes autonómicos, tanto en la declaración del estado de alarma como en su gestión posterior (Deía, 4 de mayo de 2020). Coincidían en la valoración el president Torra y el presidente Núñez Feijó. Consideraban que se estaba haciendo un uso desproporcionado de estado de alarma y que faltaba un «cogobernanza real». El 18 de mayo pedía, según en el mismo periódico, un nuevo marco legal a Moncloa. Los planes de la desescalada, al igual que otras decisiones, se adoptan por el Gobierno sin participación autonómica. Parece existir un deseo del Gobierno por epatar, haciendo ofertas que hubiese sido interesante considerar previamente y no ofertarlas, con el costo que tienen, y sin saber si van a ser aceptadas. Así es el caso de los 2.000 rastreadores militares formados y ofertados por el Ministerio de Defensa.

comunidades autónomas, y quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma. (Art. 6 RD 555/2020).

El primer apartado elimina las demás AACC, nombrando como nuevas al responsable del Ministerio de Sanidad y a quien ostente la presidencia de la CA. Esta doble AC y sus funciones es desarrollada en el apartado siguiente aclarando las funciones correspondientes, que para la autoridad autonómica determina como competencias, que le corresponden en exclusiva, la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada. Se exceptúan solamente las medidas que excedan el ámbito del territorio de la CA. En este caso habría que entender que la competencia sería de la ACd de Sanidad, ya que es la única restante con competencia en todo el territorio. Podría plantearse si en virtud de otras normas sectoriales sería posible que Interior o Transporte dictasen normas de este tipo, a pesar de no ser ACd.

Las competencias autonómicas consisten, según explicita posteriormente la norma y con fundamento en criterios sanitarios y epidemiológicos, la forma y el momento en que quedarán sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las provincias, islas o unidades territoriales. Es decir, que el ámbito territorial de la desescalada, dentro de su propio territorio, lo establece la comunidad autónoma. La pregunta que puede suscitarse es si la desescalada incluye no solamente la determinación del ámbito territorial en el que se produce, sino también las medidas que en su caso se mantienen en vigor. Esta última sería la respuesta adecuada.

El último apartado del precepto recupera las competencias a favor de las administraciones públicas competentes para ejercer las funciones que el RD 463/2020 establece.

El artículo que se puede modificar es el precepto que, bajo el título «colaboración» con las ACd, establecía una centralización en el Ministerio de Interior de las competencias sobre las FCSE, las policías autonómicas y las locales. Este desapoderamiento de Interior se entiende lógico, aunque el haber sometido a todos esos Cuerpos a sus órdenes directas no parece tener sentido. Tampoco se olvide que las CCAA con cuerpos policiales propios tampoco estaban sometidas a esas órdenes directas (art. 5.3 RD 463/2020).

El hecho de que las autoridades autonómicas sean AACCdd en la desescalada evidencia que lo podían haber sido también en la escalada, es decir en el establecimiento de las medidas.

### 3.3. Las competencias de las AACCdd

Anteriormente se ha tratado del campo material sobre el que se puede extender la acción de las denominadas AACCdd. Estas autoridades podrán actuar en las «áreas de responsabilidad» que les son propias, es decir que recaigan «en la competencia de alguno de los ministros» (art.4.2 RD 463/2020). Estas AACCdd podrán adoptar diferentes tipos de decisiones, todas ellas dentro o «en la esfera específica de su actuación» (art. 4.3 RD 463/2020). La determinación de las áreas citadas vendrá establecida en los RRDD de estructura del Departamento y en las específicas que en el RD 463/2020 se incluyan. Las áreas de responsabilidad que no recaigan en los Ministro de Defensa, Interior o Transportes recaerán en el Ministro de Sanidad (art. 4.3 RD 463/2020).

Estas competencias no afectan a la gestión ordinaria de los servicios, es decir, que las diferentes Administraciones conservarán las competencias que les otorga la legislación vigente para la «gestión ordinaria de sus servicios, pudiendo adoptar las medidas que estime necesarias», siempre en «el marco de las órdenes directas de la autoridad competente», a los exclusivos «efectos del estado de alarma» y respetando las previsiones de los arts. 4 y 5 RD 463/2020. Dos aspectos habrá que analizar por tanto, a saber: a) las previsiones de los arts. 4 y 5 RD 463/2020 y b) las órdenes directas de la AC a los efectos del estado de alarma.

### 3.3.1. Las previsiones de los arts. 4 y 5 RD 463/2020

El art. 4 RD 463/2020 establece la competencia de las AACCCdd para dictar las resoluciones necesarias, que garanticen la prestación de los servicios ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes o lugares, mediante la adopción de las medidas establecidas en la LO 4/1981, y en concreto:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto, los denominados productos de primera necesidad.

El art. 5 RD 463/2020 regula la forma de intervención de las FCSE, policías autonómicas y locales, la relación entre las anteriores y las CCAA con cuerpos propios de policía, la relación con las previsiones del Sistema Nacional de Protección Civil, las personas sujetas a la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, o el requerimiento para la intervención de las Fuerzas Armadas, cuestiones, en todas ellas, en la que la ADc es el ministro del Interior. La jefatura y mando superior corresponde, en esta relación entre las diferentes policías y los militares, al ministro del Interior, excepto cuando haya cuerpos policiales autonómicos (art. 5.6 RD 463/2020).

### 3.3.2. Las órdenes directas de la ACd a los efectos del estado de alarma

El RD 463/2020 establece las normas que van a regular el estado de alarma, empezando por la declaración, el ámbito territorial, la duración, las autoridades competentes, la colaboración con las autoridades competentes y la gestión ordinaria de los servicios (arts. 1 a 6 RD 463/2020). Después pasó a dictar normas sustantivas sobre limitación de la libertad de circulación de las personas (art. 7 RD 463/2020), las requisas temporales y prestaciones personales obligatorias (art. 8 RD 463/2020), medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (art. 11 RD 463/2020), medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud (art. 12 RD 463/2020), medidas dirigidas al aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (art. 13 RD 463/2020), tránsito aduanero (art. 16 RD 463/2020), garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural. (art. art. 17 RD

463/2020), operadores críticos de servicios esenciales (art. 18 RD 463/2020, y régimen sancionador (art. 20 RD 463/2020).

Las Disposiciones adicionales del Real Decreto completan la regulación con norma sobre personal extranjero acreditado de las misiones diplomáticas (primera), suspensión de plazos procesales y administrativos (segunda y tercera), de prescripción y caducidad (cuarta), condición de agente de la autoridad de los miembros de las FFAA (quinta), información al Congreso de los Diputados (sexta), procesos electorales (séptima). Las Disposiciones finales ratifican las medidas adoptadas por las autoridades competentes de las diferentes AAPP y habilitan intervenciones (primera y segunda).

### 3.4. Las resoluciones dictadas por las AACCdd: normas, resoluciones, medidas o criterios interpretativos

La respuesta jurídica a la pandemia se ha producido por los instrumentos ordinarios, ya que el funcionamiento ordinario de las Administraciones Públicas y el extraordinario, específico del estado de alarma, han actuado por vías paralelas. El Gobierno estatal ha abusado a lo largo de los años del Decreto ley, que ha dejado de ser una forma de legislar para situaciones de urgente necesidad<sup>27</sup>. Por esta razón no sorprende, normativamente hablando, que el Gobierno haya dictado numerosos RRDD leyes, unos veinte, regulando cuestiones diversas, donde destaca el régimen jurídico del empleo y de las actividades económicas. Cuando no ha sido necesario cumplir con el principio de reserva de ley, el Gobierno ha acudido a dictar RRDD u órdenes ministeriales por los responsables correspondientes. En algunas materias se ha producido el acuerdo entre Estado-CCAA, en la correspondiente Comisión sectorial, aunque la información sobre estas cuestiones es más bien escasa. El régimen del Decreto ley no se ha modificado con la declaración del estado de alarma, excepto en lo relativo a la regulación que el RD 463/2020 ha realizado<sup>28</sup>. El dictado de Decretos leyes es necesario y está justificado porque su contenido se prolonga en el tiempo más allá de la vigencia de las normas reguladoras del estado de alarma, por ejemplo, en materia laboral, piénsese en los denominados ERTES. De la misma forma se ha acudido al Decreto ley para finalizar el período de vigencia del estado de alarma y establecer el régimen jurídico que le va a suceder, ya que las consecuencias de la pandemia siguen manifestándose (Real Decreto ley 21/2020).

Las normas que se han dictado siguiendo el régimen jurídico de la pandemia así han sido identificadas en el BOE donde se han publicado. Se trata del principio de racionalidad del ordenamiento, según el cual las normas deben publicarse determinándose en su título cual es su nombre y cualidad, al objeto de determinar su naturaleza jurídica y el correspondiente régimen jurídico.

Los RRDD son el instrumento más característico del estado de alarma. Con el dictado del RD 463/2020 se declaró el estado de alarma. Este RD tiene una naturaleza jurídica específica, cubriendo el principio de reserva de ley, por lo que su contenido puede afectar a materias reservadas a la ley, reguladas o no en las correspondientes leyes orgánicas y ordinarias. El contenido del RD se analizará a continuación.

La descripción realizada anteriormente del RD 463/2020 debe completarse en este momento con una descripción sobre su funcionalidad jurídica. El RD tiene normas que vinculan directamente a personas y poderes públicos, y normas

<sup>27</sup> Véase el análisis realizado por Martín Rebollo (2016).

<sup>28</sup> Otra cuestión diferente es la posible contradicción entre un Decreto ley y el RD que declara el estado de alarma durante su vigencia.

habilitadoras, que permiten la intervención de los poderes públicos, en especial de las AACCCdd. La actividad de estas autoridades ha sido muy abundante, tal como el número de normas dictadas pone de manifiesto. A su vez, las normas dictadas resaltan las autoridades que merecían esa calificación y las que formaban parte del decorado, pero realmente con una funcionalidad muy limitada o sin ninguna.

El Ministro de Sanidad es el protagonista destacado en un estado de alarma provocado por motivos sanitarios. En esta función ha dictado 58 disposiciones, de las que 50 han sido órdenes ministeriales, 7 resoluciones y una denominada interpretativos. El ministro responsable de transportes ha dictado 30 disposiciones, 19 órdenes ministeriales y 11 resoluciones. El Ministro de Interior ha dictado 14 órdenes y el de defensa una única resolución. Las resoluciones sustantivas son las correspondientes a los dos primeros ministerios. Las de Interior lo son en tanto en cuanto afectan a las fronteras. Las relativas a la movilidad las establecen los Ministros de Sanidad y Transportes. La importancia de Interior lo es en tanto en cuanto las FCSE deberán aplicar las normas limitadoras de derechos que establecen los demás poderes, en tanto en cuanto sean las llamadas competencialmente para así hacerlo. El cierre de escuelas lo actuará la autoridad competente en educación. La limitación de la movilidad de la ciudadanía la controlarán las FCSE, las policías autonómicas y las locales. Las Fuerzas Armadas intervendrán solamente cuando sean requeridas por quien tenga competencia para ordenar la intervención. Su intervención es material, dirigida al cumplimiento de las normas dictadas con motivo de la pandemia, no pudiendo ser dictadas para otras finalidades, como ha sido el caso en algunos lugares. Durante la vigencia del estado de alarma las normas dictadas por las CCAA han sido más bien escasas, siendo más significativas las que se dictaron antes de la entrada en vigor del estado de alarma (Nogueira López, 2020).

### **3.5. Las relaciones internormativas: normas dictadas durante la pandemia y su relación con las normas ordinarias**

Las relaciones internormativas se pueden analizar en tres momentos de vigencia del estado de alarma. El primero analizaría las relaciones entre el RD declaratorio del estado de alarma y las normas que en esa materia y frente al covid19 habían dictado ya algunas Comunidades Autónomas. El segundo momento trataría de analizar la relación entre las normas dictadas en las diferentes prórrogas, teniendo en cuenta que el estado de alarma tiene una vigencia de 15 días, lo que afecta también a las resoluciones de las AACCCdd. La última relación de interés es la producida entre el final del estado de alarma y el RD Ley 21/2020, que establece el régimen jurídico a aplicar con posterioridad a las situaciones derivadas de la pandemia.

#### **3.5.1. Las normas autonómicas dictadas como respuesta a la pandemia antes de la declaración del estado de alarma y el efecto sobre las mismas del RD 463/2020**

El RD 463/2020 declaró el estado de alarma, no siendo la primera disposición que hacía frente a los requerimientos que presentaba la pandemia producida por el Covid19. Con anterioridad algunas CCAA habían reaccionado decretando horarios de apertura, cierres de actividades escolares o confinamientos de poblaciones. El RD entraba por tanto en un camino ya transitado por otras normas. La Disposición Final primera establecerá que todas las «disposiciones y medidas adoptadas previamente» por las autoridades competentes de las CCAA y de las entidades locales, con motivo del Covid19, «continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas», siempre que sean compatibles con lo previsto en el Real Decreto.

El precepto produce sorpresa y dudas sobre su utilidad y necesidad. Las disposiciones contenidas en el RD se aplicarán con preferencia a cualquier norma autonómica anterior, en especial si se trata de las normas autonómica o locales dictadas con motivo de la pandemia. Que las normas anteriores a la entrada en vigor del RD se mantengan a su vez en vigor es una consecuencia derivada de su condición de fuentes del derecho y del régimen jurídico que les acompaña. En este sentido la norma es innecesaria. Que las normas que no estén en contradicción con el RD se mantendrán en vigor, tampoco parece necesitado de aclaración. La entrada en vigor del estado de alarma produce la afectación del ordenamiento anterior como consecuencia de las normas concretas que se dicten, no por el hecho de declarar el estado de alarma en sí mismo. La declaración del estado de alarma afecta a las normas anteriores según su concreto contenido, sin que la declaración, por el hecho de realizarse, tenga efectos jurídicos. Quizá su mayor y mejor significado sea a efectos pedagógicos, dada la gran cantidad de normas dictadas y su frecuente modificación.

### 3.5.2. Las relaciones internormativas producidas durante la pandemia

El período de vigencia de la pandemia puede permitir la convivencia de diferentes normas, así el RD que lo declara y los posteriores que lo modifican. La relación entre el RD y su aprobación por el Congreso de los Diputados, que puede introducir modificaciones en el mismo. Estas normas a su vez pueden entrar en contraste con las normas dictadas por las AACCdd. Y, finalmente, todas estas normas pueden afectar al resto de normas del ordenamiento.

La relación entre el RD de aprobación del estado de alarma y la aprobación del Congreso significa que la intervención del Congreso puede modificar el RD, eliminando o añadiendo alguna determinación al mismo. Esa determinación tendrá efecto normalmente hacia delante, lo que no significa que pueda tener efectos retroactivos también. También tendrá efectos la modificación introducida en las normas dictadas por las AACCdd durante ese período anterior, produciendo efecto derogatorio. Las normas dictadas por las AACCdd tendrán una vigencia temporal, según el momento de su entrada en vigor. Si se trata de la relación entre disposiciones originadas en diferentes AACCdd, en ese caso sus relaciones se regirán por el principio de competencia. Cada disposición deberá corresponder con el ámbito competencial que el RD le ha habilitado a cada AACCdd. Tanto el RD de declaración, como los sucesivos de prórroga tienen un ámbito temporal de validez de 15 días, transcurrido el cual decaen. Lo mismo sucede con las normas que las AACCdd hayan dictado, a las que se aplicarán de la misma forma ese límite temporal de validez. Por esta razón, los RRDD de prórroga contienen un precepto donde se establece que las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones dictadas por las AACCdd previstas en el RD 463/2020, el que estableció el estado de alarma, se mantendrán en vigor, en tanto en cuanto no se opongan a lo dispuesto en otras posteriores, ni a lo establecido en el RD que incluye el precepto, en este caso sería el RD 555/2020, ni a lo que dispongan las AACCdd establecidas en este último RD.

El estado de alarma se establece por períodos de quince (15) días prorrogables, sin que exista límite al número de prórrogas. El último RD de prórroga establece una regulación que presenta ciertas dudas. En la misma se señala que la superación de las fases previstas en el Plan de desescalada, de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia del Covid19, y que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de abril de 2020, «determinará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias, islas o unidades territoriales» (Art. 5 RD 555/2020). Esta norma parece perseguir que transcurrido el período de prórroga, las normas de las

AACCdd sigan en vigor hasta que las fases previstas no se superen. Esto sería admitir que las normas dictadas en el período de la pandemia puedan tener efecto más allá del período legalmente establecido, lo que no sería conforme con la legalidad. Por esta razón se dicta el RD ley 21/2020, cuyo análisis se realiza a continuación.

### 3.5.3. Las normas dictadas durante la pandemia y el RD ley 21/2020 que establece el régimen jurídico de las situaciones sanitarias producibles como consecuencia de la pandemia

El fin del estado de alarma no quiere decir que se haya producido también el fin de la pandemia. Los efectos de la pandemia van a seguir produciéndose desde la perspectiva sanitaria, lo que requiere que el ordenamiento jurídico les dé una respuesta. El preámbulo del RD ley 21/2020 es expresivo de esta situación cuando dice que ante los riesgos que podrían producirse en caso de pérdida de vigencia automática de las disposiciones dictadas, deben adoptarse las medidas necesarias ante futuros nuevos brotes epidemiológicos y nuevas cadenas de transmisión no identificadas, que pudieran poner en peligro la integridad física y la salud de las personas, produciéndose una situación de estrés del sistema sanitario. Por esta razón señala el preámbulo que es necesario adoptar las medidas preventivas sanitarias necesarias ante esa situación.

Esta finalidad la quiere lograr el RD ley 21/2020, cuyo artículo primero señala que su objeto es establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente al Covid19, tanto a la crisis sanitaria que ha producido como a los posibles rebrotes, todo ello con la finalidad de superar la fase III del Plan para la Transición hacia una nueva normalidad. El RD ley se dicta también para «eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 y de sus prórrogas» (Art. 1 RD ley 21/2020). Más tarde, al dictar el ámbito de aplicación de la norma dice que el RD ley se aplicará hasta que no se declare la finalización de la situación de crisis sanitaria del COVID-19, así declarada por el Gobierno de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible (Art. 2.3 RD ley 21/2020). No queda claro sin embargo el régimen jurídico de las zonas o territorios que no hayan superado la fase III. Si se entiende que les resulta aplicable la normativa en vigor en el estado de alarma, se estaría prolongando ese régimen jurídico, cuya vigencia no depende de una «situación de hecho» sino de una «decisión del legislador». El estado de alarma finaliza *ex lege*, por lo que la fase de la epidemia en que se encuentre un territorio no tiene efecto alguno. En caso contrario sería aceptar la ampliación del tiempo de vigencia de las normas *contra legem*, porque el estado de alarma y las decisiones adoptadas en el mismo se aplicarían una vez que de acuerdo con la ley ha expirado su vigencia.

## 4. Covid19 y estado de las autonomías: una consideración final

Los comentarios a las normas dictadas sobre el Covid19 han sido abundantes en la prensa y escritos muchos de ellos por académicos. La rapidez del comentario y el escaso espacio hace que muchas de las afirmaciones realizadas deban ser consideradas con especial cautela. Son muy diversos los aspectos resaltados<sup>29</sup>, llamando la atención aquellos que afirman la imposibilidad de establecer el confinamiento declarando el estado de alarma. Esta opinión se ha manifestado algunas veces sin argumentario y de forma sorprendentemente firme. Dos son los argumentos especialmente utilizados. El primero la jurisprudencia del TC, que se entendería ya se ha pronunciado sobre la cuestión. Esta interpretación no se puede

<sup>29</sup> Los autores más destacados en estos comentarios de urgencia serían Barcello, Carrillo, Domenech, Presno Linera, Aragón Reyes, Arroyo, Nogueira, Alegre Ávila, Cruz Villalón, entre otros.

compartir, ya que el TC no se ha pronunciado nunca de esta manera. La STC 83/2016 no establece la prohibición de establecer en el estado de alarma el confinamiento de personas, en contra de lo indebidamente afirmado por la doctrina<sup>30</sup>.

El segundo argumento requiere interpretar el significado del término suspender frente a limitar. Habría que determinar si el confinamiento es una limitación o una suspensión del derecho. La limitación significaría mantener la funcionalidad del derecho en algunos aspectos al menos, de tal forma que lo hacen identificable. La suspensión significaría que el derecho no se puede ejercer como tal. La libertad deambulatoria se permite para algunas finalidades, por lo que el término suspensión no sería aplicable.

Las normas autonómicas prevén el confinamiento, no habiendo sido recurridas, lo que quiere decir que, como tal, el confinamiento no se entiende como suspensión del derecho<sup>31</sup>. Esta medida y otras muchas dictadas por el Gobierno e incluidas en el RD 463/2020 podían haber sido declaradas por las comunidades autónomas. Es más, a la luz del funcionamiento de la desescalada, la imposición de medidas limitativas podía haberse realizado con diferencias territoriales, ya que la pandemia no ha afectado de la misma forma a los diferentes territorios. La intervención del Gobierno podía haberse limitado a las regulaciones de movilidad que afectasen a todo el Estado, si fuera necesario. De la misma forma que en la RFA, la gestión de la pandemia podía haberse llevado con un planteamiento diferente, en que el Gobierno y las CCAA hubiesen asumido la aprobación de las directrices de funcionamiento, luego desarrolladas normativamente por las CCAA, utilizando los instrumentos que la legislación de sanidad y de protección civil les permiten. La intervención estatal podía haberse reducido a intervenir en las cuestiones que las CCAA no tienen competencias.

También podía haber recibido un tratamiento diferenciado alguna actividad especialmente sensible. De la misma forma que los servicios esenciales servían como llave para limitar el confinamiento, las residencias de personas mayores debían haber tenido un tratamiento específico, sectorial si se quiere llamar así, cosa que no se ha hecho. Ese tratamiento sectorial estaría en manos de las CCAA, que no han actuado

---

<sup>30</sup> Véase Alegre Ávila y Sánchez Lamelas (2020). En este trabajo los autores recogen como una expresión contenida en la STC 83/2016 la imposibilidad de que en el estado de alarma se puedan establecer confinamientos, señalando que en la meritada sentencia, en su FJ 8, se dice: «(...) lo que no comprende medidas de suspensión generales de tales derechos como el confinamiento y las restricciones generales». Este texto que los autores imputan a la sentencia no está en la misma, salvo error por mi parte. El FJ 8 in fine de la STC 83/2016 dice lo siguiente: «A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización. Previsiones, todas ellas, cuya entidad adquiere particular relevancia para el enjuiciamiento que ahora abordamos». Por otro lado, asume la misma interpretación que los autores citados Nogueira, cit.

<sup>31</sup> Propiamente serían limitaciones al derecho, tal como se entiende esta categoría en la abundante jurisprudencia constitucional en la materia, véase así STC 74/2019, STC 171/2013, STC 14/2013, STC 292/2000, entre otras. Sobre la idea de limitación, delimitación, contenido del derecho, véase Díez Picazo (2008, pp. 107 y ss.).

debidamente en este terreno, a pesar de ser las competentes. No se ha dado la respuesta específica que la situación exigía. La privatización del sector, la entrada de grandes propietarios, en especial los denominados fondos buitres, la escasez de personal, que en el momento de declararse la pandemia llevaban meses de huelgas y enfrentamientos por unas condiciones de trabajo dignas, la diferencia de tratamiento si se disponía o no de seguro privado de enfermedad, la falta de inspección de las Administraciones competentes en la gestión, son entre otras las causas del fatídico resultado de fallecimientos en las residencias.

La regulación constitucional del estado de alarma, junto con los de excepción y sitio, no es adecuada sistemáticamente. La respuesta frente a una pandemia no trata de atender a problemas político–sociales o a invasiones de carácter militar, sino a un problema sanitario. Su regulación debería estar diferenciada y con la previsión de instrumentos jurídicos específicos de intervención. Al utilizar el estado de alarma se ha militarizado la respuesta al Covid19, provocando un apartamiento de las CCAA de la gestión de la pandemia. Esta política encuentra el gran *handicap* de que la sanidad está en manos de las CCAA, siendo la intervención estatal actuable fundamentalmente estableciendo el marco de funcionamiento de esa sanidad o la sanidad intercomunitaria, pero no siendo realista pensar que el Gobierno podía en algún momento haber asumido la gestión directa de los hospitales. No lo ha hecho, desde luego, pero al no tener suficientemente en cuenta a quienes lo tenían que hacer, no ha respetado el principio de autonomía en la respuesta dada a la pandemia. Este hecho se ha acentuado y provocado la respuesta ciudadana, así cuando de forma indebida jurídicamente se ha utilizado la intervención de las Fuerzas Armadas. El papel que podía haberle correspondido a la UME resulta de sus propias normas reguladoras, sin necesidad de incluir al Ministerio de Defensa entre las AACCCdd<sup>32</sup>. La crítica a la forma de intervención del Gobierno no debe llevar a reclamar la centralización del ejercicio de las competencias en materia de sanidad o de gestión de residencias. Sería como primar la incompetencia en la gestión.

Antes de la declaración del estado de alarma se produjeron intervenciones de diversas CCAA limitando la movilidad, cerrando centros escolares u otras. Después todas estas medidas desaparecieron y quedó como único legislador de excepción el Gobierno del Estado. A su vez el momento militar–impositivo se impuso, innecesariamente, cuando la respuesta fundamental al reto está en la responsabilidad y solidaridad de la ciudadanía. No se está ante un enemigo que afrontar. Se está ante una pandemia a la que todas las personas deben responder con responsabilidad.

A pesar de acudir al instrumento del estado de alarma, su gestión podía haber tenido un marchamo autonómico, ya que nada impide que las AACCCdd pudieran ser las personas que presiden los gobiernos autonómicos o las responsables sectoriales, por ejemplo, las de sanidad. La intervención de las CCAA se produce en la desescalada por ser las competentes para adoptar las medidas previstas y en concreto las sanitarias.

Otras medidas, de alcance económico y de gran importancia, se han aprobado mediante Reales Decretos leyes, como legislación ordinaria no vinculada legalmente al estado de alarma, aunque sí fácticamente. El estado de alarma no es por tanto necesario para dictar normas que contengan la respuesta necesaria a la pandemia en el aspecto económico, tampoco desde la perspectiva de la rapidez, ya que los Decretos leyes permiten hacerlo tanto en el Estado como en la mayoría de las

<sup>32</sup> El presidente de la comunidad autónoma de Aragón declaró a la prensa que «si es necesario se solicitará la ayuda del ejército en Aragón» (*El Periódico*, 21.3.2020). En otros casos, como en Albalate de Cinca, su alcalde (PSOE) pidió ayuda a la Delegación del Gobierno en Aragón, que a su vez la solicitó al Ministerio de Defensa, quien envió unidades del ejército a la zona (*ABC*, 16.7.2020).

Comunidades Autónomas. La intervención del Gobierno estatal mediante Real Decreto ley le ha permitido dictar normas en aspectos que competencialmente no le correspondían. Ha sido una frase al uso decir que no es momento de autonomías, que hay que solucionar los problemas de la gente. El apego a la legalidad, en especial en el aspecto competencial, no es una característica de las intervenciones económicas de las autoridades estatales.

La utilización del estado de alarma ha sido un exceso. La medida más drástica, el confinamiento en las viviendas o en los hoteles, podía ser adoptado por las autoridades competentes en materia de sanidad. El fundamento legal serían la normativa sanitaria estatal y la autonómica correspondiente. El estado de alarma se ha adoptado con un acento impositivo, manifestándose también durante la pandemia el momento represivo en la aplicación de estas políticas, lo que se considera un error. El principio de autonomía también se ha desconocido, en la declaración del estado de alarma y en la gestión. Podía haberse planteado la existencia de ACd de ámbito autonómico, o la participación de las autoridades autonómicas en la gestión. El final del estado de alarma ha puesto de manifiesto la importancia de las autoridades autonómicas en la desescalada, aunque alguna resolución judicial incomprensible podría dificultarlo<sup>33</sup>. Las potestades autonómicas se derivarían de la normativa estatal y de la autonómica, debiendo tenerse en cuenta la normativa sanitaria y la de protección civil. Las CCAA deberán responder no a un final de la pandemia sino a una acomodación de la vida social a su existencia. La acomodación será más dulce que la tenida hasta la actualidad, además de más medida. La pandemia se manifiesta mediante dientes de sierra de afectación ciudadana, no siendo una línea continua. La respuesta de las CCAA hará a sus Gobiernos responsable ante sus parlamentos y su ciudadanía. La responsabilidad política ante la respuesta a la pandemia debe exigirse ante la ciudadanía y sus representantes. Si se llegara a un incumplimiento de máxima gravedad, la responsabilidad del Gobierno central deberá actuar mediante los procedimientos constitucionalmente establecidos<sup>34</sup>. Defender una centralización de competencias porque no se encuentra la solución a un problema en el ámbito autonómico, no es una respuesta adecuada. Una centralización, tal como algunas voces reclaman, sería para lo bueno y para lo malo. Se piensa que siempre es para lo bueno, que tendrá un resultado positivo, pero también puede suceder lo contrario. Alguna de las autoridades, severamente criticada por su gestión de la pandemia en el ámbito autonómico, podría ser la llamada a gestionar el Ministerio de Sanidad estatal<sup>35</sup>. En este caso la respuesta no sería la misma y la centralización parecería un desatino. La reflexión sobre la necesidad de centralizar políticas públicas no se puede hacer con mimbres tan precarios. La responsabilidad ante su ciudadanía de los

<sup>33</sup> Sentencia del Juzgado de Instrucción número uno de Lleida, de 12 de julio de 2020.

<sup>34</sup> Aprendido el camino de aplicación del art. 155 CE igual puede ser útil como 155 sanitario, aunque es muy razonable dudarle.

<sup>35</sup> La gestión de la pandemia en la Comunidad de Madrid ha sido puesta en cuestión por especialistas y numerosas asociaciones médicas por motivos diversos. La presidenta de la comunidad ha anunciado la construcción de un hospital de pandemias, que costará 50 millones de euros y estará dotado de 1000 camas. Esta misma Comunidad Autónoma ha cerrado en los últimos 20 años 2000 camas. En este período ha habido recortes de personal, de recursos materiales, peores condiciones laborales, cuando la atención frente al COVID19 se realiza desde la atención primaria. El hospital del Ifema ha sido criticado como infraestructura sanitaria. De los 472 centros geriátricos existentes en la CA de Madrid no se realizó ningún traslado a ese hospital (*Infolibre*, 10 de agosto de 2020). El 11 % de las personas ancianas en residencias fallecieron. De ellas a 4735/7291 no se les realizó test alguno (*diario.es*, 15 de julio de 2020). De 100.000 test disponibles solamente se utilizaron el 30%. Del anuncio de contratación de 1000 rastreadores se pasó a la privatización de esa gestión mediante la contratación del grupo QUIRÓN por una cantidad de 194.223 €, dos médicos y 20 auxiliares (*Infolibre*, 9 de setiembre de 2020). El 29% de los casos de contagio (63.870) se han producido en Madrid, al igual que el 33% de los fallecidos y fallecidas (26.070). Estas informaciones se han tomado de *El País*, de 7 de julio de 2020 y *Cadena Ser*, de 8 de mayo de 2020. La extensión y resultados de la pandemia puede deberse a motivos muy diversos, ciertamente, pero esto no puede llevar a cerrar los ojos ante la forma en que ha sido gestionada.

responsables autonómicos de la gestión de la pandemia es la forma más adecuada de entender el Estado de las Autonomías. Las fórmulas llamadas de gobernanza o co-gobernanza deben respetar también este principio y no servir para esconder las responsabilidades políticas que corresponden a cada Gobierno y Administración.

## Bibliografía

- Alegre Ávila, M. y Sánchez Lamelas, A. (16 marzo, 2020). Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual pandemia. *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*. Recuperado de: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.
- Ballbé Mallol, M. (1985). *Orden Público y militarismo*. Madrid, España: Alianza Universidad, AU.
- Barceló Rojas, D., Díaz Ricci, S., García Roca, J. y Guimaráes Teixeira, M. (2020). *COVID19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Barceló, R. (21 marzo, 2020). Javier Lambán: «Si es necesario se solicitará la ayuda del ejército en Aragón». *El Periódico de Aragón*. Recuperado de [https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/javier-lamban-si-es-necesario-solicitar-ayuda-ejercito-aragon\\_1414853.html](https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/javier-lamban-si-es-necesario-solicitar-ayuda-ejercito-aragon_1414853.html)
- Blanquer Criado, D. (2020). *COVID19 y Derecho Público (Durante el estado de alarma y más allá)*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Cruz Villalón, P. (1980). La protección extraordinaria del Estado. En A. Predieri y E. García de Enterría (coords.), *La constitución española de 1978. Comentario sistemático* (pp. 689-790). Madrid, España: Civitas.
- Diez Picazo, L.M. (2008). *Sistema de derechos fundamentales* (3ª ed.). Madrid, España: Civitas.
- Feld, L. y König, T. (11 mayo, 2020). Der Föderalismus wirkt. *Zeit Online*. Recuperado de <https://www.zeit.de/zustimmung?url=https%3A%2F%2Fwww.zeit.de%2Fpolitik%2Fdeutschland%2F2020-05%2Fcorona-krise-deutschland-foederalismus-lokale-schutzmassnahmen-lockerungen>
- Fuchs, M. y Hein, J. (11 mayo, 2020). La historia tiene patas largas: el combate a la «alemana» contra el COVID-19. *Agenda Europea*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/la-historia-tiene-patas-largas-el-combate-a-la-alemana-contra-la-covid-19/>
- Gonzalez Harbour, B. (1 mayo, 2020). Cinco fallos y cuatro aciertos del Gobierno en la comunicación de esta crisis. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/sociedad/2020-04-30/cinco-fallos-y-cuatro-aciertos-del-gobierno-en-la-comunicacion-de-esta-crisis.html>
- González, M. (3 abril, 2020). El Rey visita el cuartel general de la operación militar contra el coronavirus. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/espana/2020-04-03/el-ejercito-empieza-a-vigilar-la-frontera-con-francia-en-girona-y-navarra.html>
- González, Y. (10 agosto, 2020). El hospital de pandemias de Ayuso: ¿«operación de ladrillo y propaganda» o infraestructura necesaria? *Infolibre*. Recuperado de [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/23/ayuso\\_ante\\_hospital\\_pandemias\\_operacion\\_ladrillo\\_propaganda\\_nuevo\\_milagro\\_109762\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/23/ayuso_ante_hospital_pandemias_operacion_ladrillo_propaganda_nuevo_milagro_109762_1012.html)
- Juzgado de Instrucción número uno de Lleida. Sentencia de Autorización o ratificación medidas urgentes autoridades sanitarias, de 12 de julio de 2020.

- Korte, K-R. (4 mayo, 2020). Das ist Wettbewerbsföderalismus. *Dlf Audiothek*. Recuperado de [https://www.deutschlandfunk.de/politologe-zu-corona-lockerungen-das-ist.694.de.html?dram:article\\_id=475989](https://www.deutschlandfunk.de/politologe-zu-corona-lockerungen-das-ist.694.de.html?dram:article_id=475989)
- Lasagabaster Herrarte, I. (1987). Sobre las leyes orgánicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17, pp. 53-72.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2004). La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de Medidas para la modernización del Gobierno local, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68, pp. 155-178.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2007). *Fuentes del Derecho*. Bilbao, España: Lete.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2018). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Madrid, España: Marcial Pons.
- Leue, V. (19 abril, 2020). Föderale Flexibilität in der Krise. *Dlf Audiothek*.
- Martín Rebollo, L. (2016). Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico). En J. Baño León (coord.). *Memorial para la defensa del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado (vol. I)* (pp. 665-734). Madrid, España: CEPC.
- Mazziotti, M. (1961). *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Muñoz, M. (8 mayo, 2020). Los datos tumban la gestión de Díaz Ayuso en la pandemia del coronavirus. *Cadena Ser*. Recuperado de [https://cadenaser.com/programa/2020/05/08/hoy\\_por\\_hoy/1588918189\\_504278.html](https://cadenaser.com/programa/2020/05/08/hoy_por_hoy/1588918189_504278.html)
- Nogueira, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción. *El Cronista del Estado social*, 86-87, pp. 22-31.
- Panzer, F. (1972). L'esecuzione dei trattati riguardanti materia attribuite alla legislazione regionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, pp. 262-ss.
- Pérez, R. (16 julio, 2020). El Gobierno manda al Ejército para atajar un brote de Covid entre Huesca y Lérida. *ABC*. Recuperado de: [https://www.abc.es/espana/aragon/abci-gobierno-recurre-ejercito-huesca-para-atajar-brote-covid-limite-lerida-202007151944\\_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com](https://www.abc.es/espana/aragon/abci-gobierno-recurre-ejercito-huesca-para-atajar-brote-covid-limite-lerida-202007151944_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com)
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 137/1986 de 6 de noviembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 14/2013 de 31 de enero.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 171/2013 de 7 de octubre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 292/2000 de 30 de noviembre.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 74/2019 de 22 de mayo.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 83/2016 de 28 de abril.
- Velasco Caballero, F. (2020). Estado de alarma y distribución territorial del poder. *El cronista del Estado social*, 86-87, pp. 78-88.
- Viver i Pi-Sunyer, C. (1989). *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Barcelona, España: Ariel.

# El coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del diálogo constitucional

## The coronavirus as test of resistance to European integration: limits of constitutional dialogue

Serafin Pazos-Vidal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Dirección de la Oficina de Bruselas, Convención de Autoridades Locales Escocesas.

ORCID ID 0000-0002-3878-6008

[serafin@cosla.gov.uk](mailto:serafin@cosla.gov.uk)

### Cita recomendada:

Pazos-Vidal, S. (2020). El coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del dialogo constitucional. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 154-183.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5707>

Recibido / received: 17/07/2020  
Aceptado / accepted: 18/08/2020

### Resumen

Este artículo trata de ofrecer un análisis de la respuesta de la Unión Europea a la crisis del coronavirus, en particular en lo relativo a las relaciones multinivel con los Estados miembros. Se examina fundamentalmente la respuesta sobre todo financiera de la crisis y la lectura política y jurídica de la misma. El coronavirus se concibe como acelerador del proceso de integración. Se consideran la eventual necesidad de expansión de competencias y el rendimiento de las instituciones. Se examina el plan de recuperación *Next Generation EU* y en concreto las reformas estructurales post COVID-19. Finalmente se examina la vigencia del constitucionalismo multinivel en los tiempos de coronavirus al calor de la sentencia *Weiss* del tribunal constitucional alemán.

### Palabras clave

Constitucionalismo multinivel, Coronavirus, Reformas Estructurales, Tribunal de Justicia, Unión Europea.

### Abstract

*This article aims to provide an analysis of the European Union's response to the coronavirus crisis, particularly in relation to multilevel relations with Member States. The mainly financial response to the crisis and the political and legal readings of it are examined. The Coronavirus is conceived as an accelerator of the integration process. The possible need for expansion of competencies and the performance of institutions are considered. The Next Generation EU*



*recovery plan is examined and specifically the post-COVID-19 structural reforms. Finally, the validity of multilevel constitutionalism in the times of coronavirus is examined under the Weiss judgment of the German constitutional court.*

### **Keywords**

*Multilevel constitutionalism, Coronavirus, Structural Reforms, Court of Justice, European Union.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El Coronavirus como acelerador de la historia. 3. Expansión de competencias y rendimiento institucional. 4. El Plan de Recuperación. 5. Reformas estructurales post COVID-19. 6. Constitucionalismo multinivel y coronavirus. La sentencia Weiss del constitucional alemán. 6.1. La vigencia del constitucionalismo multinivel. 6.2. Alternativas. 7. Conclusión

## **1. Introducción**

Dada la naturaleza interdisciplinar de esta revista, nos proponemos examinar la siguiente cuestión: ¿es la UE aún capaz de sobreponerse y reforzarse ante un choque imprevisto y sistémico? No cabe duda de que la crisis del Coronavirus que estalló a principios de 2020 lo es, por lo que analizaremos la respuesta política, de políticas públicas y financiera culminando en el acuerdo para el llamado Fondo de Recuperación. Examinaremos también la respuesta y rendimiento institucional y sus consecuencias a futuro en términos de reformas estructurales.

Pero esta última crisis sanitaria se yuxtapone a los ecos que aún resuenan de la crisis financiera de 2008. La casualidad quiso que las disensiones dentro de la UE por la respuesta al coronavirus coincidiesen con un no menor disenso entre el Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la UE, y que estallarían con virulencia en el asunto *Weiss*. Sentencia que evidencia un problema estructural de desconfianza mutua entre órganos jurisdiccionales, de dudas mutuas de legitimidad entre el nivel nacional y el comunitario que conlleva no sólo la puesta en duda de la capacidad del Banco Central Europeo de dar una respuesta a la anterior crisis y por extensión a la nueva crisis generada por el Coronavirus sino también, del propio principio de primacía del Derecho de la UE.

Examinando estas dos cuestiones intentaremos responder al final a la cuestión de si el entramado político, económico y jurisdiccional de la UE es capaz de responder y reforzarse a las crisis como tradicionalmente se ha atribuido al proceso de integración europea<sup>1</sup>.

## **2. El Coronavirus como acelerador de la historia**

Las epidemias revelan las debilidades de una sociedad. Son tests de resistencia de la cohesión de las comunidades humanas. Marzo de 2020 fue un acelerador de la historia de la Unión Europea (UE). Las contradicciones internas de su integración fueron más que evidentes. La reacción fue instintivamente nacional y nacionalizadora, con cierres fronterizos, incluso sin notificar a la Comisión Europea como es preceptivo en el Espacio Schengen, y por una lucha autárquica de los Estados miembros por los

<sup>1</sup> Para un interesante análisis de hasta que punto las crisis demuestran este axioma vid. Schimmelfennig (2018).

recursos sanitarios. El papel preventivo del Centro Europeo para el Control de Enfermedades fue, por admisión propia, tan discreto como el de sus contrapartes estatales (Herszerhorn y Wheaton, 2020).

Al comienzo de la crisis, la Comisión von der Leyen todavía estaba tratando de avanzar en sus compromisos a realizar en sus primeros cien días (Von der Leyen, 2019), a saber, el Pacto Verde, el mecanismo de Transición Justa y la nueva «Ley» del Clima (en realidad, un Reglamento), así como el enfoque a África, nuevas medidas sobre la economía digital y el mandato para la negociación de la nueva relación con el Reino Unido, entre otros. Anticipó dedicar 232 millones de euros a la crisis del coronavirus (Comisión Europea, 2020, 6 de marzo).

A pesar de las críticas a la baja reactividad de las instituciones comunitarias, no sólo se tomaron muchísimas y a menudo drásticas medidas en unas semanas sino que, sobre todo en el aspecto financiero se sobrepasaron, en unas intensas semanas, debates fosilizados durante décadas, lo que demuestra una vez más la noción de que la UE sí se crece con las crisis y resultando en nuevos instrumentos a nivel de la UE, en la línea del paradigma neofuncionalista y el *spillover effect* (Haas, 1968, p.187).

Por parte de la Comisión se propuso el cierre de la frontera exterior de la UE (Valero y Michalopoulos, 2020) y comenzar a coordinar los cierres de fronteras internas y en tráfico de mercancías, la contratación pública coordinada de la suspensión de las normas sobre ayudas de Estado (ECOFIN, 2020). La relajación de las normas de los Fondos Estructurales (la principal política de inversión de la UE y la mayor de su tipo en el mundo) para acelerar el gasto en equipamiento sanitario (aprobada por el Parlamento y el Consejo en el espacio récord de una semana) y la propuesta de suspender las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (luego acordado por los ministros de finanzas en el Consejo ECOFIN) se adoptaron rápidamente porque son competencias exclusivas de la UE y en las que la Comisión goza de un amplio margen (Comisión Europea, 2020, 2 de abril). Por otro lado, los paquetes de rescate de los Estados miembros ya excedían los límites de las normas europeas, por lo que, en parte, la Comisión solo evitó poner puertas al campo.

Si la crisis de 2008 evolucionó rápidamente de una crisis bancaria a una crisis de deuda, la del coronavirus pronto se transformó de una crisis de salud a una crisis financiera. Sin embargo, al margen de los comentarios estereotipados, como el agrio intercambio entre el ministro neerlandés Hoekstra y la reacción del Primer Ministro portugués Costa (Kahn, 2020), las reacciones entre protestantes «frugales», que exigen estrictas condicionalidades para otorgar créditos a la inversión, y católicos emocionales, contrarios a cualquier condicionalidad y demandantes de transferencias para gasto corriente (pensiones, sanidad, desempleo) a fondo perdido, ya fueron patentes durante la Gran Recesión y la crisis de la Eurozona. La reacción de ECOFIN inicialmente fue muy similar a la crisis anterior: apoyar la movilización de compra de deuda por Banco Central Europeo, activar el Mecanismo Europeo de Estabilidad (el MEDE, creado en la crisis anterior) con créditos por valor de 500.000 millones, además de las nuevas líneas de crédito del Banco Europeo de Inversiones (Otero Iglesias, 2020).

Los estados del sur, a saber, Italia y España, retomaron su demanda tradicional de la emisión conjunta de deuda pública (eurobonos, bautizados como *coronabonos* para la ocasión) y transferencias directas de fondos, dado que sus finanzas aún no se habían recuperado de la crisis anterior, con una deuda superior al 100% del PIB respectivo (Conte, 2020). También fue una oportunidad política para reajustar el equilibrio de poder en la zona euro sobre la base del establecimiento de la «unión de transferencias» de norte a sur, tan temida por los países que se

beneficiaron de la eliminación del tipo de cambio desfavorable para la exportación de sus productos y que pudieron exportar su exceso de crédito a países periféricos (Gobierno de España, 2020). Estos países evaluaron como insuficiente la propuesta, elaborada por la Comisión a las carreras, del Instrumento de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en Emergencias (SURE) que no es un mecanismo de reaseguro europeo (en línea con lo promovido por el Pilar Social de la UE), sino un fondo que, utilizando el presupuesto de la UE como garantía, obtendría fondos en los mercados financieros de 100 mil millones para proporcionar préstamos a los Estados miembros que necesitasen recursos para subsidiar los salarios temporalmente: el modelo *Kurzarbeit* utilizado por Alemania en la crisis anterior (Comisión Europea, 2020).

En este estado de cosas, el fallo del Tribunal Constitucional Alemán en el asunto *Weiss* y otros<sup>2</sup>, aunque referido en realidad a la expansión *de facto* del rol del Banco Central Europeo (BCE) desde la anterior crisis, supuso, con su desafío a la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y a la posibilidad de utilizar el BCE para combatir el impacto económico del coronavirus, un auténtico terremoto político y jurídico que paradójicamente impulsó al eje francoalemán a acordar una declaración conjunta para un ambicioso plan de recuperación, financiado en los mercados financieros y por tanto una forma indirecta de mutualización de la deuda, de 500.000 millones de euros (Gobierno alemán, 2020), posteriormente ampliado a 750.000 y formalmente propuesto por la Comisión Europea (2020) el 27 de mayo como *Next Generation EU*. Se propuso (y el Consejo Europeo extraordinario de Julio 17-20 de julio aprobó, a falta del concurso del colegislador, el Parlamento Europeo), un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia<sup>3</sup> dotado inicialmente en 560.000 millones, de lejos el programa de inversión más grande de la historia de la UE. Al mismo tiempo, tras la coordinación en la respuesta sanitaria, de compras conjuntas, controles fronterizos, se llegó a la progresiva puesta en marcha de un plan de desescalada (Comisión Europea-Consejo, 2020) a partir del 8 de abril con un parcial retorno a la normalidad a partir del 15 de junio con la reapertura de las fronteras interiores.

Estos son, de forma resumida, los principales acontecimientos y respuestas de la UE a la crisis del coronavirus. Aunque dista de estar resuelta, es posible examinar críticamente todo lo anterior, de lo que se ocupará esta primera mitad del artículo.

### 3. Expansión de competencias y rendimiento institucional

Al calor de esta crisis se ha discutido sobre la necesidad de aumentar las competencias de la UE en los ámbitos más afectados por la emergencia, como la libertad de circulación, el espacio Schengen y sobre todo en materia sanitaria (Palermo, 2020; Lannoo, 2020). La Comisión sin duda apunta a esto en su citada propuesta de estrategia de salida. En este sentido es preciso contrastar esta aspiración con la praxis institucional de la UE tal como existe realmente.

La respuesta de la UE se puede agrupar en tres grandes áreas: salud pública, libertades fundamentales y gestión de fronteras, y por otro lado, cuestiones económicas y monetarias.

<sup>2</sup> Sentencia 2 BvR 859/15 de 5 de mayo de 2020.

<sup>3</sup> Proposal for a Regulation establishing a Recovery and Resilience Facility. 28 de mayo. COM(2020)408 final

En salud pública el art. 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece la competencia de los Estados miembros (EE.MM.) en todas las cuestiones relacionadas con la salud pública, como sistemas nacionales de salud y atención médica, prevención de riesgos para la salud, lucha contra enfermedades. Sí existe una competencia compartida con la UE en lo relativo a la sanidad animal y vegetal (art. 43 y 168.4.b TFUE) y además, según el art. 6 del TFUE puede establecerse la coordinación entre Estados miembros y Comisión, excluyendo cualquier armonización de las leyes y reglamentos de los EE.MM.

En base a la Decisión 1082/2013/UE, se establece la posibilidad de colaboración por graves amenazas transfronterizas para la salud, como preparación y planificación de la respuesta (art. 4) sistema de alerta y respuesta temprana y respuesta (art. 8), contratación pública conjunta de contramedidas médicas (art. 5). En el caso del coronavirus este marco ha servido para intensificar las reuniones del Comité de Seguridad Alimentaria, del Centro de Coordinación de Respuestas de Emergencia, creación de un órgano asesor del Coronavirus con expertos de siete estados miembros y la adquisición conjunta de equipos médicos, con cuatro licitaciones desde finales de febrero, la ampliación del programa *rescEU* para el almacenamiento de reservas estratégicas de equipos médicos (por ejemplo, ventiladores, máscaras de protección), restricciones a la exportación de equipos médicos y apoyo a la investigación incluido la colaboración internacional (Comisión Europea, 2020, 10 de marzo).

El art. 45 TFUE garantiza la libre circulación de trabajadores en los términos de la Directiva 2004/37/CE (Directiva de libre circulación), cuyos art. 27 y 29 permiten excepciones al art. 45.3 TFUE por razones de salud pública a los EE.MM. El Reglamento (UE) 2016/399 sobre gestión de fronteras y el Código de fronteras Schengen (en inglés, SBC) cuya base jurídica es el art. 77.2 TFUE y donde se establece la competencia compartida en el art. 4.2.j del TFUE se utilizó durante la crisis para el control de las fronteras internas (artículos 25 y ss. del SBC) y la frontera exterior de la UE art. 14. 1 y 14.2 TUE en conjunción con el art. 2.6 del SBC.

Todo ello ha permitido a partir del 13 de marzo la gestión de las fronteras internas tras el caos de comienzos de marzo, el establecimiento de corredores verdes para mercancías y transporte de personas y bienes prioritarios como medicinas (Comisión Europea, 2020). Como dijimos anteriormente, la primera gran medida de la Comisión que fue proponer el cierre de la frontera exterior de la UE, además de la repatriación de pasajeros de cruceros y otros turistas europeos varados, la suspensión de la regulación de los slots aeroportuarios (para evitar que las aerolíneas perdiesen sus derechos aeroportuarios si no volaban<sup>4</sup>) el transporte de residuos dentro de la UE, etc.

Finalmente, en lo relativo a las cuestiones económicas y monetarias la Comisión Europea (2020), también el 13 de marzo haciendo uso de sus amplias competencias en el ámbito de las ayudas de estado (art. 107 y 108 TFEU) estableció el 20 de marzo un marco temporal y extremadamente generoso de ayudas de estado para combatir los efectos del coronavirus (Comisión Europea, 2020) y modificado repetidamente para abarcar más sectores. Las peticiones de los Estados miembros fueron aprobadas en cuestión de días u horas por la Comisión. También haciendo uso de su prerrogativa propuso la suspensión (cláusula de escape) de las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento sobre déficits públicos (rápidamente confirmada por el ECOFIN, aunque en este caso se puede decir que la Comisión simplemente

---

<sup>4</sup> Proposal for a Regulation amending Regulation (EEC) No 95/93 on common rules for the allocation of slots at Community airports Brussels, 13 de mayo 2020 COM (2020) 111 final.

dio cobertura legal al proceder en curso de los EM.MM.) todo ello al estimar la Comisión que esta crisis entra plenamente la definición de circunstancias excepcionales establecida en el artículo 122 TFEU (Comisión Europea, 2020)<sup>5</sup>.

En el mismo sentido, pero lo relativo a los fondos europeos, la Comisión flexibilizó las condiciones de gasto de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, enmendando los reglamentos de dichos fondos (Reglamento (UE) 1303/2013 de 17 de diciembre de 2013) con los llamados paquetes CRII<sup>6</sup> y CRII+ (*Coronavirus Response Investment Initiative*) para movilizar 37.000 millones de euros ya programados para 2014-2020, rápidamente aceptados por Parlamento y Consejo. Si bien el CRII elimina la obligatoriedad de cofinanciación nacional de los fondos de la UE, una de las razones detrás del retraso de su gasto, (a mediados de 2020 de casi la mitad de todos los fondos programados para el periodo 2014-2020 no se han ejecutado)<sup>7</sup>, aún está por ver el alcance práctico de esta medida habida cuenta que exige modificación de los Programas Operativos regionales o nacionales<sup>8</sup>.

A todo ello, hay que sumar, como se discute en la próxima sección, aquellas propuestas que en virtud del art. 312 TFUE ha hecho la Comisión al legislador comunitaria: el fondo SURE (100.000 millones) y en *Next Generation EU* (750.000 millones). En ambos casos estos recursos extraordinarios procederían de los mercados financieros, pero serían resonados vía el presupuesto europeo. Por eso la Comisión también propuso una revisión de su propuesta del Marco Financiero Plurianual 2021-2027 por otros 1.1 billones de euros. De menor entidad y centrado en las lecciones más directas de la respuesta al coronavirus el 27 de mayo la Comisión propuso un nuevo programa sanitario, *EU4Health*, con un presupuesto de 9.400 millones de euros, un refuerzo de 2.000 millones de euros para *rescEU*, el Mecanismo de Protección Civil de la Unión, que se ampliará y se reforzará con objeto de habilitar a la Unión para prepararse frente a las crisis futuras y darles respuesta (Comisión Europea, 2020).

Finalmente, por parte de las instrucciones financieras de la UE, el MEDE ha establecido una y controvertida –en los EE.MM. del sur– línea de crédito especial de 240.000 millones, otra del Banco Europeo de Inversiones (BEI, 2020) por 25.000 millones de garantías para empresas, potencialmente hasta 200.000, y como vemos en detalle más abajo, el BCE procedió la expansión de la ya dilatada y polémica serie de programa de compras de deuda creando el Programa de compra de emergencia pandémica temporal (*Temporary Pandemic Emergency Purchase Programme* o PEPP, con hasta 750.000 millones), ampliado sólo un mes después a 1.350 billones de euros (BCE, 2020).

Toda esta actividad se puso en marcha en muy poco tiempo, rompiendo no pocos tabúes, sobre todo en el aspecto financiero. Un gran reto para una organización multinivel y con limitadas competencias en algunos aspectos de la respuesta a una crisis sanitaria (Bénassy-Quéré y Weder di Mauro, 2020).

Como afirma el estudio del Parlamento Europeo (Bassot, 2020) sobre cómo incrementar el potencial del Tratado de Lisboa, precisamente en el contexto de la

<sup>5</sup> Nota de prensa 13 de marzo.

<sup>6</sup> Propuesta de Reglamento Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus Bruselas, 13 de mayo de 2020 COM (2020) 113 final.

<sup>7</sup> Datos obtenidos de RegioOpendata.

<sup>8</sup> A 30 de Julio de 2020, 97 Programas Operativos de los 997 existentes para el período 2014-2020 estaban siendo enmendados con las nuevas disposiciones para acelerar el gasto. Supone un 10% del total, en los primeros tres meses, una tasa bastante respetable en el mundo de los fondos europeos. (Fuente: consulta del autor a Comisión Europea).

crisis del coronavirus, se evidencia que existen muchas provisiones que no se han utilizado plenamente y en muchos casos, en vez de más legislación es necesario aplicar la que ya existe, incrementar la capacidad administrativa y recursos tanto a nivel de la UE como a nivel doméstico. Esto incluye la lucha contra la corrupción, por lo que sugiere, la creación de un Cuerpo o fuerza Antifraude Europeo que complemente a la Oficina Anti-Fraude (OLAF) y la Fiscalía Europea el Fiscal ya creada al amparo del Artículo 86 del TFUE. En casos puntuales sería útil hacer cambios procedimentales por el medio de usar la cláusula pasarela del art. 48.7 TUE para pasar a tomar decisiones en mayoría cualificada y codecisión (lo que Lisboa formalmente llama Procedimiento Legislativo Ordinario) donde aún rija la unanimidad<sup>9</sup>.

Se podría, con todo, exigir una reforma de los Tratados para ampliar la competencia de la UE en aspectos de salud pública. Ahora bien, por analogía, esto sería trasladar al nivel de la UE la misma dialéctica que hemos vivido en los denominados estados complejos con regionalización de la atención sanitaria o de la protección civil. Esta crisis ha sido en efecto una prueba para la cooperación intergubernamental en estados federales o regionalizados, al igual que lo ha sido para la resiliencia de la colaboración multinivel en la UE. Los datos comparados hasta el momento (OCDE, 2020) no ofrecen evidencias concluyentes de las ventajas de un enfoque centralizado respecto a uno descentralizado y se constatan con grandes diferencias entre los propios modelos regionalizados. La variable institucional o competencial no se antoja que, como variable dependiente, en comparación con otros factores como la cultura política, el sistema de partidos y la disponibilidad de recursos logísticos y financieros. Éstos pueden explicar la relativa eficacia de la colaboración multinivel en la respuesta al COVID-19 en Alemania (Milbradt, 2020) o Bélgica (Popelier, 2020) comparado con las tensiones centralizadoras e interterritoriales en países como Italia (Koessler, 2020) o España (Kölling, 2020; Pazos-Vidal, 2020). Haciendo analogía con el nivel europeo, no parece que un mayor traspaso de competencias a la UE, vista la poca autoridad que fueron capaces de ejercer las instituciones de la UE respecto a los EE.MM.<sup>10</sup>, al menos en un primer momento, no parece lo más razonable.

Un último factor y habitualmente olvidado a la hora de considerar la ampliación de competencias a la UE es la del desempeño institucional de la Comisión. Se la tiende a tratar como una «caja negra» (Kassim et al., 2013). La Comisión, como el resto de las instituciones europeas, es más efectiva y tiene menos resistencias cuando puede confiar en la legitimidad tecnocrática, pero tiene también grandes limitaciones.

Por un lado, las decisiones de la Comisaria Vestager en materia de Competencia, por ejemplo, respecto a la tributación de las multinacionales estadounidenses, así como las propuestas de esta y otros Comisarios sobre protección de datos, inteligencia artificial o protección del medio ambiente, otorgan a la Comisión un poder comparable al de los otros poderes reguladores más importantes del mundo (Bassot y Hiller, 2019).

<sup>9</sup> El Parlamento también solicitó simultáneamente otro estudio a Fabbrini (2020) que se pronuncia en un sentido opuesto demandando que la Conferencia para el futuro de Europa proponga más competencias comunitarias en el ámbito de la salud.

<sup>10</sup> El hecho, extremadamente inusual, que la estrategia de recuperación y el plan de desescalada de la UE hayan sido propuestas conjuntamente por el Presidente del Consejo Michel y la Presidenta Von der Leyen de la Comisión, independiente de una sintonía personal dada su cultura política consensual «renana», por usar la categoría de Loughlin y Peters (1997), es en realidad un muestra de su relativa debilidad en el contexto institucional europeo.

Por otro lado, este poder tiene dos limitaciones principales. Primero, la Comisión tiene enormes dificultades por falta de medios y también por su *ethos* institucional de involucrarse en la implementación de las políticas de la UE sobre el terreno. En política medioambiental opta por aumentar regularmente los objetivos de reducción de emisiones o residuos sin haber cumplido los ya aprobados pero no se atreve a exigir poderes de intervención directa para la Agencia Europea del Medio Ambiente<sup>11</sup>. Las reformas estructurales (el denominado semestre europeo) y fondos europeos (Bacther y Méndez, 2007), o ayudas de estado —en las que este último el paquete legislativo ha optado por aligerar los controles (Comisión Europea, 2016, pp. 41-44)—, son casos notables en los que la Comisión ni siquiera hace pleno uso de sus amplias capacidades sancionadoras. Por poner un ejemplo, para supervisar la aplicación de la legislación de la contratación pública en España, cuarta economía de la UE, la DG GROW de la Comisión emplea a un sólo funcionario a tiempo completo<sup>12</sup>.

Segundo, la Comisión se resiente de cierto déficit de legitimidad y capacidad institucional: gran parte de la agenda «Legislar Mejor» busca aligerar la carga regulatoria para expandir la legitimidad de las instituciones (Pazos-Vidal, 2019). En segundo lugar, las reformas Kinnock de 2004 introdujeron la Nueva Gestión Pública (perfil generalista, enfoque economicista anglosajón) en una administración burocrático-weberiana, legalista, especializada y tecnocrática a la francesa (Pollit y Bouckaert, 2017). Ambas culturas conviven ahora incómodamente en el seno de la Comisión. Por último, la vocación de la Comisión de ser *a more political Commission*, en palabras del presidente Juncker, supone tensión con la otra dimensión de la Comisión que es la reguladora (Borchardt, 2016). Esto puede llevar, como ya advirtió el entonces ministro de finanzas germano Wolfgang Schedule, a que eventualmente se deban separar las funciones políticas y supervisoras de la Comisión en dos instituciones separadas (Vasagar, *et al.*, 2015).

En definitiva, si bien puede haber la necesidad de ampliar las competencias formales de la UE, a mayores de utilizar mucho mejor las que ya existen, cualquier aumento de las potestades de la Comisión debe acarrear un análisis paralelo de su propia capacidad de ser capaz de gestionarlas en comparación con el statu quo. Por todo ello, la ecuación «más Europa» como sinónimo de «más Comisión Europea» tal como esta existe en el presente es apresurada en las condiciones actuales.

#### 4. El Plan de Recuperación

Aunque para la opinión pública la respuesta económica al coronavirus, el plan de recuperación (*Next Generation EU*)<sup>13</sup> se tiñó de discusiones estereotipadas «Norte-Sur», en realidad esta discusión se enmarca en una más amplia que es la del presupuesto plurianual 2021-2027.

Pre COVID, el tenso e inconcluso Consejo Europeo de 20-21 febrero de 2020 (Pazos-Vidal, 2020) reprodujo a escala exactamente las mismas dinámicas observadas luego en la génesis del plan de recuperación. Entonces la intención de los EE.MM. contribuyentes netos era rebajar el presupuesto de la UE lo más cerca posible del 1% de la Renta Nacional Bruta. Hay que tener en cuenta que el presupuesto de la UE con 150.000 al año es equivalente al de Austria, pero que representa el 2% del presupuesto de los 27 EE.MM., cincuenta veces menos que el

<sup>11</sup> Aunque autores Börzel y Buzogány (2019), aun reconociendo estos problemas, son más optimistas, vista la expansión de la legislación y de Estados Miembros en los últimos veinticinco años.

<sup>12</sup> Datos obtenidos de la base de datos EUWhoisWho y consulta personal del autor el 30 de agosto de 2020.

<sup>13</sup> Durante su gestación se le llegó a llamar Plan Marshall, Plan de Gasperi, Plan Von der Leyen e incluso Plan Calviño.

gasto público total en la UE (Comisión Europea, 2017). En virtud del art. 312.2 TFUE, rige la regla de la unanimidad (previa votación en el Parlamento sin poder enmendar la propuesta). Los EE.MM. han acordado que el límite máximo del presupuesto (obligado al déficit cero, art. 310 TFUE) será del 1,26% anual del PIB de la UE –que no se cumple ya que el presupuesto es del 1,11%– (Rubio, 2018).

También la mayoría, más de las tres cuartas partes de los ingresos, proceden de los presupuestos nacionales. Sólo los aranceles externos y parte del IVA constituyen los llamados «Recursos Propios». Ello a pesar de las repetidas propuestas de la Comisión de proporcionar un mecanismo de recursos propios (impuestos al mercado del carbono, transacciones financieras, impuesto de sociedades europeo), propuesto por el Informe Monti (2016). El establecimiento de impuestos europeos es una fuente alternativa de poder fuera del control directo de los gobiernos estatales y que pese a la retirada del Reino Unido (12.000 millones netos anuales menos de ingresos) obliga a mantener «cheques» para otros contribuyentes netos (Dobrevá, 2018).

Es por todo ello que llegada la crisis del coronavirus la discusión ha sido fundamentalmente estatocéntrica, oponiendo a los estados «frugales», también llamados la «nueva Liga Hanseática», más visibles al no poder contar ya con la cobertura del Reino Unido (Henig, 2019) a España, Italia y, parcialmente, Francia si bien que hasta la cumbre de febrero los frugales estaban en realidad enfrentados a los «Amigos de la Cohesión», liderados por Portugal (Drachenberg, 2020).

La crisis del coronavirus aceleró la historia de la integración europea pero también exacerbó posturas. En sólo dos meses y dada la gravedad de la situación, Alemania suspendió su regla constitucional de déficit cero (*Schwartzte Null*) y se comprometió a destinar más recursos al presupuesto europeo (Dermine y Markakis, 2020). Pero, sobre todo, la Comisión Von der Leyen, junto con el Presidente del Consejo Europeo Charles Michel, pusieron el 21 de abril sobre la mesa un Fondo de recuperación que significa elevar el límite presupuestario al 2% del PIB (un tótem federalista durante décadas y algo impensable solo un mes antes) y con los recursos adicionales obtener de los mercados hasta 1.5 billones de euros a devolver a largo plazo, sufragados no vía mayores contribuciones de las arcas nacionales sino, esta vez sí, con los anteriormente mencionados nuevos recursos propios de la UE (Comisión Europea y Consejo, 2020). Claramente, esta propuesta, que recibió el apoyo inicial de los líderes de los 27 en el Consejo Europeo el 21 de abril, concluido tras la maratónica cumbre extraordinaria del 17 al 21 de julio (Consejo Europeo, 2020), es un hito histórico que rompe en pocas semanas muchos límites que marcaron el debate europeo durante décadas: presupuesto y gasto minimalistas, sólo para inversiones en inversiones (excepto en la Política Agrícola, que siempre ha sido una política de transferencias de ingresos) y sin recurso al endeudamiento a pagar con recursos propios dignos de ese nombre.

El 27 de Mayo la Presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, propuso la creación de un nuevo Instrumento (temporal, con la mayor parte de los gastos previstos para 2021 y 2022) de recuperación de la Unión (*Next Generation EU*) con un montante de 750.000 millones de euros (a precios de 2018) a mayores del presupuesto ordinario de la UE de, finalmente, 1.07 billones para 2021-2027 para impulsar el presupuesto de la UE con una nueva financiación obtenida en los mercados financieros y serán ser reembolsados después de 2027 y a más tardar en 2058, bien con contribuciones nacionales «Recursos Propios», coloquialmente impuestos europeos: tasas medioambientales, a las grandes empresas, digitales (Comisión Europea, 2020). De ser aprobado así antes de finales de año con el consenso del Parlamento, la mitad (se habían propuesto tres cuartas partes) de esos fondos (gestionados a través del presupuesto para asegurarse el control del

Parlamento) serán subvenciones a fondo perdido como pedían los países más afectados por el coronavirus, y la otra mitad créditos como pidieron los llamados frugales escandinavos, austríacos y neerlandeses<sup>14</sup>.

La mayor parte del *Next Generation EU* (más del 80%) se utilizaría para apoyar la inversión y las reformas en los Estados miembros, concentrada donde el impacto de la crisis las necesidades de resiliencia sean mayores. El principal instrumento de recuperación sería un nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que con 672.000 millones tan grande como la Política de Cohesión y Agricultura juntas, diseñado específicamente para financiar inversiones y reformas alineadas con las prioridades europeas contenidas en el Programa Nacional de Reformas que el gobierno ha remitido a Bruselas en el marco del semestre europeo.

La Política de Cohesión desempeñará su papel esencial en el apoyo a una recuperación equilibrada y sostenible a través de una nueva iniciativa REACT-EU que propuso 55.000 (finalmente 47.000) millones de euros<sup>15</sup> para abordar las necesidades económicas y sociales más apremiantes y la inversión en la recuperación, y que se desembolsarán mediante los Fondos Estructurales, actualmente con la PAC, los dos programas más grandes, con dos tercios del presupuesto de la UE.

Aun reconociendo el enorme paso realizado con este paquete, resulta apresurado aventurar si efectivamente esto supone un «momento hamiltoniano» (Kirkegaard, 2020) precursor de un auténtico tesoro público de la UE o al menos para la Eurozona, en la línea impulsada por Francia, con Hollande y ahora con Macron (2017) en su célebre discurso de La Sorbona.

Lo que sí podemos decir es que no es la primera vez que la UE recurre a la llamada ingeniería financiera, pero nunca a esta escala. Este llamado Fondo de Recuperación, así como el mencionado SURE, prometen hacer exactamente la misma multiplicación de panes y peces prometida por el llamado «Fondo Juncker». Criticada, por los resultados exagerados y no verificables, por el propio Tribunal de Cuentas Europeo (2019).

De hecho, existen fundadas razones para dudar que si bien las reformas del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia son de gran calado, sea realista la expectativa de tener que programar en tres años, por ejemplo en el caso de España, alrededor de 75.000 millones en 2021-2023, a la vez que finalizar de ejecutar casi 20.000 millones, sólo contando Fondos Estructurales, del presupuesto 2014-2020 asignados a España, a la vez que preparar el programa para el período 2021-2027 que se solapa con los anteriores. Es un enorme desafío de capacidad administrativa, coordinación interdepartamental y financiera, sobre todo dado que estos fondos son reembolsables y por lo que la inversión inicial corresponde a las arcas nacionales (Pazos-Vidal, 2020<sup>16</sup>; Lüer y Böhme, 2020). Por último, las necesidades apremiantes por la crisis económica a causa del coronavirus no es en inversiones para el medio y largo plazo sino en términos de gasto corriente inmediato en servicios públicos esenciales y prestaciones sociales, de ahí la tentación de no querer entender la naturaleza del *Next Generation EU* (López Garrido, 2020). El llamado Fondo de Recuperación, cuya base legal (art. 175 TFEU) y de gestión financiera es la misma que la de los Fondos Estructurales, por mucho que se conciba como en base a proyectos y no a programas, es en todo caso demasiado lento como fondo anticrisis,

<sup>14</sup> «Non-paper EU support for efficient and sustainable COVID-19 recovery» Recuperado en <https://q8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/05/Frugal-Four-Non-Paper.pdf>

<sup>15</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1303/2013. 28 de mayo de 2020. COM (2020) 451 final.

<sup>16</sup> 17 de junio.

pues de los millones asignados a España, sólo unos 4.000 se desembolsarían en 2021, con unos 40.000 «comprometidos» (que no gastados) en 2021-22 pero cuyo desembolso real podría alargarse según lo acordado en el Consejo, seis años<sup>17</sup>.

De hecho, y a pesar de las agrias discusiones en el Consejo Europeo sobre cuánto de los 750.000 millones deberían ser créditos o subvenciones (al final aproximadamente la mitad, Kölling, 2020) sólo días después España fue el primer E.M. en solicitar los créditos SURE para poder financiar los ERTES, sin que se descarte que tenga que recurrir a los créditos del MEDE y del BCE para financiar el resto de gasto corriente (Sempere, 2020).

## 5. Reformas estructurales post COVID-19

Mucho se ha discutido sobre si con la respuesta de la UE y la asistencia a los EE.MM. en la crisis del coronavirus serían exigibles «reformas estructurales» a cambio. Hemos visto repetido con la crisis del coronavirus el mismo y tenso debate que durante la Gran Recesión, la posterior crisis del euro y los llamados rescates o intervenciones.

Como resultado de crisis previa se negoció y firmó un nuevo Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) con la modificación del artículo 136 del TFUE. Sin embargo, la más dramática, y potencialmente, la mayor complicación, para la ya muy abigarrada estructura de gobernanza de la UE, fue la firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG, o en inglés TSCG), también conocido como *Pacto Fiscal Europeo*<sup>18</sup>. Debido al veto británico y checo es, tras el notable antecedente de Schengen, el primer gran tratado firmado en virtud del Derecho Internacional público, es decir, fuera del acervo de la UE, lo que Everson y Joerges (2014, p. 200) han dado en denominar *Ersatzunionrecht*, es decir, Derecho Internacional sustituyente el Derecho de la Unión. Así, los denominados como «tratados fiscales», al introducir toda una serie de requerimientos de naturaleza fiscal y presupuestaria en los Estados miembros, introducen a la vez lo que es sin decirlo una nueva dimensión de gobernanza multinivel que permita la supervisión de los presupuestos y políticas públicas nacionales y toda una serie de obligaciones para los Estados miembros de rendimiento de cuentas multinivel respecto a la Unión Europea. Esta dimensión se va a ampliar aún más en virtud del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Las inversiones se harán bajo el amparo de planes nacionales de reformas estructurales que deben emanar del Semestre Europeo. Este proceso anual de revisión presupuestaria y de cumplimiento por los EE.MM. de objetivos económicos, sociales y medioambientales de la agenda Europa 2020 (Vanherke, Zeitlin y Zwinkels, 2015), así como los nuevos objetivos a escala 2030 e incluso 2050. La Comisión formula cada año Recomendaciones específicas por país de cuyo cumplimiento anual los gobiernos nacionales informan en su Programa Nacional de Reformas.

Este marco de «Tratados Fiscales» y Semestre Europeo ha sido objeto de intenso debate académico. Mény (2014) estima que un mayor intrusismo en la vida doméstica exacerba el déficit democrático (Linde Paniagua, 2012) si bien otros autores como, por ejemplo, de Gregorio Merino (2013), Olestí Rayo (2013) o Elías Méndez (2015) son menos alarmistas e incluso evalúan positivamente un rol más imperativo de las instituciones europeas y la necesidad de reformas son prioritarias para salvaguardar la propia integridad del proyecto europeo. De hecho, en el

<sup>17</sup> Cálculo del autor a base de las Conclusiones del Consejo Europeo y la propuesta de Reglamento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia COM (2020) 408.

<sup>18</sup> Y que en anticipación de este se reformó el artículo 135 de la Constitución Española en 2011.

transcurso de la última década la Comisión Europea ha comenzado a prestar una mayor atención a las capacidades institucionales y de buen gobierno como factor explicativo clave de la falta de aplicación del Derecho de la UE y de ejecución de fondos europeos (Huguenot-Noel *et al.*, 2018; Goga y Ionescu-Heroiu, 2018).

Ahora bien, esta mayor, e improvisada ola de «federalismo ejecutivo» no está exenta de fuertes críticas por su posible déficit democrático (por ejemplo, Everson y Goerges, 2014, p. 201-202; Kreuder-Sonnen, 2016, Bieber y Maiani, 2014) y que como mínimo necesitaría de un sistema más sofisticado de diálogo europeo y a nivel nacional (Börzel, 2016; Zeitlin y Vanhercke, 2014).

Dicho lo cual, y en el contexto de la ejecución del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia post COVID para invertir en las reformas estructurales identificadas para cada E.M. por el Semestre Europeo, habría que matizar el alcance de estos mecanismos sancionadores. Si bien el nivel de penetración del nivel comunitario en el nacional e incluso subnacional ha llegado cotas sin precedentes por los Tratados Fiscales y el Semestre, su alcance como decimos es limitado, sobre todo a nivel de condicionalidades o sanciones, dado que sólo son realmente eficaces en aquellos EE.MM. que reciben grandes sumas de Fondos Estructurales o se han visto obligados a recurrir al MEDE –o a las líneas de crédito del BEI o BCE– (Tribunal de Cuentas Europeo, 2020). Además, tienen muy poco en cuenta el hecho que buena parte de las competencias relevantes para dichas reformas corresponden al nivel local y regional (Pucher y Martinos, 2018). Del mismo modo, el contenido de las Recomendaciones de la Comisión se ha simplificado y se ha hecho menos estricto desde la llegada de la Comisión Juncker (Vanherke, Zeitlin y Zwinkels, 2015, pp. 8-9). Aun así, el gran tamaño del Mecanismo de Recuperación, del que todos los EE.MM. se van a beneficiar, sumado al generoso volumen de ayudas de Estado<sup>19</sup>, va con toda seguridad a ampliar el alcance del semestre y el rol supervisor, y potencialmente sancionador de la Comisión. Es por eso por lo que es necesario examinar con las debidas cautelas las consecuencias de por ejemplo la mutualización de deuda de la UE, la creación de un Tesoro Europeo, etc. cómo se fue tímidamente apuntado en el llamado «Informe de los cinco presidentes» (Juncker, 2015). A mayor federalización, un rol imperativo mayor de las instituciones europeas a nivel doméstico. Esto, sobre todo sin una amplia reforma de las instituciones comunitarias, arriesga a dinamitar el ya endeble pacto tácito por el cual las grandes políticas públicas (*Polícies*) se deciden (consociativamente) en Bruselas y la política partidaria (*Politics*) está a nivel nacional y que está en la base del consenso permisivo a la integración europea (Krastev, 2020). Esto puede exacerbar las divisiones en el seno de la UE (Treib, 2020).

## 6. Constitucionalismo multinivel y coronavirus. La sentencia *Weiss* del constitucional alemán

El fallo del constitucional alemán (BVerfG) del 5 de mayo (*Weiss* y otros)<sup>20</sup> no se refiere a ninguna medida de asistencia financiera tomada por la Unión Europea o el BCE en el contexto de la actual crisis de Coronavirus. Sin embargo, es relevante

<sup>19</sup> Se estima que Alemania acumula el 52% de todas las ayudas de Estados autorizadas en el programa temporal contra el coronavirus (Euractiv y Reuters, 2020). El montante total es a 2 de mayo de 2020 de 1.900 millones de euros (Comisión Europea, 2020). Es decir, los EE.MM. con más recursos desembolsarán directamente en sus economías tanto como los países más afectados por la crisis recibirán del presupuesto UE y plan de recuperación, con el consecuente impacto negativo en la integridad del Mercado Interior.

<sup>20</sup> Sentencia de la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de 5 de mayo de 2020 sobre el programa PSPP del Banco Central Europeo, BVerfG, 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915-

considerarlo aquí por sus consecuencias respecto a la integración europea post COVID-19, sobre todo en lo relativo a los programas de compra de deuda del BCE (PEPP)<sup>21</sup> pero también a la forma de endeudamiento colectivo, vía el presupuesto de la UE, que suponen el plan de recuperación (*Next Generation EU*) y el programa SURE.

Su ataque a la sentencia del TJUE<sup>22</sup> se enmarca en una larga serie de jurisprudencia del BVerfG que expresa sus reservas respecto del alcance y consecuencias del proceso de integración europea en el ordenamiento constitucional alemán, proceso exacerbado por la arquitectura legal surgida a partir de la crisis de 2009 (los llamados tratados fiscales y el rol expansivo del BCE). Weiss destaca por su tono brutal y de confrontación directa con el TJUE. Impone además medidas y plazos a las autoridades alemanas desde el gobierno al Bundestag pasando por el banco central alemán, de ejecutarse, bloquearían la acción del BCE.

El Programa de Compra de Activos del Sector Público (conocido por sus siglas en inglés PSPP) forma parte del Programa Ampliado de Compra de Activos (EAPP), un programa marco del Eurosistema para la compra de activos en los mercados financieros. Como se establece en el razonamiento comunicado por el BCE, el EAPP está destinado a aumentar la oferta monetaria y tiene como objetivo apoyar el gasto de consumo e inversión en la zona del euro. En su Orden de 18 de julio de 2017, el BVerfG (Segundo Senado) remitió varias preguntas en una cuestión prejudicial al TJUE. En su Sentencia de 11 de diciembre de 2018, el TJUE sostuvo que el PSPP no excedió el mandato del BCE ni violó la prohibición de financiación monetaria (BVerfG, 2020).

En lo relativo al fondo del caso, el BVerfG en su sentencia de mayo de 2020 argumenta que un programa para la compra de bonos del BCE sólo cumple el principio de proporcionalidad si constituye un medio adecuado y necesario para lograr el objetivo perseguido. El constitucional alemán entiende que no se puede examinar separadamente la proporcionalidad de una medida de política monetaria sin examinar sus impactos en la política económica, lo que a su juicio violaría los art. 5.1 (principio de atribución de competencias) y 5.4 del TUE (principio de proporcionalidad) (Weiss, Fundamento Jurídico (FJ) 6b).

El BVerfG estima en su fallo de mayo de 2020 que en su sentencia de 11 de diciembre de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) excede su mandato jurisdiccional según lo establecido en el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) considerándola arbitraria considerándola ultra vires no sólo respecto al citado artículo 19.1 TUE sino y más importante en la perspectiva del BVerfG, contrario al artículo 23.1 y artículos 20.1, 20.2, 79.3 de la Ley Fundamental Alemana (GG) (Weiss, FJ 2). Esto violaría a su juicio el principio de atribución de competencias (art. 5.1 y 5.2 TUE) y allanaría el camino para una erosión continua de las competencias de los EE.MM. Permitiría al BCE expandir gradualmente sus competencias bajo su propia autoridad; como mínimo, exime en gran medida o por completo dicha acción por parte del BCE de la revisión judicial. Si bien no considera probado que el PSPP no respete el art. 123 TFEU (Weiss, párrafo 116), el énfasis de la sentencia es la falta de rigor que estima en el TJUE en el control de la proporcionalidad. Considera la combinación de la amplia discrecionalidad del TJUE el limitado criterio de revisión judicial aplicado por el mismo, en este caso concreto al no examinar en profundidad los argumentos del Banco Central Europeo, violaría los

<sup>21</sup> El caso *Weiss* se sitúa en la estela del asunto *Gauweiler* sentencia del 21 de junio de 2016 - 2 BvR 2728/13, que dio origen a la primera cuestión prejudicial del Constitucional alemán.

<sup>22</sup> Sentencia del TJUE (STJUE) C-493/17, de 11 de diciembre de 2018. ECLI:EU:C:2018:1000

principios de competencia de atribución, la división de competencias entre la UE y los Estados miembros y por tanto los principios de soberanía y democracia de estos (Weiss, FJ 4).

Como resultado, y eso es lo fundamental para lo que nos ocupa, para asegurar la efectividad de la sentencia el BVerfG, ordena que las autoridades administrativas y los tribunales alemanes no participen ni en el desarrollo ni en la implementación, ejecución u operacionalización de los actos *ultra vires* del TJUE (Weiss, FJ 10). Va más allá ofreciendo un período transitorio de no más de tres meses que permita la coordinación necesaria con el Eurosistema, tras el cual el *Bundesbank* ya no podrá participar en la implementación y ejecución de las decisiones del BCE en cuestión, a menos que el Consejo de Gobierno del BCE adopte una nueva decisión que demuestre de manera comprensible que sus decisiones han sido rigurosas elaborando una evaluación de proporcionalidad de éstas (Weiss, párrafo 235).

Las reacciones, como veremos, han sido muy vivas entre instituciones, opinión pública y doctrina, tanto por su contenido desafiante al TJUE como por el momento en el que se producía ese fallo en medio de la pandemia y su relevancia para el rol futuro del BCE. Conviene examinar brevemente las razones de dicho desafío.

El Constitucional alemán reconoce que los Tratados confieren al TJUE el mandato de interpretar y aplicar los Tratados y garantizar la uniformidad y coherencia de la UE Ley (artículos 19.1.2 del TUE, artículo 267 del TFUE). Dicho esto, sostiene que la aplicación de estos métodos y principios por parte del TJUE no puede y no debe corresponder completamente a la práctica de los tribunales nacionales; pero que el TJUE tampoco puede simplemente ignorar esa práctica. Es más, va más allá al afirmar que, «no corresponde al BVerfG sustituir la interpretación del TJUE por la propia cuando se enfrenta a cuestiones de interpretación del derecho de la UE». De hecho, el BVerfG se compromete decisión del TJUE «incluso cuando adopte una opinión contra la cual puedan formularse argumentos de peso siempre (el perenne Solange alemán) que el TJUE aplique principios metodológicos reconocidos y la decisión que dicte no sea arbitraria desde una perspectiva objetiva» (Weiss, FJ 2).

El BVerfG afirma erigirse en defensor a lo largo de su jurisprudencia<sup>23</sup> que es imperativo que los respectivos mandatos judiciales se ejerzan de manera coordinada, es decir del llamado «diálogo entre tribunales».

Es más, el BVerfG afirma que «si algún Estado miembro pudiera invocar fácilmente la autoridad para decidir, a través de sus propios tribunales, sobre la validez de los actos de la UE, esto podría socavar la precedencia de la aplicación otorgada a la legislación de la UE y poner en peligro su aplicación uniforme» (Weiss, párrafo 111). Al mismo tiempo, «si los Estados miembros se abstuvieran por completo de llevar a cabo cualquier tipo de revisión de *ultra vires*, otorgarían a los órganos de la UE autoridad exclusiva sobre los Tratados incluso en los casos en que la UE adopte una interpretación legal que esencialmente equivaldría a una enmienda del tratado o una expansión de sus competencias» (Weiss, FJ 111, FJ 112). Insistiendo que, según lo establecido en sus sucesivas sentencias incluso en virtud del Tratado de Lisboa, los Estados miembros siguen siendo los «Dueños de los Tratados» y la UE no ha

<sup>23</sup> Cita concretamente las siguientes Decisiones del Tribunal Constitucional Federal, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht - BVerfGE* 126, 286 <302 y ss .>; 134, 366 <382 y siguientes para 22.. y siguientes .>; 142, 123 <198 y siguientes para 143.. y siguientes .>; Corte Constitucional Federal, sentencia del Segundo Senado de 30 de julio 2019-2 BvR 1685-1614, 2 BvR 2631/14 -, párr.140 y siguientes.

evolucionado a un estado federal<sup>24</sup>. Concibe el diálogo entre tribunales como la solución a la cuestión de coexistencia entre los ordenamientos comunitario y nacional: en principio, ciertas tensiones son inherentes al diseño de la Unión Europea; deben resolverse de manera cooperativa (Weiss, FJ 112).

Dado lo que estima un ejercicio poco riguroso del TJUE, el Tribunal Constitucional Federal no se considera obligado por la decisión del TJUE, sino que estima que debe realizar su propia revisión para determinar si las decisiones del Eurosistema sobre la adopción e implementación del PSPP permanecen dentro de las competencias que le confiere el derecho primario de la UE (Weiss, FJ 164).

Resulta obvio que el BVerfG ha lanzado un desafío no solo al TJUE, sino también, vía las instituciones germanas, al BCE, a sabiendas de que es el mayor Estado Miembro y puede condicionar cuando no paralizar el funcionamiento de las instituciones de la UE. La reacción de la Comisión fue rápida, amenazando a Alemania con un procedimiento de infracción si dictase algún acto que diese efecto a la sentencia del TJUE (Von der Leyen, 2020). En una reacción excepcional como tersa el TJUE (2020) se reafirmó el 8 de mayo en su rol jurisdiccional de control del derecho comunitario y la obligatoriedad de interpretar y aplicar por los tribunales nacionales las cuestiones prejudiciales tal como han sido formuladas por el TJUE. Por su parte, el BCE afirmó no sentirse concernido por otra jurisprudencia que la del TJUE, y, de hecho, con el acuerdo del Bundesbank germano, lanzó un programa mayor de compra de deuda nacional para reactivar la economía como resultado por el COVID (BCE, 2020). Es por ello por lo que el impacto práctico, que no político, vaya a ser, al menos a corto plazo, limitado.

Poiars Maduro (2020) afirma, en su reacción preliminar a la sentencia que lo fundamental de la misma es su impacto en el principio de primacía y en la relación entre los constitucionales y el TJUE, en particular en aquellos países y tribunales que tienen desafío al imperio del Estado de Derecho en la Unión.

Meier-Beck (2020) o Öberg (2020), indican que aun siendo cierto el caso que el control de proporcionalidad del TJUE puede no haber sido completamente riguroso esto no supone que sea justificable rechazar el fallo del tribunal de Luxemburgo.

Poiars Maduro (2020) lo denominaría un «enfoque parroquial», por cierto, no exclusivo del BVerfG, como se evidencia en los EE.MM. que desafían el rule of law, al ver la relación con el Derecho de la UE en clave exclusivamente nacional, sin tener cuenta el impacto en el resto del sistema y en otros ordenes legales nacionales, abriendo un conflicto no sólo multinivel sino entre Estados miembros y tribunales a favor y en contra de mayor integración<sup>25</sup>. En este caso, argumenta, el Tribunal alemán vería las formas de mutualización de la deuda como una invasión de la democracia alemana.

El desafío al Estado de Derecho en la UE precede al COVID, pero éste lo ha acelerado (Sarrión Esteve, 2020). En un duro comunicado conjunto Kelemen, Eeckhout, Fabbrini, Pech y Uitz (2020) rechazan totalmente el contenido y la forma del fallo del BVerfG, defendiendo una noción estricta del principio de primacía del Derecho de la UE y del TJUE sobre cualquier otra consideración. Pech y Kelemen (2019) en particular han insistido siempre en que la noción de identidad constitucional, si bien inviolable en un contexto puramente nacional, es inaceptable como argumento para eludir el *rule of law* o dejar de aplicar el ordenamiento comunitario y las

<sup>24</sup> cf. BVerfGE 123, 267 <370 y 371>.

<sup>25</sup> Para una lectura más en clave política de la actitud alemana *vid.* Rodríguez Aguilera de Prat (2020).

sentencias del TJUE. Hacen el paralelismo con la doctrina de nulificación y de los *states' rights* de los Estados del sur de los EE. UU. para resistirse al ordenamiento federal. En lo que es un enfoque totalmente teleológico del proceso de integración europea, estiman que, ante un tal conflicto, en última instancia la opción es o aceptar el ordenamiento europeo o la retirada de la UE.

Por el contrario, Baranski, Brito, Bsactos y van den Brink (2020) objetan a tal enfoque de negación total de las posibilidades del pluralismo constitucional, y a la afirmación subjetiva del monismo comunitario. Si bien la doctrina, desde *Costa (Asunto C-6-64 de 15 de julio de 1964)* establece que ningún tribunal nacional puede ignorar una sentencia del TJUE, esto no implica que estas no puedan y no deban ser cuestionadas al igual que la absoluta e incondicional supremacía del Derecho de la UE defendida por el TJUE <sup>26</sup>.

Esta sentencia obliga a Poiars Maduro (2020, *ob. cit.*) a matizar su tradicional defensa del pluralismo constitucional, enmarcando la disidencia y el diálogo entre tribunales «en el contexto de acuerdo sobre un conjunto común de principios para guiarlo» lo que precisa de una empatía de las necesidades e interdependencias con otros ordenes constitucionales y el ordenamiento europeo.

En el mismo sentido se pronuncia el patriarca de la doctrina del diálogo entre tribunales Ingolf Pernice (2020) al afirmar que este diálogo de 60 años se interrumpe cuando ya no se reconoce la pertinencia de las sentencias del Tribunal de Justicia. El art. 267 TFUE establece la fuerza vinculante de las sentencias y es el estándar clave para esto cuando hay preguntas sobre la interpretación o validez de la legislación de la UE. Ignorar al TJUE implicaría también hacer lo mismo con el principio de cooperación leal en el Artículo 4.3 del TUE, lo que le lleva a Pernice a considerar las opciones disponibles para lanzar un procedimiento de infracción contra Alemania.

En sentido contrario, Avbelj (2020) estima la decisión del BVerfG no como una señal de que tengamos un problema con el pluralismo constitucional en Europa sino la confirmación del carácter pluralista de la UE. Indica en todo caso que no existen mecanismos adecuados para gestionar este conflicto cuando un constitucional decide un ataque frontal, así como el hecho que instituciones como el BCE operan de facto con un mandato mucho más amplio que el conferido inicialmente.

Davies (2018) afirma que la primacía del TJUE se basa en la propia afirmación del tribunal. Esto incita a la resistencia de los tribunales constitucionales. El pluralismo interpretativo, por el contrario, insiste en la posibilidad de interpretaciones divergentes no como conflictos entre órdenes legales, sino como conflictos sobre el significado de uno compartido.

Como era de prever Kelemen *et al.* (*ob. cit.*) se lanzan a una causa general contra el pluralismo constitucional sugiriendo una cierta inocencia por parte de sus defensores. Argumentan que si bien el diálogo constitucional puede idealmente solucionar conflictos de *Kompetenz-Kompetenz* en última instancia le correspondería al TJUE solucionar dicho entuerto. En un sentido similar se pronuncia Ziller (2020) si

---

<sup>26</sup> Como recuerda Martinico (2016-2017) el recurso a la terminología del Derecho constitucional de estados federales en especial el estadounidense, (conceptos como *supremacy*) procede de la academia entre los sesenta y setenta. Anteriormente se consideraba el derecho comunitario como una versión *sui generis* del Derecho Internacional. No se debe sólo a la oposición británica que el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el que se establecía explícitamente dicho principio no haya sobrevivido en Lisboa más que en una Declaración, la n. 17, sobre la primacía anexa al mismo.

bien haciendo énfasis en el dogmatismo tanto del enfoque analítico del BVerfG como en su propia cultura interna.

Pernice (*ibid.*) abunda en la naturaleza de la sentencia PSPP del BVerfG como legitimador del desafío tribunales de otros Estados miembros, en particular Polonia y Hungría, de cuestionar la autoridad y el efecto vinculante de las sentencias del TJUE. Es el tercer caso<sup>27</sup>, apunta Sarmiento (2020) después del caso checo Landtovà<sup>28</sup> (Zbiral, 2012) y el caso danés *Ajos*<sup>29</sup>, en el que un tribunal supremo de un Estado miembro no se siente obligado a respetar una sentencia del TJUE, pero esta vez no se trata del no respeto del derecho comunitario por disposiciones legales nacionales o tratados internacionales sino algo más grave: el BVerfG se pronuncia en un ámbito de competencia exclusiva de la UE como es la política monetaria.

En general, según Poiars Maduro, la STJUE genera inseguridad jurídica y posiciona a la GG germana como freno a la mutualización de la deuda en el contexto de la respuesta económica a la crisis del COVID-19. Paradójicamente, evidencia que es inaplazable la discusión sobre recursos propios de la UE (impuestos europeos) que evite la lógica del *juste retour* y las reacciones enconadas de los constitucionales nacionales (examinada en Poiars Maduro, 2012). Si bien, como afirma Wilkinson (2020), se están estirando al límite los mandatos y las interpretaciones del rol del BCE. La razón de esta ambigüedad continua es para evitar el inaplazable conflicto que supondrá reformar los Tratados o en última instancia la retirada de Estados miembros descontentos con la deriva actual.

### 6.1. La vigencia del constitucionalismo multinivel

Si bien la reacción de destacados autores de la doctrina al más reciente y polémico fallo del constitucional alemán se encuentra inevitablemente influenciada por la tensión de la crisis sanitaria actual, es necesario ponerlo en una perspectiva más amplia de las relaciones entre los ordenamientos y tribunales constitucionales nacionales y de la UE. No es una historia en la que haya buenos y malos. Ni es sólo una obsesión germana. En Pazos-Vidal (2019) se argumenta que la relación entre estos tribunales descrita por las diversas variantes del «constitucionalismo multinivel» de Pernice, por la cual «la relación entre el Derecho europeo y el Derecho nacional no es jerárquica, sino funcional» (Pernice, 2002, p. 520) es el espejo y equivalente jurídico a lo que en políticas públicas europeas se conoce como el paradigma de la Gobernanza Multinivel (Marks, G. y Hooghe, L. (2003), en el sentido de que dicho diálogo multinivel entre tribunales refleja una serie de ajustes y acomodos entre los mismos –a menudo de manera incómoda–.

La cuestión de las relaciones de los tribunales nacionales, en particular los tribunales constitucionales, con el TJUE ha sido un fecundo campo de estudio desde que MacCormick (1995, p. 259) fundó la doctrina del «pluralismo constitucional» al calor del famoso Dictamen sobre el Tratado de Maastricht del Constitucional alemán<sup>30</sup>. Estela seguida, entre otros, por Kumm (2013) –constitucionalismo cosmopolita–, Kruma (2009), Ragone (2011) el citado Poiars Maduro (constitucionalismo discursivo y armonioso)<sup>31</sup>, por nombrar sólo algunos. Como afirma Freixes Sanjuán (2013, p. 41), lo «multinivel» puede considerarse como un

<sup>27</sup> Aunque la sospecha por parte del BVerfG de fallos *ultra vires* por parte del TJUE viene de largo, como en el caso *Mangold* (vid. *Beyer-Katzenberger*, 2011).

<sup>28</sup> Fallo del Constitucional checo PI. ÚS de 31 de enero de 2012 sobre la STJUE C-339/09 de 22 junio 2011.

<sup>29</sup> STJUE C-441/14 de 19 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:278

<sup>30</sup> BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155

<sup>31</sup> Vid. Eleftheriadis (2010, p. 369).

parámetro «autónomo» en el marco del proceso de integración europea, dirigido a explicar esa complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas, que esta autora relaciona con el federalismo y la interpretación sistemática. De hecho, la necesidad de diálogo entre el TJUE, los tribunales constitucionales (y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), e incluso el seguimiento por la Comisión de la jurisprudencia nacional es, a juicio de autores como Lacchi (2016), fundamental para asegurar una protección multinivel –vía cuestiones prejudiciales– de los derechos individuales.

La reacción al Tratado de Lisboa ha sido un buen ejemplo de lo contrario: los tribunales constitucionales nacionales lo aceptaron solo muy lentamente y con muchísimas reservas (Kruma, 2009). Percibían el nuevo Tratado sobre todo en términos de limitación de soberanía como resultado de la adhesión a la UE y no como una transferencia (parcial) de soberanía a las instituciones de la UE. Independientemente de la adscripción dualista o monista (como el caso español) de los diferentes tribunales constitucionales respecto al Derecho internacional, se puede afirmar que estos dos ejemplos nacionales, así como el español, danés, letón, lituano y sin duda el constitucional polaco (en particular, en su Dictamen sobre el Tratado de Adhesión de Polonia) insisten en la «supremacía» de su respectivo orden constitucional nacional, aún después de la adhesión a la UE.

El principal ejemplo de todo ello es la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa (Sentencia 2 BvE 2/08 de 30 de Junio de 2009). Este Tribunal, apoyándose en su sentencia anterior del Tratado de Maastricht (Sentencia BVerfGE 89, 155 de 12 de Octubre de 1993), reconceptualizar unilateralmente la UE como un *Staatenverbund*, una estrecha asociación de los Estados miembros (Lehmann, 2010, p. 3) buscó con esta importantísima sentencia acotar de una manera muy estrecha cuáles son los elementos de la «identidad constitucional» en la Constitución alemana que nunca podrían ser transferidos al nivel de la UE (Poptcheva, 2014, p. 8). El Constitucional alemán reorienta en su *Lissabon Urteil* específicamente el concepto de subsidiariedad como un instrumento para proteger las atribuciones esenciales de la soberanía nacional constituyente, en sus propias palabras un «espacio suficiente para la formación política de las circunstancias económicas, sociales y culturales de la vida diaria: a saber, la ciudadanía del estado, el monopolio estatal de la violencia, las decisiones fiscales, el derecho penal, la cultura y la educación, la libertad de opinión, de prensa, de reunión, la religión y el bienestar social» (Lehmann, 2014, p.17). Si bien la postura del BVerfG fue inoportuna por su unilateralidad es una útil aportación a la cuestión de si hay algún límite a la integración europea. De serlo, como apunta esta sentencia, el escrutinio de la subsidiariedad debería ser reforzado. De hecho, el principio de subsidiariedad (art. 5.1 y 5.3 TUE) quedaría materialmente modificado si los artículos 4 y 6 TFUE sobre el reparto de competencias compartidas o de apoyo fuese ampliamente revisado y precisado. Es por tanto una cuestión que va más allá de lo jurídico a la cuestión de (si hay) la legitimidad y déficit democrático en la UE, como en el clásico debate entre Moravcsik (2002), Majone (2000) con Hix y Føllesdal (2006).

Tampoco es esta solo una preocupación alemana. Una aportación fundamental a la hora de despejar dudas sobre el limitado alcance del concepto de primacía, en contraposición a las pretensiones del TJUE, es el Dictamen 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional español sobre el proyecto de Tratado Constitucional en el que se hace una distinción entre «la primacía», que la ley de la UE sólo se tiene en aquellas competencias que se le han atribuido a la UE, y «la supremacía» que en todo caso siempre reside en la Constitución española.

Es una situación cada vez más inestable en toda la UE. Si bien hoy la situación es la opuesta, el dilema de «identidad» planteado por el Tratado de Lisboa respecto

a la constitución polaca llevó a dictaminar a su tribunal constitucional que sólo podría resolverse con una reforma constitucional para hacerla compatible con el nuevo tratado, de lo contrario sería necesaria la retirada polaca de la UE por el art. 50 TUE<sup>32</sup>.

El déficit de diálogo es sin embargo mutuo. Por ejemplo, el caso *Melloni*, en el que el Constitucional español hizo su primera cuestión prejudicial<sup>33</sup>, resultó en un «monólogo», al pretender el TJUE arrogarse la potestad de definir el umbral superior e inferior de derechos protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y una constitución nacional, algo completamente rechazado por el constitucional español (Torres Pérez, 2014).

La *vis expansiva* del TJUE no conoce límites. Baste simplemente recordar la espinosa cuestión de la adhesión de la UE al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el dictamen 2/13 del TJUE en el que se opone a la misma. Independientemente del fondo de la cuestión resulta evidente que la maximización de su capacidad de acción también formaba parte del cálculo del TJUE (Martín y Pérez de Nanclares, 2015).

Y si no estuviese claro, el TJUE ha afirmado en *Kadi* (STJUE C-584/10 P de 18 de julio de 2013) que también fuera del contexto europeo el Tribunal se ha proclamado como última instancia jurisdiccional no sólo del Derecho de la UE sino también en lo relativo a los acuerdos internacionales firmados por los Estados Miembros (Besson, 2009, pp. 252-253).

El TJUE asume cada vez más un rol más político y por tanto abierto a controversia. Un notable caso reciente es *Wightman y otros* (C-621/18)<sup>34</sup> por el cual el Tribunal estimó, en contra del criterio del Consejo y la Comisión Europea<sup>35</sup> y haciendo contorsionismo legal a su doctrina reflejada *inter alia* en *Foglia/Novello* (STJUE C-244/80 de 16 de diciembre de 1981) o *American Express* (STJUE C-304/16 de 7 de febrero de 2018) de evitar pronunciarse sobre cuestiones hipotéticas, dictaminó que el Reino Unido era libre de retirar unilateralmente la notificación de su intención de retirarse de la UE. Hecho que seguramente creará un precedente en otros EE.MM. siquiera para presionar a la UE con la amenaza de salida<sup>36</sup>.

Otros casos recientes, como el asunto acumulado *Sanchez Ruiz*<sup>37</sup>, que si bien se refiere a la interpretación de una Directiva de la UE (Directiva 1999/70/CE) el fondo del asunto es una disputa laboral puramente doméstica, o casos más serios de intervención en las instituciones nacionales como *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>38</sup>, C-192/18 de 5 de noviembre de 2019 *Comisión/Polonia* (Independencia de los tribunales ordinarios)<sup>39</sup>, C-619/18 de 24 de junio de 2019 sobre

<sup>32</sup> En aras de la exhaustividad hay que señalar que existe una disposición similar en la Constitución española (art. 95.1CE). Igualmente Portugal, Letonia, Eslovenia, Eslovaquia modificaron sus constituciones para dar cabida a la orden de detención europea y de este modo evitar que el conflicto con su corte constitucional. *Vid.* Pollicino (2010, p. 74).

<sup>33</sup> Baste recordar, como estima Castilla Juárez (2018, p. 173-174), que entre 1989 y 2017 el Tribunal Constitucional español sólo hizo uso de fundamentos jurídicos de la jurisprudencia del TJUE en 98 casos, cuando sólo en un año emite de media el doble de sentencias, lo que indica lo poco que el Constitucional Español se ha acercado al Derecho comunitario.

<sup>34</sup> STJUE C-621/18 de 10 de diciembre de 2018. ECLI:EU:C:2018:999

<sup>35</sup> Y de parte de la doctrina como Mangas Martín (2018)

<sup>36</sup> Dicho lo cual otra parte de la doctrina como, por ejemplo, Sáenz de Santa María (2019) o Pérez Miras (2019) valoran positivamente este activismo del TJUE.

<sup>37</sup> STJUE asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, de 19 de marzo de 2020 ECLI:EU:C:2020:219

<sup>38</sup> En C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* donde -como recuerda Rosas (2019, p. 6)- el principio de tutela judicial efectiva, incluida la independencia de los tribunales y jueces, se puede hacer cumplir a través del TJUE *incluso si no hay específicamente aplicación de la ley de la Unión en un caso dado*, basta que el tribunal o los tribunales en cuestión generalmente traten con asuntos de Derecho comunitario.

<sup>39</sup> ECLI:EU:C:2019:924

la edad de retiro de los jueces del Tribunal Supremo polaco<sup>40</sup> son muestra de este creciente intervencionismo en la esfera constitucional nacional. Si bien en casos como el polaco son moralmente defendibles (Sarmiento, 2018), no necesariamente se entendería así por parte de la población de esos países.

Como afirma el juez Allan Rosas (2019), la combinación de la expansión competencial de tratado de Lisboa junto con la creciente incapacidad de solucionar de otro modo las crecientes crisis del proceso de integración europea lleva a que cada vez más el TJUE, como la Corte Suprema estadounidense, dilucide jurisdiccionalmente asuntos que deberían haber sido solucionados políticamente.

Esta creciente vertiente política del Tribunal es objeto de creciente estudio por la doctrina. Autores como Werner se sorprenden de que no haya habido (aún más) contestación pública, pero lo atribuye a que el TJUE también calcula las repercusiones políticas y que la naturaleza incremental de la jurisprudencia permite a los Estados miembros adaptarse (Werner, 2016, p. 1460), es decir, volvemos a la lógica de acomodación multinivel propuesta por Marks (1993). Existe también un cálculo estratégico, con el TJUE otorgar más margen a los legislativos que a sus «homólogos nacionales», los tribunales constitucionales (Wallerman, 2016). Otros como Ritleng (2016) llegan incluso a decir que la naturaleza política del Tribunal y su frecuente alianza con los postulados de la Comisión afectan a la calidad de la democracia respecto a decisiones de corte tecnocrático. Horsley (2019) urge a una mayor consideración de la dimensión y agenda institucional del Tribunal. Autores como Davies (2014) son más conciliadores, pero critican el excesivo celo del TJUE al no explicar más abiertamente las justificaciones políticas de sus sentencias versus consideraciones meramente jurídicas, algo que el TJUE se resiste a hacer. Ciertamente buena parte de la actitud del BVerfG en *Weiss* se puede achacar a esa postura del TJUE.

## 6.2. Alternativas

Autores como Bogdandy e Ioannidis (2014) afirman que asistimos a una deficiencia sistémica del «Estado de Derecho» a través de las jurisdicciones multinivel de la UE, en parte por falta de recursos materiales o cognitivos o simplemente por ignorancia activa o pasiva de las naciones europeas, cuando no corrupción, lo que tiene consecuencias para el conjunto del sistema legal y la legitimidad europea<sup>41</sup>.

Las alternativas de este impase serían varias, desde la plenamente federalizante, como exigiría el constitucional alemán, la escuela federalista o autores como, por ejemplo, Requejo Pagés (2016). Otras alternativas poco realistas serían la enmienda constitucional para reconocer explícitamente el principio de primacía del derecho de la UE convirtiendo a las constituciones nacionales (Sarmiento, 2020) y sus altos tribunales en el equivalente de los constitucionales de los Lander alemanes<sup>42</sup>. Esta solución, defendida por Kelemen (2018) y muchos otros, que podríamos calificar de *ultramontista* o simplemente *eurokelseniana* es una alternativa demasiado fácil. También tiene enormes costes, ya que devalúa enormemente el pacto constitucional y las instituciones nacionales. Una solución tan radical y rápida sin duda aumentará las dudas sobre la legitimidad de la UE en amplias capas de la

<sup>40</sup> Estimándolo contrario al artículo 19.1 TUE en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>41</sup> Consideraciones más recientes sobre esta cuestión *vid.* Davies y Avbelj (2018) o Kochenov y van Wolferen (2018)

<sup>42</sup> Para una descripción de los mismos, *vid.* Grote (2017).

población. La arquitectura jurídica no se diferencia mucho de la física: necesita pilares fuertes para sostenerse. El enfoque teleológico no es suficiente.

Sí habría que considerar, sin embargo, y de cara a la inminente Conferencia sobre el Futuro de Europa (en inglés CoFoE)<sup>43</sup>, heredera de la Convención casi homónima que llevó eventualmente al Tratado de Lisboa, completar el art. 50 TUE sobre la retirada voluntaria, con un artículo sobre suspensión de derechos de Estados Miembros y «eventual expulsión» que eliminase la actual unanimidad del art. 7.2 TUE e incluso introducir algunos procesos automáticos fuera del control político.

También son precisas soluciones menos radicales. En la línea de los límites a la integración propuestos por el BVerfG en su sentencia sobre Lisboa una mayor precisión en el reparto de competencias del actual artículo 4 y 6 TFUE permitiría en la línea con lo propuesto por de Búrca (1998), que el principio de subsidiariedad pueda usarse como freno que limite el alcance interpretativo del propio Tribunal. Visto que la praxis del TJUE, como en *Mickelsson y Roos* (STJUE C-142/05 de 4 de junio de 2009), en «no sentirse obligado a interpretar el principio de subsidiariedad para restringirse a sí mismo» la hora de revisar medidas nacionales que «potencialmente» pudiesen tener efectos a escala comunitaria (Føllesdal, 2006, p. 275). Lo que como hemos visto más dramáticamente en *Weiss* anima a los constitucionales nacionales a hacer lo mismo.

Con todo, sería útil una redefinición del principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) en el sentido de «subsidiariedad activa» definido en la Comunicación homónima de la Comisión (2018). Intenta conciliar en un proceso multinivel (que podríamos denominar de «subsidiariedad procedimental») de toma de decisiones, en ámbitos de competencia compartida, en base a diseñar respuestas conjuntas que combinen en lo posible la dimensión de «proximidad» (al ciudadano) del preámbulo del TUE con la de eficacia (obtención de mayor dimensión o efectos que figura art. 5.3 TUE). Esto ayudaría a reducir la conflictividad entre los niveles doméstico y comunitario y potencialmente la litigiosidad entre los constitucionales y el TJEU (Pazos-Vidal, 2019).

Los defensores del monismo y primacía comunitaria a ultranza tienden a acusar al diálogo constitucional como la forma evitar tomar una solución a los problemas de la integración europea. Antes al contrario, es un proceso que, al estar actualmente limitado al diálogo mediante cuestiones prejudiciales sobre casos concretos es demasiado lento (pero seguro) para crear una auténtica comunidad de derecho. Se precisa un proceso más concentrado en el tiempo y estructurado. Como afirman Sarmiento y Weiler precisamente en la estela del caso *Weiss* (Sarmiento y Weiler 2020, también Sarmiento y Utrilla 2020 y Sarmiento (2020), en la línea anteriormente expresada de Weiler (*vid.* por ejemplo Weiler, 2000) y por Juan Luis Requejo (2016) la solución sería una cámara constitucional dentro del TJUE con miembros de éste y de los tribunales constitucionales nacionales, posiblemente presidida por el presidente del TEDH cuando existan conflictos de calado como el del BVerfG con *Weiss*. Es decir, un concilio. No es una hipótesis banal, mecanismos similares multinivel ya existen para el diálogo interparlamentario: la COSAC ha aproximado notablemente posiciones entre los legislativos nacionales y su percepción de la UE (*vid.*, por ejemplo, Fromage, 2016). Del mismo modo que en el mundo de las políticas públicas está evidente el beneficio de la interacción entre representantes nacionales genera positivos efectos en la reducción de conflictos y la creación consensuada de comunidades de policías europeas (como en Adshead, 1996). De todo ello debería reflexionar la inminente Conferencia sobre el Futuro de Europa.

<sup>43</sup> No hay planes definitivos, pero como referencia, *vid.* Comisión Europea (2020) de 22 de enero.

## 7. Conclusión

Se ha querido hacer en este artículo una reflexión sobre la resiliencia y capacidad de refuerzo del proceso de integración europea ante las crisis. Para esto se han estudiado dos crisis yuxtapuestas, de naturaleza y trayectoria temporal distinta pero inevitablemente entrelazadas en sus consecuencias para el futuro: por un lado el impacto del Coronavirus en el sistema político y las políticas públicas de la UE y por otro la crisis de legitimidad sobre el proceso de integración europea del que el asunto *Weiss* es uno de sus más recientes ejemplos.

La reacción a la pandemia aceleró cambios e incluso eliminó fuertes barreras a políticas y procesos a nivel de la UE como ha sido el caso de la incipiente mutualización de la deuda y potencialmente la creación de recursos financieros propios de la UE. Es por ello que, al igual que en la Gran Recesión, el desafío del coronavirus demuestra la vigencia del paradigma neofuncionalista en el sentido que la UE se crece ante las crisis.

Dicho esto, muchas de las dinámicas observadas estos meses tienen continuidad directa con dialécticas precedentes, como puede ser la fractura norte-sur o la rivalidad entre tribunales constitucionales y el TJUE, reavivada una vez más con el asunto *Weiss* del BverfG.

Dado que la reacción de la UE a la crisis ha sido más rápida y amplia que lo que sus críticos le dan crédito, y el hecho que buena parte del arsenal competencial está infrautilizado, no parece haber evidencias concluyentes de la necesidad de mayores competencias para la UE. En todo caso de haberla es necesario no considerar a las instituciones europeas, y en concreto la Comisión, como una «caja negra». Es necesario por tanto tener en cuenta la capacidad y rendimiento institucional a nivel europeo como a nivel doméstico, y por ello la priorización de reformas estructurales del programa *Next Generation EU* entrañan tanto un gran potencial como de riesgo de que por su diseño no den los resultados esperados.

Finalmente, el coronavirus no ha hecho otra cosa que poner aún más foco en la debilitación del Estado de Derecho y la cooperación leal ha puesto de manifiesto la insuficiente de cooperación leal (art. 4.3 TUE) entre gobiernos y tribunales nacionales y las instituciones comunitarias en la que el desafío de *Weiss* es un ejemplo notorio. Si bien ese es un problema de confianza que precisa de mayores mecanismos cooperativos, la inminente Conferencia sobre el futuro de Europa deberá considerar soluciones institucionales desde la creación de un *concilio* entre tribunales, mecanismos de cooperación multinivel, pasando la reconsideración del reparto competencial de la UE, hasta la creación de procedimientos formales de expulsión si un E.M. no respeta el *rule of law*.

## Bibliografía

- Adshead, M. (1996). Moving Beyond Clientelism: a Network Analysis of State-farmer Relations and the EC. *West European Politics*, 19, pp. 583-608.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2019). Un Tribunal a la altura de sus responsabilidades: el *brexit* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, pp. 17-37.

- Avbelj, M. (6 mayo, 2020). The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision>
- Baranski, M., Brito Bastos, F. y van den Brink, M. (29 mayo, 2020). Unquestioned supremacy still begs the question [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/unquestioned-supremacy-still-begs-the-question/>
- Bassot, E. (Ed.) (2020). *Unlocking the potential of the EU Treaties. An article-by article analysis of the scope for action*. Bruselas: European Parliamentary Research Service.
- Bassot, É. y Hiller, W (2019). The Juncker Commission's Ten Priorities. An End-of-Term Assessment. Bruselas: European Union Research Service.
- Besson, S. (2009). European Legal Pluralism after *Kadi*. *European Constitutional Law Review*, 5(3), pp. 252-253.
- Börzel, T.A. y Buzogány, A. (2019). Compliance with EU environmental law. The iceberg is melting, *Environmental Politics*, 28(2), pp. 315-341.
- Bachtler J. y C.Méndez, C. (2007). Who Governs EU Cohesion Policy? Deconstructing the Reforms of the Structural Funds. *Journal of Common Market Studies*. 45(3), pp. 535-564.
- BCE (4 de junio, 2020). Monetary policy decisions. Nota de prensa.
- BCE (5 mayo, 2020). ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate. Nota de prensa.
- BEI (6 de abril, 2020). EIB Group establishes EUR 25 billion guarantee fund to deploy new investments in response to COVID-19 crisis. Nota de prensa. Recuperado de <https://www.eib.org/en/press/all/2020-100-eib-group-establish-eur-25-billion-guarantee-fund-to-deploy->
- Bénassy-Quéré, A. y Weder di Mauro, B. (2020). Europe in the time of Covid-19: A new crash test and a new opportunity. *Europe in the Time of Covid-19*. Londres: Centre for Economic Policy Research, pp.1-20
- BVerfG (5 mayo, 2020). ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences. Nota de prensa. No. 32/2020.
- Beyer-Katzenberger, M. (2011). Judicial activism and judicial restraint at the *Bundesverfassungsgericht*: Were the Mangold judgement of the European Court of Justice an *ultra vires* act? *ERA Forum*, 11, pp. 517–523.
- Bieber R. y Maiani, F. (2014). Enhancing Centralised enforcement of EU law: Pandora's Toolbox? *Common Market Law Review (CMLR)*, 51(4), pp.1057-1092.
- Borchardt, M. (2016). A Political European Commission through a New Organisation "This Time It's Different". Really? *Jacques Delors Institute Policy Paper*, 180.
- Börzel, T. (2016). From EU Governance of Crisis to Crisis of EU Governance: Regulatory Failure, Redistributive Conflict and Eurosceptic Publics. *JCMS*, 54(9), pp.8-31.
- Castilla Juárez, K. (2018). ¿Cómo usa el Tribunal Constitucional español la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Notas para la justicia constitucional latinoamericana. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales SCJN*, IV(6), pp. 157-197.
- Conte, G. (20 mayo, 2020). Franco-German Recovery Deal is not enough, *Euractiv*. Recuperado de <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/eu-executive-proposes-shutting-down-blocs-external-borders-for-30-days/>
- Comisión Europea (27 mayo, 2020). El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación. Comunicación, COM (2020) 456 final.
- Comisión Europea (8 mayo, 2020). State aid: Commission expands Temporary Framework to recapitalisation and subordinated debt measures to further support the economy in the context of the coronavirus outbreak, Nota de prensa.
- Comisión Europea (2 abril, 2020). Coronavirus: The Commission Mobilises all of its Resources to Protect Lives and Livelihoods, Nota de prensa.

- Comisión Europea (2 abril, 2020). Questions and Answers: Commission Proposes SURE, A New Temporary Instrument Worth up to €100 Billion to help Protect Jobs and People in Work, Nota de prensa.
- Comisión Europea (20 marzo, 2020). Communication from the Commission Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak. C/2020/1863
- Comisión Europea (13 marzo, 2020). Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services. C(2020) 1753 final.
- Comisión Europea (13 marzo, 2020). Proposal for a Regulation amending Regulation (EEC) No 95/93 on common rules for the allocation of slots at Community airports Brussels. COM(2020) 111 final.
- Comisión Europea (13 marzo, 2020). Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, Comunicación COM(2020) 112 final
- Comisión Europea (13 marzo, 2020). COVID-19: Commission sets out European coordinated response to counter the economic impact of the Coronavirus. Nota de prensa.
- Comisión Europea (6 marzo, 2020). A Union that Strives for More: The First 100 Days, nota de prensa.
- Comisión Europea, (22 enero, 2020). Shaping the Conference on the Future of Europe. Comunicación, COM(2020) 27 final.
- Comisión Europea (13 marzo, 2020). Propuesta de Reglamento Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus. COM(2020) 113 final
- Comisión Europea (10 marzo, 2020). Coronavirus crisis: “Commission will use all the tools at its disposal to make sure the European economy weathers the storm”, Nota de prensa.
- Comisión Europea-Consejo (8 abril, 2020). Joint European Roadmap Towards Lifting COVID-19 Containment Measures.
- Comisión Europea-Consejo (2020). A Roadmap for Recovery. Towards A More Resilient, Sustainable and Fair Europe.
- Comisión Europea (2019). Better regulation: taking stock and sustaining our commitment. Comunicación. COM(2019) 178 final.
- Comisión Europea (2018). Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE. Comunicación, COM(2018) 703 final.
- Comisión Europea (2017). *The EU Budget at a Glance*. Luxemburgo: Unión Europea.
- Comisión Europea (2017). White Paper on the Future of Europe and the Way Forward. Reflections and Scenarios for the EU27.
- Comisión Europea (2016). *Comunicación de la Comisión*, de 19 julio de 2016, *relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, (2016/C 262/01).
- Consejo Europeo (2020) Special meeting of the European Council (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) – Conclusions, EUCO 10/20.
- Davies, G. (2018). Does the Court of Justice own the Treaties? Interpretative pluralism as a solution to over-constitutionalisation. *European Law Journal*, 24(6), pp. 358-375
- Davies, G. (2014). Legislative control of the European Court of Justice. *Common Market Law Review*, 51(6), pp. 1579–1607.
- Davies, G. y Avbelj, M. (2018) *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*. Cheltenham: Elgar.
- De Búrca, G. (1998). The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, *JCMS*, 36(2), pp.217-35.
- De Gregorio Merino, A. (2013). Derecho de la Unión y El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en al UEM. *Revista Española de Derecho Europeo*, 45, pp. 27-60.

- Dermine, P. y Markakis, M. (2020). The EU Fiscal, Economic and Monetary Policy Response to the COVID-19 Crisis. *EU Law Live, Weekend Edition*, 11, pp. 7-14.
- Dobreva, A. (2018). *Multiannual Financial Framework 2021-2027: Commission Proposal Initial Comparison with the Current MFF*. EPRS.
- Drachenberg, R. (2020). The European Council and the 2021-27 Multiannual Financial Framework. Bruselas: European Parliament Research Service.
- ECOFIN (23 marzo, 2020). Nota de prensa. Recuperado de <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/ecofin/2020/03/23/>
- Eleftheriadis, P. (2010). Pluralism and Integrity. *Ratio Juris*, 23(3), pp. 365-389.
- Elías Méndez, C. (2015). Las instituciones europeas ante la crisis económica: Análisis y propuestas para politizar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo, *Revista de derecho constitucional europeo*, 24. Recuperado de [http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/02\\_ELIAS.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/02_ELIAS.htm)
- Everson, M y Joerges (2014). Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis? En S. Kröger (ed.), *Political Representation in the European Union: Still democratic in times of crisis?* Londres: Routledge.
- Euractiv y Reuters (4 mayo, 2020). Germany Gains most from relaxed State Aid Rules. Recuperado de <https://www.euractiv.com/section/competition/news/germany-gains-most-from-relaxed-eu-state-aid-rules/>
- Fabbrini, F. (2020). *Possible Avenues for Further Political Integration in Europe - A Political Compact for a More Democratic and Effective Union?* Bruselas: European Parliamentary Research Service.
- Føllesdal, A. (2006). Subsidiarity, Democracy, and Human Rights in the Constitutional Treaty of Europe. *Journal of Social Philosophy*, 37(1), pp. 61-80.
- Freixes Sanjuán, T. (2013). Constitucionalismo multinivel e integración europea. En T. Freixes Sanjuán, Y. Gómez Sánchez y A. Rovira Viñas (eds.), *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento Europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas* (pp. 37-50). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fromage, D. (2016). National parliaments fighting back? Institutional engineering as a successful means to become active actors in EU affairs. *Perspectives on Federalism*, 8(3), pp. 69-86.
- Gobierno alemán (18 mayo, 2020). Overcoming the crisis united and emerging from it stronger. Recuperado de <https://www.bundeskanzlerin.de/bkinde/aktuelles/statement-nach-corona-kabinett-1754044>
- Gobierno de España (19 abril, 2020). Spain's Non-Paper on a European Recovery Strategy.
- Grote, R. (2017). Constitutional Courts in Federal States: the case of Germany. *Fédéralisme Régionalisme*, 17. Recuperado de <https://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=1691&lang=fr>
- Guarascio, F. y Blenkinsop, P. (3 marzo, 2020). EU fails to persuade France, Germany to lift coronavirus health gear controls. Recuperado en <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-eu-idUSKBN20T166>
- Haas, Ernst B. (1968). *The Uniting of Europe*. Notre Dame, Indiana: Notre Dame University.
- Henig, D. (2019). Sweden, the UK and the EU: Managing Post-Brexit Relations and Defining a New Agenda for European Competitiveness. *ECIPE Policy Brief*, 1.
- Herszenhorn, D. y Wheaton, S. (7 abril, 2020). How Europe failed the coronavirus test. *Político*.
- Hix, S. y Føllesdal, A. (2006). Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*, 44(3), pp. 533-62.
- Horsley, T. (2019). The Court of Justice as an Institutional Actor: Judicial lawmaking and its Limits. EUSA, Denver 2019.

- Huguenot-Noel, R., Hunter, A. y Zuleeg, F. (2018). *Research for REGI Committee – Future links between structural reforms and EU cohesion policy*, Bruselas: European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels
- Juncker J.C. (2015). *Realizar la Unión Económica y Monetaria*. Bruselas: Comisión Europea.
- Kahn, M. (1 abril, 2020). Dutch PM faces Dissent at Home over Hardline Coronabonds Stance. *Financial Times*.
- Kassim, H, Peterson, J. Bauer, M.W, Connolly, S., Dehousse, R., Hooghe, L. y Thompson, A. (2013). *The European Commission of the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press.
- Krastev, I (2020). *After Europe*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Kelemen, D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L. y Uitz R. (30 mayo, 2020). La supremacía del derecho comunitario. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/opinion/2020-05-30/la-supremacia-del-derecho-comunitario.html>
- Kelemen, D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L. y Uitz R. (26 de mayo, 2020). National Courts Cannot Override CJEU Judgments [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>
- Kelemen, R.D. y Pech, L. (2019). The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, pp. 59-74.
- Kelemen, R. D. (2016). On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), pp. 136-150.
- Kirkegaard, J. F. (23 marzo, 2020). Europe is at last channeling Alexander Hamilton. Recuperado de <https://www.piiie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/europe-last-channeling-alexander-hamilton>
- Kochenov, D. y van Wolferen, M. (2018). Dialogical Rule of Law and the Breakdown of Dialogue in the EU. EUI Working Papers, Law 2018/01. Recuperado de [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/50764/WP\\_2018\\_1.pdf?sequence=1](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/50764/WP_2018_1.pdf?sequence=1)
- Koessler, K. (2020). Schwächt Covid-19 Italiens Regionen? Die Frage ist, ob die krisenbedingte Zentralisierung sich verfestigt. Recuperado de: <https://blogs.eurac.edu/covid-19/zentralisierung-italien/>.
- Kölling, M. (abril, 2020). Federalism and the COVID-19 crisis: A perspective from Spain. Forum of Federations. Recuperado de <http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2020/04/SpainCOVID1.pdf>
- Kölling, M. (31 julio, 2020). El Consejo Europeo extraordinario del 17 al 20 de julio de 2020: mucho ruido, muchas nueces y algunas sombras. Real Instituto Elcano *ARI* 100/2020.
- Kreuder-Sonnen, C. (2016). Beyond Integration Theory: The (Anti-)Constitutional Dimension of European Crisis Governance, *JCMS*, 54(6), pp.1350-1366.
- Kruma, K. (2009). Constitutional Courts in the Europeanisation of national constitutions, en *The Lisbon Treaty and National Constitutions. Europeanisation and Democratic Implications*, ed. Carlos Closa. RECON Report 9, ARENA Report 3/09, pp. 143-166.
- 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.
- Lacchi, C. (2016). Multilevel judicial protection in the EU and preliminary references. *Common Market Law Review*, 53(3), pp. 679–707.

- Lannoo, K. (6 junio, 2020). Coronavirus response turns EU agenda upside down. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/coronavirus-response-turns-eu-agenda-upside-down/>
- Lehmann, W. (2010). *European Democracy, Constitutional Identity and Sovereignty: Some Repercussions of the German Constitutional Court's Lisbon Judgment*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- Linde Paniagua, E. (2012). La mutación de la unión europea y de su derecho originario. La modificación del artículo 136 del TFUE y otros Tratados (Tratados Parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en Particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 23, pp. 87-104.
- López Garrido, D. (30 Julio, 2020). Cómo invertir 140.000 millones. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/opinion/2020-07-29/como-invertir-1400-millones.html>.
- Loughlin, J. y Peters, B.H. (1997). State Traditions, Administrative Reform and Regionalization. En J. Loughlin y M. Keating (eds.). *Political Economy of Regionalism* (pp. 42-62). Londres: Routledge.
- Lüer, C y Böhme, K. (2020). The EU Recovery Plan. A budget without a vision risks to increase inequalities. Recuperado de <https://territorialthinkers.eu/2020-07-kremer.html>
- MacCormick, N. (1995). The Maastricht Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*, 1(3), pp. 259-266.
- Macron, E. (26 septiembre, 2017). Initiative pour l'Europe - Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe Souveraine, Unie, Démocratique. París, 26 de septiembre de 2017.
- Mangas Martin, A. (2018). Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, pp. 813-831.
- Marks, G. y Hooghe, L. (2003). Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*. 97(2), pp. 233-43.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2015). El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, pp. 825-869.
- Martinico, G. (2016-2017). El federalismo y el relato del proceso de integración europea: una mirada rápida al origen del debate. *Eunomia*. Revista en Cultura de la legalidad, 11, pp. 44-62.
- Majone, G. (2000). The Credibility Crisis of Community Regulation *Journal of Common Market Studies*, 38(2), pp. 273-302.
- Mény, Y. (2014). Managing the EU crisis – Another Way of integration by Stealth. *West European Politics*, 37(6), pp.1336-1553.
- Meier-Beck, P. (11 mayo, 2020). Ultra vires?. Recuperado de: <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>
- Milbradt, G. (mayo, 2020). Federalism and the COVID-19 crisis: A perspective from Germany. Recueprado de <http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2020/04/GermanyCOVID.pdf>
- Monti, M. (2016). Future Financing of the EU. Final Report and Recommendations of the High-Level Group on Own Resources. Comisión Europea.
- Moravcsik, A. (2002). In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 40(4), pp. 603–24.
- Öberg, J. (2 junio, 2020). The German Federal Constitutional Court's PSPP Judgment: Proportionality Review Par Excellence. Recuperado de <https://europeanlawblog.eu/2020/06/02/the-german-federal-constitutional-courts-pspp-judgment-proportionality-review-par-excellence/>
- OCDE (2020). The Territorial Impact of Covid-19: Managing the Crisis Across Levels of Government. Recuperado de <https://read.oecd->

- ilibrary.org/view/?ref=128\_128287-5agkkojaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government
- Olesti Rayo, A. (coord.) (2013). Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea. Barcelona: Marcial Pons.
- Otero Iglesias, M. (1 abril, 2020). Europe's Coronavirus Identity Crisis. *Político*. Recuperado de <https://www.politico.eu/article/europes-coronavirus-pandemic-economic-identity-crisis-corona-bonds/>
- Palermo, F. (13 mayo, 2020). Is there a space for federalism in times of emergency? [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/>
- Pazos-Vidal, S. (27 febrero, 2020). Presupuesto Europeo, Regiones y Agricultura. *Agenda pública, El País*. <http://agendapublica.elpais.com/presupuesto-europeo-regiones-y-agricultura/>
- Pazos-Vidal, S. (17 junio, 2020). REACT EU and Reality. *Agenda pública, El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/react-eu-and-reality/>
- Pazos-Vidal, S. (14 abril, 2020). Federalismo Sanitario en tiempos de Coronavirus. *Agenda pública, El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/federalismo-sanitario-en-tiempos-de-coronavirus/>
- Pazos-Vidal, S. (2019). *Subsidiarity and EU Multilevel Governance. Actors, Networks and Agendas*. Abingdon: Routledge, 2019.
- Pérez Miras, A. (2019). Una posibilidad para evitar el Brexit: a propósito de la STJUE Wightman y otros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 31. Recuperado de [https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/09\\_MIRAS.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/09_MIRAS.htm)
- Pernice, I. (16 mayo, 2020). Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen? [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/sollte-die-eu-kommission-deutschland-wegen-des-karlsruher-ultra-vires-urteils-verklagen-pro/>
- Pernice, I. (2002). Multilevel Constitutionalism in the European Union. *European Law Review*, 27, pp. 511-529.
- Poiars Maduro, M. (6 mayo, 2020). Some Preliminary Remarks on the PSCP Decision of the German Constitutional Court [Entrada en blog]. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pscp-decision-of-the-german-constitutional-court/>
- Poiars Maduro, L.M. (2012). A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Paper No. 2012/11.
- Poiars Maduro, M. (2003). Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. En N. Walker, *Sovereignty in Transition* (pp. 501-537). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Pollicino, O. (2010). The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law? *Yearbook of European Law*, 29, pp. 65-111.
- Pollitt, C. y Bouckaert, G. (2017). *Public Management Reform: A Comparative Analysis - Into the Age of Austerity*. Oxford: Oxford University Press
- Popelier, P. (5 mayo, 2020). The impact of the Covid-19 crisis on the federal dynamics in Belgium, UACES Territorial Politics. Recuperado de <https://uacesterpol.wordpress.com/2020/05/05/the-impact-of-the-covid-19-crisis-on-the-federal-dynamics-in-belgium/>
- Poptcheva, E.M. (2014). *German Constitutional Court decisions on EU anti-crisis measures*. Bruselas: European Parliament Research Service.
- Pucher, J. y Martinos, H. (2018). *Administrative capacity of local and regional authorities: Opportunities and challenges for structural reforms and a more effective European economic governance*, Bruselas: Committee of the Regions.

- Ragone, S. (2011). Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 53-89.
- Requejo Pagés, J.L. (2016). *El sueño constitucional*. Oviedo: KRK Ediciones.
- Ritleng, D. (2016). Does the European Court of Justice take democracy seriously? Some thoughts about the Macro-Financial Assistance case. *Common Market Law Review*, 53(1), pp.11-33.
- Rodríguez Aguilera de Prat, C. (12 mayo, 2020). ¿Puede ser Alemania un problema para Europa? *Agenda pública, El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/puede-ser-alemania-un-problema-para-europa/>
- Rosas, A. (2019) The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg? *CEPS Policy Insights No 2019/03*. Recuperado de [http://aei.pitt.edu/97079/1/PI2019\\_03\\_AR\\_ECJ\\_0.pdf](http://aei.pitt.edu/97079/1/PI2019_03_AR_ECJ_0.pdf)
- Rubio, Eulalia (2018). *The MFF Proposal: What's New, What's Old, What's Next?* Paris: Jacques Delors Institute.
- Sarmiento, D. y Weiler, J.H.H. (1 de junio, 2020). The EU Judiciary After *Weiss* – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice. Recuperado de <https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-h-weiler/>
- Sarmiento, D. y Utrilla, D. (22 mayo, 2020) Germany's Constitutional Court has gone nuclear. What happens next will shape the EU's future. *Euronews*. Recuperado de <https://www.euronews.com/2020/05/15/germany-constitutional-court-gone-nuclear-what-happens-next-will-shape-the-eu-future-view>
- Sarmiento, D. (12 mayo, 2020). An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in *Weiss*? The Long Term and the Short Term. Recuperado de <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/>
- Sarmiento, D. (12 mayo, 2020). An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in *Weiss*? The Long Term and the Short Term. Recuperado de <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/>
- Sarmiento, D. (22 octubre, 2018). La suspensión cautelar de la reforma judicial polaca. *Agenda pública, El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/la-suspension-cautelar-de-la-reforma-judicial-polaca/>
- Sarrión Esteve, J. (11 mayo, 2020) Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿Es posible un constitucionalismo iliberal? [Mensaje en blog]. Recuperado de [http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog\\_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal-](http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal-)
- Schimmelfennig, F. (2018). European integration (theory) in times of crisis. A comparison of the euro and Schengen crises, *Journal of European Public Policy*, 25(7), pp. 969-989
- Sempere, P. (24 agosto, 2020). España dispondrá de 21.000 millones de euros de SURE para costear los ERTE. *Cinco Días*.
- Torres Pérez, A. (2014). Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue. *European Constitutional Law Review*, 10, pp. 308-331.
- Treib, O. (2020). Euroscepticism Is Here to Stay: What Cleavage Theory Can Teach Us About the 2019 European Parliament Elections. *Journal of European Public Policy*, pp. 1-16.
- Tribunal de Cuentas Europeo (2019). *Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas: Medidas Necesarias Para Garantizar el Pleno Éxito del FEIE*. Luxemburgo: Unión Europea.

- Tribunal de Cuentas Europeo (2018). *Special report no 03/2018: Audit of the Macroeconomic Imbalance Procedure (MIP)*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Thomas, F. Goga, S. y Ionescu-Heroiu M. (2018). *Rethinking Lagging Regions: Using Cohesion Policy to Deliver on the Potential of Europe's Regions*. Washington: World Bank.
- TJUE (8 de mayo, 2020). Press release following the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020, Press Release No 58/20. Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf>
- Valero, J. y Michalopoulos, S. (16 marzo, 2020) Commission proposes shutting down EU's external borders for 30 days. *Euractiv*. Recuperado de <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/eu-executive-proposes-shutting-down-blocs-external-borders-for-30-days/>
- Vanhercke, B., Zeitlin J. y Zwinkels, A. (2015). Further Socializing the European Semester: Moving Forward for a 'Social Triple A'? Report prepared for the Luxembourg Presidency of the Council of the European Union. Bruselas: European Social Observatory.
- Vasagar, J., Spiegel, P., Chassany, A. (30 julio, 2015). Schäuble outlines plan to limit European Commission powers, *Financial Times*.
- von Bogdandy, A. y Ioannidis, M. (2014). Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done. *Common Market Law Review*, 51(1), pp. 59-96.
- Von der Leyen, U. A Union that strives for more. My agenda for Europe. Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024. Recuperado de [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf)
- Von der Leyen, U. (10 de mayo, 2020). Statement by President Von Der Leyen. Recuperado de [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_20\\_846](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_846)
- Wallerman, A. (2016). Towards an EU law doctrine on the exercise of discretion in national courts? The Member States' self-imposed limits on national procedural autonomy. *Common Market Law Review*, 53(2), pp. 339-360.
- Weiler, J. H. (2000). The Constitutional Architecture of the European Union: The Principle of Constitutional Tolerance. *SPIRIT*. University of Copenhagen.
- Werner, B. (2016). Why is the Court of Justice of the European Union not more Contested? Three Mechanisms of Opposition Abatement, *JCMS*, 54(6), pp. 1449-1464.
- Wilkinson, M. (6 mayo, 2020). Fight, flight or fudge? Recuperado de <https://verfassungsblog.de/fight-flight-or-fudge/>
- Zbiral, R. (2012). Czech Constitutional Court, judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12. *Common Market Law Review*, 49(4), pp. 1475-1492.
- Zeitlin, J., y Vanhercke, B. (2014). *Socializing the European Semester? Economic governance and social policy coordination in Europe 2020. SIEPS report, 2014 (7)*. Estocolmo Swedish Institute for European Policy Studies.
- Ziller, J. (2020). L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne, *Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020*.

# La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas

## Adaptation to the European Higher Education Area, after 13 years: the destruction of knowledge at Spanish universities

Esther Pomares Cintas

*Universidad de Jaén*

ORCID ID 0000-0001-6533-6873

[epomares@ujaen.es](mailto:epomares@ujaen.es)

Francisco Javier Álvarez García

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID 0000-0001-6052-6598

[franciscojavier.alvarez@uc3m.es](mailto:franciscojavier.alvarez@uc3m.es)

### Cita recomendada:

Pomares Cintas, E. y Álvarez García, F.J. (2020). La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 184-213.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5708>

Recibido / received: 17/07/2020

Aceptado / accepted: 18/08/2020

### Resumen

Exponen los autores la evolución de la Universidad pública española a lo largo de los últimos treinta años, subrayando cómo el interés por convertir los estudios superiores en un objeto más de obtención de beneficios llevó en Europa a los grupos inversores internacionales a una transformación de la Universidad que se plasmó en el «Plan de Bolonia». Este modelo se integra dentro del objetivo del «mercado común» europeo, o lo que es lo mismo, concibe la Universidad como una «mercancía» más. En ese sentido, el «sistema Bolonia» ha servido de plataforma idónea para canalizar inversiones capaces de generar pronto réditos y recuperaciones de la inversión: disminuye la duración de los estudios y su profundidad, construyendo los planes sobre la base de conocimientos genéricos y «muy prácticos», con capacidad de «intercambio en el

mercado». Encarna un cambio de paradigma de perfil empresarial en doble dirección: el estudiante como cliente y la figura burocratizada del docente-dador de clases.

La idea de una Universidad entendida como una mera «formación profesional» despojada de cualquier inquietud transformadora del mundo se ha desarrollado en España bajo el auge de universidades privadas, impulsadas desde mediados de la década de los 90, que ha contribuido a deteriorar gravemente la calidad de la enseñanza, pervirtiendo, asimismo, el sistema de recluta del profesorado hasta lograr convertirlo en funcional a ese modelo: un procedimiento radicalmente burocrático, en el que tiene un peso específico el perfil del docente en tareas muy alejadas de la docencia e investigación, cuya producción se sujeta a valoraciones preeminentemente formales basadas en decisiones editoriales. Ello ha provocado una multiplicación de publicaciones bajo la lógica de la «uniformidad» y, sobre todo, la «funcionalidad» al mercado. Paralelamente, con la indisimulada intención de impulsar los centros privados, se ha recortado el presupuesto de las universidades públicas, el de la investigación en los centros públicos, y se ha precarizado al profesorado universitario hasta límites inaceptables. La Universidad pública, condenada al ostracismo.

Los autores ponen de relieve la necesidad de llevar a cabo, con fondos públicos, un rescate urgente de la Universidad española pública, para restaurarla desde sus cimientos y que pueda, así, contribuir a un cambio de modelo de desarrollo económico del que tan necesitada está España, que incluso permitirá sobrevivir con mayor solvencia a futuras pandemias.

### Palabras clave

Rescate de la Universidad pública, Mercado común europeo, Plan Bolonia, Universidad virtual, universidades privadas, selectividad, calidad del profesorado universitario, ANECA, reforma universitaria.

### Abstract

*The authors present the evolution of the Spanish Public University over the last thirty years, underlining how the interest in making higher education an object of further profit-making led international investment groups in Europe to a transformation of the University that was embodied in the «Bologna Plan». This model fits into the objective of the European «common market», or what is the same, conceives the university as just another commodity. In this sense, the «Bologna system» has served as an ideal platform for channelling investments capable of generating early returns and recoveries from investment: it reduces the duration of studies and their depth, building the plans on the basis of generic knowledge and «very practical», with the ability to «exchange in the market». It embodies a paradigm shift of business profile in two directions: the student as client and the bureaucratized figure of the teacher-giver of classes.*

*The idea of a university understood as a mere «vocational training» deprived of any transformative initiative of the world has developed in Spain under the rise of private universities, driven since the mid-1990s, which has contributed to a serious deterioration in the quality of teaching and has also perverted the system of recruiting teaching staff to the point of making it functional: a radically bureaucratic procedure, in which the teacher's profile in tasks very different from teaching and research has a specific weight, whose production is subject to pre-eminently formal valuations based on editorial decisions.*

*This has led to a multiplication of publications under the logic of «uniformity» and, above all, market «functionality». At the same time, with the clearly intended of boosting private institutions, the budget of public universities, and the research in public institutions, has been cut, and university teaching staff has been made precarious to unacceptable limits. The public university, ostracized. The authors emphasize the need to carry out, with public funds, an urgent rescue of the public Spanish University, in order to restore it from its foundations and thus contribute to a change in the economic development model that Spain needs, which will even allow to survive future pandemics with greater solvency.*

### Keywords

Rescue of Public University, European «common market», Bologna Plan, virtual university, private universities, selectivity process, quality of the university's teaching staff, ANECA, university reform.

SUMARIO. 1. El «Acervo» de Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). 1.1. La reforma universitaria española y la problemática adaptación al sistema EEES. 1.1.1. La reestructuración de la formación universitaria bajo el eje de la liberalización: una convergencia a la baja. 1.1.2. La Universidad pública como empresa (privada). 1.2. Perfil del alumnado y del profesorado universitario adaptado al sistema de los créditos ECTS. 1.3. El docente comprometido con el conocimiento también es víctima del sistema. 2. Adaptación de la Universidad al sistema de mercado: la función de educar como herramienta. 3. ¿Una nueva reforma? Proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación de las enseñanzas oficiales del Sistema Universitario Español. 4. De templo del saber a negocio indisimulado: la Universidad como una *commodity* más. 4.1. La instalación de las universidades privadas en España. 4.2. Las nuevas “universidades basura”. 4.3. La apuesta de los inversores por los estudios universitarios. 4.4. La Universidad *on line*, pieza funcional del sistema: la muerte de la implicación del docente en la enseñanza universitaria. La distancia para todo. 4.5. A modo de conclusión de este epígrafe. 5. La reducción de la duración de las licenciaturas y sus precedentes. 6. La transformación de los estudiantes. 6.1. Las pruebas de acceso a la Universidad. 6.2. Selectividad de «clase». 6.3. El Estado Social abandonado. 7. El cambio en el acceso a la función del profesorado universitario. 7.1. Introducción. 7.2. Historia antigua. 7.3. La Edad moderna. 7.4. La Edad contemporánea: sistema de acreditaciones ANECA. 7.5. La precarización del profesorado universitario en la Universidad pública. 8. A modo de conclusión: hacia el rescate de la Universidad pública española.

## 1. El «acervo» de Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)

La Universidad española ha experimentado una profunda metamorfosis en los últimos 20 años, condicionada por la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999 y la irrupción del sistema EEES (la Estrategia de Lisboa, 2001), que condujeron a la sustitución de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), y su posterior reforma por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, como exigencia de adaptación al nuevo espacio educativo europeo.

A partir de la Declaración de la Sorbona de 25 de mayo de 1998, se inicia un proceso de aproximación de los sistemas nacionales de educación superior de los Estados miembros de la Unión Europea, cuyo impulso definitivo tiene lugar con la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999<sup>1</sup>. El objetivo principal de ambas era promover la creación de un Espacio Europeo de Educación Superior que permitiría la homologación y el reconocimiento de Títulos, requisito imprescindible para una libre circulación de ciudadanos europeos de formación cualificada capaz de incrementar la competitividad económica en el mercado europeo.

<sup>1</sup> Vid. [http://www.eees.es/pdf/Bolonia\\_ES.pdf](http://www.eees.es/pdf/Bolonia_ES.pdf).

## 1.1. La reforma universitaria española y la problemática adaptación al sistema EEES

Con objeto de amoldar las estructuras de los estudios al EEES, las modificaciones decisivas se llevaron a cabo a partir de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), que emprende un proceso de reestructuración a través de los siguientes ejes funcionales:

- Un sistema educativo dividido en ciclos (Grado, *Master* y Doctorado), que implica un particular sistema de créditos y la implantación de nuevas metodologías docentes.
- Liberalización de los Planes de Estudios de las Titulaciones.
- Creación de mecanismos externos de evaluación de la calidad de los programas y enseñanzas de las Universidades.
- El establecimiento de un sistema de evaluaciones/acreditaciones positivas en torno a diferentes perfiles laborales de personal docente e investigador, que se consolida a través de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades: colaborador, ayudante doctor, contratado doctor, asociados.
- Creación de mecanismos institucionales externos de evaluación de la calidad de la actividad investigadora, docente y de gestión: especialmente, la Agencia Nacional de la Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) a nivel nacional, y las agencias evaluadoras de las Comunidades Autónomas<sup>2</sup>.

La integración del sistema universitario español en el EEES, a partir de las premisas marcadas por la LOU, se completa por efecto de otras herramientas legislativas, entre ellas:

- Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.
- Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (modificado por Real Decreto 861/2010, de 2 de julio, Real Decreto 43/2015, de 3 de febrero, y otros posteriores), que establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales adaptadas al EEES.
- Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (modificado por Real Decreto 43/2015 de 3 de febrero).
- Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado.

---

<sup>2</sup> Véase la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa.

### 1.1.1. La reestructuración de la formación universitaria bajo el eje de la liberalización: una convergencia a la baja

En realidad, la pretensión de facilitar la movilidad de los estudiantes y profesionales en el espacio europeo no se compadece bien con un proceso de convergencia que no buscaba una equiparación de estructuras o contenidos (Belloso Martín, 2009, pp. 219-251). En España, las Universidades renunciaron a una regulación uniforme de los planes y contenidos en cada Titulación. Se liberalizaron los Planes de Estudio bajo una misma «consigna»: la configuración del Grado –como sustituto de la Licenciatura– debía recortarse y apoyarse sobre una formulación académica generalista en la etapa inicial, basada en conocimientos generales que orientarán a la preparación profesional (Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre) y durante un tiempo que también se reduce. Se ofrece una «formación general» por debajo del acervo formativo. Una convergencia a la baja.

El procedimiento de adaptación estuvo viciado desde el inicio, en la medida en que se llevó a cabo presidido por la idea de liberalizar –bajo la premisa de distribución de una cantidad de créditos asociados a cada Grado– los propios planes de estudio de los Grados. Así, las facultades emprendieron una carrera contrarreloj bajo la prevalencia de tres ejes:

- Competitividad entre las propias Universidades públicas: las asignaturas ofertadas y su distribución variaban de una a otra.
- Competitividad respecto de la Universidad privada a la hora de la oferta de Grados y su extensión.
- Lucha por cuotas de créditos en la esfera interna de cada Facultad, dentro de una misma Universidad. Dada la amenaza cierta del recorte de contenidos del Grado y de su duración, los departamentos se lanzaron a una dura negociación –cuerpo a cuerpo– por preservar cuotas de presencia en los Planes de estudios<sup>3</sup>.

De lo que al parecer se trata es de repartirse un botín –los llamados «créditos»– entre las diversas áreas o departamentos, pues cada uno (cada representante de los mismos) supone que su poder académico depende (o dependerá en el futuro) de eso (Atienza Rodríguez, 2009).

- Los resultados de las negociaciones podían conducir –solo con el objetivo matemático de ajustarlas– a un Plan de Estudios basado en el desconcierto y el desbarajuste de asignaturas recortadas, dado que lo que debiera ser lo más importante –el diseño de los estudios de los alumnos– no era, frecuentemente, lo considerado más trascendente por los «negociadores», puesto que el objeto real de la pugna eran las cuotas de poder de los profesores<sup>4</sup>.

Verbigracia: en la elaboración de los Planes de Estudios de la Titulación de Derecho de la Universidad de Jaén, se realizaron gestiones para tratar de trasladar, por motivos de necesidad de madurez jurídica previa de los alumnos, la asignatura «Derecho Penal- Parte General» al Segundo Curso. Tras una propuesta en ese sentido y la correspondiente discusión en el seno de la Comisión, no se logró ese objetivo por no «cuadrar» dicha incorporación con la suma de créditos por cuatrimestre y año académico. Dada la importancia fundamental del Derecho Penal

<sup>3</sup> Ciertamente estas «luchas» ya se habían visto anteriormente en algunas licenciaturas de «reciente» implementación, no así en las que arrastraban planes de estudios desde la década de los 50 o 60 del pasado siglo.

<sup>4</sup> Nada les importó a los catedráticos apiñar en un solo curso un buen número de asignaturas fundamentales, si con ello lograban mantener una buena parcela de influencia para sus asignaturas. Véase Laporta San Miguel (2010, pp. 7 y ss.).

para la carrera de Derecho, desdoblarse la asignatura en dos períodos (como se había hecho en el Plan previo al del 2002) no se ajustaba tampoco a la distribución numérica del nuevo sistema de créditos a repartir entre los cursos académicos, una opción que bloqueaba, además, la posibilidad de mantener una asignatura como Derecho penal económico. Pues bien, el resultado del acceso prematuro a la asignatura no es sino una enorme bolsa de frustración para superar una de las materias más complejas de la carrera, lo que acarrea, a su vez, problemas para poder acceder con solvencia al resto de las disciplinas ligadas con el Derecho Penal.

### 1.1.2. La Universidad pública como empresa (privada)

Partiendo de estas premisas, se encapsulan los contenidos genéricos del Grado para integrar lo que se ha entendido por «contenidos específicos» (muchos de ellos ya se encontraban incorporados en las Licenciaturas de sistemas anteriores) bajo la modalidad de *Master*, un ciclo de formación especializada y «privativa», inspirada en la «rentabilidad» aplicada también a la Universidad pública: se liberalizan los precios en todo el territorio nacional, que varían según Universidad, y lanzan a la Universidad pública a la carrera de la competitividad con la Universidad privada, transformando al alumnado que puede acceder al Postgrado en «clientela» de la Universidad. Un grave retroceso que convierte en «elitista» un sistema de especialización (Postgrado) que, por otra parte, tampoco garantiza un saber integral, sólo sesgado. Es un modo de convertir la enseñanza universitaria, particularmente en la Universidad pública – que debía ser la depositaria de la calidad–, en un servicio privativo: una manifestación más del deterioro y privatización del sistema educativo público, que discurre paralelo al deterioro del resto de los servicios públicos esenciales<sup>5</sup>.

Dado que la enseñanza universitaria se gestiona tras la lógica mercantil, desregulando la oferta de titulaciones y liberalizando los precios del Postgrado, la Universidad como institución se somete a la estricta vigilancia del mercado, a la evaluación de las titulaciones a través de las agencias externas, «guardianas de la calidad», la European Association for *Quality Assurance in Higher Education* (ENQA) a nivel europeo y la ANECA y las Agencias Autonómicas en España. La ANECA, a través del Programa VERIFICA, propone criterios ajenos al mundo académico y propios del ámbito económico tales como la inserción laboral de los titulados, la presencia de docentes en contacto con el sector profesional o la «demanda social» de las titulaciones, en definitiva, su adaptabilidad a las «demandas» del sistema neoliberal: un paradigma de «calidad» que dificulta la subsistencia de títulos ajenos a esa lógica (Belloso Martín, 2009, pp. 219 y ss.)<sup>6</sup>. A su vez, el sistema ANECA, con sus estrategias de retroalimentación basadas en la implementación de «sellos de calidad» y «certificados de excelencia» orientados a una Universidad pública concebida como empresa (privada), comienza a burocratizar de modo interminable los procesos de evaluación, despilfarrando recursos en tareas absolutamente absurdas y banales. A eso se ha dedicado la Universidad desde el proceso de adaptación al Plan Bolonia: recuérdese la pérdida de un tiempo valioso y de dinero tras el auge de los

<sup>5</sup> El aparato normativo de que se han dotado las administraciones educativas en España, para salvaguardar la correcta implementación del EEES, les permite depurar convenientemente cualquier atisbo de «rebeldía» frente a esa nueva concepción de la Universidad como empresa. Las autoridades autonómicas competentes y la propia ANECA se encargan de comprobar si las memorias de creación /verificación de las titulaciones satisfacen «los intereses socioeconómicos de la Comunidad Autónoma», las «necesidades del mercado», si fomentan «el espíritu emprendedor y el autoempleo» y, por supuesto, si son, además, viables económicamente (vid., por ejemplo, la Orden de 20 de marzo de 2012, que desarrolla el Decreto 222/2011, de 2 de diciembre, sobre autorización de titulaciones oficiales en el Sistema Universitario de Galicia).

<sup>6</sup> Téngase en cuenta la lamentable pérdida de peso del Área de las Humanidades por su falta de reflejo en los mercados.

Congresos «pedagógicos» y cursos sobre los métodos docentes –y la inversión presupuestaria que supuso– para enseñar la premisa: el recorte de la propia formación universitaria y la precarización de la calidad de la Universidad española.

En síntesis, asistimos a un modelo que aplica a la Universidad pública, a la enseñanza universitaria, un filtro mercantilista bajo el eje prioritario de la «rentabilidad» de un servicio público esencial. La adaptación al plan Bolonia ha servido para canalizar sin tapujos ese paradigma, invadiendo con él las entrañas de la función de la enseñanza pública superior (Moreno, 2009)<sup>7</sup>.

La implantación del sistema EEES ha caminado de modo paralelo al discurso de la crisis económica del último decenio y la política de austeridad en el gasto público impulsada desde la Unión Europea, que ha afectado gravemente al sistema educativo: a la Universidad pública. Ha generado un escenario neurótico en términos de competitividad entre las Titulaciones y Másteres de las universidades públicas y entre éstas y las privadas, hasta el punto de mercantilizar la formación básica del estudiante a través de la «negociación» de los planes de estudios dejados en manos de las propias universidades. Los Planes de Estudios recortan asignaturas de formación básica para el entendimiento global de la Titulación, reservando contenidos a los Programas de especialización en la forma de Másteres financiados por el alumnado. En consecuencia, hay menos créditos para repartir (menos asignaturas de la Titulación) y, bajo el pretexto de la crisis, se socializan las pérdidas mediante el aumento de la carga docente<sup>8</sup>. A su vez, la adaptación al sistema EEES mediante la LOU y la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, y su acervo posterior al hilo del «modelo económico de la crisis», condujo al «recorte de las plantillas del profesorado», a la resistencia por la Universidad pública a las contrataciones de carácter permanente, al cierre de la Universidad a las nuevas generaciones<sup>9</sup>, la disminución de Doctorados y del estímulo para emprender la carrera académica. Efectos drásticos que no garantizan, en ese contexto, la calidad: al contrario.

Por último, el «acervo de Bolonia», formado por un conjunto de comunicados y declaraciones posteriores, persigue también un cambio de lenguaje en el sistema educativo, interviniendo en la «calidad» e «idoneidad» de los métodos docentes.

### 1.1.2. Perfil del alumnado y del profesorado universitario adaptado al sistema de los créditos ECTS

La integración del sistema EEES invade también otros espacios, los reservados al plano de la impartición de la docencia universitaria: pretende cambiar el paradigma desde el que situar al profesor en relación con la transmisión de conocimientos y en relación con el alumnado. Se desplaza el elemento central al «proceso de aprendizaje», que trasciende el de la enseñanza de conocimientos. Ese proceso «pedagógico» se desglosa a través de un vocabulario que se «obliga» a incorporar en la elaboración de los Planes de Estudios y las Guías Docentes de las asignaturas: «resultados de aprendizaje»/«destrezas»/«competencias» (Recomendación 2008/C 111/01/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a

<sup>7</sup> Véanse algunos criterios de los «Contratos-Programa», como fuente de financiación de los Departamentos, basados también en el porcentaje de aprobados de la clientela –alumnos.

<sup>8</sup> En este sentido, el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público, obligó a las universidades a imponer medidas de «sostenibilidad financiera» si querían acceder a transferencias con cargo a los presupuestos de las autonomías, las cuales intervinieron de hecho los gastos de las universidades incluidos, y sobre todo, las de personal.

<sup>9</sup> La media de edad del profesorado es escandalosamente alta como resultado de la falta de integración de las nuevas generaciones, como consecuencia de la falta de becas y de contratos de primera incorporación.

la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente). Gravemente preocupante es, pues, el protagonismo que se otorga al «aprender a aprender»<sup>10</sup>, es decir, adquirir competencias particulares para desenvolverse en el medio empresarial –*training*– de modo que la adquisición del conocimiento en sí, de los contenidos materiales, queda en un plano secundario. En realidad, es una lógica que responde a la dinámica empresarial que prefiere trabajadores dóciles y no conflictivos, subrayando aquellas competencias que aseguran la productividad del trabajador: las competencias

más valoradas por los empleadores, según informes realizados, son las denominadas competencias de personalidad, principalmente iniciativa, responsabilidad, disponibilidad, capacidad de adaptación al cambio y movilidad geográfica, saber desenvolverse en situaciones sociales y fácil inclusión en los grupos, presencia y aceptación de la autoridad (Moreno, 2009, p. 30).

Son similares los procedimientos pedagógicos en la Enseñanza Secundaria pública y que han determinado el desmoronamiento del acervo educativo y cultural de los alumnos que luego acceden a la Universidad.

Este lenguaje de la «pedagogía de las competencias», que parece convertirse en un fin en sí mismo en el sistema educativo<sup>11</sup>, suscita un cambio en el rol del docente que se ve desplazado de las clases magistrales, de su entidad presencial, para asumir una función de «facilitar el conocimiento– para que el alumnado-cliente se forme autónomamente. Éste se convierte en «estudiante inversor» que pretende rentabilizar la titulación obtenida (Moreno, 2009, p. 36).

Ahora bien, este entendimiento de la docencia universitaria provoca un giro en la estructura de los estudios universitarios hasta el punto de influir sobre la medición de los créditos en los que se distribuyen los ciclos de los Grados y los de las Asignaturas. Se introduce el lenguaje mercantilista de la Unión Europea en torno a los conocimientos: el «crédito ECTS» (*European Credit Transfer System*) como «unidad de medida común» del «haber académico» para diseñar las titulaciones en el marco del EEES. A diferencia de créditos que computan las horas de clase, de este modelo de medición debe incluir el número de horas de trabajo autónomo que se estima que el estudiante debe realizar para conseguir los resultados del aprendizaje previstos en las asignaturas de la Titulación. Un crédito ECTS representará entre 25 y 30 horas de trabajo y cada curso académico se compondrá de un máximo de 60 créditos (art. 4. Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre), lo cual supone un total de 40 horas de trabajo semanales.

El detrimento de la calidad de la formación del alumnado se ha visto determinado también por los criterios de distribución de las asignaturas, no por

---

<sup>10</sup> Los pedagogos, por medio de las agencias nacionales y autonómicas, han pulverizado la enseñanza con una batería de lenguaje vacío y estúpido frente al cual el inolvidable “segmento de ocio” se constituye en inteligente recuerdo. Una y otra vez se idean impresos llenos de lenguaje que nada significa, pero que parece tiene la misión de aparentar un razonamiento profundo sobre la materia de que se trate. Ejemplo máximo de la vacuidad lo ofrece la ANECA con los expedientes que obliga a formar para acreditar titulaciones, en los que, una y otra vez, obliga a las universidades públicas a certificar que cuentan con baños, sistemas de calefacción, agua corriente..., con las especificaciones técnicas correspondientes, pero nada pregunta sobre la «inteligencia».

<sup>11</sup> Ésta ha sido la fundamental contribución de los pedagogos –no de todos, porque los hay conscientes de la problemática tras el sistema EEES, sino de aquellos oficialistas que han logrado hacer pingües negocios durante el tiempo de imposición del acervo de Bolonia, a costa de la enseñanza universitaria: durante estos años de «Asalto de la Peor Pedagogía» a la enseñanza universitaria, ha sido frecuente contemplar cómo personas subcontratadas que acaban de terminar su carrera universitaria impartían instrucciones sobre cómo «dar clases» y asumir liderazgo a avezados catedráticos con decenas de años de docencia. Véase García Amado (2009).

semestres sino por cuatrimestres, que, en la práctica, se reducen a tres meses para titulaciones de 4 años como la de Derecho (que, incluso, en nombre de la competitividad y rentabilidad, se pretende en un futuro próximo reducir a 3), a lo que hay que añadir, a su vez, el recorte del número de horas teóricas. Una «fórmula anticualidad» que cabe completar con la masificación real de los grupos (al menos en Derecho) en las Universidades públicas que revierte contra todo atisbo de esperanza de una forma de impartir una docencia digna: no se ha reducido el número «efectivo» de alumnos en clase porque no ha aumentado el número de grupos. Precisamente éste debía haber sido el principal factor a combatir en la Universidad pública, pero la creación de más grupos comprometería la ampliación de la plantilla: actualmente, la *ratio* docente-alumnado sigue descompensada<sup>12</sup>. Supera con creces los 50 alumnos por grupo. No obstante, los indicadores oficiales (formales) disfrazan ese problema, porque no se contabiliza el número del alumnado repetidor, que, en asignaturas básicas de la Titulación de Derecho, como la «Parte General del Derecho penal», suele ser alto, arrastrando con ello el fracaso de las siguientes asignaturas penales; y lo mismo sucede con otras materias que tengan una estructura similar.

### 1.3. El docente comprometido con el conocimiento también es víctima del sistema

El proceso de adaptación al sistema EEES no sólo ha condenado al docente a una excesiva burocratización –no hay día que no haya que rellenar veinte complejos e inútiles papeles<sup>13</sup>–, sino que se pone en cuestión el derecho fundamental a la libertad de Cátedra (art. 20.1. c. CE) (*Vid.* European University Association, 2005, p. 44) en torno a la metodología de la materia de la asignatura, las técnicas docentes y los métodos de evaluación. Problema que se acentúa cuando se comparte con otros docentes una asignatura que se distribuye en diferentes grupos: debe coincidir la guía docente en esos extremos.

Son muchos los obstáculos a los que debe enfrentarse el docente (bajo el múltiple perfil «docente-investigador-gestor-burócrata») si desea transmitir una enseñanza de calidad, tarea que deviene práctica y materialmente imposible, pues el docente responsable se opondrá a un contenido reductivo y simplificador de la formación, intrínsecamente contrario a una mínima idea de calidad de la enseñanza.

Esto debe interpretarse a la luz de lo que no ha sido más que una progresiva conversión de los profesores en «dadores de clases» cuya cualificación no importa<sup>14</sup>. Así, los mismos becarios, es decir, personas que acaban de terminar la carrera y se incorporan con becas de investigación a la Universidad, son encargados inmediatamente –constituye exigencia de su condición– de impartir clases, a pesar de su incipiente formación. Incluso, en esa distribución absurda que se hace de la

<sup>12</sup> Es cierto que el número de estudiantes por grupo en los años 80, 90 y 2000, llegó a alcanzar, en las universidades grandes, hasta varios cientos de personas. Sin embargo, el nuevo sistema de Bolonia se construía, teóricamente al menos, sobre una reducción radical del número de estudiantes.

<sup>13</sup> Debe tenerse en cuenta que la política de ahorro de costes para obtener una mayor rentabilidad de las universidades públicas ha terminado con convertir buena parte del tiempo de los profesores en «tiempo administrativo», de esa forma se ahorra un puesto de trabajo de baja cualificación aunque sea a costa de emplear «tiempo investigador», mucho más cualificado, en «tiempo burocrático».

<sup>14</sup> Bellosó Martín (2009, pp. 244 y ss.) recoge una idea que nos parece importante subrayar: la del extraordinario/exagerado/poco realista grado de compromiso profesional que los nuevos «métodos y técnicas de estudio y de aprendizaje» requieren de docentes que, son al propio tiempo, no se olvide, investigadores y gestores. En efecto, en el EEES, el profesor universitario sigue desempeñando tareas investigadoras de las que depende su promoción profesional así como su financiación. El llamado sistema «Bolonia» parece concebido de espaldas a esa realidad o pensado para departamentos excedentarios o con poca carga docente, con personal capaz de actualizarse en relación a las tecnologías de Información y Comunicación (TICs), de desarrollar la variedad de métodos y técnicas de estudio y de aprendizaje y de realizar tareas de investigación con el grado de dedicación que se exige en la actualidad: pero nada de esto existe.

docencia, de acuerdo con la cual el profesor está en función de la organización y no al contrario, es corriente que el catedrático imparta las clases meramente prácticas y sea el becario recién entrado el que se ocupe de las clases «magistrales». Éste es el lamentable estado al que se ha llevado a la Universidad española.

El recorte de contenidos medidos por unidades ECTS encapsula, asimismo, los tiempos de enseñanza-aprendizaje y reduce los tiempos efectivos de docencia presencial. Pero no solo eso. También obstaculiza el desarrollo de la «vida universitaria más allá del Aula», más allá del periodo de docencia, que, sin duda, enriquece la formación universitaria. Hoy, promover la asistencia del alumnado a un congreso, unas jornadas, una conferencia o un seminario, requiere acudir a «estrategias premiales» (canje por créditos) o a una indeseada asistencia obligatoria por decisión del docente. Una situación que desmotiva la figura del docente como capacitador de vocaciones y de estimulaciones intelectuales, y que el propio sistema no computa como «dedicación académica» ni carga docente. El sistema está contaminado y presidido por la avidez de obtener con rapidez un título basado en el seguimiento fácil de «esquemas» y «apuntes».

En definitiva, asistimos en España a una concepción de la Universidad pública que se gestiona como una empresa, y que también ha mercantilizado la producción científica del docente-investigador, empobreciéndola hasta niveles verdaderamente insoportables.

La valoración de la actividad investigadora, que se reclama «al peso», también ha sido sometida a un enjambre burocrático, bajo la idea de la «meritocracia mercantil» en el acceso a las figuras docentes; la unidad de medida de la calidad de la producción científica se basa en el lenguaje de «percentiles» o «cuartiles» de la revista en la que se publica y el grado de «impacto», sin entrar a valorar, por parte de las agencias evaluadoras, la calidad del contenido de lo que se publica<sup>15</sup>. A lo que se une la necesidad de sufragar el coste de las propias publicaciones<sup>16</sup>.

## 2. Adaptación de la Universidad al sistema de mercado: la función de «educar» como herramienta

Bajo el prisma de la rentabilidad, la Universidad española camina al servicio de las demandas laborales y económicas, se orienta hacia la «empleabilidad» en un sistema de mercado de trabajo que es estructuralmente precario (sin hablar de las pruebas deficientes de acceso a la Judicatura o al ejercicio de la Abogacía en el caso de la carrera de Derecho). Un modelo de Universidad que se gestiona como una empresa preparada para reproducir esa reconocida precariedad colabora, a su vez, en el mantenimiento de ese *statu quo*. Se institucionaliza así la condición de precariedad a

<sup>15</sup> Muchos científicos e instituciones se están rebelando frente a este estado de cosas, un movimiento que impulsó la Declaración de San Francisco, DORA, que valora el impacto social y la relevancia del contenido de las publicaciones (<https://sfdora.org/read/es/>).

<sup>16</sup> Todo ello al margen de que reacias las autoridades docentes españolas a aceptar la crítica que, desde hace años, en todo el mundo, se ha dirigido contra las evaluaciones formales, ha tenido que ser una Sala, no especialmente progresista, del Tribunal Supremo, la de lo contencioso-administrativo, la que haya dictado una resolución según la cual «lo importante no es el envoltorio sino la sustancia»; ha tenido que ser el Tribunal Supremo quien se lo recordara a los gestores universitarios (STS, Sala 3ª, 986/2018, de 12 de junio: «...las investigaciones, las aportaciones presentadas por los interesados, no pueden dejar de examinarse sólo por el hecho de que no se publicaran en las revistas o medios incluidos en los índices o listados identificados en la resolución de 26 de noviembre de 2014. Ni tampoco están excluidos por esa sola razón de la máxima valoración permitida por la Orden de 2 de diciembre de 1994. Dependerá de su contenido la evaluación que merezcan. Y a ello han de referirse el comité de expertos o los especialistas en los informes que emitan al respecto y en los que se fundamente la decisión de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora»).

la que la mayor parte del estudiantado está abocado (Belloso Martín, 2009, *ibídem.*).

Por tanto, estamos siendo testigos de un sistema que encorseta el aprender, aderezándolo con el lenguaje de las «competencias y destrezas», y lo transforma en «educar». La función de la docencia queda reducida a la de «educar-sin cuestionar» bajo el eje del encapsulamiento de contenidos y tiempos. Un sistema que ha dejado en el exilio ese otro modelo del saber, de cuestionar y plantear alternativas. Viéndolo ahora con cierta perspectiva, se ha sustraído al alumnado de sus potenciales capacidades, la primera de ellas, la «curiosidad» como estímulo, además de la capacidad de construir y sistematizar pensamientos abstractos, de un «querer saber» más allá del aprendizaje funcional de mercado, incluso de poder pensar (reflexionar) un examen de contenidos sin la premura del lenguaje de *test*<sup>17</sup>. El alumnado se encuentra «milimetrado» en todas las facetas de una vida universitaria estructuralmente empobrecida: la vertiente de su trabajo autónomo también se encapsula. ¿Cómo asumir conceptualmente un modelo de Universidad que calcula y regula las horas de aprendizaje como si el estudiantado fuera menor de edad?

El objetivo es formar tecnócratas –de perfil «bajo» de contenidos genéricos– tras el eje de la meritocracia de cariz mercantil, una suerte de molde de fábrica recortado en serie. Una concepción funcionalista de la Universidad, que educa para mantener los objetivos y el sistema del mercado que discurre estructuralmente por líneas de precariedad en todos los órdenes.

Por ello, también, se ha excluido toda posibilidad de acudir al pensamiento crítico desde sus mismos cimientos, y eso se hace, sencillamente, a base de robar cualquier espacio para su formulación: las clases se han sustituido por un cronograma radicalmente empobrecedor, en el que hay que dar contenidos elementales bajo la espada del reloj, apoderando al mismo tiempo a los alumnos colaboracionistas para que denuncien inmediatamente al profesor que se salta la agenda de enseñanza. Aquí, los estudiantes han dejado de ser un factor de progreso para convertirse en el cemento con el que petrificar la enseñanza. A ello cabe unir una realidad que se comprueba todos los días en las aulas universitarias: el acervo cultural del alumnado que accede a la Universidad, por regla general, no hace más que decaer. El lenguaje fácil e inmediato de las redes sociales, el acceso al conocimiento «internet» indiscriminado que sustituye la consulta de una enciclopedia por *Wikipedia*, les aleja del manejo lento y reflexivo del formato de un libro. Lo único cierto de esta generación es que goza de la ventaja de ser capaz de entenderse en varios idiomas distintos del materno, pero ello no indica nada acerca de su acervo cultural.

Sin embargo, la Universidad es mucho más y distinto que la tarea de «educar». Aprender/enseñar «cuestionando» es la forma de acceder al conocimiento, bajo el enriquecimiento de perspectivas que analizan realidades; es la manera de aprehender capacidades y aptitudes críticas, adoptar un espíritu crítico. ¿Cómo hacerlo cuando se reducen contenidos, que quedan «encriptados» bajo la medición mercantil del tiempo de enseñanza y aprendizaje de los ECTS? Nos encontramos ante un estado de cosas que impide hoy sembrar las semillas para formar mañana grandes pensadores, filósofos, economistas, juristas, historiadores, etc., a pesar de que sabemos que es el pensamiento el eje del progreso, el motor de los cambios y el camino seguro hacia el

---

<sup>17</sup> Obviamente, no puede olvidarse que el estímulo crítico ha dependido siempre del talante educativo de los profesores, y que, con un sistema u otro, si el profesor no se implica difícilmente el espíritu reflexivo llegará hasta los alumnos. Con todo, con el nuevo sistema, estructuralmente ese enfoque de enseñanza es inviable.

bienestar<sup>18</sup>.

La Universidad como modelo de transmisión e intercambio de saber no puede estar concebida para adaptarse al modelo de mercado, a una calidad que atiende a otros parámetros, tanto en la esfera pública como en la privada. Su existencia viene representada por su capacidad de transformar, de hacer progresar a la sociedad, por ser motor de cambios, y no al revés: ¿es el mercado el que transforma el modelo de Universidad? La calidad que mide hoy la Universidad es de naturaleza preeminentemente mercantil, que la ha precarizado en cualquier plano: la ha empobrecido en todos los órdenes.

Detrás del recorte «pedagógico» de contenidos de la Titulación y su sustitución por programas genéricos, se ha conseguido acumular bolsas (a-sintomáticas) de universitarios con serias deficiencias formativas. Una vez concluido el Grado en estado de precario, la especialización en la forma de *Master* no viene a compensar serias lagunas en el acervo del aprendizaje. Hoy, la baja calidad de la Abogacía, de la Judicatura, de la Fiscalía y de todas y cada una de las profesiones jurídicas en España, tiene un único y exclusivo origen: la pésima formación universitaria derivada de un deplorable modelo universitario, en el que se abandonan las humanidades (véase, ampliamente, Belloso Martín, 2017, pp. 17 y ss., especialmente pp. 35 y ss.; también Troncoso Reigada, 2017, pp. 81 y ss.) y únicamente se presta atención a la mecánica explicación del concreto epígrafe del reducido programa. Ni los Másteres, ni la Escuela Judicial, ni la Escuela de Estudios Jurídicos, convertirán por arte de magia a un estudiante de Derecho mal preparado (desde el origen) en un buen profesional. Ello no promueve sino el voluntario «autodidactismo» como tabla particular de salvación; y esta mediocridad formativa repercute directamente en la sociedad y en las expectativas de una ciudadanía de un país desarrollado.

En esta medida, particularmente en el caso de la Titulación de Derecho en la Universidad pública, asistimos a una «estafa de conocimientos», a un trueque falaz por «competencias y destrezas» sin un acervo formativo material de fondo, que no cabe atribuir al docente sabedor de su responsabilidad. Una estafa por liberalizar los Planes de Estudios, por liberalizar los precios de los Cursos de *Master* que se imponen para acceder a determinadas profesiones o a una cierta especialización, pues no solo profundizan en la desigualdad de oportunidades, sino que tampoco garantizan una formación integral mínima. El rostro de este estado de cosas revela tras de sí una forma de ningunear la importancia de las titulaciones en España, a pesar de la trascendencia social de su ejercicio, de todas ellas<sup>19</sup>. Un abismo en calidad y competitividad formativa nos distancia de modelos universitarios de países de nuestro entorno como Alemania, Francia, Italia, o Reino Unido, que han optado conscientemente, al menos en cuanto a algunas titulaciones como es el caso del Derecho, por mantener sus reconocidos sistemas universitarios y huir del EEES (García Mosquera, 2018).

---

<sup>18</sup> Ese radical desprecio a la inteligencia y al método se ha puesto de relevancia hasta en el combate a la peste que nos asola; en efecto, desde el primer momento del dictado del «estado de alarma», en lugar de haberse convocado a la «inteligencia» y reclamar a sus depositarios lo que «hiciera falta», se cerraron (con escasas excepciones) los laboratorios y se envió a los investigadores a sus casas. Allí siguen esperando los que hubieran podido haber ayudado a salir mejor de la situación. Frente al ¡Viva la Inteligencia!, el berrido de Millán Astray.

<sup>19</sup> Aquí es donde, en realidad, radica la esencia del problema: para una sociedad que debe estar exclusivamente en función del actual modo de producción, sobran las filosofías y los latines (y en consecuencia llamaremos «cabrones» a los naturales de Cabra); pero, para una sociedad que piense siempre en progreso y en libertad del ciudadano, reclamaremos esas materias (y a los originarios de Cabra les denominaremos egabrenses). Historia, Sociología, Literatura, Latín, son materias esenciales para la formación del ciudadano; para el ganado lanar basta con pacas de alfalfa.

### 3. ¿Una nueva reforma? Proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación de las enseñanzas oficiales del Sistema Universitario Español (mayo 2020)

Lejos de plantear una necesaria reforma estructural del modelo universitario español, y reflexionar sobre las razones por las cuales países de nuestro entorno con clásicos modelos universitarios de calidad han renunciado a adoptar el sistema EEES en sus planes de estudio, el reciente (mayo 2020) Proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación de las enseñanzas oficiales del Sistema Universitario Español irrumpe en un escenario de emergencia sanitaria para dar una vuelta de tuerca al modelo ya existente.

Tras reconocer que el proceso de adaptación del modelo universitario español al EEES «ha concluido», invita a actualizar el marco normativo que se emprendió en 2007 (Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre), poniendo de manifiesto la voluntad de afianzar este modelo formativo mediocre en su esencia (reducido en conocimientos) bajo el mismo prisma mercantil y aplicando criterios de rentabilidad:

se pretende robustecer las capacidades de empleabilidad que confiere la formación recibida en diferentes títulos, a partir de las competencias y conocimientos asumidos, o mediante las prácticas académicas externas en unos casos.

Bajo esta dinámica, parece querer impulsar Grados de 180 créditos ECTS, lo que significa insistir en una medida que hace años se rechazó en la Universidad Pública: 3 + 2 años de *Master* a coste de un nuevo recorte de los contenidos mutilados de los Grados y más dosis de privatización, desigualdad de oportunidades y precarización en la formación universitaria. Con todo, mantiene el papel «clave» de vigilancia de la «calidad» en los criterios –que no cuestiona tampoco– de la ANECA: «la evaluación institucional de los centros se configura como una pieza esencial en el engranaje del aseguramiento de la calidad de la oferta formativa universitaria». Más de lo mismo, aunque se simplifiquen formalmente los procesos evaluadores y controladores de la vinculación de las enseñanzas universitarias con el mercado.

Es la garra del neoliberalismo al asalto de lo poco que en la actual «universidad» queda de Universidad: en efecto, «sí se puede» ir más allá en la mercantilización de la Universidad.

Pues bien, bajo este eje de «calidad» eufemística que pregona el Proyecto de Real Decreto, entra expresamente en escena la ANECA, amenazando con el desarrollo de una Estrategia «para el aseguramiento de la calidad en la enseñanza virtual» mediante la Implantación funcional del “sello de calidad de la enseñanza virtual” y el “sello de excelencia de la enseñanza virtual”» (ANECA, 2020). Estrategias que sólo cabe vincular, con el pretexto de la emergencia sanitaria, a una premisa con vocación para quedarse. Por otra parte, es una medida que genera una grave inquietud pues trata de aplicar «estándares de calidad» a la «enseñanza virtual», que es un método que solo puede concebirse para hoy y ahora, es decir: como una vía de escape frente a una situación sobrevenida de urgencia que no deja otra opción.

En síntesis, el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que definió la estructura básica de la docencia universitaria española, hoy se muestra como «hito» de la desesperanza. Sin reformas estructurales, la Universidad pública española está condenada a ser sepultada. Veamos ahora el hilo conductor de su involución.

#### 4. De templo del saber a negocio indisimulado: la Universidad como una *commodity* más

##### 4.1. La instalación de las universidades privadas en España

Los fondos de inversión, de pensiones, o simplemente buitres, no se habían acercado en España al «negocio universitario»; y ello por un motivo: no era rentable en términos económicos. Por ello, hasta hace un puñado de años, sólo la iglesia católica bajo diferentes personaciones (jesuitas, conferencia episcopal u *opus dei*) había desembarcado en los estudios universitarios; ella podía y, según su punto de vista, «debía» hacerlo porque, sin haber despreciado nunca el capital, como la experiencia histórica se ha encargado de demostrar, su rentabilidad se medía también en otra dimensión: la influencia. De hecho, ha tratado reiteradamente, a través de alguna de sus más poderosas garras fanáticas, señaladamente el *opus dei*, de «asaltar» (a veces con singular éxito) materias y escalafones en la Universidad pública. Mas, no cabe duda de que la inteligencia española –desde la derecha liberal– supo en todo momento limitar los daños: la resistencia que significados catedráticos españoles opusieron a la apertura de universidades por la iglesia en los años 60 del siglo XX, que, aunque no evitó la fundación de algún centro, sí los contuvo en su expansión.

Fue el Partido Socialista quien, en los años 90, abrió las puertas de la enseñanza universitaria al negocio privado. Esta iniciativa se vio fuertemente respaldada, a partir de 2001, por la Ley Orgánica de Universidades durante el Gobierno del Partido Popular, norma que incluyó a los directores de esas empresas privadas en el Consejo de Rectores y que reconoció a las universidades privadas «idénticas competencias» que a las públicas. Así, «universidades» como la Alfonso X el Sabio (1993), Antonio de Nebrija (1995), Universidad Europea de Madrid (1995), Francisco de Vitoria (1993), y, más tarde, otras con diversas denominaciones (no pocas eclesiásticas como las católicas de Ávila –1999–, Murcia –2000–, Valencia –2003), comenzaron a menudear en el panorama de la enseñanza superior en España (véase Simancas González y García López, 2016, pp. 173 y ss.). Algunas de las nombradas se han visto envueltas en escándalos ligados a la falta de titulación de alguno de sus dirigentes académicos<sup>20</sup>, o a la expedición de títulos en fraude (véase, verbigracia, Sánchez Juárez, 2015).

Tanta fundación de nuevas universidades tuvo mucho que ver con la extraordinaria reducción de las exigencias –en formación del profesorado, dedicación a la investigación, etc.– para fundar centros universitarios (el Ministro Wert redujo los requerimientos prácticamente a cero), lo que impulsó a que meras «academias» (centros adscritos se denominaban algunas) pasaran a ostentar el nombre de Universidad, y se constituyeran en centros de cierta atracción por las magníficas facilidades que ofrecían a los estudiantes para la superación de los cursos académicos.

Es llamativo que se haya permitido a centros privados incursionar en la Universidad, pero sólo para la parte del «negocio», sin realizar aporte alguno a la sociedad y, precisamente por ello, sin garantizar un mínimo de calidad de su profesorado: son las universidades sin investigación; el paso siguiente será el de, como paradigma, universidades públicas sin clases –o con pocas y no por razones de emergencia sanitaria, es decir: a distancia (el Proyecto de Real Decreto es el modelo que propone ¡universidades a distancia con «sello de calidad»!); a

<sup>20</sup> Véase, verbigracia, Sánchez Juárez (11-11-2015): [https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria\\_1091542/](https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria_1091542/)

continuación, «universidades públicas laborales» construidas sobre el modelo de un bachillerato «profesional» volcado absolutamente en disciplinar a los trabajadores y con escasos contenidos intelectuales: esta etapa ya se está implementando, con unos grados, tal y como se ha indicado más atrás, radicalmente deteriorados en sus contenidos, y sobre los que están trabajando –para empeorarlos aún más– los «pedagogos oficialistas» bajo la mirada complaciente de los inversores que reclaman «más contacto con el mercado», «más prácticas»; el punto final consistirá en la expulsión real (más allá de ropajes formales) de las clases menos favorecidas de cualquier posibilidad de acceso a una enseñanza superior de calidad, que las permita mantener aspiraciones de mejora económica y social.

#### 4.2. Las nuevas «universidades basuras»

Frente a la Universidad Pública dotada de centros de investigación reconocidos (por más que muy mejorables y pobrísimamente financiados) que han estado aportando a la sociedad española más del 70% del caudal investigador, se elevaban ahora las «universidades basura» (como la comida rápida de igual denominación), que prescindían –bajo mínimos– tanto de la investigación (reducción radical de costes) como de un profesorado de reconocida y contrastada calidad; si bien, no excepcionalmente, esas «universidades privadas» se sirven del crédito y buen hacer de funcionarios públicos docentes, universitarios o no, que imparten sus clases, en ocasiones, con flagrante conculcación de la legislación de incompatibilidades<sup>21</sup>.

A las anteriores universidades «tradicionales» se han unido otras –a las que más abajo se aludirá– con una metodología que desempeñaba un papel marginal en la Universidad española, más socialmente precisa (de la misma forma que lo ha sido la enseñanza «a distancia» en otros niveles), y que había llegado a ostentar un cierto nivel de calidad como consecuencia de que el régimen de selección del profesorado era igual que en el resto de las universidades públicas: la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Una universidad que ha gozado siempre de un gran atractivo económico adicional para el profesorado, pues la cautividad de sus clientes en materia bibliográfica ha permitido una plena expansión por medio de la venta de manuales de crecido precio.

#### 4.3. La apuesta de los inversores por los estudios universitarios

Sin embargo, todo lo anterior no era suficiente como para justificar un desembarco importante de capital privado, pues la rentabilidad seguía siendo escasa (de ahí los cambios accionariales en algunas de esas «universidades privadas») y únicamente inversiones «ideológicas» o de grupos financieros poderosos «trabajando a pérdidas», o con una ambición de expansión muy reducida<sup>22</sup>, podían seguir en la escena de la enseñanza superior. Hacía falta un paso cualitativo más, un movimiento importante de «reestructuración» de la Universidad pública que hiciera perder a ésta sus esencias de accesibilidad y calidad y crear un nuevo sustrato, para que los inversores se animaran a entrar en el negocio universitario. En definitiva, se precisaban dos claves: rentabilidad en la inversión y retornos financieros temporalmente reducidos.

El «sistema de Bolonia» vino a ofrecer las condiciones idóneas para esta fundamental etapa de privatización de la universidad, del comienzo de desaparición de la universidad pública y de la concepción de la universidad como un negocio,

<sup>21</sup> La excepción de calidad la han constituido algunas «escuelas de negocios» que verdaderamente han cobrado un merecido prestigio nacional e internacional.

<sup>22</sup> Como el caso de la Banca española a través de CUNEF, que sorprendentemente se encuentra ubicada en terrenos de una universidad pública donde desarrolla su negocio: nunca se sabrá cómo es que el Rector de la Universidad Complutense autorizó con un generoso convenio su instalación en su suelo.

apartándola de las funciones que vino desarrollando durante muchos siglos, y que, en la España de los años 50, 60 y 70, sirvió para que personas procedentes de las capas más humildes de la sociedad española se vieran elevadas a niveles de prestigio social y económico (véase, Langa-Rosado, 2020, pp. 164 y ss.).

La gran puerta de entrada del negocio privado en la enseñanza superior se ha efectuado a través de los *Master*. Cursos de uno (mayoritariamente) o dos años de duración, con un alto precio, a los que tienen que acceder inevitablemente los alumnos («clientela cautiva»), se constituyen en una excelente oportunidad de negocio, especialmente porque las universidades públicas no tienen capacidad de ofrecer «master para todos»; pero, además, porque, a través de los *Masters* a considerable precio, sobre todo los «profesionalizantes», las mismas universidades públicas obtienen los ingresos necesarios para mantenerse financieramente, tras la inquietante proclamación de nuestros dirigentes en materia de educación de que las universidades debían cumplir los mismos criterios de rentabilidad que las empresas.

Esa introducción de los *Master* como requisito (el 4+1 o el 3+2 que invocan ahora los adalides de la privatización), y la incapacidad de las universidades públicas para absorber todas las necesidades, (a lo que se une la paralización en la creación de centros universitarios públicos desde el año 1998) provocarán, a corto plazo, que – en una estrategia apoyada por las comunidades autónomas donde gobiernan la derecha y la extrema derecha, por ejemplo Andalucía y Madrid– se termine ofreciendo a los centros privados universitarios el «cheque escolar» o la «enseñanza concertada»; es decir, la subvención indisimulada de los negocios privados universitarios. De esa manera se conectará la nueva reforma universitaria con la llevada a cabo en los años 80 por Maravall/Rubalcaba/Marchesi. Ese será el fatal desenlace de la enseñanza universitaria pública en España.

La ambición de los grandes grupos financieros ha sido satisfecha con el «sistema de Bolonia», pues, no en vano, el sector universitario constituye uno más de interés empresarial en el marco del mercado común<sup>23</sup>: necesitaban «achatar» la duración de las licenciaturas para conseguir dos efectos: un retorno económico aceptable para sus inversiones (los cinco o seis años de duración de las licenciaturas en Facultades y Escuelas no es asumible para los financieros), y el establecimiento de un «régimen de cautividad estudiantil» que alimentara sus muy rentables *Master*, es decir, conseguir que estos estuvieran alimentados por estudiantes procedentes de sus propios centros y no solamente por los que la enseñanza pública no pudiera acoger en sus aulas. Factores que les permite una mejor planificación económica a medio y largo plazo.

Aquí, una vez más, el «modelo Bolonia» ejerció de guía de los intereses privados y diseñó los “grados” reducidos en relación a las licenciaturas, con los graves efectos que se han mencionado más atrás en relación con la formación de los estudiantes y su vocación de trabajadores sólo cualificados para la disciplina en el mercado. La limitación a cuatro años de los estudios de Grado (excepto de aquellos en los que los propios inversores «se jugaban algo», como es el caso de Medicina o Arquitectura), y la perspectiva de reducirlos a 3 + 2 de *Master*, facilitó la transacción económica en varios sentidos: i) menos años para alcanzar un Grado atrae más a los clientes; ii) lo hace más accesible económicamente para estos; iii) posibilita un retorno

---

<sup>23</sup> No debe olvidarse que la Unión Europea es un mercado que nació como espacio para libertades de capitales y mercancías y, en su seno, todo responde a la lógica neoliberal de mercado que transforma lo que toca, ya se llame educación o salud. Vid. Supiot (2015), Enzensberger (2012), Nair (2014) y, en particular, el interesante estudio de Ferreiro Bahamonde (2010, *passim*).

económico a las inversiones razonable en el tiempo; iv) crea un amplio mercado de alumnos de *Master* que asegura la rentabilidad de las inversiones.

Este es el verdadero significado del «sistema Bolonia».

#### 4.4. La Universidad *on line*, pieza funcional del sistema: la muerte de la implicación del docente en la enseñanza universitaria

Capítulo aparte merece la «enseñanza a distancia». Ya hemos referido cómo una cierta dosis de «universidad a distancia» es necesaria para cubrir necesidades sociales evidentes y no de mercado. Pero el panorama ha cambiado, en algún punto, mediante la fundación de alguna universidad de dudosa naturaleza (es el caso de la Universitat Oberta de Catalunya –UOC–, dependiente de dinero público, pero con funcionamiento al margen del sistema universitario público), determinada por un interés puramente mercantil (Universidad a distancia de Madrid, Universidad Internacional de la Rioja, Universidad Isabel I, Universidad Internacional de Valencia, etc.). Pero el alcance de la «universidad a distancia» llega mucho más allá: en realidad, se integra en una estrategia global controlada por el mundo anglosajón, especialmente por Estados Unidos, que concibe los servicios académicos, no sólo como un negocio, sino como una modalidad más de dominación de la mano de la denominada «lengua franca», el inglés. De esta forma, las universidades nacionales van perdiendo terreno con el impulso culpable de no pocos organismos internacionales<sup>24</sup>. Obviamente estas «universidades» exigen escasa inversión, únicamente una plataforma informática potente y materiales que se van repitiendo una y otra vez en todo tipo de cursos, y muy frecuentemente elaborados por docentes de escasa especialización profesional; a partir de ahí, unos «asesores» que se encargarán del contacto diario con los estudiantes, completarán toda la estructura. No hace falta decir que toda veleidad investigadora está al margen de semejantes estructuras.

Esta tendencia de autodestrucción de la Universidad pública se acentúa con las propuestas de elevar a norma, no a excepción, la Universidad *on line*, o la Universidad «de bolsillo» que se puede portar en el móvil: lo que debe ser nada más que un remedio perentorio para situaciones de necesidad (llámense «pestes» o condiciones personales que imposibilitan una asistencia personal), ahora tratan de transformarlo en paradigma. Es decir: aquí no se trata de un mero empobrecimiento de la Universidad, sino, sencillamente, del fin de un modelo, del traspaso de la *universitas*, en sentido propio, a la «academia de empleabilidad», si acaso.

Las nuevas doctrinas sobre la Universidad, entre otras las que alimenta el Ministro Castells, tratan de hacer de la enseñanza universitaria un ejercicio consistente en «educar» para el mercado, lo que significa domar, someter, dominar, creando un abismo con la perspectiva que permite al estudiante, en pleno ejercicio de sus derechos como ciudadano, capacidad de construir a partir de las herramientas que le facilitan sus profesores mediante una enseñanza crítica, apasionada, alejada de esquemas, tests y pantallas de espejismo universitario, de un espejismo de comunicación docente-estudiante.

Ese ejercicio neoliberal que, para la enseñanza universitaria, propone Castells se muestra de la manera más burda con la enseñanza *on line*, porque ésta es, por definición, encapsulada. Así, todo lo que signifique improvisación, ruptura de

---

<sup>24</sup> En realidad, el papanatismo universitario nacional está alcanzando cotas inimaginables: se llega a exigir en algunas universidades la docencia en inglés sobre materias en las cuales el mundo anglosajón ha contribuido en poco o en nada, lo que exigiría, incluso, la creación *ex novo* de todo un vocabulario técnico en esa lengua.

esquemas, optar por vías inexploradas..., todo eso está *ab initio* excluido de una enseñanza tan encorsetada como la *on line*. Es la «Universidad en el móvil» del estudiante, un cambio de mentalidad que reemplaza al Aula universitaria y que es funcional al sistema, al paradigma de la rentabilidad. Representa, al mismo tiempo, un cambio del modelo de acceso a la enseñanza universitaria. La presencia cercana del docente en el Aula se metamorfosea en una suerte de comunicación deslocalizada, medida en unidades de *pixeles* encadenados de imágenes y voces diferidas.

En la docencia *on line*, a través del teletrabajo «doméstico», la implicación del rol del docente no es la misma. Se olvida que la presencialidad de la figura del docente en el aula, en su acervo investigador, no solo significa transmisión de conocimientos, también es transmisión de actitudes, de un lenguaje corporal que sólo se percibe en el aula –que se pierde en su ausencia, que se dilapida por las redes virtuales– y que suma un elemento más a la forma del aprendizaje, fundamental, porque esa figura presencial del docente vocacional promueve las motivaciones por aprender, por cuestionar –en tiempo real–.

#### 4.5. A modo de conclusión de este epígrafe

Cierto es que la Universidad española nunca fue buena; tuvo períodos en los que pareció que llegaba a algo que pudiera conceptualarla como tal (aquella época en la que el impulso de la Institución Libre de Enseñanza hacía sentir su influjo a través de múltiples instrumentos, como la Junta de Ampliación de Estudios), pero pronto esa llama se apagó de la mano del fascismo: buena parte de nuestros mejores educadores e intelectuales fueron asesinados, silenciados o tuvieron que marchar al exilio. Hubo que empezar, casi, de nuevo, y bajo la sombra de la sospecha (a eso, como es conocido, obedece la creación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas como algo apartado de la Universidad<sup>25</sup>). Porque la corrupción acreció (las oposiciones patrióticas se adueñaron, en un principio, de los cuerpos universitarios, y el control ideológico se normativizó de la mano de la Ley de Ordenación de las Universidades de 29 de julio de 1943), pero, poco a poco, se abrió una cuña en tan empobrecido espacio intelectual y algo parecido a lo que podría ser una Universidad comenzó a forjarse; lo mejor: que se trataba (universidades pontificias, jesuíticas o de alguna facción religiosa, aparte) de una Universidad Pública. Lo peor: la corrupción y la mezquindad intelectual y política se adueñaron de las entrañas de un mundo universitario que no pudo despegar, a lo que se unió una carencia radical de inteligencia de muchos de los dirigentes educativos ya en la democracia, que desaprovecharon, una tras otra, todas las ocasiones de mejorar el modelo universitario en lo que ha parecido un campeonato de despropósitos. Lo que no impidió, sin embargo, que crecieran con fuerza no pocas «hojas verdes»<sup>26</sup>. El drama es que, con las excepciones que se quiera, cada decisión estructural ha sido más desgraciada que la anterior y lo preexistente, lo que parcialmente otorga la razón a autores como Fernández Buey (2009) cuando dice que «no hay nada importante que añorar de lo que fue la universidad del pasado». Mas la tragedia es que sabemos que las transformaciones que se están planificando en estos momentos para la Universidad española empeorarán en mucho el panorama actual, hasta el punto de llevar a la institución a la desaparición en sus esencias.

<sup>25</sup> Ley de 24 de noviembre de 1939, creando el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

<sup>26</sup> Es llamativo, por ejemplo, que España no haya tenido ningún Premio Nobel en ciencias duras desde Ramón y Cajal, ninguno. Pero peor aún: es que tampoco ha habido candidatos firmes, que es donde, realmente, se detecta el poder de la ciencia nacional. En cambio, países con mucha menor población que la española, con, teóricamente, inferior masa crítica, sí tienen candidatos habituales a los premios Nobel (es el caso de Suiza, por ejemplo).

## 5. La reducción de la duración de las licenciaturas y sus precedentes

El plan de jibarización de las licenciaturas (que ya no lo son; incluso con el nombre se ha decidido abandonar «lo viejo») que propone el actual Ministro de Universidades, no constituye más que el enésimo ataque que sufre la Universidad pública española, por más que uno de los más graves, pues reproduce, sin ambages, la estrategia neoliberal que ha llevado como bandera el Partido Popular. Se enmarca en una línea ya anunciada en el año 2009 –«Estrategia Universidad 2015»– que llamaba directamente al reforzamiento de los consejos sociales (Ministerio de Educación, 2010, p. 45), alcanzando sus cotas máximas con la propuesta formulada en 2013 por un «Consejo de Expertos». Se proponía en éste la fusión del Consejo de Gobierno con el Consejo Social (Consejo de Universidad), en otras palabras, poner la gobernanza de las universidades, directamente, en las manos de las empresas (VV.AA., 2013), e imitar, sin tener sus activos, la estructura de las universidades estadounidenses, alejándose de la tradición de las universidades europeas. Ahora, con la «re-iniciativa» que ha puesto encima de la mesa el Ministro Castells, se profundiza en la misma idea.

Pero hubo dos anteriores ataques a la Universidad que deben reseñarse: uno que tuvo como diana a los estudiantes que llegan a la Universidad, y otro a la recluta del profesorado. Es decir, a los dos pilares sobre los que descansa una Universidad en el caso de las de «humanidades»: buenos alumnos y buenos profesores. En las de «ciencias» hay que unir «buenos equipos».

## 6. La transformación de los estudiantes

### 6.1. Las pruebas de acceso a la Universidad

En lo que importa a los estudiantes, y abandonado el viejo «preuniversitario», ningún sistema eficiente de selección de alumnos se implantó para acceder a la Universidad española: la supresión de las, también viejas, reválidas, significó la eliminación de la última barrera selectiva, como tal, antes de acceder a la Universidad. No hace falta más que ver los porcentajes de aprobados de la Selectividad en España para darse cuenta de que no sirve para nada, pues nada «selecciona»<sup>27</sup>. Otra cosa ocurre, por ejemplo, en el caso de Reino Unido y sus diferentes exámenes de nivel que son realizados al mismo tiempo en todo el mundo, pruebas que permiten que las universidades británicas<sup>28</sup> se dirijan a los alumnos –antes, incluso, de realizar la prueba de selectividad final– con objeto de ofrecerles sus centros.

### 6.2. Selectividad de «clase»

Aquella realidad conduce a otra que acaba derivando hacia la Universidad un número desproporcionado de estudiantes, que, de antemano, se sabe que fracasarán en un alto porcentaje en los estudios universitarios, o en el ejercicio profesional post-universidad, arrastrando a la enseñanza pública universitaria a un estado lamentable, y a la industria a dotarse de manos que no están suficientemente instruidas.

<sup>27</sup> Más del 93% en la última convocatoria; véase <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vgnnexto id=19729dddb339b610VgnVCM1000001d04140aRCRD>

<sup>28</sup> Que son conecedoras de las calificaciones que van obteniendo los alumnos en esas pruebas «de nivel», alejándose así de la estupidez de las agencias de protección de datos españolas, que llegaron a prohibir, en algún caso como en Madrid, que se publicaran las calificaciones de los estudiantes en los correspondientes tabloneros. El resultado, como era de imaginar, fue el del secretismo de las calificaciones, la falta de publicidad, lo que permitió arbitrariedad y favoritismo sin control en las calificaciones.

Todo ello constituye un error mayúsculo... a no ser que lo que se busque sea, exactamente, eso, que es la tesis que se mantiene en estas páginas por lo que importa a los estudios universitarios: un mercado laboral no especialmente cualificado que será el que nutran las clases menos favorecidas. Al lado de éste hallaremos una minoría seleccionada económicamente, que realizarán estudios de especialización en centros muy «selectos» (mayoritariamente extranjeros), y serán los llamados a integrar las élites (véase, al respecto, Bourdieu y Passeron, 2009, *passim*). No estamos, pues, ante un error, sino ante un «plan».

### 6.3. El Estado social abandonado

A lo anterior se unen dos hechos significativos y gravísimos desde una perspectiva democrática.

Primero: mientras el Estado español se dedicó, desde la desgraciada aprobación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, a subvencionar los colegios de la iglesia católica y otros grupos de interés económico, la enseñanza en las zonas económicamente más desfavorecidas quedaba, si no abandonada, sí insuficientemente atendida. Es decir, frente a las exigencias de que el Estado se volcara en la idea de convertir el acceso a la enseñanza en el necesario «ascensor social», la Administración focalizó sus esfuerzos en atender las necesidades financieras de las instituciones religiosas y grupos afines. Los nombres de Maravall, Rubalcaba y Marchesi siempre estarán vinculados a este gravísimo «hito» en el campo de la enseñanza.

Los efectos de esta política salvaje se hallan contrastados por numerosos estudios<sup>29</sup>; en las zonas económicamente más pudientes, los resultados de los alumnos (tanto en centros públicos como privados –sean subvencionados o no) son mejores. A ello hay que unir, desde luego, otras variables: tanto por ciento en unos –públicos– y en otros –privados– de personas socialmente desfavorecidas (entre otras, provenientes de la inmigración), profesorado asentado y compromiso del mismo, recursos, nivel cultural de los progenitores, acceso a los estudios, etc. Mas lo llamativo es que el Estado no haya hecho esfuerzos realmente significativos para revertir una situación que perdura a través de los años, mostrando de esa forma una «conformidad de clase» inaceptable desde una perspectiva diferente a la puramente neoliberal.

Segundo: el hecho de la supresión, en las enseñanzas básicas y medias, de todo filtro que actúe como tal, ha catapultado aún más la enseñanza privada, cuyos alumnos obtienen –no infrecuentemente– unas calificaciones en el bachillerato que no se corresponden con las que, posteriormente, consiguen en la prueba estatal. En otras palabras, las calificaciones de los estudiantes de los colegios privados parecen frecuentemente infladas, particularmente en algunos colegios especializados «en la última milla», en el último curso del bachillerato. Este hecho –no suficiente ni globalmente observado por los inspectores de enseñanza– se contagia también a los centros públicos que figuran en los últimos puestos de la relación ordenada de instituciones de enseñanza tanto públicas como privadas, lo que es un mal indicador, pésimo en realidad, de la política educativa desplegada por las instituciones estatales.

Desde luego, las consecuencias están bien claras: los estudiantes de la privada copan las mejores plazas en las universidades públicas, desplazando a los provenientes de las enseñanzas medias que cursan en instituciones estatales, y que

<sup>29</sup> Baste mencionar el realizado en Valladolid donde se pone de manifiesto lo ya enunciado. Véase Redacción de Valladolid (7-7-2019): <https://diariodevalladolid.elmundo.es/articulo/valladolid/ricos-sacan-mas-nota-ebau/20190707073000287600.html>

poseen iguales o mejores méritos; con la consecuencia de que estos últimos alumnos se ven forzados a cambiar de carrera y, a veces, de Universidad y población.

Lo anterior lleva a la paradoja de que la Administración prepara sus universidades públicas (que en términos de calidad siguen estando a años luz de las privadas, a pesar de los esfuerzos ministeriales para que suceda lo contrario) para atender, preferentemente, a los alumnos de los colegios privados.

## 7. El cambio en el acceso a la función del profesorado universitario<sup>30</sup>

### 7.1. Introducción

A la hora de instaurar un sistema de recluta del profesorado universitario en España se tiene que partir de un dato incontestable: en la sociedad española la corrupción se ha configurado como un rasgo estructural, por lo que se encuentra, desde hace muchos años, en claro declive moral. No es cuestión de precisar ahora el por qué, y tampoco es, de tan evidente, necesario justificarlo. Solamente apuntar ese dato. ¿Y la Universidad? No resulta obligado establecer un listado de qué institución española presenta mayor grado de corrupción, pero no cabe duda de que, en esa competición, la Universidad estará siempre peleando con autoridad por los puestos de cabeza, pues ya no es sólo cuestión de que a éste o a aquél le «quitaran» la cátedra. No, ese problema no es «el problema»: si en España se limitaran a «quitarles» la cátedra a los «unamunos» o a los «ramones y cajales» (aun cuando su frecuencia fuera mayor de la que es), el tema no sería, a pesar de todo, tan sumamente grave. La cuestión es la instauración de un sistema funcional (como sistema, no como mera anomalía del mismo) esencialmente corrupto y privado de cualquier mecanismo externo de control. Desde luego que las anteriores afirmaciones, como tendremos ocasión de comprobar, nos hacen llegar a la siguiente conclusión: cualquier sistema que se implemente para seleccionar el profesorado universitario en España debe prever y disuadir esos elementos «funcionales» y complementarse con un sistema de vigilancia estrecha de prácticas corruptas<sup>31</sup>. Hagamos, pues, un necesario recorrido histórico de criterios y procedimientos de selección del profesorado universitario en España.

### 7.2. Historia antigua

¿Qué ha sucedido con los sistemas de selección del profesorado ensayados en los últimos cincuenta años? El antiguo diseño de oposiciones (el anterior a las reformas de 1983) se desarrolló en el contexto de la Dictadura, con la obligada consecuencia de que los altos cargos ministeriales –directamente el Secretario de Estado de Universidades– ejercían cierto “control” sobre el Tribunal, y de hecho nombraban al Presidente de éste de acuerdo con intereses nunca confesados por más que obvios; además, los «sorteos» no infrecuentemente eran, de una u otra forma, «dirigidos» (lo que ocurrió, especialmente, cuando se informatizó su realización). Evidentemente, nada más hacerse público el resultado de los sorteos de los miembros de los tribunales, se podía aventurar el resultado, al menos de parte de las plazas, porque aquel viejo sistema reunía, entre sus ventajas, la de que se convocaran todas las plazas, con lo que, excluidas las ya «adjudicadas» por la vinculación entre miembros del tribunal y candidatos, aún había un sobrante por el que poder «pelearse». Pero ese viejo método de selección poseía también algunas virtudes: la primera de ellas era la que se derivaba directamente de la aplicación en su desarrollo de la publicidad. En efecto, los juristas sabemos de la capital importancia de este principio; de hecho, uno

<sup>30</sup> En lo que sigue se toma como referente el trabajo de Álvarez García (2013, pp. 139 y ss.).

<sup>31</sup> Las instituciones de abstención y recusación de los miembros “comprometidos” de los tribunales en relación a los candidatos, constituiría, sin duda, una buena práctica.

de los primeros que es abolido en las Dictaduras (y en los regímenes autoritarios que lo son, aunque no lo parezcan) es justamente éste: el de la publicidad; ello llevaba a un doble control en las oposiciones: primero, que el opositor tenía necesariamente que cumplir unos mínimos y soportar el «tirón» de la oposición (seis ejercicios en las cátedras), afanándose en su preparación científica; y segundo; que los casos de radical escándalo en la adjudicación de plazas eran (los había, evidentemente) menguados.

A todo lo anterior había que añadir el hecho de que, al ser siete los miembros de los tribunales, la necesidad de justificar, en un debate directo con cada uno de los miembros de los mismos, la valía de la preparación y de la obra presentada, servía de barrera disuasoria a posibles aspirantes a las plazas que carecieran de la preparación precisa. De hecho, la mayor parte del profesorado universitario «sabía» que sus posibilidades de aspirar a una cátedra eran mínimas (también por razones de no contar con «apoyos» suficientes), con lo que la pirámide del profesorado era geoméricamente perfecta (hoy es habitual que haya una proporción muy similar entre catedráticos y profesores titulares, incluso, en algunas universidades, una balanza «catedrática» mayor). En un sistema semejante, podían incorporarse a los cuerpos universitarios los mediocres, a veces los muy mediocres, pero difícilmente los absolutamente «ineptos»; incluso ese sistema permitió que represaliados por motivaciones políticas –que no fueron pocos más allá de los popularmente conocidos– terminaran entrando en los escalafones, aunque, eso sí, exclusivamente apoyados por razones de adhesión personal al catedrático correspondiente, porque estructuralmente todo el sistema de acceso estuvo intensamente vigilado por el «régimen» hasta, al menos, la Ley General de Educación de 1970.

Por otra parte, debe subrayarse que las pruebas, las oposiciones, eran centralizadas, es decir, cuerpos «nacionales» de funcionarios, posibilitando que los candidatos fueran conocidos en todo el territorio y, una vez ganada la plaza –y como el resto de los funcionarios integrantes de cuerpos nacionales– «viajaran» por toda España antes de lograr consolidar plaza en las grandes universidades centrales (que eran muy pocas). Esto limitó enormemente la endogamia, al contrario de lo que sucede actualmente, y también evita una selección meramente localista de las plantillas universitarias, que es lo que sucede hoy especialmente en las universidades pequeñas.

Pero, más allá de lo acabado de señalar, un factor caracterizaba el sistema de recluta anterior a la Ley de Reforma Universitaria 11/1983, de 25 de agosto, que lo convertía en radicalmente injusto y democráticamente inasumible: la corrupción a la hora del dictado de las resoluciones de adjudicación de las plazas. Ese hecho –más allá de suponer el dictado de resoluciones injustas– provocaba algunos efectos absolutamente perturbadores que inhabilitaban el sistema para la función que tenía asignada: i) la necesidad imperiosa de pertenecer a un gran grupo, pues sólo esa condición podía llegar a asegurar que los miembros del mismo pudieran llegar a reunir los suficientes votos en un tribunal; esos «grandes grupos» se denominaban «escuelas», aunque frecuentemente esas agrupaciones tenían más que ver con banderías, con verdaderas «familias mafiosas» (Garrido Peña, 1999), que con una unión de docentes, investigadores e intelectuales que participaran en una misma dirección científica; ii) el establecimiento de relaciones de sumisión, y, en no pocos casos, de auténtica servidumbre<sup>32</sup>, entre el *capo di scuola* y los miembros de la misma;

<sup>32</sup> Las anécdotas al respecto son incontables, labores de chófer, de paseador y vacunador de animales de compañía, de transportistas de los familiares del catedrático, de contertulio cuando aquél tuviera ganas de charla fuera la hora que fuese, de porteador de mercancías, etc., y también de sujetos pasivos de acosos y otras materializaciones sexuales –especialmente en el caso de las mujeres, y en este ámbito

iii) la definición, con una extraordinaria frecuencia por parte del cabeza del grupo, de las líneas *maestras* científicas a las que había que adherirse, con lo cual cualquier atisbo de libertad de pensamiento científico se vio, en muchas ocasiones, seriamente abortado.

### 7.3. La Edad moderna

La Ley de Reforma Universitaria de 1983, más allá de un proceso de regularización inicial (las denominadas «idoneidades») que pretendía dar salida a un importante conflicto existente con los llamados «aprobados sin plaza», con los profesores más que capaces intelectualmente que no encontraban puesto funcional por la escasez de convocatorias y con las ingentes necesidades de profesores ante el alud de estudiantes que accedieron a la Universidad desde finales de los años 70<sup>33</sup>, introdujo un sistema descentralizado, en el que las convocatorias nacionales de plazas se vieron sustituidas por las locales. Cada Universidad convocaba sus plazas, y, con diferentes fórmulas y porcentajes, elegía parte del tribunal que debía juzgarlas, que era precisamente el adecuado al candidato para el que se solicitaba la plaza<sup>34</sup>. No hay que insistir mucho para señalar que del nuevo sistema se dedujeron inmediatamente dos efectos: i) endogamia y empobrecimiento de la calidad del profesorado, que es a lo que conduce la falta de competencia pues las plazas empezaron «a ser propiedad» de los habitantes de cada Universidad; ii) incremento del número de aspirantes, pues a los que tenían por vocación la carrera universitaria y asumían la necesidad de cambio de universidad y población, que era la inevitable consecuencia del «viejo sistema», se sumaron ahora los que, en ningún caso, estaban dispuestos a la migración y que reivindicaban como «derecho propio» el acceso a las plazas de «su» universidad.

Lo único que facilitó el cambio de sistema fue la realización de las pruebas a los aspirantes locales a las mismas, pues el número de los ejercicios y las dificultades de los mismos –señaladamente en las cátedras– menguó considerablemente. Sin embargo, las prácticas corruptas no disminuyeron, determinadas e intensificadas ahora por su localismo, y el grado de dependencia personal de los profesores respecto de los «jefes de escuela» tampoco aminoró. En otras palabras, se diseñó un sistema que, a lo malo de lo viejo, unió lo malo de lo nuevo. A partir de ese momento, los profesores abandonaron la trashumancia y se convirtieron en sedentarios.

Pero los continuos escándalos del nuevo método, y los malos resultados que propició, provocaron otro cambio en el método de selección del profesorado; así, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, introdujo un sistema de habilitación nacional que incorporó, frente al anterior, novedades muy interesantes, pues reintrodujo el concurso nacional, el sorteo de todos los miembros del tribunal y pruebas orales, alejando, otra vez, el sistema de recluta del localismo, al tiempo que permitía que las universidades eligieran, entre los ya habilitados, el profesor que mejor les interesara. Ciertamente no impedía por completo la corrupción del viejo sistema, esta vez atribuida a la corrupción personal de los miembros del cuerpo de catedráticos, pero la mitigaba de alguna manera. Porque el control que antaño ejercía el Ministerio sobre los tribunales había desaparecido; porque lo mismo sucedía con el de las propias universidades; porque al convocarse un relativamente alto número de plazas, siempre

---

todavía no se ha abierto el secretismo que ya ha comenzado a romperse en otros ámbitos, como el cine o el bel canto.

<sup>33</sup> Producto, también, de la supresión del preuniversitario y progresivo de las «reválidas».

<sup>34</sup> Véase el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de cuerpos docentes universitarios; con este sistema, la Universidad convocante elegía dos miembros del tribunal, y bastaba con que, en el sorteo de los otros tres, saliera un miembro afín, lo que era relativamente sencillo si la «escuela» que impulsaba la convocatoria de la plaza tenía un tamaño «medio», para que los extraños a la universidad convocante no tuvieran nada que hacer.

se le daba alguna oportunidad al «conocimiento» (triste consuelo, pero consuelo); porque al exigirse, incluso para plazas de titulares, el acuerdo entre los siete miembros del tribunal, las posibilidades de corrupción siempre eran menores.

Pero este sistema no estaba destinado a perpetuarse, pues inmediatamente atesoró enemigos, entre otros: i) los aspirantes a plaza de numerario que no estaban dispuestos a preparar una oposición exigente, o que sabían que no eran capaces de obtenerla; ii) las universidades y departamentos que querían ser los únicos en administrar su botín (las plazas); iii) las universidades privadas, que veían como tarea hercúlea –que requería además una buena inversión económica– que «sus» profesores pudieran llegar a habilitarse, factores que limitaban extraordinariamente las expectativas de extensión de su ámbito de negocio.

#### 7.4. La Edad contemporánea: sistema de acreditaciones ANECA

Los factores acabados de mencionar propiciaron que se abriera un nuevo escenario en el mundo de la selección del profesorado universitario. Fue Ángel Gabilondo el ideólogo que proporcionó la llave ejecutora que guillotiné el sistema de las habilitaciones nacionales, para contentar a sus objetores que alegaban dificultades de implantación<sup>35</sup>, sin tener en cuenta sus amplias virtudes. Con ello se dio paso al sistema actual: las acreditaciones de la ANECA. Introducido por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades<sup>36</sup>, el nuevo sistema se ha caracterizado por otra suerte de prácticas: i) la clandestinidad en las evaluaciones, rompiendo con uno de los principios básicos en materia de recluta del profesorado: la publicidad; ii) la integración de «méritos» ajenos a la investigación y la docencia: las funciones burocráticas y puestos gestión se convierten en factor esencial para ser catedrático de Física o de Historia<sup>37</sup>; iii) dar prioridad a una encriptación formal de méritos, centrada en una apariencia externa que se mide al «peso», con independencia de la calidad «material» de lo aportado por los solicitantes de acreditación, valor no sometido a evaluación<sup>38</sup>, un sistema perverso porque, como es de sobra sabido, el instrumento de medición termina modificando el objeto mismo de observación; iv) uniformar el sistema para todas las enseñanzas, un «café para todos» en el que no se tienen en cuenta las diferencias de todo tipo entre las distintas disciplinas<sup>39</sup>; v) ruptura del principio de especialización de los saberes a la hora de valorar los méritos del solicitante, de manera que, componentes de la comisión evaluadora ajenos a la disciplina científica

<sup>35</sup> Excesiva duración de las habilitaciones, incremento del gasto, necesidad de desplazamiento de los aspirantes de sus lugares de origen a la plaza donde celebraba las sesiones el tribunal, etc.

<sup>36</sup> Toda la explicación que la nueva Ley ofrece del cambio de sistema en el Preámbulo es la siguiente: «La selección del profesorado funcionario se modifica incorporando un modelo de acreditación que permita que las universidades seleccionen a su profesorado entre los previamente acreditados. Este sistema incorpora para el conjunto de la comunidad académica un mayor rigor en la acreditación y una mayor flexibilidad para las universidades en la selección de su personal».

<sup>37</sup> La publicación de la Ley generó una suerte de imagen caricaturesca: comenzaron, por arte de magia, a multiplicarse los puestos de responsabilidad en la estructura burocrática universitaria, y los catedráticos cedieron frecuentemente a los más jóvenes la dirección de los departamentos u otras unidades docentes o administrativas, para que estos logaran «acreditarse». Una acreditación al precio de restar tiempo valioso a la investigación y a la docencia.

<sup>38</sup> Se dan otras situaciones que rozan el ridículo: en el caso del área del Derecho, las exigencias para obtener la acreditación, como contar con un cierto número de monografías, ha provocado que cada vez más se publiquen monografías de menos páginas o que éstas incorporen más apéndices, índices, etc.

<sup>39</sup> Resulta llamativo, en ese sentido, que los pedagogos «oficialistas» impusieran en las planificaciones que las carreras universitarias –todas– siguieran una determinada senda, y que, por ejemplo, las salidas al extranjero para incrementar la formación se realizaran tras las lecturas de las tesis doctorales, olvidando que existen materias en las que por decenios se había demostrado que lo más conveniente para la calidad es que las estancias de investigación se llevaran a cabo en un período anterior a la lectura de la tesis, lo que en un tiempo había llevado a los docentes de la materia en cuestión a ocupar alguno de los primeros puestos del mundo en la investigación.

de aquel, juzgan su idoneidad docente e investigadora<sup>40</sup>; vi) disminución de la calidad en la dirección de las tesis doctorales –es decir, en el primer trabajo de investigación que inicia un aprendizaje decisivo para el porvenir de los investigadores–: su cualificada valoración como mérito (absolutamente «prematureo») precipitó a los más jóvenes «a los caminos armados de faroles» en búsqueda de personas a las que dirigir una tesis; vii) «autodidactismo», dado que el camino para la obtención de una acreditación está formalmente marcado y encapsulado, ajeno a criterios materiales de calidad, la carrera universitaria –al menos en algunas especialidades que por sus características lo permiten– se ha plagado de *self made (wo)men*, lo que, obviamente, implica un corte en la transmisión de los saberes, un empezar constantemente de cero; viii) la liquidación de cualquier prueba oral y pública; ix) evaluación dispersa entre las decenas de agencias autonómicas; x) creación de enormes bolsas de acreditados sin plaza; etc.

No obstante, cabe subrayar una sola virtud del sistema, que posee claro envés: el profesor pasa a tener un menor grado de dependencia personal del catedrático<sup>41</sup>.

Las principales consecuencias de este nuevo sistema de selección del profesorado han sido las siguientes: i) la ausencia de toda movilidad del profesorado y una endogamia atroz<sup>42</sup>, al no estar sometida la acreditación a cambio alguno de universidad y depender la convocatoria posterior de la plaza del mismo departamento al que pertenece el docente; de esta forma, los profesores comienzan sus estudios universitarios en la misma universidad en la que terminan jubilándose; ii) promueve prácticas de corrupción hasta límites inimaginables desde cualquier otro sistema, pues ya no es necesario, siquiera, la «manipulación» de los tribunales juzgadores, dado que ese «trabajo» se efectúa desde la propia universidad al controlar el «grifo» de las convocatorias<sup>43</sup>, pues se atribuye a los departamentos convocantes la prerrogativa de proponer íntegramente el tribunal, el control absoluto de las plazas; iii) burocratización extrema del trámite de acreditación a través de un laberinto de procedimientos engorrosos: en este caso, los pedagogos «oficialistas» «se han empleado a fondo» y logrado que los solicitantes tengan que dedicar no menos de tres meses a rellenar las correspondientes instancias, o recurrir, como alternativa, a empresas especializadas que se lucran al amparo de los complejos trámites ANECA<sup>44</sup>; iv) blindaje absoluto de las plazas de profesorado, hasta el punto de que las universidades han cerrado sus sistemas de convocatoria, acudiendo a un porcentaje, cada vez mayor, de plazas caracterizadas como de «promoción interna», a las que no puede presentarse nadie

<sup>40</sup> Habitual ha sido que las solicitudes de acreditación para profesores de Derecho hayan sido sometidas a la visión de una comisión en la que, de diez personas, sólo dos son especialistas en materia jurídica; el resto podían ser docentes en educación física, periodismo, economía..., eso sí, siempre bajo la mirada presente de un miembro de la Pedagogía, que terminaban decidiendo sobre la aptitud científica de un profesor en Derecho.

<sup>41</sup> Desde luego que lo dicho no significa que se vea totalmente libre de su influencia ello, porque, al final y en muchos casos, el apoyo de «sus» catedráticos puede facilitar la correspondiente acreditación: incluso habiendo méritos suficientes, según los baremos, la influencia sobre los miembros de la comisión de la ANECA hace más amable el camino. Que no todo transcurre prístinamente se ha expresado con claridad. Los distintos escenarios se mantienen abiertos: i) sólo la pertenencia del «jefe de la escuela» a la correspondiente comisión de la ANECA es capaz de explicar la acreditación de sus discípulos; ii) al contrario: los odios «de escuela» pueden impedir, paralelamente, la acreditación de personas con más que sobrados méritos.

<sup>42</sup> De este hecho puede dar una idea precisa el bajísimo número de profesores ajenos a la universidad convocante que se «atreven» a firmar una plaza sacada a concurso por ésta.

<sup>43</sup> Lo que promueve, a su vez, la práctica de «congelación de plazas» hasta que el candidato local se encuentre «preparado» para adjudicarse la correspondiente plaza: nunca se había visto tanta corrupción en la Universidad como la que se ha derivado del control de las plazas por los propios departamentos convocantes.

<sup>44</sup> La vertiente positiva de este hecho se encuentra en la creación de empresas especializadas –originando así un empleo «empresarial» tan necesitado en España–, que de alguna manera se encargan de «filtrar» las solicitudes y de indicar al cliente los «méritos» en los que debe incidir.

que ya ocupe el nivel respectivo en otra universidad<sup>45</sup>: ahora sí, con este sistema, los premios Nobel, o los investigadores de reconocido prestigio nacional o internacional, carecen de toda oportunidad de ocupar una cátedra en la universidad española, y los traslados interuniversitarios también; v) una evidente disminución de la calidad del profesorado: cierto que, con el nuevo sistema, se han acreditado docentes universitarios que, por su valía, lo hubieran hecho de cualquier modo, pero también se posibilita, bajo la aplicación de criterios formales de méritos de calidad, la presencia de otros que, muy improbablemente, en unas oposiciones libres, nacionales y públicas, hubieran logrado alcanzar una plaza. Hoy, sin embargo, esos profesores no aptos para la carrera universitaria ya son titulares o catedráticos, y empujarán hacia abajo la docencia, la investigación... y la Universidad pública.

En síntesis, a la «nueva» Universidad española caracterizada por ser una institución cerrada y blindada localmente, se suma el mayor fruto de la Ley de 2007: la consolidación de los profesores de la universidad privada en pie de igualdad respecto de los de la universidad pública. Un gravísimo resultado que sólo podía ser logrado con un sistema de acceso a la acreditación muy devaluado.

### 7.5. La precarización del profesorado universitario en la Universidad pública

Cualquier joven lleno de vocación que quiera incorporarse a una envejecida Universidad como la descrita debe saber algo: con suerte, a los 40 años de edad podrá llegar a la figura de «contratado doctor» o a de «ayudante doctor»; hasta ese momento sobrevivirá con contratos precarios, debiendo desempeñar en la Universidad, por un salario miserable, una triple función: docente, investigadora y administrativa. No solo deberá buscar quién le financie los gastos universitarios, sino que tendrá que convivir con una pléyade de profesores «no académicos», que son quienes imparten mayoritariamente las clases en no pocas Facultades –asociados, falsos unos y verdaderos otros, pero siempre en precario– y con parte de personal docente «académico» desincentivado, que piensa en la jubilación anticipada como mejor opción si no logra pluriemplearse, y, todo ello, en un ambiente intelectual tan empobrecido como lo precisa el «Plan de Bolonia».

No resulta nada extraño, por lo anterior, que en las universidades esté ocurriendo, en materia de personal, algo parecido a lo que sucedió hace ya algunos años en los conventos: sólo quedaron monjas viejas que, además, no eran las más santas, aunque sí las más desvalidas<sup>46</sup>.

En efecto, resulta muy difícil lograr que jóvenes brillantes se incorporen a la Universidad pública, y ello por una potísima razón: la institución no es capaz de ofrecerles un futuro que siquiera se asemeje lejanamente, en condiciones y perspectivas, al que puede brindar una institución pública digna de serlo.

Somos testigos presenciales de una situación que está alejando de la Universidad a los mejores integrantes de las promociones universitarias...lo que es, insistimos, funcional al sistema de Bolonia, que no precisa ya a los profesores más brillantes impartiendo clases, sino a los más inagotables y polivalentes, que con frecuencia se encuentran en el ejercicio de otras profesiones y a quienes se les ofrece completar sus sueldos con pequeñas retribuciones universitarias. En este ambiente, la investigación se desvía a otros centros muy especializados y mal financiados, mientras que poco a poco va desapareciendo de las universidades; y, en los estudios en los que

<sup>45</sup> En esta tarea los sindicatos han tenido un protagonismo especial.

<sup>46</sup> Selección adversa que también aparece en los partidos políticos, lo que explica mucho de la calidad de nuestros dirigentes y de su desprecio por la Universidad, a la que únicamente se acercan con intereses, personal y colectivamente, cuasi-delictivos. Véase, nuevamente, Galaup (2019).

esa fuga no es posible por las peculiaridades de las materias que se imparten, simplemente languidece, manteniéndose únicamente la que viaja a lomos del voluntarismo<sup>47</sup>.

Esta caída, buscada, de los servicios universitarios, abunda en la misma estrategia puesta en funcionamiento en otros campos, singularmente en la sanidad: el neoliberalismo ha ido, y no poco a poco, descapitalizando el servicio público y provocando una huida del profesorado universitario hacia otros quehaceres que les proporcionan mejores ingresos<sup>48</sup>. Se trata de una estrategia que ha sido combinada con la escasísima contratación en vocaciones universitarias, subcontratando, como se ha indicado más arriba, las labores docentes a bajo precio y menor cualificación en la inmensa mayoría de las ocasiones... y olvidando la investigación.

Esta es la semilla idónea para el auge de las universidades privadas, que les facilita un claro nicho de negocio que vaya más allá de una mera «guardería para niños ricos» a los que sus padres quieren mantener en un «ambiente selecto» por más que intelectualmente no gocen de reconocimiento alguno: cuanto más decaiga el nivel y dedicación del profesorado universitario, más fácil será a los negocios privados competir con la Universidad Pública; exactamente lo mismo que ha ocurrido, que está sucediendo, con los servicios públicos sanitarios (la diferencia es que en estos últimos también se exigen, por razones obvias, niveles de calidad, por lo que los políticos se han tenido que entregar con más fuerza para ir desmantelando la sanidad pública).

## 8. A modo de breve conclusión: al rescate de la Universidad Pública española

Al final de un periplo de apenas treinta años, el sistema neoliberal ha logrado lo que pretendía: convertir la educación universitaria en una oportunidad de negocio a través de un sistema muy devaluado pero que asegura no sólo retornos financieros prontos, sino también unos beneficios estimables y una influencia ideológica de primer orden en las nuevas generaciones: la iglesia católica y sus filiales, la banca, los fondos de inversión internacionales, etc., al igual que los «pedagogos oficialistas», se están «empleando a fondo». Y lo han conseguido –con apoyo interno y externo–, de la misma forma que en la sanidad pública o en las residencias de ancianos: a base de devaluar la calidad de la enseñanza pública para tratar de ponerla al mismo nivel que la privada<sup>49</sup>, para lo cual el sistema de Bolonia, con la reducción de la duración del Grado, la propagación de los sistemas de enseñanza *on line*, la generalización de la exigencia de cursar *Master* o la disminución de la calidad del profesorado, ha ofrecido el esqueleto estratégicamente adecuado.

<sup>47</sup> Poco importa lo que nuestro tejido empresarial y el desarrollo económico del país hagan con la Universidad pública, lo que se pone crudamente de manifiesto con la más mínima crisis cuando los «motores tradicionales de nuestra economía» (turismo, construcción) se ponen al ralentí. El que ello sea así no lo impide el «triumfalismo investigador» que periódicamente invade a nuestras autoridades sobre la base del número de publicaciones científicas, que es desnudado lúcidamente en Rodríguez Navarro (2012 y 2013).

<sup>48</sup> En algunas especialidades, más del 50% de los catedráticos, al menos en las grandes ciudades, compatibilizan la universidad con otros trabajos privados que les aportan mejores ingresos; la consecuencia es que la universidad se va quedando poco a poco orillada y el 90% del esfuerzo lo vierte el profesor en el empleo que le proporciona el grueso de sus emolumentos. Téngase en cuenta, en este sentido, que en el campo del Derecho, por ejemplo, cualquier funcionario del Grupo A está mejor retribuido, y se le termina reconociendo un nivel funcional superior, que los catedráticos de universidad; es el caso de jueces, fiscales, técnicos de la Administración civil del Estado, letrados de Cortes, del Consejo de Estado, abogados del Estado, ..., y, por supuesto, los poderosos, retributivamente hablando, secretarios de Ayuntamiento. Si esto es así, ¿puede extrañar que los catedráticos huyan de la Universidad hacia otros menesteres?

<sup>49</sup> De momento, ciertamente, no se ha conseguido, lo que tampoco inquieta a los empresarios de la enseñanza privada, pues lo esencial es que ese negocio se haya abierto a sus intereses financieros.

Sobre ese sedimento turbio de intereses ha venido a gravitar ahora esta pandemia que padecemos y que hará caer el PIB, probablemente, en dos dígitos. Nos encontraremos con una nueva encrucijada como otras pasadas. Se puede tomar la misma senda que en la crisis del 2007: el cierre de no pocas unidades de investigación, la fuga, otra vez, de cerebros que tanto había costado repatriar en los años anteriores, el abandono de proyectos de investigación que habían exigido cuantiosas inversiones, el acusado envejecimiento de las plantillas y la pérdida de varias generaciones de universitarios;... o podemos transitar justo el camino contrario, el que se orienta a formar un sustrato profundo de inteligencia y de un saber que perdurará a largo plazo, y que incluso permitirá sobrevivir con mayor solvencia a futuras pandemias.

Pues bien, es evidente cuál debe ser la senda que conviene a la Universidad pública y, por ende, al país, y es la que otras naciones de nuestro entorno adoptaron en la crisis económica anterior: aumentar la inversión en la Universidad pública, en la investigación. Una premisa que debe disuadir todo intento de recurrir a vías fáciles y engañosas: la creación de pésimos sustitutos de la concepción de una Universidad pública como tal, es decir, las «clases» *on line*, una suerte de «academias universitarias» que a lo único a lo que contribuyen es a disminuir la calidad de la docencia, a proletarizar a los egresados y a aumentar la influencia de los grandes propietarios internacionales de «servicios universitarios». Aprovechemos lo bueno que ya hay entre las ruinas de la Universidad pública actual –que todavía, inexplicablemente, es mucho– y demos el impulso que democráticamente es exigible: volver a activar la Universidad, permitir integrarse a los jóvenes brillantes vocacionales, fortalecer los verdaderos equipos de investigación, invertir en conocimiento. Ello permitirá, a corto plazo, liberar nuestro país de un modo de desarrollo económico equivocado –fácil– y empobrecedor. E invertir, a largo plazo, en formación, ciencia e investigación.

En conclusión: no sólo hay que rescatar la industria del turismo (España no se debe reducir al turismo y a la construcción), la hostelería, la pequeña y mediana empresa o la industria del automóvil. El más urgente plan de rescate tiene que ser el destinado a poner a flote la Universidad pública: el motor del progreso y del saber.

Por todo lo anterior, hay que diseñar un plan de Rescate Urgente para la Universidad Española (RUUE).

## Bibliografía

- Álvarez García, F.J. (2013). Debatendo: La selección del profesorado en la universidad española. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, pp. 139 y 158.
- ANECA. (2020). *ANECA al día*, 1(2), 20 de abril de 2020.
- Atienza Rodríguez, M. (2009). *Reformatio in peius*. *Revista Notario*, 26. Recuperado de <https://www.elnotario.es/113-hemeroteca/revistas/revista-26/1540-reformatio-in-peius-0-5887089749693023>
- Belloso Martín, N. (2017). De las universidades humanísticas a las universidades modelo de excelencia. Los desafíos de una educación humanista en el siglo XXI. En F. Puy Muñoz (coord.), *La Universidad humanista en un mundo globalizado*. Madrid, España: Reus.
- Belloso Martín, N. (2009). La construcción del Espacio Europeo de Educación Superior –EEES– en las universidades españolas. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 30(59), pp. 219-251.

- Bourdieu, P. y Passeron, J.C. (2009). *Los herederos: los estudiantes y la cultura* (2ª ed.). Madrid, España: Siglo XXI.
- Enzensberger, H. M. (2012). *El gentil monstruo de Bruselas*. Barcelona, España: Anagrama.
- European University Association. (2005). *Tendencias IV: Universidades Europeas y la puesta en práctica de Bolonia*. Recuperado de [http://www.eees.es/pdf/TrendsIV\\_ES.pdf](http://www.eees.es/pdf/TrendsIV_ES.pdf)
- Fernández Buey, F. (2009). *Por una universidad democrática. Escritos sobre la universidad y los movimientos universitarios*. Barcelona, España: *El Viejo Topo*.
- Ferreiro Bahamonde, X. (2010). Mercantilización y precarización del conocimiento: el proceso de Bolonia. En Edu Factory y Universidad Nómada (comps.), *La Universidad en conflicto: capturas y fugas en el mercado global del saber*. Madrid, España: Traficante de Sueños.
- Galaup, L. (20 marzo, 2019). En la 'zona cero' del caso Cifuentes un año después. *El Diario*. Recuperado de: [https://www.eldiario.es/sociedad/cristina\\_cifuentes-el-master-de-cifuentes\\_0\\_879813058.html](https://www.eldiario.es/sociedad/cristina_cifuentes-el-master-de-cifuentes_0_879813058.html).
- García Amado, J. A. (2009). *Allí voy y que arda Troya* [Entrada en blog]. Recuperado de: <https://garciamado.blogspot.com/2009/10/alla-voy-y-que-arda-troya.html>.
- García Mosquera, M. (2018). Los estudios de Derecho en Alemania: un ejemplo de formación jurídica al margen del sistema de Bolonia. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, pp. 117-125.
- Garrido Peña, F. (1999). Universidad y mafia: Una hipótesis sobre las actuales estructuras de poder de la universidad española. *El Viejo Topo*, 133. Recuperado de <https://webs.ucm.es/info/uepei/mafia.html>
- Langa-Rosado, D. (2020). Sobre la impertinencia de las políticas austericidas: algunos efectos y reflexiones desde el ámbito de la universidad. *Revista de Sociología de la Educación-RASE*, 13(2) Especial, COVID, pp. 164-173.
- Laporta San Miguel, F-J. (2010). Bolonia y los estudios de Derecho, dos puntos de vista (I): el proceso de Bolonia y nuestras Facultades de Derecho. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 26, pp. 7-13.
- Ministerio de Educación (2010). *Estrategia universidad 2015. Contribución de las universidades al progreso socioeconómico español 2010-2015*. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.
- Moreno, R., (2009). De la Declaración de Bolonia a la Estrategia 2015: el proyecto europeo neoliberal de mercantilización de la Universidad. En L. Alegre y V. Moreno (coords.), *Bolonia no existe. La destrucción de la Universidad Europea*. Hondarribia, España: Hiru.
- Naïr, S. (2014). *El desengaño europeo*. Barcelona, España: Galaxia Gutenberg
- Redacción de Valladolid (7 julio, 2019). Los ricos sacan más nota en la EBAU. *El Mundo*. Recuperado de: <https://diariodevalladolid.elmundo.es/articulo/valladolid/ricos-sacan-mas-nota-ebau/20190707073000287600.html>
- Rodríguez Navarro, A. (12 diciembre, 2012). El fracaso de la investigación no permite cambiar el modelo productivo. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/sociedad/2012/12/11/actualidad/1355249460\\_317026.html](https://elpais.com/sociedad/2012/12/11/actualidad/1355249460_317026.html).
- Rodríguez Navarro, A. (30 enero, 2013). Las causas del fracaso de la investigación en España. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/sociedad/2013/01/29/actualidad/1359486694\\_275932.html](https://elpais.com/sociedad/2013/01/29/actualidad/1359486694_275932.html).
- Sánchez Juárez, A. (11 noviembre, 2015). La Universidad Antonio de Nebrija cesa a su decano sin titulación universitaria. *El Confidencial*. Recuperado de: [https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria\\_1091542/](https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria_1091542/)

- Silió, E. (29 enero, 2017). El rector de los plagios se despide con críticas a la justicia «a golpe de titular». *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/politica/2017/01/27/actualidad/1485557863\\_745427.html](https://elpais.com/politica/2017/01/27/actualidad/1485557863_745427.html).
- Simancas González, E. y García López, M. (2016). Historia de un secuestro: de la Iglesia a la Marca. Evolución histórica de la Universidad en España. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, 133, pp. 173-190.
- Supiot, A. (2015). *La gouvernance par les nombres*. Paris, Francia: Fayard.
- Troncoso Reigada, A. (2017). El estudio de las humanidades en la formación del jurista. En F. Puy Muñoz (coord.), *La Universidad humanista en un mundo globalizado* (pp. xx-xx). Madrid, España: Reus.
- VV.AA. (2013). *Propuesta para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español*. Recuperado de <https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gl/web/descargas/propuestas-reforma.pdf>

# Bienes comunes\*

## Common goods

Luis Lloredo Alix  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-5483-7346  
[luis.lloredo@uam.es](mailto:luis.lloredo@uam.es)

### Cita recomendada:

Lloredo Alix, L. (2020). Bienes comunes. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 214-236.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5709>

Recibido / received: 09/04/2020  
 Aceptado / accepted: 12/09/2020

### Resumen

Los conceptos de bienes comunes, bienes comunales, comunes, procomún o similares han inundado el escenario de la discusión filosófico-política de los últimos años. El debate ha (re)surgido en la arena de la teoría económica, pero se ha trasladado al ámbito jurídico, sociológico y filosófico, dando lugar a una proliferación de sentidos o acepciones de los términos mencionados, que además se deben a tradiciones de pensamiento diversas. En estas páginas se propondrá un mínimo mapa conceptual de los «bienes comunes», en el que se expondrán las principales tensiones sobre las que pivotan las diferentes teorías de lo común, se sintetizarán las áreas donde la teoría y la praxis de los comunes han sido más fructíferas, y se diferenciarán cinco grandes familias de significados.

### Palabras clave

Bienes comunes, comunes, bienes comunales, anarquismo, propiedad, público-privado, anticapitalismo, ecologismo.

### Abstract

*The concepts of common goods, commons, communal goods, and other similar notions, have become ubiquitous in current political philosophy. The debate has (re)emerged especially among economists, but has also been active within legal theory, sociology and philosophy. As a result, many senses of commons or common goods have arisen, giving place to different traditions. Hereafter I will draft a modest conceptual map of the commons-theories. I will expose the main political and conceptual tensions throughout which these theories oscillate and I will outline the principal areas where both the theory and the practice of commons have been most successful. I will end with a distinction of five different commons-conceptions.*

### Keywords

*Common goods, Commons, communal goods, anarchism, property, public-private, anticapitalism, ecologism.*

\* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto BICOM: «Bienes comunes: articulación cívica y jurídica» (CAM-UAM), dirigido por Ricardo Cueva y Luis Lloredo, cuya referencia es SI/PJI/2019-00474. Agradezco a mis colegas del equipo de investigación, que me hicieron muchas y juiciosas observaciones en un seminario que celebramos en el mes de mayo de 2020. También estoy en deuda con José María Sauca, que me dio la oportunidad de presentar el trabajo en un provechoso seminario del Workshop en Cultura de la Legalidad celebrado en el mes de junio.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Historia contemporánea de los bienes comunes. 3. De los comunes al *commoning*: las múltiples facetas de lo común. 4. Cinco grandes concepciones sobre «lo común». 4.1. Los bienes comunes como «bien común» (I): la concepción teológica. 4.2. Los bienes comunes como «bien común» (II): la concepción económica. 4.3. Los bienes comunes como «*common goods*»: la concepción jurídica. 4.4. Los bienes comunes como «bienes comunales»: la concepción comunalista. 4.5. Los bienes comunes como «*commoning*»: la concepción política. 5. A modo de conclusión: ¿es compatible el derecho con los comunes?

## 1. Introducción

Comunes, bienes comunes, comunales, procomún, *commons*, *commoning*, son algunas de las diversas expresiones que se han (re) introducido en el vocabulario jurídico-político contemporáneo, dando lugar a lo que ya podría considerarse un nuevo paradigma, tanto en sentido político como epistemológico (Laval y Dardot, 2015). Como siempre sucede en estas ocasiones, no todos los usos que se hacen de dichos términos resultan congruentes entre sí, ni todas las veces se respeta el núcleo semántico que, por razones históricas, conceptuales o ideológicas, le correspondería a la idea de los comunes. De alguna manera, la popularidad del vocablo –con todas sus variantes– ha terminado produciendo que tanto políticos como académicos lo quieran emplear a toda costa, convirtiéndose a menudo en un mero expediente retórico (Rendueles y Subirats, 2016, pp. 10-15). Esto hace que a veces resulte difícil saber qué es exactamente un bien común, o qué quiere decir en concreto la apelación a «lo común».

En estas páginas trataré de ofrecer un mínimo mapa conceptual, en el que propondré distinguir varios usos distintos, aunque interrelacionados, del concepto de bienes comunes. Debo advertir que se trata de una labor condenada al fracaso desde su mismo inicio, ya que el universo de usos de todas estas expresiones es demasiado rico y polifacético como para poder trazar distinciones nítidas. Además, la historia que acompaña a la noción de «lo común» es muy densa y de larga data (Linebaugh, 2013; Gierke, 1868), por lo que el mapa que pretendo sugerir será inevitablemente parcial y fragmentario. Como no creo que sea posible un buen análisis sin un mínimo soporte histórico, comenzaré con unas breves notas sobre el resurgimiento contemporáneo de los bienes comunes, que entronca a su vez con una larga tradición (§2). A continuación, expondré algunas facetas sobre las que se ha planteado la posibilidad de una gestión comunal –comunes digitales, espacios urbanos, cuidados–, que a su vez ponen de manifiesto una reorientación del discurso, cada vez más proclive a hablar de *commoning*, subrayando así que lo común no depende de ciertas cualidades de las cosas, sino más bien de prácticas tendentes a «comunalizar» espacios de la vida (§3). Una vez bosquejado así el acervo de usos, distinguiré cinco grandes sentidos de los bienes comunes en nuestros días (§4). Terminaré con una brevísima coda sobre comunes y derecho (§5).

## 2. Historia contemporánea de los bienes comunes

La historia de los bienes comunes es tan antigua como la humanidad. La organización comunal de los campos fue la regla socioeconómica predominante durante la larga época en que las civilizaciones fueron eminentemente agrarias (Altamira, 1890, pp. 53 ss.; Rexroth, 1974). Se trata de una forma de gestión de los recursos que se ha transmitido a nuestros días de manera más o menos vestigial –ahí están los casos

del *auzolan* vasco, la *Gewere* germánica o la *andecha* asturiana—, aunque algunas variantes se han mantenido con cierta vitalidad en aquellas regiones del mundo sometidas otrora al dominio colonial, donde existe todavía una fuerte presencia indígena: los ejidos en México, las mingas en Bolivia o los quilombos en Brasil (Comunaria.net, 2017). La prevalencia de la propiedad comunal empezó a quebrarse en los albores de la modernidad, con el surgimiento de nuevos poderes de índole privada o estatal que, actuando por separado o de consuno, iniciaron un imparable proceso de mercantilización y cercamiento de las propiedades que hasta entonces habían sido colectivas. Esto motivó, entre otras cosas, la diatriba intelectual entre la noción franciscana del *usus* —que predicaba el goce directo de los bienes, en régimen de acceso abierto— y la escolástica tardomedieval, que empezó a teorizar la propiedad privada como un derecho absoluto de excluir a los demás del uso y disfrute de determinados recursos (Ciervo, 2012, pp. 45 ss.).

El resto de la historia es bien conocido. Pese a no pocas resistencias, las revoluciones liberales se auparon sobre un pacto económico-social que entronizaba la noción absoluta de propiedad, que además pasaba a concebirse según una implacable lógica binaria: o pública —es decir, estatal— o privada. Este proceso de cercamiento y expropiación no hizo sino agudizarse durante los siglos XIX y XX, pese a los numerosos movimientos que, desde orientaciones socialistas, comunistas, anarquistas o indigenistas, trataron de revertir las nefastas consecuencias sociales y ecológicas que semejante proceso estaba acarreado (Roa, 2017). Pero contar esta historia con detalle exigiría demasiado tiempo, por lo que a continuación me centraré únicamente en el último periodo, a saber, las dos primeras décadas del siglo XXI.

Desde un punto de vista contemporáneo, el debate sobre los comunes se reabrió oficialmente —aunque venía labrándose al menos desde los años noventa— en 2009, con motivo de la concesión del Premio Nobel de Economía a Elinor Ostrom, por su trabajo acerca de los comunes, los mecanismos de cooperación y las instituciones de acción colectiva. El libro clave de Ostrom, *Governing the Commons*, supuso un hito como catalizador de una abundantísima literatura en diversos ámbitos de las ciencias sociales —economía, sociología, derecho—, ya fuera como comentario, apostilla o crítica a su concepción de los bienes comunes, ya fuera como invitación a pensar sobre el ámbito de lo común desde otras tradiciones de pensamiento o marcos epistemológicos. En cualquier caso, me parece importante subrayar que el trabajo de Ostrom no fue «pionero», como se suele escuchar a veces, sino que más bien sirvió para recolocar en la agenda académica, sobre todo en sede económica, un viejo tema de la filosofía política (Esposito, 2012, p. 21 ss.). No en vano, la voz «comunes» nos remite a tradiciones de pensamiento como la del comunismo, el comunitarismo o el comunalismo que, sin identificarse necesariamente con ella, se desarrollaron para dar respuesta a problemas parecidos a los que están detrás del auge contemporáneo de «lo común».

La investigación de Ostrom trataba de rebatir una de las asunciones más arraigadas de la teoría económica neoclásica, según la cual las instituciones de propiedad común o colectiva —pastos, bosques, ríos, montes, etcétera— tienden a la sobreexplotación y, por consiguiente, al agotamiento del recurso. Se trata de una idea popularizada bajo el nombre de «tragedia de los comunes» por Garret Hardin, un ecólogo estadounidense de inspiración malthusiana, que elaboró su teoría mediante la metáfora de un pastizal de propiedad común (Hardin, 1968). Al no existir restricciones para su uso, por tratarse de un bien no excluyente, los pastores emplearían el predio como alimento de sus respectivos rebaños de forma abusiva, siguiendo de forma egoísta y unilateral sus respectivos intereses, hasta el punto de superar la capacidad reproductiva del ecosistema, que quedaría condenado a la desertización. En cambio, si el campo hubiera estado bajo un régimen de propiedad

privada, el dueño se habría hecho cargo de mantener el recurso, estableciendo derechos de uso basados en una correlativa prestación económica, que, a su vez, habría tenido un doble efecto: 1) el de la disuasión, porque no todos los potenciales usuarios habrían sido capaces de pagar la cuota, lo cual habría evitado la masificación propiciada por el libre acceso, y 2) el de la responsabilidad propiciada por el autointerés, puesto que el propietario individual habría tenido cuidado de no sobreexplotar el terreno, al depender su ganancia de la sostenibilidad de la propiedad.

La mayor parte de las críticas se ha enfocado en censurar el primero de estos dos supuestos. Se ha subrayado así la inequidad de un modelo económico que estaría diseñado únicamente para los propietarios y para los que, no siendo propietarios, disponen de un nivel de renta suficiente como para convertirse en consumidores y productores capaces de generar alguna suerte de plusvalía. Sin embargo, a la luz de la deriva del capitalismo especulativo de las últimas décadas, cabría también impugnar el segundo supuesto, a saber, la candorosa idea del «propietario-cuidador». En efecto, la proliferación de empresas de inversión sin finalidad productiva alguna –los fondos de inversión libre, de capital riesgo o los llamados fondos buitres–, que se basan en la compraventa abusiva y lucrativa de deuda, o que se dedican a crear empresas-pantalla destinadas a obtener ventajas fiscales mediante una compleja ingeniería financiera, o que invierten especulativamente en iniciativas empresariales para después abandonarlas, una vez alcanzado un determinado umbral de beneficios, demuestran que la privatización no conduce necesariamente a un mejor cuidado de los recursos, sino incluso a lo contrario: a la explotación sistemática de los trabajadores, al desmantelamiento de proyectos económicos y al expolio de los ecosistemas (Harvey, 2014, p. 213 ss.). En este sentido, no sólo es que la universalización del modelo «propietarista» sea desigualitaria, sino que tampoco es eficiente ni sustentable en términos ecológicos.

Pero esto no debería sorprendernos. Si hacemos caso de la clásica exposición histórica de Werner Sombart acerca de los orígenes del capitalismo, veremos que uno de los síntomas más evidentes de la aparición del espíritu de lucro subyacente a dicha concepción económica fue, precisamente, el auge de la piratería: el motor que impulsaba a los piratas no era ni la subsistencia ni el afán productivo, sino la voluntad de enriquecimiento (Sombart, 1998). Y éste es un fenómeno que se repite hoy a escala global de la mano de ese tipo de empresas a las que acabo de aludir. Lo importante a nuestros efectos es que la distinción entre esos dos tipos de críticas contra la tragedia de los comunes es significativa, porque delimita dos concepciones notablemente distintas de «lo común». Por un lado, están aquellos que, como Christian Felber o Jean Tirole, apuestan por reconstruir la economía capitalista en clave más humana, reivindicando explícita o implícitamente un modelo empresarial responsable y sometiendo los principios del libre mercado a determinados fines o prácticas tendentes al «bien común»: producción ecológicamente sustentable, paridad de género en las empresas, justicia salarial, economía cooperativa (Felber, 2012, pp. 58-59; Tirole, 2017. Por otro lado, están aquellos que, como Ugo Mattei, Massimo De Angelis o Silvia Federici, se declaran abiertamente contrarios al capitalismo, en tanto que no se trataría de un modelo desigualitario por razones contingentes –es decir, que podría haber sido de otro modo– sino que es el fruto de una constitución económica, social y cultural de raíz patriarcal, antidemocrática y extractivista, lo cual lo hace incompatible con una idea verdaderamente revolucionaria de los comunes (Mattei, 2015, p. 14; De Angelis, 2017, p. 357 ss.; Federici, 2018).

Más adelante sintetizaré las diferentes corrientes que cabe diferenciar en la literatura sobre bienes comunes. Pero, de momento, regresemos a la metáfora del pastizal. Ermanno Vitale ha señalado, con razón, que Hardin no tenía en mente esa defensa de la privatización neoliberal que le imputan las corrientes críticas (Vitale,

2013, pp. 7-10). Primero, porque su enfoque era el de un científico que se limitaba a señalar las aporías de la escasez en un mundo cuyos recursos son limitados y cuyas formas de organización no están pensadas para hacer frente a la sobreexplotación de los ecosistemas naturales. Y segundo, porque la propuesta de Hardin no iba en la línea de la privatización, sino más bien –aunque sus «soluciones» eran más bien vagas– de la estatalización: para evitar la tragedia de los comunes, es necesario articular sistemas de coerción públicos y eficientes. Sea como sea, esto nos ayuda a definir con más claridad la apuesta de los comunes y volver al planteamiento de Ostrom con el que arrancábamos. Y es que, precisamente, los comunes se definen como aquellos bienes que no están sujetos ni a las reglas del mercado ni a la gestión coercitiva del Estado; que no se ubican ni en la categoría de la propiedad privada ni de la propiedad pública, sino que se basan en los principios de uso, libre acceso, cooperación y autogestión. En este sentido, poco importa si el propio Hardin no aspiraba a alentar el proceso de liberalización masiva al que llevamos asistiendo desde los años setenta del siglo XX. El hecho es que buena parte de esas políticas privatizadoras se han apoyado intelectualmente en la supuesta imposibilidad de construir espacios de gestión comunal de los recursos y en la presunta ineficiencia del Estado para desarrollar un modelo de gestión y protección de los mismos.

En efecto, la metáfora de Hardin, junto a algunas otras que pueblan el imaginario de la teoría económica contemporánea –el dilema del prisionero, el problema del «gorrón» o *free-rider*, así como la imagen opuesta del Leviatán–, han contribuido enormemente a generar esa visión de las cosas, según la cual no queda más remedio que movernos en la asfixiante dicotomía de lo público o lo privado. El peligro de esas metáforas es que frecuentemente no están basadas en una investigación empírica de cómo funcionan de facto los regímenes de autogestión, sino que simplemente apuntalan prejuicios ideológicos de forma gráfica y persuasiva (Ostrom, 2011, pp. 36-69). Por otra parte, como ha destacado Ugo Mattei, la alternativa dilemática entre lo público y lo privado no es más que una cortina de humo que encubre la realidad histórica y sociológica del Estado moderno, que nació y se desarrolló como un agente privado más, operando sobre la base de intereses particulares, a veces en competencia y a veces en connivencia con otros poderes privados (Mattei, 2013, pp. 50-60). El hecho es que, en la actualidad, estos poderes privados hacen uso de los Estados para desarrollar sus negocios de forma más lucrativa, ya sea empleando las estructuras estatales de forma episódica a través del soborno, el chantaje u otras formas de corrupción, ya sea determinando la agenda político-legislativa mediante *lobbies* y un eficaz control de los medios de comunicación, o cooptando el entramado institucional en un sentido integral, a base de múltiples dispositivos socioculturales que tienden a formar élites políticas y económicas que transitan sin solución de continuidad desde lo público a lo privado y viceversa. Todo ello hace que las distinciones público-privado y Estado-mercado sean más bien ilusorias: vivimos en un capitalismo de la inmanencia, donde la dominación se ejerce desde todos los intersticios del sistema, como una presencia ubicua que no se coloca en un plano trascendental, sino que impregna todas las esferas (Hardt y Negri, 2005, p. 20 ss.).

Frente a esta concepción dilemática, Ostrom dedicó buena parte de su vida a estudiar numerosos casos de gestión comunitaria de recursos, con el fin de demostrar que es perfectamente posible diseñar instituciones de acción colectiva basadas en la cooperación no mediada por el Estado. En su clásico *Governing the Commons* expuso varias de estas experiencias de índole local, casi todas ellas relacionadas con el uso y la gestión cooperativa de bienes naturales: campos de labor, montes, acequias, cuencas fluviales, bosques, pesquerías, etcétera. Los casos analizados iban desde pequeñas comunidades de un centenar de personas hasta instituciones que rondaban los quince mil individuos. Pero, más allá de la exposición descriptiva de una serie de

experiencias, el propósito de Ostrom era identificar las condiciones empíricas que hacen posible el éxito de tales prácticas, con el fin de elaborar un catálogo de principios que deben respetarse para instituir marcos de acción colectiva eficaces y duraderos. La mayoría de estos principios, si no todos, tenían que ver con la importancia de la comunicación y la deliberación. O, dicho de otro modo: Ostrom descubrió que, para desarrollar sistemas de producción o gestión comunal, hacen falta instituciones ampliamente participativas, donde la comunicación y la deliberación colectivas desempeñan un papel fundamental. Con ello refutaba un presupuesto cuestionable en el que se apoyaba la metáfora de Hardin, a saber: la presunción de que los pastores usan el predio sin comunicarse entre sí. Según Ostrom, cuando los «comuneros» dialogan entre sí, discutiendo y poniéndose de acuerdo respecto a las reglas que deben gobernar el uso de los recursos –así como las sanciones aplicables en caso de incumplimiento– el sistema tiene probabilidades mucho más altas de alcanzar niveles óptimos de apropiación y de perdurar en el tiempo (Ostrom, 2011, p. 309 ss.).

### 3. De los comunes al *commoning*: las múltiples facetas de lo común

La conclusión anterior demostró ser interesante por varias razones. Primero, porque sugiere que la clave de una gestión eficaz de los bienes comunes no depende necesariamente de la existencia de comunidades basadas en la posesión de rasgos culturales, étnicos o religiosos homogéneos, sino de una serie de diseños institucionales que permiten generar redes de organización operativas, incluso entre sujetos o poblaciones dispares. En pocas palabras: que no siempre es necesaria la preexistencia de una comunidad culturalmente determinada como soporte ontológico de la gestión comunal de determinados bienes. Esto le ha valido alguna que otra crítica desde perspectivas decoloniales, que le reprochan falta de radicalidad en su crítica al individualismo, desatención a una fecunda tradición de pensamiento «comunitario» que es consustancial a muchos pueblos indígenas, así como una suerte de blanqueamiento de la idea de comunidad, que en el planteamiento de Ostrom quedaba des-sustancializada y desvinculada de una idea robusta de solidaridad social (Puello-Socarrás, 2015). Pero, al mismo tiempo, esa visión institucional de lo común le permitió a Ostrom escapar de la tentación comunitarista y ejercer como plataforma de planteamientos republicanos y autogestionarios, que han hecho de su propuesta una fuente de inspiración para numerosos proyectos político-sociales, más allá de la lógica liberalismo-comunitarismo. Beben de ella, por un lado, enfoques deliberativos más bien reformistas, aunque críticos con el individualismo posesivo del sistema capitalista, que han tratado de concretar la institucionalización de lo común a través de la ética del discurso y la racionalidad comunicativa (Ramis, 2017, p. 339 ss.). Y beben de ella, por otro lado, corrientes que se anclan *lato sensu* en la tradición libertaria o asamblearia (Hardt y Negri, 2019).

El enfoque institucional de Ostrom es interesante, además, porque resulta útil para diferenciar corrientes distintas respecto al concepto de bienes comunes. Por un lado, estaría la perspectiva de quienes entienden lo común de forma esencialista, como un atributo de determinados bienes que, por su naturaleza intrínseca, no pueden ser apropiados privadamente –el sol o el aire, por ejemplo– y deberían ser blindados en tanto que «bienes comunes de la humanidad» (Gordillo, 2006, pp. 11-19). También cabrían aquí las tesis que restringen las formas de gestión comunal a aquellas poblaciones o culturas que aún mantienen lazos de solidaridad fuertes –algunos pueblos indígenas– y que, por tanto, tienen una concepción no individualista de las relaciones sociales. Por otro lado, en cambio, estarían aquellos que entienden lo común como el fruto del *commoning* –comunizar–, no tanto como un hecho preexistente o como una cualidad intrínseca de determinadas cosas, sino como el resultado de una serie de prácticas e instituciones que aspiran a trabajar en común y

resignificar comunitariamente los espacios o los bienes que, desde la lógica tradicional, eran percibidos como privados o estatales. En este sentido, tal y como expresan Laval y Dardot, «lo común debe ser pensado como una co-actividad, no como una co-pertenencia, co-propiedad o co-posesión» (2015, p. 57).

Desde la perspectiva esencialista, lo común es más bien un atributo de cierto tipo de cosas o cierto tipo de culturas y sólo respecto de ellas puede prosperar. Tanto en uno como en otro caso subyace el riesgo de una interpretación conservadora o meramente reformista de lo común. En efecto, desde este planteamiento, el discurso sobre lo común se acepta sólo de forma selectiva, como una corrección puntual de la lógica público/privado. La teoría económica, por ejemplo, suele ser bastante celosa en la distinción de clases de bienes sobre la base de los criterios de la exclusividad (la posibilidad de excluir del uso a quien no es propietario) y la rivalidad (un bien es rival cuando su consumo por parte de un individuo reduce su disponibilidad para los demás). En torno a ambos ejes se ha propuesto una clasificación que diferencia entre bienes privados, públicos, comunes y bienes club. No vale la pena introducirnos en los pormenores de la distinción, porque ello nos llevaría a penetrar en una casuística compleja y un tanto resbaladiza. Pero, sobre todo, porque la propuesta descansa en un supuesto que, a la vista de las prácticas de apropiación del capitalismo contemporáneo –los cercamientos o *enclosures*, como se suelen denominar–, ha dejado de ser válido: la imposibilidad de mercantilizar determinadas cosas como el mar o el aire, que resultaba evidente a ojos de los juriconsultos romanos, ha quedado en entredicho desde el momento en que las empresas compran islas o privatizan playas, y los Estados gravan con impuestos el aprovechamiento de recursos básicos como el sol. Así las cosas, reservar la etiqueta de comunes para aquellos bienes que se consideran «inapropiables» es una vía poco prometedor, porque la deriva biopolítica y extractivista del capitalismo ha demostrado que todo, absolutamente todo, es susceptible de apropiación, ya sea privada o estatal (Caffentzis y Federici, 2014).

Desde la perspectiva del *commoning*, definir algo como común no depende de las «propiedades» intrínsecas de la cosa, sino de la voluntad política por concebir determinados bienes o espacios como objetos de disfrute por parte de toda la comunidad, y sobre la base de los principios del uso, el libre acceso y la autogestión cooperativa. La contribución filosófica de Roberto Esposito fue muy clarificadora a este respecto. En su clásico estudio sobre la comunidad, apoyado en una investigación que se retrotraía hasta el origen etimológico de la palabra –del latín *munus*: don o deuda–, el filósofo italiano mostró cómo la comunidad debe entenderse en tanto que labor colectiva, como una suerte de trabajo de todos para con todos los demás, como una deuda que todos tenemos respecto de los otros y que no termina de saldarse nunca. En ese sentido, la comunidad no es un hecho, sino un proceso, un vacío que debe llenarse una y otra vez a través de la creación de lazos de solidaridad. Pero, atención, se trataría de lazos de solidaridad que no se apoyan en una pertenencia compartida, en una suerte de esencia transpersonal, sino en un hacer en común (Esposito, 2012, pp. 22-30). Todo esto explica que el discurso sobre los bienes comunes haya ido cediendo el paso a una retórica sobre *lo común* –en singular–, sobre los *comunes* –no sólo bienes–, o incluso sobre el *commoning*, una expresión que podría traducirse como comunizar, y que trata de subrayar las ideas de proceso y de co-producción (Rendueles y Subirats, 2016, p. 106). Se trata de una reinención del comunismo, si se quiere, pero que huye a partes iguales del estatismo hiper-burocratizado típico del siglo XX y del comunitarismo identitario de determinadas formas de posmodernidad (Laval y Dardot, 2015, p. 69 ss.).

Buena parte de este desplazamiento semántico se debió al descubrimiento de los «comunes inmateriales» –información, cultura, conocimiento–, que pusieron de

manifiesto la posibilidad de trasladar los principios de la gestión comunitaria más allá del ámbito agrario o rural. Tengamos en cuenta que, mucho antes del debate contemporáneo que estoy bosquejando en estas páginas, hubo una larga y fecunda tradición comunalista inspirada por ideales libertarios, cuyo denominador común se encontraba, precisamente, en una reivindicación más o menos «bucólica» de las pequeñas comunas, donde es factible la práctica del apoyo mutuo, de relaciones estrechas de vecindad y de una gestión sostenible de los recursos (Abad de Santillán, 1993). Además de esta tradición libertaria, el comunalismo tenía una larga historia, en Occidente y fuera de Occidente, siempre vinculado a la noción de propiedad comunal, así como a formas de producción pre-capitalistas (Altamira, 1890). Tanto en uno como en otro caso, la idea de bienes comunes solía asociarse a formas colectivas de apropiación de la tierra, el agua o los bosques y, en ese sentido, no parecía tener mucho recorrido en el seno de nuestra sociedad globalizada e hiper-industrializada. Por ello, la propuesta de extender la esfera de lo común a otros problemas como el de la propiedad intelectual, la cultura o la investigación, abrió un horizonte de expectativas que ha favorecido la tendencia a hablar de «común» o «comunes», y no de «bienes comunes», una locución que parecía circunscribir la agenda del *commoning* a los objetos materiales.

El entusiasmo con los comunes «digitales» o «cognitivos» se explica por el aura de libertad que rodeó a la sociedad digital en sus comienzos, así como por los principios de gratuidad y libre acceso que originalmente estaban en la base de Internet. Licencias de *Creative Commons*, software libre, plataformas de *Open Access*, enciclopedias colaborativas como Wikipedia... El éxito de éstas y otras experiencias similares dio alas a una mirada más bien esperanzada respecto a las posibilidades de los comunes digitales. El estallido de varios movimientos sociales que se tejieron gracias a la creación de redes de comunicación y participación política a través de la web –*Occupy*, los Indignados, la primavera árabe, etcétera (Castells, 2012)– también contribuyó a generar un cierto optimismo respecto a la aplicación de los bienes comunes en el ámbito tecnopolítico. Además, como ha escrito Rendueles, «por razones cognitivas profundas, somos mucho más colaborativos y generosos con la información y los bienes inmateriales que con los bienes materiales» (2017, p. 53).

Todo ello hizo que, junto a las vivencias de gestión comunal analizadas inicialmente por Ostrom, se disparase la cantidad de prácticas comunitarias en el ámbito de la información, así como el número de análisis teóricos sobre los desafíos de los *commons* en el entorno digital. Como casi siempre ha ocurrido en relación con los comunes, muchos estudios sobre la materia incurrieron en cierto embeleso romántico con el trabajo «cognitivo» como forma paradigmática de trabajo en el capitalismo de la información –pero no todo trabajo es cognitivo–, o con la potencialidad de la red como plataforma para una cultura basada en la cooperación y en el *sharing* de ideas e información (Benkler, 2015; Bollier, 2016, pp. 113-126). Ahora bien, la sociedad digital ya tiene una historia cuyo saldo no siempre es positivo. Así es como han surgido planteamientos más realistas, cuyo objetivo es censurar el fenómeno de los «nuevos *enclosures*», es decir, ese proceso de des-democratización de la red, privatización y mercantilización de la información al que estamos asistiendo en los últimos años.

Sea como fuere, lo cierto es que el discurso y la praxis de los comunes empezó a inundar numerosas parcelas de la vida. Surgieron así propuestas de «comunizar» las ciudades, que pretenden trasladar las clásicas reivindicaciones comunalistas a los espacios urbanos, en el entendido de que el capitalismo contemporáneo ha terminado expropiando los lugares que antaño eran de uso libre y compartido en nuestras ciudades: plazas, jardines, calles, etcétera (Madrilonia.org, 2011, pp. 17-19). En efecto, ámbitos de libre acceso que, hasta hace no mucho, eran empleados sin

mediación de las autoridades públicas, han acabado convertidos en pasto exclusivo para el comercio, el negocio turístico-hostelero, las empresas de infraestructuras, el ocio lucrativo, las casas de apuestas y la especulación inmobiliaria (Harvey, 2013, pp. 117 ss.). El resultado de este proceso es que los espacios supuestamente «públicos» tienden a convertirse en meros lugares de paso, estratégicamente dispuestos para optimizar el consumo privado. Lejos de ser el ágora de deliberación, encuentro y puesta en común que debería representar, lo público ha pasado a ser una simple agregación de espacios privados.

Contra esta peligrosa deriva han surgido numerosos movimientos ciudadanos de índole municipalista o libertaria que, a través de prácticas como los bancos de tiempo, los huertos urbanos, las asambleas de barrio, las federaciones vecinales, los grupos de consumo agroecológico, la *okupación* o la reivindicación por una vivienda digna, han puesto sobre la mesa la necesidad –y la factibilidad– de reconstruir el tejido urbano mediante espacios de producción y reproducción comunitaria (Federici, 2018). Como ha señalado David Harvey, las dificultades de articular un modelo político, económico y social del procomún se ponen particularmente de manifiesto en el «derecho a la ciudad», porque nos movemos en dimensiones que superan, con mucho, la barrera de los quince mil comuneros hasta donde llegaban los ejemplos de Ostrom. De hecho, siguiendo al mismo Harvey, la gestión comunitaria de la ciudad exige, paradójicamente, la creación de «cercamientos» en no pocas ocasiones: por poner dos ejemplos, la autonomía vecinal o la prohibición de operaciones inmobiliarias en zonas verdes son dos bienes comunes que sólo pueden garantizarse mediante alguna clase de cercamiento o «blindaje» institucional (2014, pp. 132 ss.).

Esto último es interesante, porque pone de manifiesto que, más allá de la retórica, es probable que la expansión de lo común requiera utilizar las estructuras jurídico-políticas del Estado de forma estratégica y selectiva. Ahora bien, al igual que ya hemos visto en otras partes de este texto, aquí se oponen dos modos distintos de entender las políticas de lo común. Por un lado, estaría la vía netamente anarquista, encarnada por figuras como Murray Bookchin o Janet Biehl, que han defendido un municipalismo confederal de múltiples niveles, basado en los principios de la democracia directa, la autogestión y la delegación escalonada de autoridad, aunque sólo durante breves periodos y sometida siempre a revocación (Biehl, 2015; Bookchin, 1992, pp. 257 ss.). No por casualidad, esta versión de anarquismo fue definida por Bookchin como «comunismo», porque el objetivo del municipalismo libertario es «alcanzar la comuna de comunas» (Bookchin, 2015, p. 55). Por otro lado, en cambio, podrían identificarse perspectivas heredadas de otras tradiciones –socialdemócratas, comunistas o republicanas–, cuya agenda teórico-práctica insiste en la necesidad de aprovechar el entramado institucional del Estado como vehículo para «comunizar» determinados bienes o parcelas de actividad (Rodotà, 2014). Dentro de estas orientaciones, a su vez, podrían distinguirse aquellas que apuestan por el empleo de la institucionalidad jurídico-estatal con una intención meramente «táctica» –pero con un horizonte «estratégico» que propende a la disolución del Estado (Mattei, 2015, p. 4)–, de otros que más bien aspiran a reinventar las estructuras estatales en clave comunal. Como ya habrá podido entreverse, se vuelve a plantear aquí una compleja gradación de posturas en torno al clásico eje reforma-revolución.

El último aspecto que me gustaría traer a colación tiene que ver con la aportación del feminismo al debate sobre los comunes. Antes he señalado, de pasada, que la comunalización del tejido urbano exigía no sólo una transformación del espacio o la creación de instancias «productivas» autogestionarias, sino también un replanteamiento de la esfera «reproductiva». Éste es un aspecto en el que ha incidido especialmente Silvia Federici, poniendo el acento en el papel de las mujeres en la defensa o la reconstrucción de los comunes. Las mujeres, razona Federici,

fueron las grandes olvidadas en la teorización marxista del proceso de acumulación originaria que dio pie al capitalismo contemporáneo, ya que ellas son quienes tradicionalmente se han ocupado –y siguen haciéndolo– del complejo y fatigoso trabajo de la reproducción social, que es *conditio sine qua non* de la producción económica (Federici, 2004).

Pero ese trabajo reproductivo no sólo se refiere a la crianza y los cuidados en general –mayores, enfermos, animales–, sino a todo lo que concierne a la alimentación, el vestido, la vivienda: ellas fueron y son quienes cocinan, compran o cosechan, cosen o tejen, limpian, organizan la economía familiar, y un largo etcétera de actividades invisibilizadas sin las que sería imposible el mantenimiento de la vida. Desde este punto de vista, tanto en la historia como en la actualidad, las mujeres son uno de los principales motores en la defensa de lo común. Entre otras cosas, porque la expropiación de los espacios comunes fue determinante para ratificar la separación típicamente moderna entre el ámbito público y privado, una división que contribuyó al confinamiento de las mujeres en la esfera familiar y que apuntaló el sistema de dominación patriarcal de forma extraordinariamente eficaz.

La misma Federici ha dedicado parte de sus investigaciones a estudiar varios casos de lucha contra la expropiación de tierras y la reconstrucción de los comunes a través de cultivos urbanos vecinales en África, donde son las mujeres quienes capitanean estos procesos (Federici, 2011). Tampoco es casual, en este sentido, que buena parte de las cabezas de los movimientos ambientales de los pueblos indígenas sean femeninas, o que las luchas por las semillas y la soberanía alimentaria hayan sido impulsadas mayoritariamente por mujeres (Shiva, 2016). De alguna manera, han sido ellas quienes han percibido con mayor agudeza la violencia que acompañaba a los procesos de expolio de bienes comunes como el agua, la tierra o las semillas, ya que de éstos depende la reproducción de la vida. Esto explica iniciativas como las redes de semillas o las comunidades de cuidados –redes colectivas de crianza, por ejemplo–, que se han convertido en prácticas de lucha anticapitalista y de creación de lazos comunales con una gran trascendencia. Las redes de semillas, que se organizan como una forma de resistencia contra su mercantilización por parte del complejo industrial agroalimentario, son un claro ejemplo de *commoning* desarrollado por mujeres (Ezquerria, Rivera y Álvarez, 2017).

Las redes de crianza colectiva, por último, constituyen uno de los aspectos más interesantes del comunismo contemporáneo. Tenemos tan interiorizado el individualismo de la sociedad capitalista, tan desvalorizado el trabajo de las mujeres y tan postergadas las necesidades de la infancia, que tendemos a percibir como «natural» que la crianza se desarrolle a puerta cerrada, fuera del espacio público, allí donde las criaturas «alteren» lo mínimo posible el desarrollo de las actividades productivas y donde no «perturben» un espacio público que está definido en clave adultocéntrica. Pero este confinamiento de la crianza no es en absoluto auto-evidente o natural, sino más bien el fruto de una estructura política que recluye a las mujeres en el ámbito privado, desconectándolas de vínculos afectivos que deberían ser indispensables en esa etapa, de conocimientos que exigen un gran caudal de sabiduría y apoyo colectivos –la lactancia, por ejemplo– y condenándolas, en suma, a sobrellevar en soledad un proceso que es física y psicológicamente extenuante. Los grupos de crianza compartida son una de esas «experiencias emergentes» que, frente a la aporía de la maternidad que acaba de señalarse, apuestan por la democratización de los cuidados como un bien común, es decir, como alternativa a la naturaleza individualista de los cuidados privados, así como a la lógica asistencialista del Estado (Ezquerria, Rivera y Álvarez, 2017, pp. 81-85).

La nómina anterior no agota, ni mucho menos, los ámbitos sobre los que se ha desplegado el discurso de los comunes. Además de las áreas y las perspectivas señaladas, podría recordarse que la teoría del procomún se ha empleado de forma particularmente intensa por los movimientos ecologistas, como herramienta para reivindicar una protección más eficaz de la naturaleza, en muchas ocasiones desde enfoques no antropocéntricos. Esto quiere decir que, más allá de la defensa comunal de las tierras, los bosques o los ríos con miras a una explotación sostenible de tales recursos, el ecologismo de los comunes apunta a considerar la naturaleza como un bien en sí mismo, no sólo como un medio para alcanzar el bienestar humano. Vandana Shiva, a quien citaba hace un momento en relación con las semillas, es un buen ejemplo de esta orientación (Shiva, 2001). Las narrativas del «buen vivir» de los pueblos andinos –*sumak kawsay* en quechua, *suma qamaña* en aymara–, que tienen ciertas afinidades con la retórica europea de los bienes comunes y que han alcanzado carta de naturaleza jurídica con las constituciones de Ecuador y Bolivia (2008 y 2009), también son un buen ejemplo de cómo «lo común» se ha proyectado respecto de cuestiones medioambientales. Pero ni siquiera así cerramos el catálogo de asuntos que pueden abordarse desde los *commons-studies*: incluso algo tan aparentemente privado como el amor ha sido reconstruido desde la óptica de los comunes, tal y como refleja el proyecto colaborativo *copylove*.

#### 4. Cinco grandes concepciones sobre «lo común»

En las páginas anteriores he tratado de exponer los lineamientos principales del debate contemporáneo sobre los comunes. A lo largo de dicho recorrido, se han puesto de manifiesto algunas de las tensiones que cabe identificar entre las heterogéneas corrientes que hoy en día abanderan el discurso de los comunes. Desde el eje reforma-revolución hasta la oposición capitalista-anticapitalista, pasando por la dualidad esencialismo-constructivismo, todas las propuestas y movimientos comunales han terminado posicionándose más allá o más acá de cada uno de los polos de esas bipolaridades. Como es evidente, las adscripciones no suelen ser categóricas y las combinaciones de criterios son múltiples –aunque existen algunas afinidades más naturales que otras–, de manera que el acervo de posturas en torno a los comunes es enormemente variado.

Sumemos a lo anterior el hecho de que la elaboración teórica de los *commons* está íntimamente entrelazada con el activismo político-social. En efecto, buena parte de su florecimiento académico se debe a varios episodios de movilización popular durante las últimas décadas: la revuelta zapatista de finales del siglo XX en Chiapas, las guerras del agua del año 2000 en Cochabamba, los movimientos de *Occupy* en Estados Unidos y del 15-M en España, o las protestas contra la privatización del servicio público del agua en Italia. Todas estas experiencias, cada una desde sus respectivos contextos, contribuyeron a colocar en la agenda la problemática del expolio de lo común y la correlativa necesidad de reconquistar espacios de acción colectiva no mediatizados por el Estado ni por el mercado. En este sentido, los comunes se han ido teorizando sobre la marcha –como toda filosofía de la praxis– y su concepto está inevitablemente marcado por tintes ideológicos. Por todas estas razones, la propuesta de clasificación que se ofrece a continuación no es un catálogo de acepciones o posicionamientos nítidos, sino más bien un mapa de grandes «familias» de corrientes, a las que no siempre será posible reconducir los autores o las teorías de forma unívoca.

##### 4.1. Los bienes comunes como «bien común» (I): la concepción teológica

La primera familia de teorías que cabe identificar es la que interpreta el discurso de los *commons* en términos de la doctrina del bien común. Es una forma de

reduccionismo, porque tiende a neutralizar la novedad que supuso la apuesta contemporánea de los bienes comunes, reenviándola a una vieja categoría teológica que tiene una larga historia, pero que se encuentra paradigmáticamente en la definición de la ley de Tomás de Aquino (Murphy, 2018). Desde la perspectiva tomista, el bien común es un fin último al que debe tender la comunidad política en su conjunto, en el entendido de que tal cosa puede determinarse de manera armónica y unitaria para toda una sociedad. Se asemeja, en ese sentido, a otras nociones como la de interés general, la de utilidad social o la de justicia en el sentido aristotélico del término.

La doctrina del bien común ha tenido prolongaciones destacables más allá de la órbita teológica, como, por ejemplo, en el eudemonismo germánico o en el utilitarismo anglosajón. Pese a las enormes diferencias entre el enfoque religioso del tomismo y estas dos últimas, todas ellas suscriben una visión que podría denominarse «generalista» del bien común, que además corre en paralelo a una concepción más bien racionalista y universalista de la lógica de la acción colectiva. Los comunes, en cambio, serían prácticas o bienes concretos, circunscritos a comunidades específicas que definen comunicativamente sus principios de actuación colectiva y que no pueden extrapolarse sin más a todo un país –menos aún a toda la humanidad– (Mattei, 2015; Laval y Dardot, 2015, pp. 32-39). Mientras que la idea del bien común presupone la posibilidad de identificar un elenco de principios o reglas universales definibles para alcanzar la justicia social, de arriba hacia abajo, la teoría de los bienes comunes parte de una concepción contextual, constructivista y deliberativa de la justicia, según la cual ésta debe configurarse mediante la participación de las personas y las cosas afectadas en cada situación.

Pese a esta divergencia de base, lo cierto es que se han producido hibridaciones –no siempre conscientes– entre estas dos tradiciones de pensamiento. Algunos autores han tratado de contrarrestar el potencial subversivo de los bienes comunes mediante la acusación de adanismo, según la cual habría bastado con retornar a la vieja doctrina del bien común, supuestamente más noble y menos vaporosa desde el punto de vista teórico (Vitale, 2013, pp. 79 ss.). Otros intelectuales, aprovechando el auge del debate sobre los comunes, han intentado reconstruir éstos en los términos del «bien común de la humanidad» (Houtart, 2012), generalmente bajo la presunción de que, si queremos transitar desde los modelos «micro» elaborados por Ostrom, o desde las experiencias «sectoriales» de *commoning* descritas en el epígrafe anterior, es necesario dar un salto a la idea de universalidad. Desde una perspectiva similar, el papa Francisco I ha tratado de reorientar las demandas ecologistas hacia la noción de los bienes comunes globales: en su Encíclica *Laudatio Si*, la argumentación sobrevuela inteligentemente por muchos de los temas que han sido abordados por la teoría y la praxis de los *commons* –urbanismo social y sostenible, respeto de la biodiversidad, etcétera–, para reconducirlos a la retórica de los bienes globales y, finalmente, a la doctrina del bien común (Francisco, 2015).

Otro caso de interpretación en esta clave, inspirado en un cristianismo progresista, es el de Riccardo Petrella, que propuso un concepto del bien común de cuño solidarista en una fecha tan temprana como 1997; algo meritorio, si tenemos en cuenta que se produjo una década antes del estallido bibliográfico de los comunes en los primeros años del siglo XXI (Petrella, 1997). También desde una posición solidarista, crítico con el capitalismo y próximo al activismo de base –pero más o menos fiel a los principios de la doctrina social cristiana– se encuentra la lectura de Imanol Zubero, que no desvirtúa la idea de los comunes en nombre de un bien común supuestamente universal –como sí sucede en los otros casos–, pero que se afana por establecer puentes entre ambas tradiciones (Zubero, 2012). En casi todos los

ejemplos citados en este apartado, con la excepción de Vitale, se trata de reorientaciones del discurso sobre los comunes que parten de posicionamientos religiosos, en algunos casos con tintes meramente reformistas y en otros casos –los menos– desde enfoques anticapitalistas.

#### 4.2. Los bienes comunes como «bien común» (II): la concepción económica

La segunda familia de teorías que podría singularizarse es la de aquellos economistas que han tratado de explorar las posibilidades de reinventar la economía del libre mercado en una clave más «humana», introduciendo las categorías de bien común o bienes comunes como paliativo frente a las injusticias del sistema. El ejemplo más evidente de esta tendencia es la «economía del bien común» de Christian Felber, que también podría haberse consignado en el apartado anterior –con algunos matices– porque suscribe la idea de un «bien común» en el sentido de «interés general». Éste se concreta, eso sí, en una serie de principios de actuación para las empresas: producción ecológica, paridad de género, establecimiento de límites salariales –mínimos y máximos– incentivo a las inversiones no especulativas, etcétera. Tal y como lo plantea Felber, su modelo teórico es una alternativa «al capitalismo y al comunismo», una suerte de tercera vía, pero que no cuestiona los pilares del sistema de mercado, ya que sigue considerándolo valioso en líneas generales, sobre todo por el efecto saludable de una libre competencia moderada. No se problematizan, por ejemplo, la presunta independencia de la economía respecto de la política, ni el imperativo del crecimiento, ni el colonialismo, ni el extractivismo en los que se asienta el sistema capitalista. Se fomentan algunas prácticas cooperativas entre las empresas y se proscriben el lucro excesivo, pero, en definitiva, lo que se pretende es una amortiguación de la dinámica predatoria del capitalismo neoliberal, no la construcción de un modelo radicalmente nuevo. El instrumento mediante el que, a su juicio, podrían enderezarse las consecuencias perjudiciales del sistema –en lo ecológico y en lo social– es el «balance del bien común», una herramienta para medir el grado de sostenibilidad, igualdad de género, transparencia, democracia interna o responsabilidad socio-medioambiental que despliegan las empresas en todos los niveles: producción, suministros y proveedores, clientes, empleados e inversiones. La efectividad de la propuesta radica en que los saldos positivos del balance del bien común repercutirían en beneficios fiscales u otra clase de ventajas que las empresas obtendrían como premio a su buen desempeño (Felber, 2012, p. 53 ss.).

Quizá la iniciativa de Felber sea más intuitivamente operativa, en lo que se refiere a sus vías de implementación, que otras teorías económicas «alternativas». Adopta, además, el lenguaje del bien común que tanto se ha popularizado en los últimos años, lo cual le confiere un cierto atractivo. Sin embargo, no se aparta demasiado de otras propuestas más antiguas como las de Amartya Sen, cuyo propósito era, en definitiva, introducir ciertas prácticas éticas en el seno de un modelo económico cuyos pilares no se ponían en tela de juicio (Sen, 1987). De algún modo, el auge del discurso sobre los comunes y la antropología «cooperativista» –que además es paralela a la reivindicación de la emocionalidad y el altruismo promovidas por el «giro afectivo»– han dado pie al florecimiento de numerosas variantes alternativas de pensamiento económico. Algunas de éstas proponen críticas estructurales al paradigma desarrollista, productivista, hiper-competitivo y predatorio del capitalismo, como en el caso de la economía feminista, la economía ecológica o la economía del decrecimiento. Sin embargo, han proliferado otras tendencias más bien reformistas, cuya aportación no suele ir más allá de una modificación «cosmética» del lenguaje –que adopta la retórica de la cooperación, lo común, lo colectivo– y de un correlativo cambio de acento, pero que sigue sin cuestionar los elementos nucleares del sistema (Landerretche, 2016).

Así las cosas, como han escrito Calle, Suriñach y Piñeiro, las economías colaborativas son «terrenos en disputa», reivindicados tanto por corrientes neoliberales –en el supuesto de que la colaboración genera más eficiencia y mayor competitividad– como por otros movimientos vinculados al procomún (2017, pp. 28-29). En ese sentido, conviene recordar que no siempre la colaboración implica cooperación y que, por lo tanto, no todas las apelaciones a lo colaborativo logran trascender el marco del capitalismo. El ejemplo del *crowdfunding* es ilustrativo: si bien es un mecanismo ocasionalmente útil para financiar proyectos mediante la contribución de muchas personas sin la mediación estatal, también es una técnica que «apuntala la ideología del emprendimiento» y que, además, sólo suele resultar operativa para aquellos que ya cuentan con un capital cultural y social considerable (Rendueles y Sádaba, 2015, pp. 42-47). Lo mismo podría decirse de la *sharing economy*, cuando ésta se concreta en prácticas tan precarizantes como *Uber* o los espacios de *co-working* (Quarta, 2016, pp. 85-97).

### 4.3. Los bienes comunes como «common goods»: la concepción jurídica

En líneas generales, tanto el primero como el segundo grupo de familias tienden a plantear los comunes en términos de bien común –en singular–, ya sea por respeto a la tradición teológica, ya sea por la inercia de una teoría económica que sigue anclada, *lato sensu*, en un molde de pensamiento utilitarista. En cambio, el tercer apartado de «lecturas» que me gustaría diferenciar sí asume más conscientemente el discurso de los bienes comunes. Se trata de una serie de propuestas que parten de una exégesis atemperada de las investigaciones de Ostrom y apuestan por introducir la categoría de los comunes como un *tertium* en la clásica dicotomía de los bienes públicos y privados. El objetivo de esta estrategia suele ser salvaguardar de manera reforzada determinados aspectos de la realidad, en el entendido de que la protección estatal resulta insuficiente y de que la vía privada conduce a una mercantilización indeseable. En definitiva, lo que propugna esta vía es el blindaje de algunos bienes básicos para la humanidad como el agua, los bosques u otros recursos naturales, evitando así que el Estado caiga en la tentación de privatizarlos. Éste es un discurso que ha calado especialmente en algunos planteamientos ambientalistas que, desde una lógica antropocéntrica –la protección de la naturaleza en aras del bienestar humano y de su sostenibilidad–, defienden una suerte de sacralización de determinadas entidades naturales.

Para entender a qué me refiero, puede ser útil la distinción entre bienes comunes y comunes (*common goods* vs. *commons*) que propone Massimo De Angelis: cuando entendemos lo común en tanto que *common goods*, nos referimos a algunas particularidades estructurales de *ciertas* cosas, que exigen un tratamiento especial a través de la técnica económico-jurídica de los bienes comunes; en cambio, cuando entendemos lo común en tanto que *commons*, nos referimos a un sistema social complejo que tiene que ver con «el hacer común de los comuneros, o el comunalizar» (De Angelis, 2017, pp. 34-35). En el primer caso, los bienes comunes son tales por la dificultad «objetiva» de excluir a otros de su uso –los pastos, los bosques, el mar, el sol–, pero no necesariamente por la voluntad político-social de hacer, producir o cuidar en común. En el segundo caso, los comunes son tales porque una comunidad decide, de forma «intersubjetiva», definir algo como común y actúa en consecuencia, estableciendo una serie de lazos de gestión cooperativa sobre el bien o el espacio del que se trate.

Pues bien, este tercer grupo de familias adopta la versión más conservadora de los *commons* –la «objetiva»–, entendiéndolos como un catálogo más o menos cerrado y escueto de bienes comunes que necesitan una salvaguarda superior a la normalmente brindada por el Estado. Es un planteamiento paradójico, porque suele

apostar por la técnica del cercamiento –los consabidos *enclosures*, que históricamente fueron el instrumento para privatizar las tierras comunales– como una forma de defensa de lo común. En la mayoría de los casos, esta concepción se limita a ofrecer una protección particularmente garantista de ciertos comunes por parte del Estado, pero sin incorporar las dosis de democracia participativa que serían necesarias para trascender el paternalismo estatal (Marella, 2012, p. 75). En este sentido, ha sido una tesis habitual entre algunos juristas, que han saludado con recelo el estallido de la retórica «*benecomunista*» y que han denunciado su uso indiscriminado, proponiendo restringirlo a unas pocas cosas como glaciares, cuencas fluviales u otros recursos sensibles para el ecosistema.

Como gráficamente ha escrito Ugo Mattei, esta aceptación un tanto «tibia» de los comunes no es sino una forma de «domesticarlos», que trata de establecer una divisoria entre los buenos y los malos usos de la expresión, censurando su *vis expansiva* –de los comunes a lo común– y aferrándose al mantenimiento de la dicotomía público-privado con una leve corrección (Mattei, 2015, p. 13). Un buen ejemplo de esta visión es el de Luigi Ferrajoli:

se pasa de la configuración holística de tales bienes, como declinación en plural de la noción de "(bien) común", hasta incluir entre ellos a las entidades más disparatadas [...]. Tengo la impresión de que estos usos retóricos, que aluden con la misma palabra a nociones dotadas de referencias empíricas de diverso género [...] contradicen la gramática del derecho, corriendo el riesgo de dilapidar la capacidad explicativa del concepto y de anular toda posibilidad de hacerlo valer de forma garantista (Ferrajoli, 2013, pp. 227-228).

A menudo, estas críticas subrayan la inutilidad de expandir el discurso de los comunes, en el entendido de que bastaría con la clásica reivindicación de derechos «a algunos bienes fundamentales» (Moroni, 2015, p. 176). Nada hay nuevo bajo el sol, vienen a decirnos. Pero creo que, sin caer en el adanismo, las teorías de los *commons* sí aportan un nuevo enfoque: no es que los derechos fundamentales y los bienes comunes sean incompatibles –de hecho, pueden enriquecerse mutuamente (Rodríguez Palop, 2017)–, pero parten de tradiciones distintas. Los derechos son una herramienta jurídica nacida al amparo de una cultura individualista y su lógica intrínseca sigue siendo la de la reclamación subjetiva. En esto se ha apoyado Fernando Atria para sostener que los derechos sociales son, en realidad, una suerte de oxímoron: el socialismo se vio obligado a formular sus demandas mediante el lenguaje de los derechos, en aras de una mayor eficacia simbólica de sus aspiraciones, pero ello le obligó a renunciar a la ontología comunitaria de la que provenía (Atria, 2004). Los *comunes*, en cambio, parten de una concepción inextirpablemente colectiva de las relaciones sociales y de la acción política. Desde este punto de vista, reconducir la retórica de los comunes a la «gramática de los derechos», como si sólo ésta fuera posible y como si aquella fuera prescindible, es una forma de empobrecer, cuando no de amputar, la radicalidad de los *commons*.

#### 4.4. Los bienes comunes como «bienes comunales»: la concepción comunalista

La apreciación anterior me sirve para dar paso a los dos últimos grupos de familias, que sí han transitado a concepciones decididamente anticapitalistas y que sí apuestan por una expansión de lo común en detrimento –y no sólo como complemento– de lo público y lo privado. Por otra parte, son propuestas que suelen desconfiar del derecho, en la medida en que la tradición jurídica occidental se basa en la construcción de una técnica hiper-profesionalizada, cuyo objetivo no es sino neutralizar determinados espacios de la acción política y social, escamoteando la deliberación pública mediante el reenvío a la decisión experta (Lloredo, 2019).

Si interpretamos esto en términos de la teoría de los comunes, podría decirse que el derecho mismo fue objeto de cercamiento en los albores de la modernidad, un proceso que consistió en la «expropiación» del derecho a las diversas comunidades que integraban el régimen poliárquico medieval, invalidando sus respectivas autoridades –normativas y jurisdiccionales– en favor de las instituciones del Estado o de algunos estamentos privados: ahí está el origen del derecho mercantil. Este fenómeno implicó la práctica abolición de los sistemas consuetudinarios comunitarios, la eliminación de toda forma colectiva e informal de administración de justicia (Engels, 2009, p. 285) y la elevación a quintaesencia de una *summa divisio* entre el derecho público y privado. Como ha escrito Mattei, «la locución *común*, desvinculada de la noción de bien, vehicula un significado no sólo contrario a la idea de dominio, sino también a la idea de derecho. En cierto modo, las instituciones del común serían instituciones permanentemente constituyentes y nunca constituidas, siempre articuladas en oposición a una estructuración cristalizada del poder» (Mattei, 2015, p. 3). Así las cosas, se entiende la suspicacia de alguien como Ferrajoli –un paladín de la «razón jurídica»– al contemplar el discurso sobre lo común.

Ahora bien, dentro de este posicionamiento anticapitalista y receloso frente al derecho, pueden diferenciarse dos grandes perspectivas. La primera, que es de la que se trata en este apartado, tiende a plantear la lucha por los comunes en clave de «comunalismo». Y el comunalismo, a su vez, es un concepto que tiene al menos dos vertientes, por supuesto vinculadas entre sí. Por un lado, es uno de los ejes del anarquismo, tal y como veíamos en la propuesta de urbanismo sostenible de Bookchin o en la reivindicación de las comunas autogestionadas de Abad de Santillán. Por otro lado, el comunalismo se refiere a aquel modo de vivir de las sociedades preindustriales y premodernas, en el que el aprovechamiento y la titularidad comunal de las tierras desempeñaba un papel fundamental. Los bienes comunales aparecían detalladamente regulados en las *Siete partidas* de Alfonso X, en la *Charter of the Forest* inglesa, en las costumbres sobre la *Allmende* o la *Marca* germánicas, en la *derrota de mieses* de la Europa medieval, o en el *mir* ruso, por citar sólo algunos ejemplos (Míguez, 2014, pp. 15-18). Se trata de una forma de organización socioeconómica que empieza a desaparecer con el proceso de privatización y estatalización de la edad moderna y que hoy sólo subsiste en algunas instituciones residuales, pero que está siendo objeto de una destacable rehabilitación historiográfica –tengamos en cuenta que el marxismo clásico había rechazado casi cualquier forma de comunalismo desde planteamientos productivistas– y de una paralela reevaluación de sus virtudes y potencialidades contemporáneas (Roa, 2015). De hecho, buena parte del fenómeno de las «nuevas ruralidades» se asienta en una revitalización de ese tipo de prácticas, fundamentalmente desde perspectivas agroecológicas o ecofeministas.

Éste es un resurgir que se ha verificado en Europa, pero que tiene especial intensidad en América Latina, donde a menudo se reivindica el uso de la expresión «bienes comunales» frente a la de «bienes comunes», en el entendido de que aquella tiene resonancias comunitarias y agrarias que la aproximan más fielmente a la idiosincrasia de muchos pueblos originarios. Asimismo, esta preferencia terminológica emana de la sospecha de que el enfoque de los bienes comunes –a la Ostrom– encierra presupuestos liberales perfectamente compatibles con el capitalismo. En síntesis, lo que se afirma desde esta perspectiva es que, sin «comunidad», sin «lazos de solidaridad recíproca», no pueden erigirse prácticas de «lo común» consecuentes y sinceras (Jiménez Martín y Puello-Socarrás, 2017, p. 40). Por emplear la terminología libertaria, que es inequívocamente afín a este enfoque, una democracia de los comunes exige cultivar y fortalecer el principio de la ayuda mutua. El propio Rafael Altamira, uno de los referentes más clásicos en la historiografía de la propiedad

comunal, arrancaba su estudio diferenciando terminológicamente entre colectividad y comunidad:

no toda colectividad vive comunalmente [...]. Colectividad es también una asociación por acciones [...]. Decir colectividad es decir muchos, envuelve la idea de pluralidad; decir comunidad es decir muchos, encierra el concepto de algo que es para todos de un modo igual, de algo, en fin, que les es común (Altamira, 1890, p. 26).

#### 4.5. Los bienes comunes como «commoning»: la concepción política

La última familia que me gustaría identificar es la más radical, en el sentido literal de la palabra. Al igual que en el caso anterior, rechaza el discurso del bien común en singular, desde la convicción de que sólo pueden construirse espacios de autogestión comunitaria con la participación activa de las colectividades concernidas y, por tanto, de que sería ilusorio, engañoso o tramposo plantear la existencia de un «bien común» potencialmente universal. Si existiera semejante cosa, sólo podría alcanzarse desde abajo, partiendo de los contextos y las comunidades concretas. Asimismo, al igual que en la tradición comunalista, este tipo de teorías desconfía del derecho como forma de organización social. La diferencia con la familia esbozada en el epígrafe anterior estriba en que la visión política de los comunes trata de huir de la posible tentación comunitarista, a saber, de una concepción ontológica de la comunidad. Como su nombre indica, la concepción política entiende que lo común es más bien un proceso o punto de llegada, el fruto de una actividad política de cooperación, y no un punto de partida o un presupuesto identitario –un sujeto: la comunidad– respecto del cual puedan predicarse una serie de propiedades –unos objetos: los bienes comunes–. Por esta misma razón, la mayoría de teorías que cabe subsumir en este bloque prefieren hablar de comunes y no de «bienes» comunes, en el entendido de que lo común no es un «bien» o un «atributo» que le corresponde a una comunidad previamente dada, sino un sistema social complejo cuya finalidad es, precisamente, constituir y reconstituir esa comunidad. Algunos, como Laval y Dardot, prefieren incluso volver a conjugar «lo común» en neutro y en singular, con el fin de no objetualizarlo –*reificarlo*– y de mantener, por ende, la naturaleza *generativa* del concepto. Para ellos, en efecto, lo común es «el principio político a partir del cual debemos construir comunes y hacer con ellos para preservarlos, extenderlos y conseguir que sobrevivan» (Laval y Dardot, 2015, p. 59)

Desde este punto de vista, más aún que de bienes comunes, o comunes a secas, estas teorías suelen hablar de *commoning*, es decir, de «comunizar». El cambio de categoría gramatical –de un sustantivo a un verbo– es relevante, porque nos lleva a la idea de proceso y de actividad. Detrás de ello subyace una perspectiva republicana radical, en el sentido de que lo común se concibe no como un modo de «ser», sino como un modo de «hacer», de crear y estructurar democráticamente la colectividad. Pero no sólo en lo que atañe a la deliberación y la toma de decisiones «institucionales», sino también en las esferas de la producción y el intercambio, es decir, en el ámbito que solemos entender como «económico», ya que ésta no es un área ajena a la política. Para estas teorías, el objetivo de la acción colectiva ha de ser «comunizar», es decir, volver comunes los espacios o las cosas que, en la concepción tradicional, pertenecían al mercado –lo privado– o al Estado –lo público–, y de volverlos comunes mediante formas de participación densas, en clave directa y deliberativa. Esto quiere decir que, más allá de las corrientes republicanas «discursivas», que tienden a plantear lo común como una forma novedosa de reconstruir la esfera pública habermasiana (Ramis, 2017), creo que el principio del *commoning* es más radical y requiere imbuir de co-participación todos los niveles, desde la producción hasta la toma de decisiones colectivas, desde lo rural a lo urbano, desde el mundo agrario al industrial, desde las tareas de cuidado hasta el trabajo

cognitivo. Y creo que, siguiendo parcialmente el enfoque de Hardt y Negri, ésta es una forma de replantear el postulado comunista en clave asamblearia (Hardt y Negri, 2019).

Desde la perspectiva política que estoy intentando bosquejar, la idea del *commoning* plantea un reto considerable, quizá el mayor que deben afrontar las teorías de los comunes. Y es que hablar de comunes, sin una comunidad que les dé sustento, probablemente no sea más que mera palabrería, una suerte de cambalache terminológico que poco aporta a la categoría de lo público con la que ya contábamos. La cuestión radica, entonces, en cómo construir comunidades en contextos altamente diversos desde el punto de vista económico, social o cultural. Si renunciamos a la estrategia comunitarista, en el entendido de que las comunidades no son realidades ontológicas dadas, sino más bien el fruto de un proyecto político tendente a generar redes de cooperación y ayuda mutua, se suscita la pregunta de cómo tejer lazos de solidaridad recíproca entre personas que, de facto, tienen numerosas diferencias entre sí: clase, raza, género, lengua, etcétera. En definitiva, lo que anima a estas propuestas es la preocupación por tejer comunidades en un mundo plural, donde no existen «sujetos» fijos ni monolíticos de los cuales pueda manar espontáneamente el impulso revolucionario. En el ámbito europeo, ésta fue la inquietud que movió a Hardt y Negri a elaborar el concepto de «multitud», un sujeto político que vive en un perpetuo momento constituyente, integrado por múltiples grupos, personas o colectivos que nunca diluyen sus conflictos recíprocos, que forjan alianzas contingentes en favor de la lucha social, pero que nunca se dejan atrapar por hipóstasis colectivas como las de pueblo o nación. Porque éstas, en efecto, no serían sino formas de ahogar la diferencia, redirigiendo las «singularidades» hacia una «identidad» única que, en realidad, es la imposición del interés de un grupo hegemónico (Hardt y Negri, 2005, p. 120 ss.).

Ahora bien, es en Latinoamérica donde la reflexión sobre el reto de construir comunidades en contextos heterogéneos ha sido más fructífera. No podía ser de otro modo, si tenemos en cuenta que, junto a los vectores de conflicto típicos de cualquier sociedad, en las naciones latinoamericanas se entrecruzan además los diversos sustratos coloniales que, superpuestos o hibridados con las culturas originarias, multiplican exponencialmente los actores, perspectivas y singularidades que componen el tejido colectivo. No por casualidad, el sociólogo boliviano René Zavaleta habló de sociedades «abigarradas» para caracterizar a culturas en las que conviven simultáneamente formas de organización capitalista y economías de subsistencia; sentimientos de acendrada pertenencia colectiva junto a manifestaciones de un individualismo recalcitrante; grupos con una marcada identidad indígena junto a indígenas que reniegan de sus orígenes; sectores criollos, africanos o mestizos en infinidad de combinaciones, y urbes mastodónticas cuyos barrios viven conforme a modos de vida rurales, junto a áreas fuertemente rurales donde no hay ni una casa sin antena parabólica. Esto es lo que Silvia Rivera Cusicanqui ha denominado «lo *ch'ixi*» un vocablo de origen aymara que significa «jaspeado», «gris manchado», y que ella utiliza para caracterizar esa irreductible disparidad de las sociedades latinoamericanas, que no han respondido eficazmente a los ideales de la «hibridación» o la «multiculturalidad», sino que mantienen una heterogeneidad irredenta e indomesticable. En este contexto, la construcción de comunidades no puede depender de una supuesta ligazón natural a la tierra ni de la recreación romántica de una cultura «comunitaria» refractaria al capitalismo, sino de un esfuerzo *político* por crear espacios de trabajo, producción, intercambio, consumo, conocimiento o cuidados fuera del mercado, partiendo siempre desde abajo y manteniendo en el horizonte el principio de «lo *ch'ixi*»: la alteridad no puede reducirse en nombre de supra-comunidades presuntamente homogéneas (Rivera Cusicanqui, 2018, p. 65 ss.).

A la vista de todo lo anterior, parece evidente que la concepción política de los comunes ha sido reivindicada desde posiciones anticapitalistas, ya sea como una forma de reconstruir el comunismo –el caso de Hardt y Negri (2011)–, ya sea desde enfoques feministas –el caso de Federici–, ya sea desde perspectivas anti-coloniales –el caso de Rivera Cusicanqui–. Otros autores, como Ugo Mattei, han insistido en que el discurso de los comunes supone una tercera vía –pero anticapitalista– que invalida el clásico binarismo izquierda-derecha (Mattei, 2015, *passim*). Creo que lo que anima esta apreciación es un cierto populismo que cabe entender en el contexto de las movilizaciones producidas en Italia tras el referéndum sobre la privatización del agua, y que aspiraba a erigir un frente político transversal, apoyándose para ello en la *narrativa* alternativa de los bienes comunes. Sin embargo, se trata inequívocamente de una postura de izquierdas, en tanto que entiende los comunes como un proyecto *político* radicalmente anticapitalista, y no sólo como una categoría *económica* o *jurídica* que viene a «amortiguar» los excesos del neoliberalismo. El caso de Mattei es interesante, porque se trata de un jurista que, pese a su origen disciplinar, rechaza el enfoque puramente jurídico y abraza sin ambages la concepción política de los comunes. En este sentido, al igual que los autores citados en el epígrafe anterior, desconfía del derecho occidental, en la medida en que se trata de una técnica forjada al alero de una cosmovisión antropocéntrica, individualista y capitalista que, al sancionar las nociones de propiedad y soberanía como conceptos jurídicos básicos –entre otros presupuestos epistemológicos, como la dualidad cartesiana sujeto-objeto–, dio lugar a una forma extractivista de relacionarnos con el ecosistema que está en la base de la catástrofe ecológica (Capra y Mattei, 2017).

##### 5. A modo de conclusión: ¿es compatible el derecho con los comunes?

Ya que lo he traído a colación, se impone un último interrogante: ¿qué papel le está reservado al derecho en la visión política de los comunes? ¿Son compatibles los comunes con las instituciones jurídicas? Si el derecho es percibido con recelo por estas tesis –al igual que sucedía con las concepciones comunales–, ¿qué medio cabe emplear para institucionalizar las prácticas de lo común? Pues bien, en líneas generales, las propuestas políticas de los comunes suelen reivindicar un uso «contra-hegemónico» del derecho, es decir, una suerte de «reprogramación» de las reglas jurídicas vigentes, por muy capitalistas, coloniales y patriarcales que éstas sean en su origen o en su formulación oficial. De lo que se trataría es de resignificar y de emplear tácticamente las instituciones, en favor de la defensa de ciertos bienes comunes, o en aras de construir espacios de producción y reproducción comunitaria.

En este sentido, se han empleado varios conceptos clásicos del derecho privado como la personalidad jurídica, que se está utilizando como técnica para atribuir subjetividad a algunas entidades naturales como glaciares o ríos –el Wanganui en Nueva Zelanda o el Atrato en Colombia–, o para subjetivizar a la naturaleza en sentido amplio, como ha ocurrido en las experiencias constitucionales de Bolivia y Ecuador, donde se ha llegado a sancionar los «derechos de la Pacha-Mama». Otros ejemplos interesantes son el de las servidumbres ecológicas o el del usufructo, que está siendo reivindicado como una herramienta jurídica alternativa a la propiedad. También en el derecho público existe una amplia panoplia de estrategias de «profanación» del ordenamiento vigente –a través de instituciones como la propiedad comunal, el concejo abierto, el constitucionalismo dialógico o el litigio estratégico– para transitar de un modelo social-asistencial, de impronta weimariana, a un derecho público «participativo» que pueda conjugarse con una democracia de los comunes (Luccarelli, 2013).

Ahora bien, la clave para poner en práctica el uso contra-hegemónico del derecho reside en que sean las propias comunidades quienes desarrollen estrategias

jurídicas para la creación y defensa de espacios de solidaridad colectiva. De lo que se trata, entonces, es de «comunizar» el derecho desde abajo, forjando prácticas normativas autogestionadas que, eventualmente, puedan emplear las técnicas o las reglas del derecho del Estado, pero que eviten caer en la lógica expertocrática de la cultura jurídica occidental. Aquí está la diferencia con otros movimientos históricos como el «uso alternativo del derecho», que también propugnaba la utilización del ordenamiento con fines sociales, pero radicando su manejo en una élite judicial que venía a convertirse en una «vanguardia» ilustrada de la movilización social (Quarta y Spanò, 2016, p. 15). Una vez más, es en Latinoamérica donde encontramos experiencias interesantes a este respecto. Podrían citarse numerosas praxis jurídicas alternativas, pero parece oportuno mencionar el movimiento del «empoderamiento jurídico» y la «abogacía comunitaria». Se trata de un modo de entender la praxis del derecho que aspira a superar la brecha existente entre el derecho oficial –frecuentemente opaco y opresivo– y la ciudadanía, mediante el «empoderamiento» de las comunidades respecto a las posibilidades de emplear el derecho como herramienta de emancipación, mediante un ejercicio comprometido de la abogacía y, sobre todo, mediante la participación activa de la comunidad en la definición y desarrollo de los procesos en los que resulta parte interesada: el litigio estratégico, las audiencias colectivas o la consulta previa derivada del convenio 169 de la OIT son algunas de las posibilidades que cabe explorar desde este punto de vista, pero ni mucho menos las únicas (Almeda Menjón et al., 2019, *passim*).

En definitiva, de lo que se trata es de cultivar un acercamiento político al derecho, con la finalidad de «inocularlo» de prácticas comunitarias. Del mismo modo que veíamos en páginas anteriores respecto a la ciudad, la red, los cuidados o la tierra, el objetivo sería «comunizar» el derecho, extrayéndolo del dominio exclusivo de los expertos –y del monopolio estatal– e inyectándolo de instancias de participación colectiva. Este proceso, combinado con una transformación ecológica del derecho, que implicaría mutaciones epistemológicas profundas, es la única vía transitable para arribar a una cultura jurídica que de verdad sea compatible con la concepción política de los comunes. Como han escrito Capra y Mattei, en su ya citado *Ecología del derecho*:

el derecho es siempre un proceso de *commoning*, es decir, una acción colectiva de largo alcance en la que las comunidades, que comparten una finalidad y una cultura, institucionalizan su propia voluntad colectiva de mantenimiento del orden y la estabilidad en aras de la reproducción social (2017, pp. 41-42).

O, como también sostienen más adelante: «el proceso de profesionalización del derecho ha arrebatado la ley a las comunidades, expropiándolas del "bien común" más fundamental: el control de su propio ordenamiento jurídico» (Capra y Mattei, 2017, p. 141). Después de todo, en realidad, ésta no es sino una forma de radicalizar las conclusiones a las que había llegado Elinor Ostrom: recordemos que, según los estudios empíricos en los que ésta se apoyó, la piedra de toque para el funcionamiento exitoso de las experiencias de gestión colectiva era que los comuneros elaborasen sus propias reglas, sus instituciones y sus formas de resolución de conflictos. En otras palabras: que fuesen los artífices de su propio derecho.

## Bibliografía

- Abad de Santillán, D. (1993 [1936]). Comunalismo y comunismo. En D., Abad de Santillán. *Historia y vigencia de la construcción social de un proyecto libertario* (pp. 54-58). Barcelona, España: Anthropos.
- Almeda Menjón, M. et al. (Comp.) (2019). *Empoderamiento jurídico y abogacía comunitaria en Latinoamérica. Experiencias de acceso a la justicia desde la comunidad*. Buenos Aires, Argentina: ACIJ.
- Altamira, R. (2018 [1890]). *Historia de la propiedad comunal*. Pamplona, España: Analecta Editorial.
- Atria, F. (2004). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones*, año IV, 4, pp. 15-59.
- Benkler, Y. (2015). *La riqueza de las redes. Cómo la producción social transforma los mercados y la libertad*. Barcelona, España: Icaria.
- Biehl, J. (2015). *Las políticas de la ecología social. Municipalismo libertario*. Barcelona, España: Virus Editorial.
- Bollier, D. (2016). *Pensar desde los comunes. Una breve introducción*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Bookchin, M. (1992). *Urbanization without Cities. The Rise and Decline of Citizenship*. Montréal-New York: Black Rose.
- Bookchin, M. (2015). *Comunalismo. La dimensión democrática del anarquismo*. Tlatelolco, México: Ediciones La Social.
- Caffentzis, G. y Federici, S. (2014). Commons against and beyond Capitalism. *Community Development Journal*, 49(SI), pp. 92-105.
- Calle Collado, Á., Suriñach Padilla, R. y Piñeiro, C. (2017). Comunes y economías para la sostenibilidad de la vida. En *Rebeldías en común. Sobre comunales, nuevos comunes y economías cooperativas* (pp. 15-45). Madrid, España: Libros en Acción.
- Capra, F. y Mattei, U. (2017). *Ecología del diritto. Scienza, politica, beni comuni*. Sansepolcro, Italia: Aboca.
- Castells, M. (2012). *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid, España: Alianza.
- Ciervo, A. (2012). *I beni comuni*. Roma, Italia: Ediesse.
- Comunaria.net (2017). Introducción. Repensar los comunes para alimentar otros mundos. En *Rebeldías en común. Sobre comunales, nuevos comunes y economías cooperativas* (pp. 7-11). Madrid, España: Libros en Acción.
- De Angelis, M. (2017). *Omnia Sunt Communia. On the Commons and the Transformation to Postcapitalism*. London, Reino Unido: Zed Books.
- Engels, F. (2009). *La guerra campesina en Alemania*. Madrid, España: Capitán Swing.
- Esposito, R. (2012). *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Buenos Aires, Argentina-Madrid, España: Amorrortu.
- Ezquerro, S., Rivera, M. y Álvarez, I. (2017). Diálogos entre la Economía feminista y la Economía de los comunes: la democratización de los cuidados. En *Rebeldías en común. Sobre comunales, nuevos comunes y economías cooperativas* (pp. 69-90). Madrid, España: Libros en Acción.
- Federici (2004). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Federici, S. (2011). Women, Land Struggles, and the Reconstruction of the Commons. *Working USA. The Journal of Labor and Society*, 1089-7011, 14, pp. 41-56.
- Federici, S. (2018). *Re-enchanting the World: Feminism and the Politics of the Commons*. Oakland, Estados Unidos: Kairos.
- Felber, C. (2012). *La economía del bien común. Un modelo económico que supera la dicotomía entre capitalismo y comunismo para maximizar el bienestar de nuestra sociedad*. Barcelona, España: Deusto.
- Ferrajoli, L. (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma-Bari, Italia: Laterza.

- Francisco I (2015). *Laudatio Si. Sobre el cuidado de la casa común. Carta Encíclica de S. S. Francisco*. Madrid, España: San Pablo Comunicación.
- Gierke, O. von (1868). *Das deutsche Genossenschaftsrecht. 1. Band: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin, Alemania: Weidmannsche Buchhandlung.
- Gordillo, J. L (2006). *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*. Madrid, España: Trotta.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162, 3859, pp. 1243-1248.
- Hardt, M. y Negri, A. (2005). *Imperio*. Barcelona, España: Paidós.
- Hardt, M. y Negri, A. (2011). *Commonwealth. El proyecto de una revolución del común*. Madrid, España: Akal.
- Hardt, M. y Negri, A. (2019). *Asamblea*. Madrid, España: Akal.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Madrid, España: Akal.
- Harvey, D. (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Houtart, F. (2012). *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*. Ciudad de Panamá, Panamá: Casa Editorial Ruth.
- Jiménez Martín, C. y Puello Socarrás, J. F. (2017). Las disputas en torno a lo común. Experiencias comunales de gobierno desde abajo como alternativas contrahegemónicas. En A. Robayo, C. Jiménez, J. F. Puello-Socarrás y M. Rodríguez (eds.), *Lo común. Alternativas políticas desde la diversidad* (pp. 29-50). Bogotá, Colombia: Agenda Común para la paz desde los territorios.
- Landerretche, O. (2016). *Vivir juntos. Economía, política y ética de lo comunitario y lo colectivo*. Santiago de Chile, Chile: Debate.
- Laval, C. y Dardot, P. (2015). *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*. Barcelona, España: Gedisa.
- Linebaugh, P. (2013). *El Manifiesto de la Carta Magna. Comunes y libertades para el pueblo*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Lloredo Alix, L. (2019). Derecho y democracia: juntos, pero no revueltos. En G. Lariguet, O. Pérez de la Fuente, H. Seleme y R. González de la Vega (eds.), *Democracia. Perspectivas políticas e institucionales* (p. 1-40). Buenos Aires, Argentina-Montevideo, Uruguay: B de F.
- Luccarelli, A. (2013). *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Madrilonia.org (2011). *La Carta de los Comunes. Para el cuidado y disfrute de lo que de todos es*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Marella, M. R. (2012). Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato. En G. Allegri, M. R. Allegri, A. Guerra y P. Marsocci (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*. Napoli, Italia: Editoriale Scientifica.
- Mattei, U. (2013). *Bienes comunes. Un manifiesto*. Madrid, España: Trotta.
- Mattei, U. (2015). *Il benicomunismo e i suoi nemici*. Milano, Italia: Einaudi.
- Míguez Núñez, R. (2014). De las cosas comunes a todos los hombres: notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*, 41-1, pp. 7-36.
- Moroni, S. (2015). Suolo. En E. Somaini (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni* (pp. 163-176). Torino, Italia: IBL Libri.
- Murphy, T. (2018). Bien común – Common Good. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 14, pp. 191-205.
- Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Petrella, R. (1997). *El bien común. Elogio de la solidaridad*. Madrid: Debate.
- Puello-Socarrás, J.F. (2015). No diga bienes "comunes". ¡Diga: bienes comunales! Lo común sin comunidad en el nuevo liberalismo de E. Ostrom. *Subversiones intelectuales*, 54, pp. 30-37.

- Quarta, A. (2016). Privati della cooperazione. Beni comuni e *sharing economy*. En A. Quarta y M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni* (pp. 85-97), Milano, Italia: Mimesis.
- Quarta, A. y Spanò, M. (2016). Introduzione. Il comune che c'è. En A. Quarta y M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni* (pp. 7-19), Milano, Italia: Mimesis.
- Ramis, Á (2017). *Bienes comunes y democracia. Crítica del individualismo posesivo*. Santiago de Chile, Chile: Lom Ediciones.
- Rendueles, C. y Sádaba, I. (2015). Los bienes comunes en un entorno de fragilidad social: el caso del *crowdfunding*. En L. Alonso, *El procomún y los bienes comunes. Dossieres de Economistas sin Fronteras*, 16, (pp. 42-47). Madrid, España: Economistas sin Fronteras.
- Rendueles, C. y Subirats, J. (2016). *Los (bienes) comunes. ¿Oportunidad o espejismo?* Barcelona, España: Icaria.
- Rendueles, C. (2017). Las condiciones institucionales de una reconstrucción de los bienes comunes en sociedades mercantilizadas. En *Rebeldías en común. Sobre comunales, nuevos comunes y economías cooperativas* (pp. 47-56). Madrid, España: Libros en Acción.
- Rexroth, K. (1974). *Communalism. From its Origins to the Twentieth Century*. New York, Estados Unidos: Continuum Books.
- Rivera Cusicanqui, S. (2018). *Un mundo ch'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis*. Buenos Aires, Argentina: Tinta Limón.
- Roa Llamazares, C. (2015). *Historias de la lucha por el común. Bienes comunales, carrera imperialista y socialismo de Estado (1880-1930)*. Madrid, España: La Catarata.
- Roa Llamazares, C. (2017). *La defensa de los comunales. Prácticas y regímenes agrarios (1880-1920)*. Madrid, España: La Catarata.
- Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid, España: Trotta.
- Rodríguez Palop, M. E. (2017). Reformular los derechos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia. *Derechos y Libertades*, 36, pp. 135-166.
- Sen, A. (1987). *Sobre ética y economía*. Madrid, España: Alianza.
- Shiva, V. (2001). *Biopiratería. El saqueo de la naturaleza y del conocimiento*. Barcelona, España: Icaria Antrazyt.
- Shiva, V. (2016). *The Violence of the Green Revolution: Third World Agriculture, Ecology, and Politics*. Kentucky, Estados Unidos: University Press of Kentucky.
- Sombart, W. (1998). *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*. Madrid, España: Alianza.
- Tirole, J. (2017). *La economía del bien común*. Madrid, España: Taurus.
- Vitale, E. (2013). *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Zubero, I. (2012). De los "comunales" a los "commons": la peripecia teórica de una práctica ancestral cargada de futuro. *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y Psicología aplicada: Los bienes comunes. Cultura y práctica de lo común*, 165, pp. 15-49.

# Renta básica universal

## Universal Basic Income

José Luis Rey Pérez  
 Universidad Pontificia Comillas-ICADE  
 ORCID ID 0000-0002-8975-2705  
[jlrey@comillas.edu](mailto:jlrey@comillas.edu)

Cita recomendada:

Rey Pérez, J.L. (2020). Renta básica universal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 237-257.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5710>

Recibido / received: 19/06/2020  
 Aceptado / accepted: 25/08/2020

### Resumen

El presente trabajo analiza la propuesta de la renta básica universal partiendo de sus orígenes hasta el debate que se produce en la actualidad, donde la cuestión no se centra tanto en la fundamentación normativa de la misma, como en su viabilidad política y económica. Además, se analizan las diferencias con las rentas mínimas o el ingreso mínimo vital que fue aprobado por el Gobierno español en junio de 2020. Por último, se plantea que la renta básica universal puede jugar un papel relevante en el contexto actual de las relaciones laborales caracterizadas por su precarización, jugando como un contrapeso a la misma.

### Palabras clave

Renta básica universal, rentas mínimas, ingreso mínimo vital, precarización, derecho al trabajo.

### Abstract

*The present paper analyzes the proposal of the universal basic income starting from its origins until the debate that takes place at present, where the question does not focus so much on the normative foundation of it, as on its political and economic viability. In addition, the differences with the minimum incomes or the minimum vital income that was approved by the Spanish Government in June 2020 are analyzed. Finally, it is proposed that universal basic income may play a relevant role in the current context of labor relations characterized by their precariousness, playing as a counterweight to it.*

### Keywords

*Universal basic income, minim incomes, minimum vital income, precariousness, right to work*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Concepto e historia. 2.1. Concepto. 2.2. Historia. 2.3. Viabilidad política y económica. 3. Renta Básica vs. Rentas mínimas o el Ingreso Mínimo Vital. 4. Las formas atípicas de trabajo, el derecho al trabajo y la renta básica: ¿una tensión irresoluble? 5. Conclusiones.



## 1. Introducción

La renta básica universal (en adelante, RBU) es una propuesta que lleva décadas argumentándose y contra argumentándose en la academia. Sin embargo, de unos años a esta parte, ha habido un conocimiento de esta institución y una difusión de la misma (muchas veces inexacta) por parte de los medios de comunicación y de la prensa. A esto ha ayudado también el hecho de que algunos gobiernos, entre los que destaca el de Finlandia, hayan realizado un experimento durante dos años con un grupo de población reducida en situación de desempleo para ver los efectos que una institución así tendría para las personas que la recibieran.

No obstante, la denominación de renta básica resulta confusa. Y lo es porque en ella parecen confundirse dos instituciones cercanas pero cuyo diseño, coste, objetivos y finalidad son fundamentalmente diferentes. La primera, que aquí denominaremos RBU, se caracteriza por ser un ingreso individual, periódico, incondicional y universal, mientras que la segunda, que puede llevar el nombre de rentas mínimas o de ingreso mínimo vital (como ha aprobado recientemente el Gobierno español), son ingresos familiares, periódicos, condicionados y no universales, pues se dirigen solo a aquellos colectivos que tienen necesidad de una ayuda económica para cubrir sus necesidades de subsistencia.

En el presente trabajo, se hará un rápido repaso histórico al origen de la RBU y cómo ésta ha ido asentándose en el debate intelectual y político, para, a continuación, ver las diferencias que tiene con las rentas mínimas. En este apartado, por su actualidad, se realizará un análisis crítico del ingreso mínimo vital recientemente publicado en el BOE y aprobado sin oposición por el Congreso de los Diputados. Por último, se intentará contextualizar la RBU en el contexto actual del mercado de trabajo caracterizado por una precariedad, automatización y temporalidad que, desde hace años, no para de ir en aumento. Se acabará con unas conclusiones que necesariamente son parciales porque este es un debate que sigue vivo y lo seguirá estando en los próximos años.

## 2. Concepto e historia

### 2.1. Concepto

La idea de la RBU se ha definido de muchas formas a lo largo de las últimas décadas. Aquí vamos a seguir la definición de Philippe Van Parijs, catedrático ya emérito de la Universidad Católica de Lovaina, que ha sido quien más ha venido trabajando la cuestión en los últimos 35 años. Así la define él:

un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de sus otras posibles fuentes de renta y sin importar con quién conviva (1996, p. 56).

Vamos a detenernos un momento en sus rasgos para luego poder entender las diferencias que existen con otras instituciones que otorgan los diferentes estados de bienestar o con el reciente ingreso mínimo vital aprobado por el Gobierno. Antes de nada, hay que señalar que la denominación de renta básica como traducción de

*basic income*, a la vista de que muchas rentas mínimas han recibido ese mismo nombre, al menos en lengua castellana, ha generado una enorme confusión<sup>1</sup>.

La RBU no es un salario en especie, sino un ingreso en metálico. Uno de los objetivos de esto es romper la estrecha relación entre laboralidad e ingresos que ha sido uno de los cimientos de la construcción de las sociedades desde la revolución industrial, pero, sobre todo, de la reconstrucción europea tras la II Guerra Mundial. El hecho de que además la cantidad de dinero que se otorga no esté destinada a adquirir determinados bienes o a gastar en determinadas prestaciones, otorga un margen de libertad para que las personas puedan contar con las mismas opciones para llevar a cabo cualquier plan de vida, sea este cual sea (Van Parijs, 1996). Otro de sus rasgos, es que se trata de un pago periódico. Sobre esto tampoco ha existido un consenso entre los autores que han trabajado la cuestión. Para algunos, debería ser un pago único que se diera al alcanzar determinada edad, para que el receptor pueda organizar su vida, seguir unos estudios, montar un negocio, etc. Esta es la tesis que defendieron Ackerman y Alstott, quienes propusieron dotar con varias decenas de miles de dólares a todos los americanos cuando cumplieren los 21 años (1999). Sin embargo, una consideración paternalista está detrás de que la mayor parte de las propuestas de RBU tengan una periodicidad mensual (o anual); se trata de preocuparse de las personas que pueden tener mala suerte a lo largo de sus vidas, en ocasiones no por su culpa, sino por circunstancias sobrevenidas, tales como las que estamos viendo en la crisis económica consecuencia de la Covid-19, o en aquellos momentos donde las personas pueden sufrir una mayor vulnerabilidad, como cuando son ancianas. Van Parijs lo resume así: «una preocupación ligeramente paternalista hacia la libertad real de las personas a lo largo de sus vidas no exactamente “al comienzo” hace razonable distribuir el ingreso básico en forma de flujo regular (no hipotecable)» (1996, p. 70).

Por otro lado, en función de las diversas propuestas, la universalidad podría incluir a niños y adolescentes, determinar una cantidad menor para estos o, por el contrario, no contemplarlos. Además, se trata de un pago individual y eso lo hace radicalmente diferente de las prestaciones existentes en nuestros estados de bienestar, las cuales siempre han tenido a la familia como receptora de las prestaciones. La RBU es percibida por cada individuo, independientemente de con quién conviva, si es que lo hace con alguien. Esto, que tiene sus detractores, tiene también sus ventajas porque vivimos en una época en donde las relaciones familiares no son las que eran y donde, todavía hoy, muchas mujeres viven presas de sus maridos por no tener medios para independizarse<sup>2</sup>.

La RBU sería un pago de la comunidad política, esto es, del Estado o de los gobiernos federales en aquellos países en los que los hubiera. La financiación de dicho pago, a la que más tarde se hará referencia, es el principal centro de controversia sobre esta cuestión. En un momento como el actual, donde los ingresos públicos no alcanzan para pagar los gastos y la globalización económica ha permitido la deslocalización fiscal de muchas empresas, la cuestión de cómo financiar un ingreso de este tipo abre muchos interrogantes. No obstante, se ha propuesto otorgar una RBU a nivel europeo (Van Parijs & Vanderborght, 2001) o, incluso, a nivel mundial (Frankman, 2004), sin embargo, estas aspiraciones parecen estar muy lejos de ser una realidad, pues, por un lado, la Unión Europea (en adelante, UE) no alcanza la estructura de un *macroestado* porque en sus negociaciones y decisiones vienen a

<sup>1</sup> De hecho, abogué en mi primer libro denominarlo ingreso básico (Rey Pérez, 2007a). Del mismo modo, Daniel Raventós, en su primer libro, la denominaba subsidio universal garantizado (Raventós, 1999). Actualmente, todos hemos optado por denominarla renta básica o, más concretamente, renta básica universal (RBU).

<sup>2</sup> Lister acuñó el término *familiarisation* para referirse a la forma en la que estaban diseñadas las instituciones de los estados de bienestar (1992, p. 20).

primar los intereses estatales y, por otro, parece existir un auge a nivel global del nacionalismo estatal que, en mi opinión, la crisis de la Covid-19 no va a hacer sino acentuar.

Y, por último, como se deduce de su propio nombre, sería un pago universal. Aunque algunos confunden la incondicionalidad con la universalidad, lo primero hace referencia a no tener que pasar ningún requisito, test de recursos o condición, mientras que lo segundo significa que todos los miembros de la comunidad política serían sus perceptores, ya sean ricos o pobres. Normalmente, cuando se habla de miembros de la comunidad política no se hace referencia exclusivamente a los nacionales, sino también a los migrantes que tengan su residencia legal en un determinado territorio. Otra cuestión es que la residencia legal, cosa que se ha incrementado en los últimos años, presenta muchas restricciones por, entre otras cosas, la crisis económica sufrida en las economías en 2008 y la llamada crisis de los refugiados. Pero esto es harina de otro costal; la necesaria reforma que habría que hacer para humanizar las migraciones es algo en lo que la propuesta de la RBU no entra, aunque sí se defiende que todos los residentes y nacionales serían sus perceptores (Van Parijs, 2001).

## 2.2. Historia

Aunque algunos autores ven antecedentes de la renta básica en la *Utopía* de Tomás Moro o en Thomas Paine<sup>3</sup>, el comienzo del debate contemporáneo sobre esta idea lo podemos situar en los años 80. En concreto, parte de una propuesta realizada por el Colectivo Charles Fourier que presentaron un trabajo a un premio convocado por la Fundación Rey Balduino en Bélgica sobre *El futuro del trabajo* en 1984. Eran años donde el crecimiento económico duradero y sostenido durante las tres décadas doradas posteriores a la II Guerra Mundial había tocado su fin y a la conocida como crisis del petróleo, le siguió otra crisis en los 80, con incrementos en las tasas de desempleo en casi todos los países europeos. Al premio se presentaron 249 trabajos y 5 fueron los premiados, entre ellos, el presentado por el Colectivo Charles Fourier, una agrupación de profesores e investigadores universitarios multidisciplinar, formada por Paul-Marie Boulanger, sociólogo, Philippe Defeyt, economista, Luc Monees, sociólogo y economista y por Philippe Van Parijs, filósofo. Estos autores ya venían reflexionando sobre la posibilidad de introducir una renta básica y lo vuelcan en el trabajo premiado que tenía una clara intención provocadora:

Supriman los subsidios de desempleo, las pensiones legales, el salario mínimo, las ayudas familiares, las exenciones de impuestos por persona a cargo, las bolsas de estudio, las ayudas estatales a las empresas en crisis. Pero cada mes, paguen a cada ciudadano una cantidad suficiente para cubrir las necesidades básicas de un individuo que viva solo. Hágase independientemente de si trabaja o no, de si es rico o pobre, de si vive solo o con una familia o con amigos o con una comunidad, e independientemente de si ha trabajado o no en el pasado. Modifíquese la cuantía de la renta solo en función de la edad y el grado (eventual) de discapacidad. Y finánciese todo el sistema por medio de un impuesto progresivo que grave todos los otros ingresos que perciba cada individuo.

Al mismo tiempo, suprimase la regulación del mercado de trabajo. Suprimase cualquier ley que establezca un salario mínimo o una duración máxima de la jornada laboral. Elimínense todos los obstáculos administrativos al trabajo a tiempo parcial. Rebájese la edad de escolarización obligatoria. Suprimase cualquier forma de jubilación obligatoria.

<sup>3</sup> Sobre los orígenes históricos de la renta básica vid. Rey Pérez (2007, pp. 239-255).

Hágase todo esto. Y después obsérvese qué es lo que ocurre. Pregúntense, en particular, qué le pasa al trabajo, a su contenido y a sus técnicas, a las relaciones humanas que conlleva (Colectivo Charles Fourier, 1985, p. 345).

La finalidad que plantean es simplificar la compleja burocracia de las diversas prestaciones que tenían los Estados de bienestar en ese momento, eliminar algunos efectos negativos de las ayudas como la trampa de la pobreza y el desempleo, lograr la distribución del empleo existente y aumentar la capacidad de negociación de los trabajadores, darles la posibilidad de «decir no» a empleos que en ausencia de la renta básica muchos se verían obligados a aceptar. Esto, además, provocaría la aparición de cooperativas gestionadas por los trabajadores y la aparición de nuevos empleos (Colectivo Charles Fourier, 1985, pp. 345-348). Este trabajo provocó un enorme debate en Bélgica, aunque la idea de renta básica ya había surgido también en otros países como el Reino Unido. Su propósito era claramente generar un debate y lo consiguió. De hecho, una de las principales críticas que recibió era que su propuesta abría las puertas a las políticas neoliberales que ya se estaban implantando con los gobiernos de Thatcher y Reagan, y que la RBU se correspondía con una visión liberal de la sociedad, donde lo único relevante sería el poder de compra, estableciéndose la integración social en términos de capacidad adquisitiva (Piret, 1985; Schoonbroodt, 1985).

De ahí que Van Parijs decidiera replantear los fundamentos ideológicos de la propuesta en un trabajo que publicó junto a Robert van der Veen en la revista *Theory and Society* en 1986. En este, presentan la renta básica como la vía directa para llegar al comunismo, sin necesidad de pasar por el socialismo, esto es, por la propiedad colectiva de los medios de producción. De acuerdo con su interpretación, el comunismo tiene como fin eliminar la alienación, mientras que el socialismo a través de la propiedad colectiva de los bienes, lo que trata de lograr es la desaparición de la explotación. Con el comunismo, las personas despliegan sus capacidades en actividades con sentido, favoreciendo la autonomía de las personas. El paso por el socialismo del marxismo tradicional, para Van Parijs y Van der Veen, es hoy inadecuado; para ellos se puede reformar el capitalismo introduciendo la renta básica, universal e incondicionada, con una cuantía lo suficientemente elevada para cubrir las necesidades básicas de las personas, a la par que un nivel de producción capitalista adecuado; la renta básica eliminaría las relaciones de alienación porque nadie se vería obligado a trabajar en algo para subsistir. El trabajo deja de ser una carga obligatoria y negativa y se convierte en una opción, con el atractivo de la realización de actividades con sentido para la persona que las lleva a cabo (Van der Veen & Van Parijs, 1988). Esta nueva versión ideológica de la renta básica recibió críticas y defensas, aunque la caída del muro de Berlín en 1989 y el desplome de casi todos los países comunistas hicieron que esta forma de argumentación se extinguiera por sí sola<sup>4</sup>.

No obstante, como se ha venido diciendo, en esos años comienza el debate contemporáneo sobre la RBU. De hecho, con el dinero ganado en el Premio de la Fundación Rey Balduino, se organizó en *Louvain-la-Neuve* el primer congreso académico sobre la renta básica en 1986 que dio origen a la creación de la *Basic Income European Network* (BIEN). Esta red mantuvo congresos bianuales y logró que se expandiera el interés por esta cuestión no solo en Europa sino en todo el mundo. De hecho, en el congreso celebrado en 2004 en Barcelona con motivo del Foro de las Culturas, se decidió cambiar el nombre de la BIEN para que pasara a llamarse *Basic*

<sup>4</sup> No obstante, el artículo fue vuelto a publicar en una versión revisada por sus autores en el número 1 de la revista *Basic Income Studies* en 2006. En el citado número de la revista se pretendía revisar y criticar la publicación original veinte años después; críticas a las que respondieron los propios autores, vid. Van der Veen & Van Parijs (2006).

*Income Earth Network*. Así, se tuvo la oportunidad de celebrar congresos fuera de Europa en lugares como Sao Paulo, Montreal, Ciudad del Cabo, Seúl o Hyderabad, sin abandonar plazas europeas como Tampere, Lisboa o Múnich, entre otras cosas, porque desde 2016 los congresos pasaron a tener una frecuencia anual. Ahora mismo, las condiciones de la Covid-19 han forzado a posponer el de 2020 un año; en 2021 será en Glasgow el XX Congreso de la BIEN y en 2022 tendrá lugar el primero en Australia, en Brisbane<sup>5</sup>. Esta expansión y crecimiento del interés por la cuestión entre académicos y activistas demuestra que la RBU es un tema de gran actualidad.

Con todo, la fundamentación de la RBU se ha hecho desde diversas ideologías, lo que hiciera que Domènech hablara del ecumenismo de la renta básica (2001), aunque esto no signifique que todas las propuestas de RBU sean iguales. De hecho, la RBU se puede defender, como ya se ha visto, desde visiones marxistas, pero también liberales con la idea de sustituir todas las prestaciones que tenemos en los estados de bienestar por una especie de cheque que cada cual gastara en lo que considerara. Pero, en este rápido repaso histórico que estamos dando, merece la pena detenerse en la fundamentación liberal igualitaria que argumentó el propio Van Parijs y la fundamentación republicana que ha tenido mucho eco en nuestro país.

Van Parijs, tras estudiar en Harvard con John Rawls, publica en 1995 un interesante libro titulado *Libertad real para todos. Qué puede justificar el capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, donde presenta su propia teoría de la justicia a lo Rawls. Para el filósofo belga, una sociedad justa es aquella que garantice el mayor grado de libertad real posible a sus miembros de forma igualitaria, entendiendo por libertad real que ser libre no consiste en no verse impedido de hacer lo que se quiere hacer, sino en «no verse impedido de hacer cualquier cosa que uno pueda querer hacer» (1996, p. 39). Liga así libertad con el deseo potencial, por lo que una sociedad sería más libre cuando distribuya de forma igualitaria el mayor número de oportunidades entre todos sus miembros. Se trata, por tanto, no de una mera libertad formal, sino de una libertad real, porque para que podamos hacer lo que queramos poder hacer es necesario disponer de recursos con los que materializar esas oportunidades. Van Parijs, construye su teoría en torno a tres principios: la seguridad que no concreta mucho pero que podría interpretarse con la libertad formal o con la existencia de un Estado de Derecho (Rey Pérez, 2007a, p. 280); la propiedad de sí, esto es, que cada persona pueda darse fines a sí mismo no siendo mero medio de ninguna otra persona o institución y, en tercer lugar, el conjunto de oportunidades, es decir, que cada persona debe poseer la mayor oportunidad posible para hacer cualquier cosa que pudiera querer hacer (Van Parijs, 1996, pp. 41-45). Estos principios se plasman en una serie de instituciones, la seguridad, en una firme estructura de derechos, la propiedad de sí exige la defensa de la autonomía y la maximización del conjunto de oportunidades entre todos los miembros de la comunidad política se concreta en una RBU, «porque precisamente el dinero es la forma más adecuada para permitir el acceso a las diversas formas de vida, el acceso a los distintos medios con los que llevar a cabo el plan seleccionado» (Rey Pérez, 2007, p. 281). Ya que «se es realmente libre, en oposición precisamente a ser formalmente libre en la medida en que se poseen los medios, no solo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer» (Van Parijs, 1996, p. 53). Los medios justifican que la RBU tenga un carácter monetario y no en especie.

Van Parijs parte de un liberalismo de corte igualitario. Liberalismo, porque pone en el centro de su teoría la libertad, y no cree que el Estado deba promover o favorecer determinados estilos de vida. Igualitario, porque considera que las

<sup>5</sup> Toda la información sobre los congresos celebrados puede consultarse en: <https://basicincome.org/congresses/> (última consulta: 2/06/2020).

oportunidades y recursos deben distribuirse de forma igualitaria. La cuestión siguiente es cómo financiar algo como la RBU. Van Parijs defiende que los recursos deben distribuirse igualitariamente entre todos los miembros de la comunidad política, y tiene la originalidad de incluir entre los recursos a los empleos. En un contexto de escasez de empleos aquel que tiene uno está ocupando una parte mayor de la que le correspondería si se hiciese un estricto reparto igualitario. Por ello, deben gravarse fiscalmente los rendimientos del trabajo y la explotación del resto de recursos para, de esa forma, financiar la RBU. Como lo establece Van Parijs:

no hay razón alguna para que quienes no insistan en conseguir una parte material de estos recursos y que, por tanto, dejen más para los otros no reciban nada de nada y tampoco hay razón para que los aficionados a la tierra o al empleo se apropien de todo el valor de los recursos (1996, p. 140).

Por último, en este breve repaso que estamos haciendo de la teoría normativa del filósofo belga, queda una cuestión importante que todas las teorías liberales han puesto sobre la mesa. Como en su momento señaló Dworkin, hay que distinguir entre la suerte de las opciones y la suerte bruta (2000). Una mala suerte de las opciones es algo que recae en nuestra responsabilidad, por no haber sabido tomar las decisiones adecuadas en un determinado momento; en cambio, la mala suerte bruta se concreta en acontecimientos que no tienen nada que ver con nuestras elecciones, como el padecimiento de una enfermedad o tener algún tipo de discapacidad, condiciones que –aunque no debería ser así si atendemos a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por Naciones Unidas en 2006– reducen nuestro campo de actuación. En cualquier caso, las teorías liberal-igualitarias se han preocupado históricamente por cómo abordar estas cuestiones, y Van Parijs también lo hace con lo que denomina «diversidad no dominada». La compensación de estas desigualdades de partida vendría antes de la distribución de la RBU, así, Van Parijs, minimiza el asunto al exigir que exista un acuerdo unánime de toda la comunidad a la hora de considerar que alguien sufre una desventaja natural (1996, pp. 99-105). Eso presenta el problema de que alguien con gustos excéntricos podría reducir estas compensaciones hasta su mínima expresión; para salvar esto, el filósofo belga exige que se comprenda y conozca todas las consecuencias de, por ejemplo, sufrir una enfermedad (Van Parijs, 1996, p. 104), pero no aclara cómo se determina esto<sup>6</sup>.

Sin duda, la teoría de la justicia de Van Parijs puede considerarse como el mayor esfuerzo de filosofía política normativa en intentar justificar la pertinencia de una institución como la RBU. De hecho, él construye toda su teoría para justificar la RBU y desde la publicación en 1995 su obra ha tenido muchas revisiones, lecturas, discusiones e interpretaciones.

Siguiendo con este breve repaso que estamos haciendo a la historia de la RBU, hay que señalar otra fundamentación que ha tenido mucho éxito, sobre todo en España, la fundamentación republicana. Recordemos que, como teoría política, el republicanismo pone el acento en la libertad como no dominación (Pettit, 1999) y en el protagonismo político que la sociedad civil debe tener en el juego democrático. Por ello, critica el modelo de democracia liberal representativa que parece reducirse a

<sup>6</sup> De hecho, este criterio de unanimidad ha recibido numerosas críticas porque parece que el objetivo de Van Parijs es dejar recursos suficientemente elevados para que la RBU tenga una cuantía generosa. Arneson, por ejemplo, señaló que carece de sentido que las personas con discapacidades dejen de percibir una ayuda por el solo hecho de que exista alguien que tenga un gusto excéntrico (2003, pp. 102-105).

depositar cada X años un voto en una urna, para apostar por una ciudadanía comprometida con el bien público, con el progreso y el bienestar de la comunidad.

Frente al liberalismo, el republicanismo no es neutral, porque entiende que los ciudadanos deben ser educados en la virtud ciudadana, en una serie de valores que les exigen compromiso y participación. Es algo obvio que dentro de la tradición republicana –que se remonta a griegos y romanos– hay diversos autores y planteamientos, pero esta visión (que aquí se describe de forma muy breve) ha servido para justificar la pertinencia de la RBU. Así, al igual que el derecho de voto, todos los miembros de la comunidad política deberían tener derecho a una RBU que les permita tener cubiertas sus necesidades y disponer de recursos que les den: libertad; libertad de participación; libertad para decir no a determinadas condiciones abusivas de trabajo, y libertad para dedicarse a trabajos que el mercado no reconoce, pero que aportan –y tanto– a las sociedades donde se realizan. Así la RBU constituiría un reconocimiento de partida a todos los miembros de la comunidad, un derecho que hace posible la participación democrática y un pilar de la sociedad republicana (Raventós, 2002, 2005, 2007 y 2011; Casassas, 2005, 2006 y 2008; Laín, 2020; Rey Pérez, 2012a, pp. 118-124).

### 2.3. Viabilidad política y económica

Como se ha señalado anteriormente, la RBU ha dado el paso de ser un debate eminentemente académico a ser una reivindicación política de ciertos movimientos sociales. Así, durante el 15M, fue una de las reivindicaciones que se pusieron sobre la mesa y, en los últimos años, se ha dado un giro de lo que podría considerarse la fundamentación teórica, a su viabilidad política y económica. Comenzando por esta última, la RBU se enfrenta a un problema de financiación que a nadie se le escapa. En este sentido, se han desarrollado diversos modelos de financiación para España, de los que, en mi opinión, el más interesante es el que construyeron Arcarons, Domènech, Torrens y Raventós a partir de dos millones de declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas (en adelante, IRPF) suficientemente representativas del año 2010, año en que la crisis económica arreciaba fuerte en España. Por explicarlo resumidamente, ellos partían de una serie de objetivos: 1) la percibirían todos los ciudadanos y residentes acreditados; 2) la reforma propuesta se autofinanciaría no generando déficit neto; 3) que tuviera un efecto redistributivo alto; 4) que, por lo menos, el 50% con menores ingresos ganase renta neta; 5) que los tipos reales no fueran excesivamente altos; 6) la RBU tendría que ser igual o superior al umbral de la pobreza en España; 7) la RBU no quedaría sujeta a la imposición del IRPF; 8) la RBU sustituiría toda prestación pública monetaria de cantidad inferior y, por último, 9) la RBU no supondría detracción de ningún otro ingreso público por la vía del IRPF, esto es, debe financiar lo que ya se financia (sanidad, educación, dependencia...). Con estas bases, ellos proponen una cuantía para los mayores de 18 años de 7500 euros anuales (625 mensuales) y, para los menores de edad, de 190 euros mensuales. La financiación la proponen a partir de una reforma radical del IRPF, donde se integraría la base del ahorro en la general, para evitar el tratamiento fiscal favorable a los rendimientos del capital, se eliminarían los mínimos personales y compensaciones entre rendimientos, así como las reducciones en la base (como los planes de pensiones) y deducciones en la cuota (vivienda, entre otros). Las rentas se gravarían a un tipo único del 49%. La opción por un tipo único puede parecer regresiva, pero la combinación con la RBU convierte en progresivo al impuesto (tabla 1):

Tabla 1. Comparación cuotas con y sin RBU

Decila	Cuota con IPRF 2010	Cuota IPRF+RBU
10%	0,154%	-208,914%
20%	0,348%	-59,177%
30%	0,858%	-36,494%
40%	3,282%	-19,645%
50%	6,044%	-9,071%
60%	7,856%	-1,396%
70%	9,842%	6,559%
80%	12,527%	15,873%
90%	15,295%	24,611%
95%	18,382%	30,311%
98%	22,068%	35,369%
100%	28,033%	42,910%

Fuente: Arcarons , Raventós, Torrens, & Domènech (2015)

Las conclusiones a las que llegan los autores son ciertamente positivas para la pobreza en España: concluyen que es posible la financiación de la RBU sin tocar el resto de las partidas del Estado en España, reformando el IPRF y con el ahorro de prestaciones monetarias que serían sustituidas por la RBU; que entre el 60% y el 70% de la población situada en niveles inferiores de renta saldría ganando. Quien más ganaría sería quien no tiene absolutamente nada: 7500 euros anuales exentos de tributación; además, la propuesta se basa en la redistribución no en la creación de masa monetaria y, por último, reduciría el índice Gini del 0,37 al 0,25 (Arcarons, Raventós, Torrens & Domènech, 2015)<sup>7</sup>. Recientemente, estos mismos autores han propuesto un nuevo modelo de financiación de la RBU a partir de la Encuesta de Condiciones de Vida de los años 2017 y 2018, utilizando datos del IPRF de 2017 y con resultados aplicables al año 2018. En esta nueva propuesta, parten también de una RBU individual, aunque con diferencias:

la cantidad de la RB en cada uno de los 3 supuestos analizados es individual, pero a diferencia del anterior estudio de 2014, en el primero de ellos se calcula según la escala de equivalencia de la OCDE. Esta escala simplemente quiere constatar la evidencia según la cual vivir en un mismo hogar un número de personas superior a una es más caro que lo que costaría vivir una sola persona, pero en una proporción decreciente (Arcarons, Raventós, & Torrens, 2020).

Plantean, así, tres supuestos: 1) una RBU con la cuantía de la media de pobreza en España, 8815 euros anuales y un tipo único del IPRF del 46,83%. En este modelo, el índice Gini se reduciría 15 puntos y la pobreza y pobreza severa desaparecerían; 2) una renta básica de 8400 euros para los mayores de edad y de 1680 para los menores, con un tipo único del IPRF del 49,05%. En este escenario, el índice Gini se reduciría 18 puntos y también desaparecería la pobreza, y 3) una RBU que tendría la misma cuantía del ingreso mínimo vital (al que luego se hará referencia)

<sup>7</sup> El detalle de todos los cálculos desagregados puede verse en Arcarons, Raventós & Torrens (2017).

distribuido de forma universal. En este modelo, el índice Gini no mejoraría tanto, pasando de un 0,384 a un 0,307, con un tipo único mucho más reducido del 29,19% y continuaría habiendo hogares en riesgo de pobreza, ya que la cuantía de la RBU sería inferior al umbral de la pobreza. La financiación de estas propuestas la completan con un impuesto a las grandes fortunas (Arcarons, Raventós & Torrens, 2020).

Existen otras propuestas de financiación de la RBU, aquellas que la ligan con el impuesto de sucesiones (Navau Martínez-Val, 2012) o con una reforma del IVA (Rey Pérez, 2012b). Un repaso de los modelos para España puede verse en (Gimeno Ullastres, Gomez Frías & Díaz Oyarzabal, 2020).

En este sentido, es interesante reseñar los experimentos que se han iniciado en algunos países, de los cuales, el que quizá merezca más atención, es el de Finlandia, pues, al ya haber finalizado (2017-2018), ha dado varias conclusiones. El experimento finlandés no era tanto un experimento de renta básica universal como de renta incondicionada, porque consistía en otorgar, durante dos años, una renta no sujeta a ninguna condición a personas que se encontraban en desempleo de larga duración. El objetivo, por tanto, era averiguar los efectos que esta renta producía en sus perceptores. Aunque, en relación con la búsqueda y el encuentro de un empleo, parece que sus efectos no fueron ni positivos ni negativos, en cambio, los efectos sobre la salud mental, ausencia de estrés y de depresión de los perceptores, fueron altamente positivos, al encontrarse más seguros y con menos sensación de imprecisión y de inseguridad en sus vidas<sup>8</sup>.

La segunda cuestión que la RBU tiene hoy encima de la mesa, es la viabilidad política. Y esto no es algo sencillo, porque desde siempre los partidos políticos de izquierdas y los sindicatos se han opuesto a esta idea, por considerar que lo importante tendría que ser reivindicar el empleo y no un ingreso que no solucionaría los problemas de los trabajadores que están desempleados. Así, existe una larga tradición en la que los sindicatos más importantes o bien han rechazado explícitamente la renta básica o la han visto con recelo; esto es lo que ocurre con los dos principales sindicatos españoles, CCOO y UGT, aunque otros más minoritarios como el vasco ESK siempre la ha defendido. No obstante, en los sindicatos existe un debate interno que no termina de resolverse; y esto no es algo exclusivo de España, sino que se da a nivel europeo (Vanderboght, 2006 y 2013). Algo similar ocurre con los partidos de izquierdas que siguen teniendo una concepción *empleocéntrica* de la sociedad, sin darse cuenta que muchos de los cambios (quizá en gran parte negativos) que se han vivido en las relaciones laborales han venido para quedarse y que, dada la economía del siglo XXI, como se verá más adelante, es difícil volver a un entorno de relaciones laborales estables, indefinidas y para toda la vida, como las que caracterizaron la economía europea durante las tres décadas doradas posteriores a la II Guerra Mundial.

Un ejemplo de esta ambigüedad en la izquierda lo tenemos en el caso de Podemos. La primera vez que este partido se presentó a unas elecciones fue a las europeas de 2015 y entonces en su programa llevaban la propuesta de una RBU. Algo discutible desde el punto de vista competencial, porque la UE, al menos tal y como están distribuidas las competencias en el presente, probablemente no pueda institucionalizar algo como la renta básica. Sin embargo, en las sucesivas elecciones el programa cambió; cuando se presentaron a todas las elecciones generales que

<sup>8</sup> Sobre el diseño, las luces y las sombras del experimento finlandés, ver: (De Wispelaere, Halmetoja & Pulkka, 2018). Sobre los resultados finales que se dieron a conocer en mayo-junio de 2020, todavía no hay mucha información, pero puede consultarse Van Parijs (2020). Una visión crítica sobre este tipo de experimentos puede verse en Widerquist (2018).

hubo después –y han sido muchas dadas las repeticiones que ha habido que hacer– sustituyeron la renta básica por una especie de renta mínima a nivel estatal, aunque muchos de sus líderes lo siguieran denominando renta básica. De hecho, ahora que están en el poder, han diseñado un ingreso mínimo vital (IMV) que analizaremos en la siguiente sección. En mi opinión, el abandono programático de la RBU por Podemos –y como tuve oportunidad de presentar en el congreso de la BIEN celebrado en Tampere en 2018–, ha sido la oportunidad perdida para introducir la RBU en España (Rey Pérez, 2018).

### 3. Renta Básica vs. Rentas Mínimas o el Ingreso Mínimo Vital

Casi todos los países europeos desde finales de los años 80 cuentan con un sistema de rentas mínimas destinado a aquellas personas que no perciben ningún salario o ingreso y carecen de patrimonio que les permita cubrir sus necesidades de subsistencia. Los primeros países que pusieron en marcha este tipo de institución fueron Bélgica y Francia en 1988. España no tardó mucho en incorporarse, con la diferencia de que, en este caso, fueron las Comunidades Autónomas las que legislaron, desarrollaron y financiaron las rentas mínimas. La primera, de hecho, fue el País Vasco en 1989. Pero las rentas mínimas no son lo mismo que la RBU, aunque popularmente parezcan confundirse y que, incluso, algún programa de rentas mínimas haya llevado el nombre de renta básica. Y son distintas por varios motivos: en primer lugar, las rentas mínimas no son individuales como sí lo es la RBU, sino que van destinadas a hogares o unidades familiares o de convivencia; en segundo lugar, no son universales, porque es una renta que no perciben todos los ciudadanos o residentes, sino solo aquellos que carecen de otro tipo de ingresos, ya sea laborales, rendimientos de capital o inmuebles o prestaciones públicas. Las rentas mínimas se configuran, así, como una última malla de seguridad. Por último, y no menos importante, las rentas mínimas están condicionadas a que el beneficiario haga una serie de actividades para lograr un empleo, pues, el objetivo último de ellas, es que sus perceptores vuelvan a ser parte de la fuerza de trabajo activa. Por lo anterior, se exige que los perceptores no solo que estén dados de alta como buscadores de empleo, sino, también, que hagan determinados cursos o actividades, que, si no se realizan, pueden conllevar la pérdida de la ayuda.

Como se ha dicho, el desarrollo de las rentas mínimas fue algo que llevaron a cabo las comunidades autónomas en lo que, al menos desde un punto de vista legislativo, podríamos señalar como cuatro fases (Rey Pérez, 2007b). En la primera fase, las rentas mínimas se legislaban a través de un decreto de la comunidad autónoma. Así, el primero que recogió la institución fue el Decreto 39/1989, de 28 de febrero, sobre Ingreso Mínimo Familiar del Gobierno del País Vasco, modelo que, en los años posteriores, fue imitado por el resto de comunidades autónomas y que finaliza en 1995 con la creación de la renta de integración en Baleares.

En la segunda fase, estas prestaciones se elevan a rango de ley y se desarrollan por la legislación autonómica de cada comunidad autónoma. Esta reforma acerca mucho el modelo a la renta mínima francesa. El proceso, de nuevo, lo inició el País Vasco con la Ley 12/1998 contra la exclusión social, que intenta un modelo completo de inserción social que no se limite a una simple prestación económica. Al País Vasco le siguieron el resto de las comunidades (Monereo Perez & Molina Navarrete, 1999, pp. 204-205). En esta nueva generación de rentas, la prestación económica se presenta como:

un refuerzo de las acciones de integración [...] Se combina el mero subsidio económico con las medidas de inserción que se realizan a través de una serie de prestaciones de carácter técnico, con lo que se intenta superar, de este modo, la visión

puramente asistencialista que podía suponer la prestación económica. Se pretende en general con esta perspectiva global e integral, y en particular con las medidas de inserción, facilitar que los exiliados sociales recuperen su condición de ciudadanos y comiencen un proceso de adquisición de saberes, autonomía e independencia (Susín, 2000, pp. 296-297).

Hay que señalar también que las rentas evolucionaron según evolucionaba la sociedad. Mientras que a finales de los 80 y principios de los 90 la causa de la exclusión social estaba muy unida a las adicciones a determinadas sustancias y, en particular, a la heroína, conforme avanzan los 90 y la heroína va desapareciendo, los programas de inserción que se plantean como condición para percibir la renta van evolucionando de inscribirse en proyectos de desintoxicación a programas formativos que capaciten al beneficiario para su reinserción laboral.

La tercera fase, truncada por la crisis económica de 2008 y que se inició con la reforma de algunos estatutos de autonomía, consistía en introducir el derecho a una renta mínima en las cartas de derechos de los estatutos, con la intención de reforzar esta prestación y que su modificación o eliminación dentro de las prestaciones autonómicas fuera complicada. Esto se logró, por ejemplo, en el Estatuto de Catalunya de 2006. Sin embargo, la cuarta fase, la que se vivió en la década de 2008 a 2018, con la fuerte crisis financiera que asoló las economías occidentales y, en concreto, la española, con muy elevadas tasas de desempleo, fue una mala época para las rentas mínimas. Por un lado, aumentaron significativamente los demandantes de la misma, pero, por otro, y de forma paralela, algunas administraciones como la Comunidad de Madrid, sin cambiar la legislación, pusieron trabas administrativas, prolongándose el tiempo de respuesta hasta 14 meses, lo que dificultó mucho que llegara a toda la población que realmente la necesitaba.

Por otra parte, las rentas mínimas han sido muy desiguales en todo el territorio nacional, no solo en su cuantía (donde País Vasco y Navarra destacan por su mayor generosidad, pero hay lugares donde no alcanzan los 400 euros para una sola persona o se quedan en esos 400 en el caso de Madrid, donde el coste de vida es muy elevado), sino en su gestión, las condiciones de los convenios de inserción que es necesario firmar para recibir la prestación, etc. Durante las tres décadas de existencia de las rentas mínimas, se les han hecho una serie de críticas tanto por parte de la doctrina como por parte de movimientos sociales y de los propios trabajadores sociales que tienen que administrarlas.

Por un lado, la cuantía en muchas Comunidades Autónomas no alcanza el umbral de la pobreza; esto significa que, aun percibiendo la renta mínima, las familias no salen de la pobreza; además sigue una lógica de economía de escala, esto es, una unidad de dos miembros no percibe el doble, sino que se añade una cuantía inferior y así ocurre con los miembros adicionales de la unidad de convivencia hasta llegar a un tope, lo que se ha interpretado como una forma de penalizar las familias con más miembros<sup>9</sup>. Por otro, se ha criticado que hayan venido siendo un derecho condicional, ya que si no se cumplían los requisitos a los que el beneficiario se comprometía, la sanción podía ser la suspensión de la renta o simplemente la pérdida de su derecho.

<sup>9</sup> Susín señala que «la cuantía asignada por cada miembro adicional es relativamente plana, es decir, que no crece lo que parece necesitar cada miembro adicional, donde no podemos dejar de leer un cierto intento de penalizar a las minorías étnicas que tradicionalmente constituyen familias numerosas. Por otro lado, ese tratamiento perjudicial hacia las unidades más numerosas resulta agravado por el hecho de que algunas comunidades establecen unos máximos en las cantidades finales a recibir, con lo que llega un momento en que el aumento de componentes en la unidad familiar no se traduce en un aumento de la prestación económica» (Susín, 2000, p. 326).

Además, el hecho de la disparidad autonómica ha supuesto una barrera a la movilidad geográfica, ya que todas ellas exigían el empadronamiento en un municipio de la comunidad autónoma que daba la renta, un empadronamiento que suele ser de un año de antigüedad. La cuestión del empadronamiento no solo ha sido criticada por esto, sino también porque las personas sin hogar, aunque tienen derecho a estar empadronadas (por ejemplo, en un cajero automático o en un centro de acogida) las administraciones han venido poniendo dificultades a este empadronamiento. Si a esto añadimos los distintos papeles que hay que presentar que, en muchos casos, son difíciles de conseguir al que tiene unos medios normales, eso hace que muchos merecedores de las rentas mínimas, sobre todo en la crisis de 2008, nunca accedieran a estas ayudas. Por su parte, el colectivo de trabajadores sociales ha criticado que ellos actúen de policía del cumplimiento de las condiciones y no como lo que deberían ser, personas encargadas de acompañar a la persona en su proceso de reinserción social.

La disparidad y diversidad de rentas dentro del territorio nacional, ha sido objeto de críticas. Del mismo modo, la Unión Europea llamó la atención a España por tal diversidad, quizá porque el sistema de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social que también es muy variado y diverso, unido a la disparidad de las rentas mínimas como última red de apoyo, se ha venido construyendo como un sistema de acumulación, de parcheo allí donde se detectaba la existencia de un colectivo necesitado de ayuda (Carrillo, 2015).

Como respuesta a esto, los sindicatos UGT y CCOO registraron en 2015, en el Congreso de los Diputados, una iniciativa legislativa popular para la puesta en marcha de una renta mínima garantizada, que fue discutida en la Comisión de Seguridad Social durante el año 2017, aunque, finalmente, la propuesta de los sindicatos no se materializó en ninguna ley. No obstante, la urgencia económica que ha traído la crisis sanitaria de la Covid-19, con niveles de desempleo que se prevé puedan superar los de la anterior crisis, ha llevado al gobierno de coalición de PSOE y Unidas Podemos a aprobar, el 29 de mayo de 2020, un real decreto ley (en adelante, RDL) por el que se establece el ingreso mínimo vital (IMV), que fue convalidado por el Congreso el 10 de junio sin ningún voto en contra<sup>10</sup>. Este IMV, se configura como una prestación no contributiva de la Seguridad Social que pretende establecer un suelo de ingresos para aquellas personas que no perciben otros ingresos ni tienen otro patrimonio del que puedan vivir. Con ello, se logra dar respuesta a la reiterada petición de Bruselas, ampliando la cobertura de las rentas mínimas de las comunidades autónomas. No obstante, el IMV no excluye a las comunidades ni de su gestión (en particular a Navarra y País Vasco) ni de su existencia, pues deja a estas la posibilidad de que puedan complementar el IMV con las rentas mínimas que hasta entonces eran autonómicas. Aunque todavía, cuando escribo estas líneas, está pendiente de entrar en funcionamiento y de desarrollo reglamentario, se pueden señalar una serie de aspectos, en mi opinión, positivos en el diseño de este IMV que, obviamente, no es una RBU, porque ni es incondicionado ni es universal, pero creo que en su diseño se han tenido en cuenta algunas de las carencias que se venían detectando en las rentas mínimas autonómicas. Aunque el análisis del IMV da lugar para trabajos independientes, sí me gustaría señalar algunos de sus rasgos y mejoras con respecto a las rentas existentes.

En primer lugar, el hecho de que sea a nivel estatal ofrece una cobertura mínima a todos los ciudadanos y residentes con un mínimo de residencia de un año de antigüedad, lo cual soluciona la disparidad de rentas que había anteriormente en

<sup>10</sup> Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE de 1 de junio de 2020).

España. El hecho que además sea compatible con las rentas autonómicas (evitando así el posible conflicto de competencias que el País Vasco, Navarra o Cataluña era previsible que presentaran), hace que se pueda adecuar a las condiciones y costes de vida tan distintos que existen en nuestra realidad nacional. Para valorar la pertinencia o no del derecho a recibir este IMV (configurado en el RDL 20/2020 como derecho subjetivo), se pide la declaración del IRPF del año anterior, aunque para este año se puede solicitar haciendo una declaración jurada de los ingresos del 2020, dada la situación excepcional que estamos viviendo por la pandemia. Esto hace que, al igual que ocurría con las rentas autonómicas, el IMV no tenga un carácter preventivo sobre la pobreza como sí lo tiene la RBU, sino que sea paliativo y que, en muchos casos, no pueda llegar a quien lo necesite porque sus circunstancias vitales se hayan modificado drásticamente. El IMV, entonces, no abandona la visión *empleocéntrica* que liga la inserción social al empleo. Así lo señala, explícitamente, el preámbulo del RDL 20/2020, al indicar que:

la prestación no es por tanto un fin en sí misma, sino una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad [...] [que] para algunos será el acceso a oportunidades educativas, para otros la incorporación al mercado de trabajo o, la solución a una condición sanitaria determinada.

El IMV, sigue diciendo el preámbulo del RDL, se configura como:

un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en un futuro próximo: carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, transformaciones económicas asociadas a la robotización y el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y en los empleos.

El IMV pretende, además, comenzar la reordenación de esas prestaciones de la Seguridad Social que, como se ha indicado antes, eran muchas veces parches, comenzando por la sustitución de la prestación por hijo a cargo sin discapacidad o discapacidad inferior al 33% por el IMV.

En segundo lugar, la compatibilidad del IMV con el empleo –que solo se había ensayado en algunas rentas autonómicas como la vasca o la navarra para evitar así la trampa de la pobreza– es posible siempre que los rendimientos del trabajo no superen la cuantía del IMV. En la práctica el IMV pagaría la diferencia hasta llegar al nivel de ingreso al que se tiene derecho, funcionando a modo de complemento salarial. En un contexto de empleo inestable, frecuentes entradas y salidas de los trabajadores en el mercado de trabajo, esto da una cierta tranquilidad a la hora de decir sí a una oferta de trabajo, aunque esta sea temporal o, incluso, sean solo unas pocas horas a la semana. En este sentido hay que reconocer el esfuerzo por adecuar el IMV a las condiciones laborales actuales y futuras que se van a incrementar como consecuencia de la crisis de la Covid-19.

En cuanto a su cuantía, el IMV no es un ingreso individual; sigue con la lógica *familiarista* de las rentas mínimas y eso, en mi opinión, es una carencia muy característica de nuestro Estado de Bienestar en el que la familia ha actuado como principal proveedora de bienestar, como quedó demostrado en la crisis de 2008 donde muchas familias pudieron sobrevivir gracias a la pensión de sus mayores<sup>11</sup>. Aun así, frente a los sistemas simplistas de las rentas autonómicas, el modelo que plantea el

<sup>11</sup> Sobre el individualismo y el *familiarismo* de las prestaciones de bienestar ver: (Rey Pérez, 2015a, pp. 53-61).

nuevo IMV es más complejo, diferenciando hasta 14 tipos de hogares, como se puede ver en el Anexo I del RDL 20/2020 (tabla 2). La cuantía para una persona sola equivale a la pensión no contributiva que se establezca cada año, que, en 2020, es de 5538 euros anuales, lo que supone 461,5 euros al mes. Obviamente, esta cuantía está por debajo del umbral de la pobreza en España, que, este año 2020, está en 8871 euros. De ahí que sea muy importante la labor complementaria que deben seguir jugando las rentas de las comunidades autónomas, porque, si no, el IMV podrá acabar con los casos de pobreza extrema, pero no con la pobreza, en un país como España donde la pobreza existió durante la época de crecimiento económico de 1996 a 2007, se incrementó durante la crisis de 2008 y, en definitiva, se ha convertido en un elemento estructural de nuestras economías. Se han venido señalando, además, las elevadas tasas de pobreza infantil que tiene España, por eso, es de agradecer que en el diseño del nuevo IMV se tengan en cuenta los niños y su número, para multiplicar el ingreso recibido de una forma más generosa que lo que se hacía en las rentas autonómicas.

Tabla 2: Escala de incrementos para el cálculo de la renta garantizada según el tipo de unidad de convivencia para el ejercicio 2020

	<b>Escala de incrementos</b>
Un adulto solo	5538 euros (renta garantizada para un adulto solo)
Un adulto y un menor	1,52
Un adulto y dos menores	1,82
Un adulto y tres o más menores	2,12
Dos adultos	1,3
Dos adultos y un menor	1,6
Dos adultos y dos menores	1,9
Dos adultos y tres o más menores	2,2
Tres adultos	1,6
Tres adultos y un menor	1,9
Tres adultos y dos o más menores	2,2
Cuatro adultos	1,9
Cuatro adultos y un menor	2,2
Otros	2,2

Fuente: Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE de 1 de junio de 2020).

No obstante, creo que habría que hacer dos observaciones. En primer lugar, el hecho de que el IMV tenga unas cuantías máximas, independientemente del número de niños que conviven en la unidad de convivencia, una vez más, penalizará a las familias numerosas. Y, en segundo lugar, que el esquema sea familiarista hace que el niño o la niña no sean los auténticos titulares de derecho, sino que dependan de la estructura familiar. En mi opinión, para luchar contra la pobreza infantil habría que reconocer a los niños el derecho a una renta incondicionada y universal, de la que fueran titulares los propios niños y administradores sus padres, madres o tutores legales. Solo así se pasaría de una concepción y de un discurso puramente asistencialista a un discurso de derechos. Nadie puede echar en cara a un niño que no trabaje, se le puede exigir que estudie, pero su rendimiento escolar está directamente afectado por cuál es la situación en los hogares. Si hacemos al niño titular del derecho y se asegura que ese dinero se está invirtiendo en su crianza y su

educación, sería un camino más directo para frenar la pobreza infantil; es lo que en otros países se ha denominado asignación universal por hijo<sup>12</sup>.

En relación con los hijos, hay también un vacío legal en el diseño del IMV. Para recibir este ingreso es necesario ser mayor de 23 años y menor de 65 (parece reproducirse el esquema autonómico de mayores de 25 años), pero ¿qué ocurre con esas personas que son mayores de 18 años y menores de 23 que siguen viviendo en la casa de sus padres y ya no van a computar a efectos del IMV? Dado el alto desempleo juvenil, es muy probable que estas personas no tengan ingresos y, si están estudiando, de alguna manera se penaliza esta opción.

Por otra parte, el diseño del IMV parece estar pensado más para personas o familias que por razón de la crisis económica se han quedado sin empleo, que para aquellas personas que están en situación de calle. El hecho de que el artículo 24 establezca que la «solicitud se presentará, preferentemente, en la sede electrónica de la Seguridad Social o a través de aquellos canales de comunicación telemática que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tenga habilitados al efecto», parece no pensar en todas aquellas personas que carecen de acceso a internet o que no se manejan cómodamente con los medios telemáticos. Es de esperar que los trabajadores sociales de ONGs y de ayuntamientos se organicen para ayudar a estas personas a solicitar la renta a la que tienen derecho. Se establece un plazo de 3 meses para dar respuesta a la solicitud, aunque si la respuesta es positiva ésta tendrá efectos desde el momento de haberse presentado. Los tres meses quieren dar solución a las denuncias que se habían realizado sobre muchas rentas de las comunidades autónomas, por ejemplo, Madrid, que se retrasaba en la respuesta hasta un año o incluso más tiempo, aunque llama la atención que en ausencia de respuesta se entienda denegada por silencio negativo de la Administración. ¿Qué puede ocurrir si en los primeros meses la Administración se ve desbordada? ¿esas personas van a ver denegado su derecho? No parece algo justo. De hecho, las primeras noticias que se conocen sobre su alcance indican que, de las 750.000 solicitudes recibidas, la Seguridad Social solo había concedido 6.000, además de otras 74.119 que concedió de oficio (Olías, 2020).

Por último, en este rápido repaso, señalar que, aunque se establece como requisito estar dado de alta como demandante de empleo y en el artículo 33.1.h) se establece la obligación de participar en las estrategias de inclusión que se determinen por el Ministerio, estas estrategias no se concretan. Y es que el problema del desempleo de larga duración en nuestro país exige una respuesta coordinada, de ahí que:

parece imprescindible aprender de la experiencia de Suecia, cuando en los 90 sus niveles de desempleo aumentaron y consiguieron salir de esta situación combinando las políticas educativas con las de empleo. Esto es, buscando en qué sectores económicos se iban a dar las oportunidades a medio plazo, sectores que demandaban una especialización diferencial y ofreciendo formación en ellos (Rey Pérez, 2015b, p. 295).

Hasta ahora los programas activos de empleo se han centrado en programas muy generalistas que no capacitaban a la persona para el mercado de trabajo. Es necesario reformular estos programas si lo que se quiere es que encuentren empleo y que este sea de calidad. Para ello, no basta con ofrecer contenidos generales, sino

<sup>12</sup> Con todas las deficiencias que tiene el modelo en Argentina, precisamente, por su condicionalidad, la propuesta sería superar la misma y hacerlo un derecho de la infancia. Sobre la cuestión ver Garcés & Lucero (2016).

altamente especializados en función de los nichos de mercado que se detecten y, además, que sean planes formativos a medio plazo.

#### 4. Las formas atípicas de trabajo, el derecho al trabajo y la renta básica: ¿una tensión irresoluble?

Quizá desde el Génesis, donde Dios castigó a Adán a ganarse el pan con el sudor de su frente, el trabajo siempre ha jugado un papel central en nuestras vidas, hasta el punto de que se incorporó como derecho en los textos constitucionales y en la Declaración Universal de Derechos. Sin embargo, el término trabajo no es un término unívoco. Una manera de entenderlo desde la Revolución Industrial y tras las reivindicaciones de 1848<sup>13</sup>, ha sido como sinónimo de empleo. Esta manera de entenderlo ha llegado a nuestros días, solo que el contexto ha cambiado radicalmente. Muchos de los empleos que tradicionalmente hacían las personas se han sustituido por máquinas, algo que no es nuevo y que ya ocurrió con otras revoluciones industriales, pero que parece que va a incrementarse exponencialmente con los *big data*.

La precarización del empleo, que se inició antes de la crisis de 2008, es hoy un elemento estructural de nuestras economías, no ya de las desarrolladas, sino, también, y aún más, de las no desarrolladas. Esa precarización no solo pasa por una reducción de los costes de despido, sino, también, por: 1) una mayor temporalidad en los contratos; 2) jornadas ficticias, pues, gracias a las nuevas tecnologías el empleado está siempre disponible; 3) devaluación de los salarios, y 3) la aparición de lo que podrían llamarse formas atípicas de empleo que surgen gracias a internet, tales como los *riders* o los conductores que figuran como autónomos, aunque trabajen para una empresa que muchas veces ni siquiera tributa en el país donde estas personas están prestando sus servicios.

Se ha constituido así lo que Standing denomina el *precarizado* (Standing, 2013). Todo esto ha provocado la aparición de la pobreza laboral, que existía en Estados Unidos, pero que a Europa no llegó hasta la crisis financiera de 2008. Según la OIT, en 2018, el 12,9% de los trabajadores ocupados era pobre y esas cifras aumentaban hasta un 16,3% en el caso de los menores de 30 años<sup>14</sup>. Y, mientras tanto, las políticas públicas que ha inspirado el neoliberalismo en las últimas décadas, han individualizado la posición del desempleado haciéndole responsable de su suerte. Los sindicatos, anclados en una visión más del siglo XX que contemporánea, tampoco han sabido defender a estos nuevos trabajadores precarizados y se han centrado más bien en la defensa de aquellos trabajos más clásicos y con condiciones estables y mejores, que también están desapareciendo.

La RBU surgió, desde sus inicios, como una forma de adaptarse a un mundo que había cambiado y donde no había tantos empleos como antaño. Ese «derecho a decir no» a condiciones laborales que fueran insuficientes gracias a contar con un suelo de seguridad en los ingresos que es lo que permitía la renta básica, hizo que, de alguna forma, esta se viera como una solución a la precarización constante y creciente que se ha vivido desde que el debate contemporáneo de la RBU se inició. Así, al menos algunos autores, han querido oponer trabajo y RBU o empleo y RBU, sin clarificar ni qué entienden por uno ni por otra.

Por un lado, creo que hay que ampliar el sentido de la palabra trabajo. Como ha señalado Standing en reiteradas ocasiones, hay mucho más trabajo que empleo,

<sup>13</sup> Sobre los orígenes del derecho al trabajo ver: (Scotto Benito, 2019) y (Vigo Serralvo, 2019).

<sup>14</sup> Sobre los trabajadores pobres ver: (Rey Pérez, 2015c).

aunque el mercado no lo reconozca (Standing, 1999 y 2002). Trabajo de cuidados, en su gran mayoría realizado por mujeres, que aporta mucho a la riqueza de los países y sin el cual, probablemente, el mundo que hoy conocemos no podría haber salido adelante. Por eso, hay que replantearse el sentido del derecho al trabajo. Si trabajo es toda aquella actividad en la que alguien usa sus destrezas físicas y psicológicas para interactuar con los demás y aportar algo al grupo social, no tiene sentido seguir identificando derecho al trabajo con derecho a un empleo. El derecho al trabajo debe interpretarse como el derecho a ser reconocido, a la inserción social, a la valoración de esas actividades que cada uno haga, dentro o fuera del mercado, reciban o no la valoración de este, siempre que sirvan para el crecimiento de toda la comunidad. Si esto es así, la RBU podría entenderse como una garantía a este derecho, como una institución que otorga, de partida, un reconocimiento a todas las personas que forman parte de la comunidad política (Rey Pérez, 2007a).

Sin embargo, es cierto que las nuevas formas de trabajo (que en unas ocasiones es empleo y otras veces se disfraza de ocupación autónoma) de las que todavía queda por hacer una radiografía completa y global (porque están extendidas a lo largo del mundo), pueden encontrar en la RBU un aliado o un enemigo. Un aliado, porque permitirían «decir no» a condiciones abusivas, porque darían un margen de seguridad y de libertad real a las personas para poder reorientar sus vidas, sin tener que dar razones ni justificaciones a nadie. La RBU podría jugar como la nueva caja de resistencia de una nueva clase trabajadora que ve perder sus derechos y reforzar, así, no solo el sentido del derecho «al» trabajo sino de los derechos «en» el puesto de trabajo. Un enemigo, porque como la financiación de la RBU depende de la capacidad recaudatoria del Estado o comunidad política que la vaya a pagar, si mucha gente dijese no, la viabilidad financiera se vería comprometida.

Pero cabe, creo yo, una vía intermedia que permita salir del atolladero en el que ahora se encuentra la clase trabajadora, que no es otro que la autogestión y la auto organización para poner en marcha actividades nuevas, negocios de proximidad que no dañen el medioambiente y que abran una salida que no tiene que pasar ni por el empobrecimiento ni por la pérdida de la autonomía y el protagonismo de la ciudadanía. Con la RBU podrían ponerse en marcha estos proyectos y podría crearse una economía mucho más comprometida con el medioambiente y con aquellos más vulnerables. Porque la razón de los derechos ha sido siempre la lucha por los excluidos de la sociedad. Hoy hay cada vez más gente excluida del reconocimiento, a la que su derecho al trabajo se le ve negado, su derecho a la inserción y a la pertenencia social, también. La RBU es una propuesta que quiere darle la vuelta a esto y servir de asidero y de arma a aquellos más desfavorecidos, con lo que entronca con la idea de los derechos como «la ley del más débil» en la expresión que Ferrajoli (1999) bellamente apuntó.

## 5. Conclusiones

El debate sobre la RBU, aunque lleva décadas encima de la mesa, ha conseguido hoy protagonismo debido a diversos factores: en primer lugar, el deterioro de las condiciones laborales tradicionales y el recorte de los derechos laborales que se viene dando en todas las economías del mundo, pero, en particular, en aquellas que disfrutaban de una mayor protección al trabajador. En segundo lugar, porque de ser un debate exclusivamente académico ha sido recogido por diversos movimientos sociales y políticos que, aun siendo todavía minoritarios, lo han incorporado a sus reivindicaciones y propuestas. Y, en tercer lugar, porque diversas propuestas que demuestran su viabilidad o experimentos que se han hecho en países como en Finlandia han contribuido a que se tome en serio la propuesta.

En mi opinión, la discusión sobre la RBU estará cada vez más presente en el debate político y económico. La crisis de la Covid-19 que estamos viviendo la ha vuelto a poner sobre la mesa, precisamente, como una forma de otorgar seguridad, *a priori*, a las personas, y no cuando lo malo ya ha tenido lugar. Con todo, para que la RBU tenga éxito, es necesario todavía saltar sobre muchas viejas ideas que consideran que solo es trabajo el empleo que el mercado valora y reconoce y que todas las prestaciones económicas que el Estado otorga deben estar orientadas a lograr que el beneficiario encuentre un puesto de trabajo, como si eso fuera tan fácil en un mundo donde habrá cada vez menos empleos y la automatización destruirá muchos de los empleos tradicionales que conocemos. Aparecerán, sin duda, otros nuevos, pero es necesario que los trabajadores aprendan las condiciones de esos nuevos empleos y ahí, en la formación, en el reciclaje profesional, también la RBU puede jugar un papel muy importante.

Por último, el IMV que acaba de aprobar el Gobierno cuando escribo estas líneas, aunque mejora algunas de las carencias que se venían señalando a los programas autonómicos de rentas mínimas, sigue partiendo de una vieja concepción *empleocéntrica* y, aunque es de esperar que pueda ayudar a muchas personas y familias que están en situación de pobreza extrema y de exclusión, se trata, una vez más, de una política tímida y poco valiente en un momento en el que lo que necesitamos es arrojo para encarar un futuro incierto.

## Bibliografía

- Ackerman, B. & Alstott, A. (1999). *The Stakeholder Society*. New Heaven-London, Reino Unido: Yale University Press.
- Arcarons, J., Raventos, D., Torrens, L. & Domenech, A. (2015). Un modelo de financiación de la Renta Básica para el conjunto del Reino de España: si, se puede y es racional. *Sin Permiso*, 13-14, pp. 171-184.
- Arcarons, J., Raventos, D. & Torrens, L. (2017). *Financiar la Renta Básica: una propuesta racional y justa para el siglo XXI*. Barcelona, España: Ediciones del Serbal.
- Arcarons, J., Raventos, D. & Torrens, L. (14 junio, 2020). Nuevos modelos para financiar una renta básica incondicional y universal. *Sin Permiso*.
- Arneson, R. (2003). Should Sufers Be Fed? En A. Reeve & A. Williams. *Real Libertarianism Assessed. Political Theory after Van Parijs* (pp. 95-110). New York, Estados Unidos: MacMillan.
- Carrillo, D. (2015). El necesario reforzamiento del nivel asistencial de nuestro sistema de protección social. En J. Rey Perez (dir.), *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España* (pp. 181-240). Madrid, España: Dykinson.
- Casassas, D. (2005). Sociologías de la elección y nociones de libertad. La Renta Básica como proyecto político republicano para las sociedades de mercado. *Isegoría*, 33, pp. 235-248.
- Casassas, D. (2006). La renta básica como proyecto político republicano. Utopías, nuestra bandera. *Revista de debate político*, 210, pp. 201-215.
- Casassas, D. (2008). En torno a las condiciones materiales de la libertad. La renta básica como fundamento de la sociedad civil. *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 34(1), pp. 137-154.
- Colectivo Charles Fourier. (1985). Une réflexion sur l'allocation universelle. *La Revue Nouvelle*, 41(4), pp. 345-351.
- De Wispelaere, J., Halmetoja, A. & Pulkka, V.-V. (2018). The Rise (and Fall) of the Basic Income Experiment in Finland. *CESifo Forum*, 19(3), pp. 15-19.
- Domenech, A. (2001). Sobre el ecumenismo de la renta básica. En D. Raventos (ed.), *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna* (pp. 185-191). Barcelona, España: Ariel.

- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. London, Reino Unido: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Trotta.
- Frankman, M. (2004). *World Democratic Federalism. Peace and Justice Indivisible*. New York, Estados Unidos: MacMillan.
- Garcés, L., & Lucero, M. (2016). *El derecho a un ingreso. Texto y contexto de la Asignación Universal por Hijo en Argentina*. San Juan, Argentina: UNSJ.
- Gimeno Ullastres, J., Gomez Frias, V. & Diaz Oyarzabal, J. (2020). Modelos de financiación de una Renta Básica para España. *Revista Diecisiete*, 1, pp. 135-160.
- Laín, B. (2020). Del derecho natural al pacto fiduciario: gobierno y propiedad en la economía política republicana. *Isegoría*, 62, pp. 9-34.
- Lister, R. (1992). *Women's Economic Dependency and Social Security*. Manchester, Reino Unido: Equal Opportunities Commission.
- Monereo Perez, J. & Molina Navarrete, C. (1999). *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*. Granada, España: Comares.
- Navau Martinez-Val, P. (2012). La financiación de la Renta Básica y el impuesto sobre las herencias. En M. Rodríguez Palop, I. Campoy Cervera & J.L. Rey Pérez. *Desafíos actuales a los derechos humanos. La Renta Básica y el futuro del Estado social* (pp. 199-228). Madrid, España: Dykinson.
- Olías, L. (20 agosto, 2020). La Seguridad Social solo ha reconocido 6000 prestaciones de ingreso mínimo vital de las 750000 solicitudes recibidas. *El Diario*. Recuperado de [https://www.eldiario.es/economia/seguridad-social-reconocido-6-000-prestaciones-ingreso-minimo-vital-750-000-solicitudes-recibidas\\_1\\_6173182.html](https://www.eldiario.es/economia/seguridad-social-reconocido-6-000-prestaciones-ingreso-minimo-vital-750-000-solicitudes-recibidas_1_6173182.html).
- Pettit, P. (1999). *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona, España: Paidós.
- Piret, B. (1985). De l'utilité des utopies en période de crise. *La Revue Nouvelle*, 41(4), pp. 445-450.
- Raventós, D. (1999). *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal garantizado*. Barcelona, España: Ariel.
- Raventós, D. (2002). La Renda Bàsica i la llibertat com a no-dominació. *Dialègs. Revista d'estudis politics y socials*, 5(18), pp. 11-25.
- Raventós, D. (2005). Propiedad, libertad republicana y Renta Básica de Ciudadanía. *Polís*, 10, pp. 1-14.
- Raventós, D. (2007). *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona, España: El Viejo Topo.
- Raventós, D. (2011). De qué hablamos cuando decimos que la renta básica es (o no) justa. Sobre liberalismos y republicanismos. En D. Casassas & D. Raventos (eds.), *La renta básica en la era de las grandes desigualdades* (pp. 23-44). Barcelona, España: Montesinos.
- Rey Pérez, J.L. (2007a). *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Madrid, España: Dykinson.
- Rey Pérez, J.L. (2007b). La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos Estatutos de Autonomía, ¿el camino adecuado para lograr la integración social? *Asamblea*, 16, pp. 219-240.
- Rey Pérez, J.L. (2012a). *La democracia amenazada*. Alcalá de Henares, España: Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.
- Rey Pérez, J.L. (2012b). ¿Qué tipo de fiscalidad exige la idea de justicia de la renta básica? En M.E. Rodríguez Palop, I. Campoy Cervera & J.L. Rey Pérez (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado social* (pp. 179-197). Madrid, España: Dykinson.
- Rey Pérez, J.L. (2015a). ¿Un nuevo modelo de bienestar? Los cambios en la filosofía del bienestar. En J.L. Rey Pérez (dir.), *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en*

- España* (pp. 15-85). Madrid, España: Dykinson.
- Rey Pérez, J.L. (2015b). ¿Qué reformas necesita el Estado de bienestar español? En J.L. Rey Pérez (dir.), *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España* (pp. 291-315). Madrid, España: Dykinson.
- Rey Pérez, J.L. (2015c). Empleo y pobreza. El fenómeno de los trabajadores pobres como negación del derecho al trabajo. En M.I. Álvarez Vélez y J.L. Rey Pérez (dirs.), *Derecho y Pobreza* (pp. 1-7). Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Rey Pérez, J.L. (24 agosto, 2018). *Basic Income in Spain: Have we lost our opportunity?* Comunicación presentada en el XVIII World Congress of BIEN: Basic Income and the New Universalism. Rethinking the Welfare State in the 21st Century Tampere: University of Tampere.
- Schoonbroodt, J. (1985). Liberté illusoire ou reconnaissance d'un droit essentiel? *La Revue Nouvelle*, 41(4), pp. 456-458.
- Scotto Benito, P. (2019). *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia. 1789-1848* (Tesis doctoral, Universidad de Barcelona). Barcelona, España.
- Standing, G. (1999). *Global Labour Flexibility. Seeking Distributive Justice*. London, Reino Unido: MacMillan.
- Standing, G. (2002). *Beyond the New Paternalism. Basic Security as Equality*. London, Reino Unido: Verso.
- Standing, G. (2013). *El precariado, una nueva clase social*. Madrid, España: Capitán Swing.
- Susín, R. (2000). La regulación de la pobreza. Logroño, España: Universidad de La Rioja.
- Van der Veen, R. & Van Parijs, P. (1988). Una vía capitalista al comunismo. *Zona Abierta*, 46-47, pp. 129-174.
- Van der Veen, R. & Van Parijs, P. (2006). A Capitalist Road to Global Justice: Reply to Another Six Critics. *Basic Income Studies*, 1(1), pp. 1-15.
- Van Parijs, P. (1996). *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*. Barcelona, España: Paidós.
- Van Parijs, P. (2001). Basic Income: a Simple and Powerful Idea for the 21st Century. *Politics & Society*, 32(1), pp. 7-39.
- Van Parijs, P. (2020). *Basic income: Finland's final verdict*. Recuperado de Social Europe: <https://www.socialeurope.eu/basic-income-positive-results-from-finland>
- Van Parijs, P. & Vanderborght, Y. (2001). From Euro-Stipendium to Euro-Dividend. *Journal of European Social Policy*, 11(4), pp. 342-346.
- Vanderborght, Y. (2006). Why Trade Unions Oppose Basic Income. *Basic Income Studies*, 1(1), pp. 1-20.
- Vanderborght, Y. (2013). The ambiguities of Basic Income from a Trade Union Perspective. En K. Widerquist, J. Noguera, Y. Vanderborght & J. De Wispelaere (eds.), *Basic Income: an Anthology of Contemporary Research* (pp. 497-508). Malden, Estados Unidos: Blackwell.
- Vigo Serralvo, F. (2019). *El derecho al trabajo, un primigenio y alternativo proyecto de Estado social. Reflexiones para el debate sobre la cuestión social contemporánea*. Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Widerquist, K. (2018). *A Critical Analysis of Basic Income Experiments for Researchers, Policymakers, and Citizens*. Nueva York, Estados Unidos: Palgrave MacMillan.

# Acumulación por desposesión\*

## Accumulation by dispossession

Alejandro Sánchez Berrocal  
 Instituto de Filosofía del CSIC  
 ORCID ID 0000-0002-9763-3474  
[alejandro.sanchez@cchs.csic.es](mailto:alejandro.sanchez@cchs.csic.es)

Cita recomendada:

Sánchez Berrocal, A. (2020). Acumulación por desposesión. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 258-274.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5711>

Recibido / received: 20/07/2020  
 Aceptado / accepted: 01/09/2020

### Resumen

El concepto de «acumulación por desposesión» fue acuñado por David Harvey para designar una amplia gama de políticas bajo el modo de regulación neoliberal a partir de los años 70. La intención de esta «voz» es desarrollar una explicación de su marco institucional (teoría del Estado, cambios económicos, escenarios regulativos) y sus figuras subjetivas (patrones de conducta, formas de pertenencia, nuevas temporalidades) a la luz de sus procesos fundamentales: privatización y mercantilización, financiarización, gestión y manipulación de la crisis, y redistribuciones estatales.

### Palabras clave

Acumulación por desposesión, mercantilización, financiarización, crisis, teoría del Estado.

### Abstract

*The concept of «accumulation by dispossession» was created by David Harvey to define a wide range of policies under the neoliberal mode of regulation beginning in the 1970s. The aim of this entry is to develop an explanation of its institutional framework (State theory, economic changes, regulatory scenarios) and its subjective figures (patterns of conduct, forms of belonging, new temporalities) in light of its fundamental processes: privatization and commodification, financialization, management and manipulation of the crisis, and state redistributions.*

### Keywords

*Accumulation by dispossession, commodification, financialization, crisis, state theory.*

\* Esta investigación es posible gracias a un contrato FPU (17/03632) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y se enmarca en las actividades del Proyecto PAIDESOC (FFI2017-82535-P) «El desván de la razón: Cultivo de las pasiones, identidades éticas y sociedades digitales», cuya investigadora principal es Concha Roldán Panadero (IFS-CSIC) y en el macroproyecto ON Trust-CM (H2019/HUM-5699), Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad, dirigido por José María Sauca Cano (UC3M).

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Privatización y mercantilización. 3. Financiarización. 4. La gestión y manipulación de la crisis. 5. Redistribuciones estatales.

## 1. Introducción

Una de las aportaciones más valiosas de la teoría crítica sobre las crisis del capitalismo tardío se la debemos al geógrafo marxista David Harvey, quien ha acuñado el término «acumulación por desposesión» para explicar las principales contradicciones en los modos de producción y patrones de reproducción social a partir de los años 70. El punto de partida es el concepto marxiano de «acumulación originaria» con el que la crítica de la economía política trató de comprender la amplia gama de procesos y tendencias que componen el *movimiento* de la sociedad capitalista, caracterizada por la progresiva «disociación entre el obrero y la propiedad de las condiciones de su trabajo». Así lo explica el mismo Harvey (2004, p. 116):

Estos incluyen la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derechos de propiedad –común, colectiva, estatal, etc.– en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales; la monetización de los intercambios y la recaudación de impuestos, particularmente de la tierra; el tráfico de esclavos; y la usura, la deuda pública y, finalmente, el sistema de crédito.

El geógrafo británico recupera estas intuiciones marxistas para desarrollar su idea de «acumulación por desposesión» como una *forma social* del capitalismo «maduro», especialmente de sus dinámicas en circunstancias de crisis de sobreacumulación. Según Harvey (2011, pp. 175-180), este proceso recurrente se caracterizaría por: (a) privatización y mercantilización («su objetivo prioritario ha consistido en abrir nuevos campos a la acumulación de capital en dominios hasta el momento considerados más allá de los límites establecidos para los cálculos de rentabilidad»); (b) financiarización («la fuerte oleada de financiarización que arrancó después de 1980 ha estado marcada por un talante especulativo y depredador [...] que acaba reduciendo a poblaciones enteras, incluso a países del capitalismo avanzado, a un estado de servidumbre por deudas»); (c) la gestión y manipulación de la crisis («la creación, la gestión y la manipulación de la crisis a escala mundial ha evolucionado hacia el fino arte de la redistribución deliberada de la riqueza de los países pobres hacia los ricos») y (d) redistribuciones estatales («[...] invirtiendo el flujo de la riqueza desde las clases altas hacia las clases más bajas que se había producido durante los años del liberalismo embrizado»).

## 2. Privatización y mercantilización

Ya Rosa Luxemburgo (2003, p. 337) llamaba la atención sobre la necesidad de «comprender hasta qué punto la acumulación de capital, en sus elementos materiales, se halla ligada, de hecho, a esferas no capitalistas». Lo cierto es que el motivo de las relaciones antagonistas e incluso incompatibles entre el modo de producción económico y otras esferas de la vida humana es un objeto de estudio clásico desde los orígenes del marxismo. Por acudir a un pasaje célebre, recordemos cómo Marx y Engels (2013, pp. 54-55) en *El manifiesto comunista* hablan de la expansión del capital hacia nuevos mercados como uno de los rasgos distintivos de la época burguesa capaz de disolver los viejos lazos comunitarios y destruir las antiguas tradiciones:

La época de la burguesía se caracteriza y distingue de todas las demás por el constante y agitado desplazamiento de la producción, por la conmoción ininterrumpida de todas las relaciones sociales, por una inquietud y una dinámica incansables. Las relaciones inmovibles y mohosas del pasado, con todo su séquito de ideas y creencias viejas y venerables, se derrumban, y las nuevas envejecen antes de echar raíces. Todo lo que se creía permanente y perenne se esfuma, lo santo es profanado, y, al fin, el hombre se ve constreñido, por la fuerza de las cosas, a contemplar con mirada fría su vida y sus relaciones con los demás.

Si la ampliación sin límites del capital y la colonización de espacios previamente no mercantilizados es una característica recurrente del capitalismo, esto se intensifica profundamente dentro del marco de regulación neoliberal. Especialmente, bajo la forma de una ampliación ilimitada de la lógica de la *economización* (extender la proliferación de «situaciones de mercado») y la *mercantilización* (universalizar la «forma mercado» como *ratio* política, social y subjetiva). Vamos a detenernos en estos fenómenos, ambos estrechamente vinculados entre sí.

La *economización* expresa la colonización de todas las esferas de la vida sometidas a la lógica del capital. Esto no significa tanto que «todo esté en venta» como que las relaciones humanas pasan a ser leídas como interacciones propias de un *homo oeconomicus* que «calcula», «invierte» y «rentabiliza». La filósofa Wendy Brown (2016, pp. 35-36) advierte que:

es importante destacar que esta economización no siempre involucra monetización, es decir, podemos pensar y actuar (y el neoliberalismo nos interpela como sujetos que lo hacen) como sujetos contemporáneos del mercado en que la generación de riqueza no es la preocupación inmediata, por ejemplo, al abordar nuestra educación, nuestra salud, nuestra buena forma, nuestra vida familiar y nuestro vecindario. Hablar de la implacable y ubicua economización de todas las características de la vida a cargo del neoliberalismo, por lo tanto, no implica afirmar que el neoliberalismo literalmente mercantiliza todas las esferas, incluso cuando esta mercantilización sin duda es un efecto importante del neoliberalismo. Por el contrario, el objetivo es que la racionalidad neoliberal disemina el modelo del mercado a todas las esferas y actividades –incluso aquellas en que no se involucra el dinero– y configura a los seres humanos de modo exhaustivo como actores del mercado, siempre, solamente y en todos los lados como *homo oeconomicus*.

Este asunto remite a los certeros y premonitorios análisis de Michel Foucault en su célebre curso *Naissance de la biopolitique* (1978-1979), donde el filósofo francés capta cómo el incipiente neoliberalismo de su época no se deja pensar tanto bajo la forma clásica liberal del «intercambio» como de la competencia: el *homo oeconomicus* neoliberal es, ante todo, el *homo oeconomicus* que produce, compite y rentabiliza su «capital humano», funcionando al mismo tiempo como una empresa permanente y múltiple en todas las ramificaciones del tejido social<sup>1</sup>. En palabras de Foucault (2004, p. 251), «hay en los análisis de los economistas neoliberales un intento de descifrar en términos económicos comportamientos sociales tradicionalmente no económicos». Estamos ante una cuestión crucial para entender la racionalidad neoliberal: la «cifra» de lectura de determinados comportamientos sociales antes no interpretados en clave económica pasa a ser la economía. Con ello

<sup>1</sup> Esto incluye la relación del sujeto consigo mismo, el espacio de su intimidad y la dimensión emocional, como ha estudiado la socióloga Eva Illouz (2007, pp. 18-20), quien afirma que «la construcción del capitalismo se hizo de la mano de una cultura emocional muy especializada» donde «las prácticas y los discursos emocionales y económicos se configuran mutuamente y producen lo que considero un amplio movimiento en el que el afecto se convierte en un aspecto esencial del comportamiento económico y en el que la vida emocional –sobre todo de la clase media– sigue la lógica del intercambio y las relaciones económicas».

no se afirma la identificación entre prácticas antropológicas muy diversas y economía, sino la generalización del análisis económico para toda una amplia gama de conductas que van desde la educación, las relaciones sentimentales, el bienestar físico, la participación política, y un largo etcétera.

La cristalización ideológica de esta tendencia se halla en la teoría de la elección o acción racional impulsada, entre otros, por Milton Friedman (1948) y Gary S. Becker (1962), convertida en sentido común en la microeconomía y extendida a buena parte de las disciplinas de ciencias sociales como el derecho, la politología o el *marketing*. Este marco teórico toma al individuo egoísta en cuanto unidad de análisis y asume que este tiende, como patrón de conducta, a maximizar su utilidad/beneficio y reducir los costes/riesgos. Hasta aquí nada nuevo respecto al utilitarismo clásico, sin embargo, lo peculiar de esta teoría es que su rasgo distintivo consiste en operar con la analogía entre el comportamiento de los sujetos y los agentes del mercado, es decir, sobre la base de pensar los patrones de elección y conducta en condiciones de escasez. En este marco, el concepto de «preferencia» es clave, y podría definirse como los gustos pertenecientes a la esfera privada canalizados por la configuración medios/fines que articularían toda conducta humana. La consecuencia es la absolutización de la «ética» del mercado a todos los aspectos de la vida humana como una «segunda naturaleza», pero es también, a la inversa, una «naturalización» de ciertos patrones económicos donde las prescripciones falibles e imprecisas de las ciencias sociales se transforman en ciencia exacta del comportamiento humano.

La teoría de la elección racional parte como una explicación dentro del campo de las ciencias sociales para «naturalizarse» en cuanto comportamiento común, óptimo y recurrente de los sujetos, los cuales «deben» aceptar la economizada representación de la realidad que ofrece. Según Wendy Brown (2016, p. 86), este es el modo en que se manifiestan las dos dimensiones de *veridicción* del mercado para el neoliberalismo: «el mercado es en sí mismo verdadero y también representa la forma verdadera de toda actividad». El objetivo de la doctrina sobre la elección racional es configurar un ecosistema social profundamente «economicista» que oriente las actitudes humanas como comportamientos de agentes de mercado, «forma verdadera» de existencia según la teoría, bajo la cual el sujeto se ve obligado a percibirse como «capital humano», a saber, fuente de autoinversión que aumente su valor o evite su depreciación. Como veíamos más arriba en las intuiciones foucaultianas, estamos ante la interiorización de mecanismos normativos que generalizan la «forma empresa» como unidad mínima de agencia social. De esta forma, el medio cultural, las proyecciones vitales y el abanico de opciones de un sujeto se clausuran en un universo de preferencias y elecciones plegado sobre sí mismo, donde la lógica del capital se extiende a la totalidad de los aspectos diarios de la vida humana:

La estrategia neoliberal consistirá entonces en crear el mayor número posible de situaciones de mercado, o sea, en organizar por diversos medios (privatización, introducción en la competencia de servicios públicos, «hacer salir al mercado» la escuela o el hospital, obtención de recursos mediante la deuda privada) la «obligación de elegir», con el fin de que los individuos acepten la situación de mercado tal como se les impone a modo de «realidad», o sea, como la única «regla del juego», y así integren la necesidad de hacer un cálculo de interés individual si no quieren perder «en el juego», más aún, si quieren valorizar su capital personal en un universo donde la acumulación parece la ley generalizada de la existencia (Laval y Dardot, 2013, p. 219).

Esto por lo que respecta a lo que podríamos denominar momento «subjetivo», al *homo oeconomicus*; pero los fenómenos de economización también abarcan

instituciones «objetivas». El caso paradigmático es el Estado, que deja de ser *res publica*, espacio y cuerpo de la democracia social, para plegarse a una triple *ratio* económica en cuanto la economía es modelo, objeto y proyecto, de acuerdo con la descripción de Wendy Brown (2016, p. 78), según la cual los principios económicos «se convierten en el modelo para la conducta del Estado [...], en el objeto primario de las preocupaciones y las políticas del Estado y la comercialización de los dominios y la conducta es lo que el Estado busca diseminar por todas partes». Estos reajustes en el Estado implican que este deja de concebirse como actor unitario de la «soberanía», para pasar a ser un «agente entre otros», a lo sumo, una empresa más en la larga cadena de empresas que componen el tejido social.

Al fin y al cabo, no es otra la idea que subyace en la denominada teoría de la elección pública (*public choice theory*), la cual parte de un egoísmo metodológico (los gobernantes y la clase funcionarial no harían más que cumplir sus propios intereses) y cuyo núcleo doctrinal afirma que las instituciones públicas no tienen patrones de conducta, intereses y objetivos diferentes a otros agentes sociales como las empresas privadas o los bancos de inversión. Bajo este tipo de discursos legitimadores del neoliberalismo asistimos a la transición de una imagen del Estado del bienestar como proveedor de prestaciones y derechos sociales al Estado como una institución «igual entre empresas». Semejante mutación implica una lógica con graves consecuencias políticas que, en palabras de la economista Mariana Mazzucato (2019, p. 342), «se tradujo inexorablemente en que el Gobierno tuvo que deshacerse de responsabilidades, reducir la inversión en su propia construcción de recursos y, en última instancia, llevar a cabo privatizaciones». La privatización de sectores públicos y de prestaciones sociales, la reducción de derechos en el mundo del trabajo, el dominio de derechos privados sobre lo común, todo ello ha provocado una inmensa transferencia de dinero y recursos de las clases subalternas a las clases dirigentes. De este modo, la actividad privada empieza a verse a partir de los años 70 como promotora del «progreso», el poder público pasa a interpretarse bajo las normas de «eficiencia» del sector privado, el Gobierno se «mercantiliza» y los ciudadanos se convierten en clientes que no serían ya «elementos constitutivos de la soberanía o incluso portadores de derechos» sino que, en cuanto capital humano, «pueden contribuir al crecimiento económico o ser un lastre para él, pueden invertirse o liquidarse dependiendo de su potencial para la mejora del PIB» (Brown, 2016, p. 148).

### 3. Financiarización

El concepto de «financiarización» alude a tendencias clásicas del capitalismo desde sus orígenes, pero en el caso del neoliberalismo –no por casualidad denominado también «capitalismo financiero»– estamos ante la mayor sofisticación y expansión de los mecanismos, instituciones y tendencias que involucran al «capital financiero» (cf. Duménil y Lévy, 2011, p. 35), especialmente los bancos e instituciones financieras, caracterizadas por trabajar con la moneda en cuanto «mercancía» y no como «signo del valor» y fundamento de la relación comercial. Una mercancía, además, que se vende a otros bancos, a capitalistas industriales, a consumidores e incluso al Estado, esperando un beneficio mayor, aunque –o precisamente porque– dicha inversión no esté involucrada en actividades productivas. Con el aumento del volumen de la financiarización, así como su extensión y sofisticación, se forma una red que interconecta a acreedores y deudores, emisores de títulos y compradores de los mismos, donde «la suerte de cada uno de los capitales depende de la suerte de los demás de acuerdo con sus interrelaciones en los mercados financieros» (Salazar, 2018, p. 101). Ahora bien, y como es sabido, el capital ficticio puede o no puede valorizarse en un momento futuro, o, en todo caso, hacerlo en términos exclusivamente potenciales. De este modo, al mismo tiempo que «el crédito pospone el momento de la crisis», «los derivados financieros posponen una y otra vez la

posibilidad de la crisis en el tiempo» (Salazar, 2018, p. 101), en un mundo donde la mediación social por excelencia ha pasado a ser la circulación de «capital ficticio», eso que David Harvey (2018, p. 173) ha denominado, con ecos hegelianos, «el infinito malo de la acumulación sin fin y el crecimiento compuesto», imponiendo su «rango e influencia» a todo el modo de producción capitalista contemporáneo. El resultado es la primacía del *non verum sed phantasticum interesse* (interés no real, sino fantástico; cf. Marx, 1977, p. 503), el capital como «fetiche del capital, como un valor generador de valor» (Marx, 1981, p. 1055):

En el capital que devenga interés, por consiguiente, este fetiche automático –el valor que se valoriza a sí mismo, el dinero que incuba dinero– se halla cristalizado en forma pura, en una forma en la que ya no presenta los estigmas de su origen. La relación social se halla consumada como relación de una cosa, del dinero, consigo misma. En lugar de la transformación real del dinero en capital, sólo se presenta aquí su forma carente de contenido [...].

Aquí queda consumada la figura fetichista del capital y la idea fetiche capitalista. En D-D' tenemos la forma no conceptual del capital, la inversión y cosificación de las relaciones de producción en la potencia suprema: la figura que devenga interés, la figura simple del capital, en la cual el capital está presupuesto a su propio proceso de reproducción; capacidad del dinero, o en su caso de la mercancía, de valorizar su propio valor, independientemente de la reproducción; la mistificación del capital en su forma más estridente (Marx, 1977, pp. 500-501).

La reconstrucción histórica sobre la transformación en el mundo de las finanzas elaborada por Mariana Mazzucato ilustra muy bien el modo en que el «capital financiero» se ha convertido en uno de los pilares del neoliberalismo. De hecho, recuerda la autora que «hasta la década de 1960, las finanzas no eran vistas como una parte “productiva” de la economía» (Mazzucato, 2019, p. 19). Esto nos remonta a los devastadores efectos del «crack» económico del 29 y la Ley Glass-Steagall –a la que año después se le sumarían los Acuerdos de Bretton Woods–, que entró en vigor en 1933 para reformar la banca y controlar la especulación financiera a través de la separación entre la banca de depósito o comercial y los bancos de inversión (bolsas de valores que obtienen beneficios mediante la emisión de deudas y acciones), promulgada por Franklin D. Roosevelt, quien evidenció la percepción de las finanzas como una actividad predatoria frente a la economía «real», con una memorable frase que ha pasado al acervo común: «prefiero rescatar a los que producen alimentos que a los que producen miseria».

Pero la separación entre banca de depósito y fondo de inversión nunca estuvo ausente de tensiones, y las instituciones financieras presionaron contra las regulaciones que cortaban su acceso a mercados de gran valor. Ya en 1970 Milton Friedman se lamenta: «los bancos han sido forzados a asumir costosos reajustes estructurales» (citado en Peláez y Peláez, 2009, p. 75). No solo se trataba de empujar en la dirección de la desregulación financiera, sino, además, de actuar de manera opaca eludiendo las restricciones, por ejemplo, a través de las divisas *offshore*, capaces de evitar el control de las autoridades monetarias nacionales, o la proliferación del comercio de derivados no regulados OTC (*over-the-counter*), operaciones realizadas por grandes compañías al margen de los mercados organizados que verían su eclosión y multiplicación en la década de los ochenta. Es precisamente con el declive económico del compromiso keynesiano-fordista, cuyo centro de gravedad era el capital y la producción industriales, cuando la crisis de los 70 ofrece de nuevo un pretexto para liberar los «espíritus animales» del capitalismo predatorio financiero<sup>2</sup>. No hay que olvidar que también en el año 1970, Milton

<sup>2</sup> Como han señalado Boltanski y Chiapello (2019, p. 20), «la desregulación de los mercados financieros, su liberalización, la desintermediación y la creación de “nuevos productos financieros” han multiplicado

Friedman publica un artículo en el *New York Times* animando a la maximización de beneficios bajo el elocuente título «La responsabilidad social de las empresas es aumentar sus ganancias». La oleada de desregulación a partir de los años 70 desencadenó dos mecanismos en el mundo de las finanzas que fueron cruciales para el aumento del volumen del capital financiero<sup>3</sup>. En primer lugar, los derivados, productos financieros cuyo precio dependen del valor de otro producto en un futuro mediante apuestas sobre la fluctuación de su precio y, en segundo lugar, las titulaciones, un conjunto de derechos de crédito que se agrupan y que una sociedad o fondo de inversión coloca entre sus inversiones para, a su vez, obtener financiación. La mayor expresión de esto último fue el caso espectacular de las hipotecas domésticas a partir de los años 80, pero que hoy nos encontramos en una amplia gama de «contratos personales» y créditos para estudiantes, alquileres, servicios sanitarios, etcétera.

La capacidad de estos mecanismos para captar el valor de forma predatoria se ha revelado cada vez mayor a lo largo de las últimas décadas. Mazzucato (2019, p. 160) afirma que «es difícil [...] pensar el sector financiero como algo diferente de un rentista, esto es, como un extractor de valor». El ocaso de la actividad productiva en favor de la financiera es uno de los síntomas más acusados de la acumulación por desposesión neoliberal, con renovadas capacidades para extraer valor de diversas maneras: a) «creando una brecha, en forma de costes de transacción, entre los proveedores y los receptores de la financiación»; b) «mediante el poder de monopolio, en especial en el caso de los bancos» y c) «con altos cargos en relación con los riesgos asumidos, en particular en la gestión de fondos» (Mazzucato, 2019, pp. 207-208). Al mismo tiempo que los estados inmersos en la inflación necesitaban reducir sus presupuestos, la deuda pública (uno de los activos de bajo riesgo por excelencia) veía decrecer fuertemente su valor, por lo que los bancos decidieron orientar sus créditos hacia actividades más «beneficiosas», dirigiendo su financiación a las empresas, los hogares y las familias. La forma en que esto se produjo fue a través de la «recompra de acciones» y no en la inversión en negocios futuros a largo plazo, menos beneficiosos, lo que tuvo como consecuencia la reducción de la inversión en bienes capitales reales reteniendo la productividad, agudizando así el estancamiento económico.

La contracción de la economía productiva, a su vez, implica que todas las empresas, industrias y sectores no dedicadas al ámbito financiero deben imbricarse con él. Un ejemplo muy ilustrativo es cómo *General Motors*, seguido de *General Electric* y *Ford Motor Company*, han obtenido más beneficios con la venta de créditos

---

las posibilidades de obtener beneficios puramente especulativos mediante los cuales se incrementa el capital sin que sea necesaria la inversión en actividades productivas. Los llamados «años de crisis» están, por lo tanto, marcados por el hecho de que, en lo sucesivo, la rentabilidad del capital se encuentra más garantizada mediante las inversiones financieras que a través de la inversión en actividades productivas». La volatilidad de los flujos financieros aumenta exponencialmente a medida que causan e indican, al mismo tiempo, el fenómeno de la mundialización. El capital financiero, posiblemente el más «internacionalista» de todos, encuentra su verdadera razón de ser cuando no hay barreras ni fronteras que le hagan freno. Samir Amin (2008, p. 35) recuerda que «hace todavía no mucho tiempo, la mayor fracción del ahorro en una nación sólo podía circular en el espacio –generalmente nacional– gobernado por sus instituciones financieras. Hoy, ya no ocurre lo mismo: este ahorro es centralizado por la intervención de instituciones financieras cuyo campo de actividad es de ahora en adelante el mundo entero».

<sup>3</sup> Sobre la desregulación financiera, el hito es la derogación de la Ley Glass-Steagall, a la que ya hemos hecho mención, en el año 1999, durante el segundo mandato del presidente Bill Clinton. Sin embargo, en ocasiones se olvida que en Europa ya había movimientos en esta dirección, como la *Second Banking Directive*, con la que se eliminaban las barreras para la libertad de movimientos bancarios en el interior de la Comunidad Europea, extendiendo el «sistema bancario universal», como se denominaba en Alemania, caracterizado por el hecho de que los bancos participan no solo en actividades estrictamente bancarias, sino también comerciales y de inversión.

para sus clientes que de automóviles. No debemos pensar, por tanto, que el sector financiero se haya «desinteresado» o «volatilizado» respecto de la «economía real», sino que tanto el capital industrial como la economía real se han vuelto mutuamente «financiarizados», centrándose en las actividades que prometen un rápido aumento del valor y abandonando los proyectos a largo plazo. Esta incompatibilidad entre los ciclos de inversión y producción produce una disociación «formal» del capital financiero respecto de otros momentos de la relación capitalista, pero no los deja «intactos», sino que los parasita. El fenómeno de la «financiarización» de la economía, tanto en el sector de la producción como de la distribución y del intercambio, en palabras de Mazzucato (2019, p. 227), «representa un fenómeno aún más extraordinario que la expansión del propio sector financiero, y es un acontecimiento social, político y económico central de los tiempos modernos». Dicha relevancia no ha sido ajena para el lúcido analista político Esteban Hernández (2019, p. 94), quien, en su último libro, ha ofrecido algunas notas sobre este proceso omniabarcante según el cual:

[...] la financiarización va más allá de una simple reforma en la gestión de las compañías; no consiste en un grado de presión añadida para que una firma genere más beneficios, sino en una recomposición de las formas de generación de valor. Su esencia, como es habitual en el capitalismo, consiste en colocar capital para recoger más de lo que se invirtió, pero ya no sitúa el factor trabajo como prioritario: no se trata de producir bienes que encuentran salida en un mercado amplio, sino que crea una intermediación que extrae valor en lugar de añadirlo, ya sea reorganizando la estructura laboral (pagando menos, empleando menos personal para realizar las mismas tareas, elevando el precio de algunos servicios profesionales), o el funcionamiento de las empresas (mediante los nuevos métodos de *management* o a través de los inversores activistas o del *private equity*), los sectores en su conjunto (como el del transporte con *Uber* o el alojamiento turístico con *Airbnb*), los canales de distribución (grandes cadenas de hipermercados, *Amazon*, *Spotify*) o los mismos Estados (derivando parte de sus competencias hacia la gestión privada, como la energía, la telefonía o las autopistas, o convirtiéndolos en fuente de beneficio a través de la deuda). El papel de la financiarización es rastrear oportunidades de ganancia, en general a través de la creación nuevos modelos de negocio aplicados a espacios preexistentes de forma que generen más recursos a los inversores.

La oleada de financiarización no solo ha causado grandes transformaciones en los estados o las empresas, sino también en los individuos. La extensión del crédito por parte de los bancos para viviendas, estudios, vacaciones, tarjetas de crédito, sanidad, títulos de acciones, fondos de pensiones y otros tantos bienes, ha producido un endeudamiento masivo por parte de los ciudadanos, en ausencia de un poder público incapaz de impulsar la demanda interna bajo peligro de romper con la ortodoxia fiscal neoliberal. Este «consumo altamente financiarizado», como lo denomina Mazzucato (2019, p. 189), es otra expresión de las contradicciones entre finanzas, producción y reproducción social bajo un modelo que Colin Crouch (2009) ha acuñado como «keynesianismo privatizado» y que busca suplir la falta de rentas del trabajo y prestaciones sociales públicas a través del endeudamiento, cada vez más extendido y arriesgado, por parte de las familias. La anticipación del poder adquisitivo a través de la «forma préstamo» provoca una sensación de riesgo e inestabilidad a todos los estratos sociales, ya sea a través «del mercado de créditos para los pobres y clases medias, o del mercado de derivados y futuros entre los más ricos» (Crouch, 2009, p. 390). Se revela, así, la esencia del «capitalismo financiero»: lograr que las relaciones de deuda permeen tanto a través del mercado como del Estado, transformando a los ciudadanos, trabajadores y consumidores (si es que tales fronteras aún no se han disuelto) en deudores, quienes ya solo pueden mantener las condiciones de demanda y necesidades de consumo a través de la financiarización. Tal es la intuición de Sergio Bologna al señalar cómo «la clase media que actualmente está derrumbándose fue creada a través de la tarjeta de crédito, no del empleo

seguro» y, concluye el sociólogo italiano, «esto ha conducido a una verdadera revolución en el modelo de acumulación capitalista, desde que la financiación de la economía ha estado basada en el ímpetu del endeudamiento individual» (2018, p. 222).

Si profundizamos en las consecuencias del «keynesianismo privatizado» a nivel de composición de clase, podemos afirmar que este fenómeno ha aportado la verdadera fisionomía social al mundo post-crisis del 2008 con la eclosión de una figura subjetiva novedosa, la cual ha pasado a ser considerada todo un «arquetipo» de las relaciones sociales contemporáneas: el *hombre endeudado*. El campo de investigaciones relativos a los efectos antropológicos y políticos de la financiarización debe su popularidad a Maurizio Lazzarato, quien ha estudiado cómo la «economía de la deuda» del capitalismo financiero ha configurado un nuevo tipo de subjetividad que se caracteriza por un *estado de servidumbre por deudas*. Así lo expresa Lazzarato (2013, pp. 10-11):

La sucesión de crisis financieras provocó la violenta irrupción de una figura subjetiva que ya estaba presente, pero que ahora ocupa el conjunto del espacio público: la figura del «hombre endeudado». Las realizaciones subjetivas que el neoliberalismo había prometido («todos accionistas, todos propietarios, todos empresarios») nos precipitan hacia la condición existencial de ese hombre endeudado, responsable y culpable de su propia suerte.

La «economía de la deuda», la cual descansa en los efectos privatizadores del neoliberalismo que han afectado al consumo, al seguro y prestaciones sociales o los sistemas de pensiones, se constituye como un «dispositivo» a la vez depredador (por lo que respecta a la redistribución de ingresos) y punitivo (ya que prescribe normativamente sobre subjetividades que han invertido «correctamente» su capital humano o lo han «derrochado»). Como una forma «especial» del «género» *homo oeconomicus*, el hombre endeudado es la parte más débil en una situación de servidumbre mediada por el crédito, a saber, la relación de «acreedor-deudor», la cual se amplía hasta devenir indistinguible de los pares «Estado benefactor-usuario» o «empresa-consumidor». Esto da lugar a una peculiar antropología, una «cultura de la deuda»: «la deuda genera una “moral propia”», afirma Lazzarato (2013, p. 36). Ya sea para la «deuda soberana» de países enteros o para el endeudamiento en las familias y hogares o a nivel individual en becas de estudios y seguros médicos, el poder de la deuda aparece como si no se ejerciera por represión ni por ideología: el deudor es «libre», pero sus actos, sus comportamientos, deben desplegarse en los marcos definidos por la deuda que ha contraído, bajo el incierto horizonte de la posibilidad del reembolso o la quiebra.

Una «moral» que es también colectiva, aplicada a grupos sociales y naciones, si pensamos cómo algunos políticos y medios de comunicación de países del norte de Europa acusan a los del sur de «cerdos», «derrochadores», «holgazanes» y «vagos»<sup>4</sup>. Este tipo de dominación a través de la servidumbre por deuda, gracias a la imposición de planes macroeconómicos como los «préstamos a cambio de reformas», resulta mucho más insidiosa y sofisticada que otras formas de relaciones de poder

<sup>4</sup> La vinculación entre deuda y moral a nivel geoeconómico fue especialmente manifiesta durante la crisis de la Eurozona a partir de 2010, cuando la prensa financiera anglosajona y alemana popularizó acrónimos como PIGS (Cerdos) y GIPSY (Gitanos) para hacer referencia a Grecia, España, Italia y Portugal. El 20 de marzo de 2017, en una entrevista para el diario alemán Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), el socialdemócrata y holandés presidente del Eurogrupo, Jeroen Dijsselbloem, afirmaba a propósito de los países del sur: «no me puedo gastar todo el dinero en alcohol y mujeres y acto seguido venir pidiendo ayuda financiera». Estas declaraciones motivaron a varios eurodiputados a preguntarle en sede parlamentaria (véase [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2017-000026\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2017-000026_ES.html)).

geoeconómicas, constituye una estrategia profundamente poderosa que transforma los derechos sociales en deudas como si se tratasen de títulos financieros, concluyendo con la voladura controlada del amplio sistema de derechos colectivos y de protección social propios del Estado del bienestar, sustituido por un Estado-empresa o, por usar la elocuente fórmula de Robert D. Manning (2003): una *Credit Card Nation*.

#### 4. La gestión y manipulación de la crisis

Ya a finales de los años setenta, en su influyente obra *El capitalismo tardío*, el economista belga Ernest Mandel llamaba la atención sobre un rasgo distintivo del capitalismo contemporáneo, a saber, el control, manipulación y gestión de las crisis: «la “*administración de las crisis*” es una función tan vital del Estado capitalista avanzado como su responsabilidad de aumentar lo más posible las “condiciones generales de producción” o sus esfuerzos para garantizar una valoración más rápida del capital excedente» (Mandel, 1979, p. 471). Lo cierto es que, desde la contrarrevolución neoliberal, la gestión de las recurrentes crisis capitalistas se han configurado como un verdadero dispositivo de gobierno que intensifica la acumulación por desposesión. Autores como Laval y Dardot han expresado cómo «la crisis se ha convertido en una verdadera *forma de gobierno* y ha sido asumida como tal» (2017, p. 27). De la misma opinión es Andrea Fumagalli (2013), quien advierte que «la crisis deviene instrumento de gobernanza y por lo tanto es una crisis permanente [...] la crisis deviene “norma”». Esto nos pone sobre la pista de una mutación social –y, por lo tanto, también conceptual– en el significado de la experiencia de crisis bajo las condiciones actuales de acumulación capitalista: la «crisis» ya no es el momento «crítico» de desequilibrio e inestabilidad, sino que remite a procesos estructurales que pasan a constituir la paradójica situación de un «estado permanente de crisis», el cual ya no alude a la ruptura brusca –y breve– de un equilibrio. Para captar la radicalidad de las crisis en el capitalismo tardío, el concepto gramsciano de «interregno» puede ser un valioso punto de partida:

Si la clase dominante ha perdido el consenso, es decir, si ya no es «dirigente», sino únicamente «dominante», poseedora de la mera fuerza coercitiva, esto precisamente significa que las grandes masas se han separado de las ideologías tradicionales, no creen más en aquello que antes sí creían, etc. La crisis consiste específicamente en el hecho de que lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer: en este interregno se contemplan los fenómenos morbosos más variados (Gramsci, 2014, p. 311).

Aunque casi un siglo nos separen de estas líneas, existen algunas resonancias con nuestra época; prueba de ello es que la crisis económica y política de 2008 haya provocado que algunos autores recuperen este texto gramsciano –y en particular el concepto de «interregno»– como una herramienta eficaz para comprender la naturaleza de la crisis de hegemonía en el modo de regulación neoliberal y contribuir a las reflexiones sobre la estructura temporal del capitalismo tardío<sup>5</sup>. Partir de este texto puede ser oportuno para cuestionarnos si es posible seguir pensando la idea de crisis en sentido tradicional, como un momento decisivo y crucial –pero pasajero– entre dos etapas históricas o, más bien, se ha producido una diferencia cualitativa y vivimos en una crisis sin fin, permanente, la cual no termina nunca, un «interregno» que se ha convertido en la «nueva normalidad».

<sup>5</sup> Nos referimos a trabajos como *Times of interregnum*, de Zygmunt Bauman (2012); *Out of the interregnum*, de Étienne Balibar (2013); *Under the sky of «Interregnum»*, de Beppe Caccia y Sandro Mezzadra (2015) y *State of Crisis*, de Zygmunt Bauman y Carlo Bordoni (2014). Para la cuestión del interregno en la obra de Gramsci y una interpretación contemporánea véase el brillante trabajo de Michele Filippini (2020) recientemente publicado.

El esbozo de una mínima genealogía de la idea filosófica de crisis nos remite al nuevo universo conceptual, pero también a la insólita experiencia del tiempo, que inaugura la Modernidad. Crisis y Modernidad son de hecho, en cierto sentido, conceptos inseparables. Si, como ha asegurado Habermas (1993, p. 15), «fue Hegel el primer filósofo que desarrolló un concepto claro de modernidad», también fue pionero en dar cuenta de los tiempos modernos como una época de desgarramiento ético, transformación social y, en definitiva, crisis generalizada. De este modo lo expresa en el prólogo a la *Fenomenología del Espíritu*:

No es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época. El espíritu ha roto con el mundo anterior de su ser allí y de su representación y se dispone a hundir eso en el pasado, entregándose a la tarea de su propia transformación (Hegel, 2012, p. 12).

La transición hacia una nueva época y la consiguiente apertura de un nuevo horizonte de expectativas implican la «ruptura» con el pasado, la tradición y sus fundamentos. Así, Modernidad y Crisis nacen de la mano como una pregunta constante sobre su misma naturaleza que se cifra en una triple ruptura: crisis de legitimidad («¿cuáles son los fundamentos?»), crisis de normatividad («¿cuáles son los valores?») y crisis de identidad («¿cuál es nuestro papel en la historia?») (cf. Revault d'Allonnes, 2012). Crisis es, por tanto, sinónimo de una quiebra en el modo «natural» de comprender cómo deberían ser las cosas y en la reproducción «automática» de todo un modo de vida social.

La idea de Zygmunt Bauman de «presente líquido» puede ser útil para complementar la cuestión del interregno gramsciano y la crisis de reproducción del capitalismo tardío<sup>6</sup>. El concepto señala el fenómeno según el cual las estructuras e instituciones sociales se descomponen en menos tiempo del que es necesario para consolidar las nuevas. El «interregno» gramsciano pone el foco de atención, precisamente, en el mismo fenómeno: «la crisis consiste, específicamente, en el hecho de que lo viejo muere y lo nuevo *no puede nacer*» (Gramsci, 2014, p. 311). Gramsci no dice «no nace», sino que «no puede nacer». Merecería la pena preguntarnos la razón por la que no «puede» nacer. Acaso dicha cuestión esté relacionada con la obsolescencia del concepto mismo de «proyecto» y la suspensión de la experiencia histórica, en un momento en que el pasado ha perdido su capacidad ejemplar y el futuro es un tiempo vacío de promesas, como sugerimos inmediatamente.

La idea contemporánea de crisis, la cual procede de la esfera económico-financiera y ha colonizado buena parte de los dominios de la vida humana, afecta al sistema político, pero también a las estructuras sociales y culturales, a los ritmos de la vida individual, mediante una dinámica temporal paradójica que, al mismo tiempo que se percibe como aceleración –técnica, social y cultural– ofrece la imagen de un presente cristalizado donde la relación con el pasado y el futuro ha perdido su fuerza. La filósofa francesa Myriam Revault d'Allonnes (2012) habla de un nuevo «régimen de historicidad» donde predomina el fenómeno del «presentismo», la experiencia de un presente perpetuo que ha debilitado las experiencias del pasado y la anticipación del futuro. En una línea semejante, el sociólogo Gilles Lipovetsky (1996) advierte sobre cómo el capitalismo tardío liquida «el poder del pasado que se encarnaba en el universo de la tradición» y la idea de «futuro que caracterizaba la época escatológica de las ideologías», ello sustituido por «programas breves», «perpetuo cambio de las

<sup>6</sup> Una excelente revisión del motivo de la temporalidad en el capitalismo tardío desde la perspectiva del sociólogo polaco puede hallarse en el ensayo Elzbieta Tarkowska (2006).

normas» y «el estímulo de vivir al instante», resultado de que el presente se haya «erigido en el eje principal de la temporalidad social»<sup>7</sup>.

Si la «experiencia» misma de crisis ha cambiado radicalmente, también debería hacerlo la *idea* que tenemos de ella. En nuestros días, se sigue hablando con el léxico propio de la coyuntura –«recesión», «desaceleración», «enfriamiento»– para aludir a fenómenos y procesos que de hecho se han vuelto estructurales, lo que debería indicarnos que no resulta especialmente útil referirnos a la crisis como un momento de desequilibrio, sino más bien como una regularidad o un estado permanente. El uso y abuso del término «crisis», al modo de un mecanismo «natural» y «fatalista», parece enmascarar en realidad momentos de aceleración e intensificación de la acumulación capitalista. Para el capital, las crisis no son a priori un problema, sino una oportunidad, como recuerda Milton Friedman (1982, p. 7) con su célebre frase «solo una crisis, real o percibida, produce un cambio real». Lejos de ser fenómenos negativos o inoportunos, las crisis pueden ser aprovechadas e incluso diseñadas para llevar a cabo a través de la «trampa de la deuda» medidas neoliberales como la precarización del empleo, la reducción del gasto público, la liberalización de la economía o la desregulación financiera.

De esta forma, la naturaleza de la crisis en cuanto estado «normal» y realidad permanente se revela como una verdadera modalidad de gobierno a través de la difusión de la inseguridad, el miedo y las medidas de *shock* entre las clases subalternas, convirtiendo el estado de excepción en norma. Esto se revela en la gestión económica de las crisis que los gobiernos, dentro de los márgenes del Estado, llevan a cabo con la continua acción de «desregular», ya sea debilitando e incluso eliminando las denominadas «rigideces» sindicales, devaluando los salarios, liberalizando los precios, reduciendo los gastos estatales (especialmente subvenciones y servicios sociales), privatizando empresas públicas, todo ello bajo el pretexto de que la «liberalización» consigue aumentar la «competitividad» y el «crecimiento» antes «vejado por el intervencionismo» (cf. Amin, 2009, p. 46). Ya sea a través de una percepción subjetiva de la crisis, mediante situaciones de «estrés» y *shock* que hagan sentir en riesgo la propia existencia individual, aceptando la disolución de derechos sociales y económicos antes indiscutibles, o ya sea a nivel objetivo, presentándonos un Estado «en quiebra» que requiere la «salvación», la crisis es un instrumento de gobernanza que moviliza a los fenómenos «típicos» de acumulación por desposesión, como las privatizaciones, la economía de la deuda y los reajustes estatales para restablecer y acelerar la acumulación de capital. David Harvey (2011, pp. 178-179) ha puesto el foco de atención en algunas de sus expresiones más corrosivas:

Más allá de la eferescencia especulativa y a menudo fraudulenta que caracteriza gran parte de la manipulación financiera neoliberal, nos encontramos ante un proceso más profundo que implica la difusión de “la trampa de la deuda” como principal instrumento de la acumulación por desposesión. La creación, la gestión y la manipulación de la crisis a escala mundial ha evolucionado hacia el fino arte de la redistribución

<sup>7</sup> Dos rasgos caracterizan esta nueva experiencia de la temporalidad, tal y como ha investigado el sociólogo español Ramón Ramos Torre (2014, p. 150), la atemporalización y la presentificación: «la atemporalización comporta simplemente la desaparición de la continuidad temporal, la duración, los intervalos ordenados y la sucesión, sustituidos por la fragmentación, la instantaneidad y el caos temporal. Por último, la *presentificación* no arrastra consigo necesariamente la espacialización o la atemporalización en los sentidos que se acaban de fijar, sino que se limita a centrar la atención en la reducción de la experiencia del tiempo a la de un presente (puntual o alargado, según se verá) desgajado de sus horizontes de futuro y pasado que o bien desaparecen, o bien se comprimen hasta el punto de perder toda extensión y significación». Para un análisis de la cuestión temporal y su percepción subjetiva que pone el foco en las mutaciones laborales y económicas en el contexto de la transición del fordismo al posfordismo véase el artículo de Anxo Garrido Fernández (2018, pp. 46-47).

deliberada de la riqueza de los países pobres hacia los ricos [...] Una de las funciones primordiales de las intervenciones estatales y de las instituciones internacionales es controlar las crisis y las devaluaciones de manera que permitan que se produzca la acumulación por desposesión pero sin desencadenar un desplome general o una revuelta popular (como sucedió en Indonesia y en Argentina). El programa de ajuste estructural administrado por el complejo Wall Street-Departamento del Tesoro-FMI se preocupa de lo primero mientras que la tarea del aparato estatal del país que ha sido asaltado (respaldado por la cobertura militar de las potencias imperiales), es garantizar que no se produzca lo segundo.

## 5. Redistribuciones estatales

Uno de los mayores tópicos relativos al conjunto de ideologías, estrategias y prácticas que alimentan el neoliberalismo es el que insiste en una disminución e incluso «retirada» del Estado. Nada más lejos de la realidad. Más bien se trata de una reorientación de sus fines y un redimensionamiento de sus funciones, especialmente a través de la promoción de un marco institucional, social y jurídico que, como señala Harvey (2011, p. 6), se caracteriza por los «derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio». Si hoy podemos hablar de «destatalización» no es tanto porque pensemos en la desaparición del Estado sino en su reestructuración institucional orientada a una actividad muy intensa en favor del capital internacional, sobre todo, si lo comparamos con los años del compromiso keynesiano-fordista. El Estado-nacional, con sus instituciones, redes, procedimientos, modos de cálculo, normas, operaciones y patrones de conducta, continúa siendo la institución por excelencia de análisis y acción política, solo que ahora interpretada desde la óptica de un «cruce» entre las esferas globales, supranacionales, regionales y locales, saliendo intensamente transformada de esta encrucijada. En la primera sección hemos rastreado algunas líneas maestras de esta metamorfosis del Estado bajo los motivos de la economización y la mercantilización, a continuación, quisiéramos mostrar de qué modo se comporta el Estado una vez «neoliberalizado», y para ello nos centraremos en los conceptos de «destatalización» y «desnacionalización».

«Destatalización». Con este concepto definimos el conjunto de políticas que han reducido la capacidad de maniobra y acción del poder público estatal en sentido amplio. Los investigadores Thomas Fazi y William Mitchell (2017, pp. 138-139) enumeran siete tipos de medidas que, desde los años setenta en adelante, han promovido la neoliberalización del Estado y que resumimos a continuación: (1) reducir el poder de los parlamentos frente al gobierno ejecutivo con intención de convertir este en un ente cada vez menos representativo; (2) convertir, de facto, los bancos centrales nacionales en instituciones independientes del gobierno, con el objetivo explícito de someterse a la «disciplina de mercado»; (3) adoptar los «objetivos de inflación», es decir, mantener la inflación baja como el primer objetivo de la política monetaria, excluyendo necesariamente otros objetivos políticos (como políticas económicas expansivas o el pleno empleo); (4) adoptar políticas de «atenerse a las reglas» y vínculos externos sobre el gasto público, la relación entre la deuda estatal y el Producto Interior Bruto, competitividad, etc., limitando objetivamente aquello que el Estado puede hacer y, más allá de la retórica, lo que los políticos pueden prometer a su electorado; (5) subordinación del gasto público al principio de estabilidad presupuestaria; (6) readoptar sistemas de tipo de cambio fijo, lo que limita gravemente el control de los gobiernos sobre la economía política; (7) y último, entregar facultades y competencias nacionales a instituciones supranacionales y burocracias supraestatales.

Como resultado de estos procesos, el poder público limita sus márgenes de acción para llevar a cabo políticas económicas expansivas, el control democrático y

la redistribución de recursos se debilitan y el marco estatal se priva de competencias para establecer la modalidad de circulación, dentro del territorio nacional, de mercancías, empresas, servicios y capitales. Esto no solo «empuja» a una competencia internacional entre diferentes estados, sino, también, en el interior de sus fronteras, a un sacrificio del control democrático de las decisiones y tendencias económicas en el altar de la «eficiencia» y la «competitividad»: las empresas transnacionales, sin ninguna legitimidad democrática, y el mercado global, cada vez más ajeno al control político, decretan el estrechamiento de los márgenes estatales y su servidumbre al orden de la competencia internacional.

La redimensión y reconfiguración del Estado han ido acompañados del surgimiento de la forma social hegemónica del capitalismo tardío: la «compañía transnacional». Ernest Mandel (1979, p. 310) señaló cómo «la compañía transnacional viene a ser la forma organizativa determinante del gran capital». De un modo muy parecido se expresa Pierre de Senarclens (2004, p. 207) cuando afirma que «las multinacionales son la forma organizativa hegemónica del gran capital en el capitalismo tardío»<sup>8</sup>. Conviene precisar que las compañías transnacionales no se «abstraen» del Estado, sino que se vinculan a él a través de un complejo de relaciones, por ejemplo, para disminuir los costes del trabajo a través de la deslocalización, aprovechando una división internacional del trabajo favorable a la acumulación capitalista u obligando a los Estados a que creen un clima «atractivo» de inversiones si quieren evitar que abandonen el país. La gran compañía no destruye al Estado, pero sí lo eclipsa al ir más allá de las fronteras y controles nacionales, aprovechando esto para posicionarse en una capacidad negociadora dominante frente a los municipios, las regiones y los mismos Estados-nación. El carácter «transnacional» de las grandes compañías en el capitalismo tardío provoca una situación en la que los Estados, como recuerda Samir Amin (2009, p. 476) «están obligados a pagarles, a ofrecerles terrenos, a reducir sus impuestos, etc., para retenerlas o atraerlas. La parte más móvil impone su precio, pero no se compromete verdaderamente a quedarse. Está siempre a punto de partir».

En el «tablero de juego» internacional, las compañías transnacionales imponen su «ley» gracias a la expansión de la libertad de capitales y la eliminación de los aranceles y otras barreras al comercio. Esto no deja «intactos» a los Estados-nación, ya que al convertirse «la competencia» en «el regulador supremo del sistema,

---

<sup>8</sup> «La importancia de las multinacionales rebasa con creces los aspectos cuantitativos derivados de la mayor o menor penetración de sus mercancías en los mercados. En primer lugar, tienen una gran influencia en las relaciones económicas y políticas internacionales y, en gran parte, han desempeñado un papel decisivo en el proceso de integración europea. Baste mencionar a este respecto que la Mesa de los Industriales Europeos, que agrupaba a los dirigentes de las principales multinacionales del viejo continente, llegó a elaborar un informe público sobre las ideas que habían de animar la política económica que tuvo una importancia decisiva en la elaboración del *Libro Blanco* de Delors. En segundo lugar, la inmensa mayoría de los avances tecnológicos parte de ellas. La mejora de los productos y de los procesos de producción y los nuevos productos y los nuevos procesos casi siempre tienen su origen en una multinacional o, para su éxito, terminan siendo absorbidos por una de ellas. En tercer lugar, las multinacionales tejen una red de empresas proveedoras, de comercialización de sus productos, de asistencia técnica postventa y de servicios relacionados con sus productos o su actividad que dependen considerablemente con las decisiones de la casa matriz. Formalmente, estas empresas no son de la multinacional, pero su actividad y su propia existencia depende totalmente de la misma. Finalmente, sus enormes volúmenes de capital, cifra de negocio y empleo las sitúan en una buena posición negociadora con los gobiernos, las convierten en uno de los principales operarios de los mercados financieros, etc.» (Senarclens, 2004, p. 209). Sobre la magnitud de la compañía transnacional como institución hegemónica en el capitalismo tardío véase el ensayo de Robinson y Harris (2000) sobre la globalización y el surgimiento de una clase capitalista transnacional. Esta cuestión ha sido extensa y profundamente estudiada por el neo-gramsciano Leslie Sklair (2002 y 2003), explicando las conexiones entre grandes corporaciones y Estado en el marco del capitalismo global. Hugo Radice (2014) ha trabajado sobre los cambios en la naturaleza de las compañías transnacionales, su evolución histórica y el impacto en la construcción del capitalismo global durante los últimos cuarenta años.

se desata una lucha entre todos por mejorar la competitividad y ofrecer las mejores condiciones de rentabilidad del capital», provocando una reducción de «la capacidad de maniobra de todos los gobiernos» para afrontar los problemas económicos e imponiendo, directa o indirectamente, la adopción de políticas económicas «basadas en el acoso a las condiciones de vida y laborales de los trabajadores» (Senarclens, 2004, p. 209), bajo la amenaza permanente de deslocalización de la actividad productiva a países donde el coste de la fuerza de trabajo es más bajo. Todo ello con el patrocinio de las grandes instituciones transnacionales (como la Organización Mundial del Comercio o el Banco Mundial) o los tratados (como el de Maastricht, Nafta o el TTIP) que, al amparo del *free trade faith* («fe en el libre comercio»)<sup>9</sup>, derriban todas las barreras administrativas o políticas capaces de frenar la acumulación capitalista. Los Estados se someten, así, a las «exigencias» de la libertad económica, suprimiendo regulaciones y privatizando servicios públicos, desdibujando sus contornos hasta el punto de que, en palabras de Wolfgang Streeck, «hoy es imposible reconocer qué cosa es Estado y qué mercado, y si son los Estados los que han nacionalizado los bancos o son los bancos los que han privatizado el Estado» (citado en Formenti, 2019).

«Desnacionalización». A esta tendencia de destatalización le acompaña el fenómeno que Bob Jessop (2002) denomina la «desnacionalización de la sociedad civil». Este se reflejaría en el desarrollo –solo aparentemente paradójico– del «cosmopolitismo», según el cual las identidades y pertenencias solo adquieren sentido a escala global, y el «tribalismo», entendido como el descubrimiento de identidades individuales «subjetivas», ambas posiciones en perjuicio de la ciudadanía nacional común.

La destatalización, que acabamos de esbozar, se relaciona con la dispersión, desterritorialización y reterritorialización de actividades económicas, políticas y sociales a otras escalas no nacionales, y con la redefinición de lo público-privado. Del mismo modo, la desnacionalización atraviesa estos fenómenos al suponer una reformulación de las tareas y rearticulación de las organizaciones que ocupan actividades y funciones hasta no hace mucho monopolio del Estado y que ahora se reparten en instituciones y agentes «paraestatales», «no-gubernamentales», «privados» o «comerciales». La desnacionalización, como desvinculación del capital de algunas de sus barreras espaciales y temporales (pero también, o por lo mismo, jurídico-políticas), implica la posibilidad de evitar las «fricciones» del poder público-nacional a medida que se intensifica la influencia de la lógica del capital a un nivel global.

Por último, la progresiva «desnacionalización» de los Estados es un signo de la expansión neoliberal como proyecto «globalista», capaz de servirse de los Estados e instituciones globales para proteger el régimen de propiedad privada, la libertad de capitales y el orden de la competencia a una escala global. El historiador Quinn Slobodian (2018) ha trazado la historia intelectual de ese «globalismo neoliberal» que exige la reorientación de la macroeconomía y políticas públicas dentro de un esquema protagonizado por institucionales internacionales, aparatos supranacionales, organizaciones y foros intergubernamentales, *think-tanks* transnacionales y grupos de interés y movimientos sociales cosmopolitas. Semejante desarrollo de redes de poder y organización global ha sido interpretado como la señal, cada vez más evidente, de la preponderancia, influencia y dominio de una clase capitalista transnacional, interesada en mantener las condiciones de una acumulación de capital a escala global

<sup>9</sup> Un perfil de esta peculiar «utopía neoliberal» puede hallarse en el brillante texto de Pierre Bourdieu (1998) «L'essence du néolibéralisme». Sobre esta cuestión, véase la voz *Tratados de Libre Comercio*, inédita en cuanto a su publicación, presentada por Clara Navarro en el VIII Workshop en Cultura de la Legalidad el 16 de junio de 2020.

que entraría ocasionalmente en conflicto no solo con las clases subalternas, sino, también, con parte de las clases dirigentes y, de facto, con toda la vida económica, social y política de una nación.

## Bibliografía

- Amin, S. (2008). *El imperio del caos. La nueva mundialización capitalista*. Madrid, España: Jepala Editorial.
- Amin, S. (2009). *La crisis. Salir de la crisis del capitalismo o salir del capitalismo en crisis*. Barcelona, España: El Viejo Topo.
- Balibar, É. (2013). *Out of the interregnum*. Recuperado de: <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/out-of-interregnum>.
- Bauman, Z. (2012). Times of interregnum. *Ethics & Global Politics*, 5(1), pp. 49-56.
- Bauman, Z. y Bordoní, C. (2014). *State of Crisis*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press.
- Becker, G. S. (1962). Irrational behavior and economic theory. *Journal of political economy*, 70(1), pp. 1-13.
- Bologna, S. (2018). *The Rise of the European Self-Employed Workforce*. Milán, Italia: Mimesis.
- Boltanski, L. y Chiapello, É. (2019). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid, España: Akal.
- Bourdieu, P. (1998). *L'essence du néolibéralisme*. Recuperado de: <https://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/3609>.
- Brown, W. (2016). *El pueblo sin atributos*. Barcelona, España: Malpaso.
- Caccia, B. y Mezzadra, S. (2015). *Under the sky of «Interregnum»*. Recuperado de: <http://www.euronmade.info/?p=5707>.
- Crouch, C. (2009). Privatised Keynesianism: An unacknowledged policy regime. *The British journal of politics and international relations*, 11(3), pp. 382-399.
- Duménil, G. y Lévy, D. (2011). *The Crisis of Neoliberalism*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Fazi, T. y Mitchell, W. (2017). *Reclaiming the State. A Progressive Vision of Sovereignty for a Post-Neoliberal World*. Londres: Reino Unido. Pluto Press.
- Filippini, M. (2020). Antonio Gramsci e il «problema dell'ordine». En Baritono, R. y Ricciardi, M. (eds.), *Strategie dell'ordine: categorie, fratture, soggetti. Quaderni di Scienza & Politica* (pp. 121-136). Bolonia, Italia: Dipartimento delle Arti. doi 10.6092/unibo/amsacta/6332
- Formenti, C. (2019). *Il socialismo è morto, viva il socialismo!*. Milán, Italia: Meltemi.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*. París, Francia: Seuil/Gallimard.
- Friedman, M. (1982). *Capitalism and Freedom*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Friedman, M., y Savage, L. J. (1948). The utility analysis of choices involving risk. *Journal of political Economy*, 56(4), pp. 279-304.
- Fumagalli, A. (2013). Lo stato di crisi permanente. Recuperado de: <https://www.alfabeta2.it/2013/02/22/lo-stato-di-crisi/>
- Garrido Fernández, A. (2018). Desembridado y posfordismo. Notas sobre la subjetividad neoliberal. *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, 22, pp. 36-48.
- Gramsci, A. (2014). *Quaderni del carcere* (4 vols.). Turín, Italia: Einaudi.
- Habermas, J. (1993). *El discurso filosófico de la modernidad*. Barcelona, España: Taurus.
- Harvey, D. (2004). *El nuevo imperialismo*. Madrid, España: Akal.
- Harvey, D. (2011). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España: Akal.

- Harvey, D. (2018). *Marx, Capital and the Madness of Economic Reason*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Hegel, G.W.F. (2012). *Fenomenología del Espíritu*. México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández, E. (2019). *El tiempo pervertido*. Madrid, España: Akal.
- Illouz, E. (2007). *Intimidaciones congeladas. Las emociones en el capitalismo*. Madrid, España: Katz.
- Jessop, B. (2002). *The Future of the Capitalist State*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press.
- Laval, C. y Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona, España: Gedisa.
- Laval, C. y Dardot, P. (2017). *La pesadilla que no acaba nunca*. Barcelona, España: Gedisa.
- Lazzarato, M. (2013). *La fábrica del hombre endeudado*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- Lipovetsky, G. (1996). *El imperio de lo efímero*. Barcelona, España: Anagrama.
- Luxemburgo, R. (2003). *The Accumulation of Capital*. Londres, Reino Unido: Routledge.
- Mandel, E. (1979). *El capitalismo tardío*. México D.F., México: Ediciones Era.
- Manning, R. D. (2003). *Credit Card Nation*. Nueva York, Estados Unidos: Basic Books.
- Marx, K. (1977). *El capital: Crítica de la economía política. 7 (Libro tercero: El proceso global de la producción capitalista)*. México D.F., México: Siglo XXI.
- Marx, K. (1981). *El Capital: Crítica de la economía política. 8 (Libro tercero: El proceso global de la producción capitalista)*. México D.F., México: Siglo XXI.
- Marx, K. y Engels, F. (2013). *Manifiesto del Partido Comunista*. Madrid, España: Fundación de Investigaciones Marxistas.
- Mazzucato, M. (2019). *El valor de las cosas. Quién produce y quién gana en la economía global*. Barcelona, España: Taurus.
- Peláez, C. M. y Peláez, C. A. (2009). *Regulation of Banks and Finance*. Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Radice, H. (2014). Transnational corporations and global capitalism: reflections on the last 40 years. critical perspectives on international business. *Critical perspectives on international business*, 10(1/2), pp. 21-34.
- Ramos Torre, R. (2014). Atemporalización y presentificación del mundo social en la sociología contemporánea. *Política y sociedad*, 51(1), pp. 147-176.
- Revault d'Allonnes, M. (2012). *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*. París, Francia: Seuil.
- Robinson, W., y Harris, J. (2000). Towards a Global Ruling Class? Globalization and the Transnational Capitalist Class. *Science & Society*, 64(1), pp. 11-54.
- Salazar, B. (2018). Tiempo y capital financiero en El Capital de Marx. *Revista de Economía Institucional*, 20 (39), pp. 93-118.
- Senarclens, P. (2004). *Crítica de la globalización*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Sklair, L. (2002). The transnational capitalist class and global politics: deconstructing the corporate-state connection. *International political science review*, 23 (2), pp. 159-174.
- Sklair, L. (2003). Transnational practices and the analysis of the global system. En Hülsemeyer, A. (ed.). *Globalization in the Twenty-First Century: Convergence or Divergence?* (pp. 15-32). Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Slobodian, Q. (2018). *The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Tarkowska, E. (2006). Zygmunt Bauman on time and detemporalisation processes. *Polish sociological review*, 155(3), pp. 357-374.

# Estado de alarma\*

## State of Alarm

Sara Sieira Mucientes

Letrada de las Cortes Generales

ORCID ID: 0000-0002-0595-6832

[sara.sieira@congreso.es](mailto:sara.sieira@congreso.es)

Cita recomendada:

Sieira Mucientes, S. (2020). Estado de alarma. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 275-305.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5712>

Recibido / received: 30/06/2020  
Aceptado / accepted: 29/07/2020

### Resumen

El estado de alarma constituye uno de los tres estados excepcionales, junto con el de excepción y el de sitio, que recoge la Constitución de 1978, de infrecuente mención en el constitucionalismo comparado. Se declara por el Gobierno ante graves crisis naturales, sanitarias o tecnológicas, o, si concurren conjuntamente con estas, ante el desabastecimiento de bienes de primera necesidad o la paralización de servicios públicos esenciales. Consiste en una concentración del poder bajo una autoridad competente que puede ser el Gobierno o el Presidente de una Comunidad Autónoma-, y en la limitación –nunca la suspensión– de ciertos derechos mediante medidas administrativas necesarias y proporcionadas para el mantenimiento de la normalidad: restricción de la circulación y el desplazamiento, requisa de bienes, ocupación de locales –con exclusión de domicilios particulares–, racionamiento en el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y garantía del abastecimiento de los mercados de productos de primera necesidad y de los servicios esenciales. En este estudio se ofrece una aproximación al estado de alarma, con una breve fundamentación histórica, política, iusfilosófica y de derecho comparado y un análisis de su regulación constitucional y legal. Se completa con un recorrido crítico por la praxis relativa a su activación en España, en el año 2010, para hacer frente a la crisis de los controladores aéreos, y en 2020, para hacer frente a la crisis desencadenada por la pandemia global del coronavirus COVID-19, desde el punto de vista del estricto cumplimiento del derecho constitucional de excepción, en relación con la necesidad y proporcionalidad de las medidas de concentración del poder y limitación o suspensión de los derechos fundamentales.

### Palabras clave

Estado de alarma, estados excepcionales, suspensión de derechos, controladores aéreos, crisis sanitarias, pandemia, coronavirus, COVID-19.

\* Sara Sieira Mucientes es Letrada de las Cortes Generales, Doctora en Derecho, Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y profesora de Derecho Constitucional. Actualmente ostenta la Jefatura de asistencia jurídica a la Mesa del Congreso de los Diputados.

**Abstract**

*State of alarm is one of the three states of emergency, together with the state of emergency and the state of siege, provided by the Spanish Constitution, scarcely mentioned in comparative constitutional law. It is declared by the Government in cases of natural disasters, health or technological crises, when public essential services are paralysed and certain requirements are met, or when there is shortage of goods of primary necessity. The decree declaring the state of alarm places all security forces (including those regional and local) and all administrative personnel under the authority of the national government –or the President of a Region–. The state of alarm provides the basis to adopt extraordinary measures, to a proportionate and necessary extent, to address the crisis –excluding those, which consist in suspension of the fundamental rights enshrined in article 55.1 of the Constitution: state of alarm only entails fundamental rights to be limited, but not suspended. These measures, therefore, may refer to certain restrictions of freedom of movement and circulation, requisition of necessary goods and imposition of compulsory personal services, purchasing primary goods limitation or restriction in the use of public essential services –which do not exceed the scope of the ordinary executive power–. The present study carries out an analysis of the constitutional and legal framework of the state of alarm, its origins and meaning from an historical, political and comparative law point of view. It also provides a critical view of both decrees declaring the state of alarm, in 2010 in response to the closing of the Spanish air space due to the massive abandon of their obligations by the air traffic controllers and in 2020, in order to face the coronavirus COVID-19 global pandemic crisis, bearing in mind the constitutional requirements to limitation or suspension of fundamental rights.*

**Keywords**

*State of alarm, states of emergency, suspension of fundamental rights, air traffic controllers, health crises, pandemic, coronavirus, COVID-19.*

SUMARIO. 1. Estado de alarma y Constitución. 1.1. Definición y regulación en el ordenamiento jurídico. 1.2. La referencia al derecho comparado. 1.3. El proceso de elaboración del artículo 116 de la CE. 2. Praxis del estado de alarma en España. 2.1. El estado de alarma declarado en 2010. 2.2. El estado de alarma declarado en 2020. 3. Aproximación crítica y retos de futuro. 3.1. La crítica a la concentración del poder. 3.2. La crítica por la suspensión de derechos. 3.3. La crítica por el control judicial. 4. Conclusión y perspectiva de futuro.

**1. Estado de alarma y Constitución****1.1. Definición y regulación en el ordenamiento jurídico español**

Estado declarado por el Gobierno en la totalidad o en parte del territorio nacional, cuando se produzcan graves alteraciones de la normalidad: catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias o situaciones graves de contaminación; paralización de los servicios esenciales en caso de huelga o conflicto colectivo, si concurre además alguna de las graves alteraciones anteriormente citadas, o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad (art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en adelante, LOEAES).

El legislador ha querido despolitizar el estado de alarma, dejándolo al margen de situaciones de desorden público o conflictividad social para destinarlo a combatir exclusivamente catástrofes naturales o tecnológicas. La fórmula de compromiso que late bajo la redacción final del artículo 4 de la LOEAES ha comportado la transformación de su apartado c): «Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas

en este artículo», en un «no– supuesto», como se ha dicho expresivamente (Cruz Villalón, 1981a, p. 70): no cabría en situaciones de huelga y conflicto colectivo que conduzcan a una paralización de los servicios esenciales, aunque, siguiendo la dicción literal de la redacción de la Ley, teóricamente sí cabría en situaciones de huelga que determinasen un desabastecimiento de productos de primera necesidad. Pero esto nos reconduciría a la absurda situación de que el estado de alarma no cabría en una huelga de médicos –habría que declarar un estado de excepción– pero sí en una huelga de panaderos, lo que no parece una interpretación muy adecuada (Cruz Villalón, 1981a, p. 99). Así pues, ante la carencia de claridad de la regulación ha de concluirse que, ante huelgas o conflictos colectivos, el supuesto de hecho ya no pertenece al ámbito del estado de alarma sino del estado de excepción, en cuanto permite la suspensión de derechos fundamentales, como lo es el de huelga (art. 28.2 de la Constitución, en adelante, CE).

Por la declaración del estado de alarma, mediante Decreto del Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo (art. 116.2 de la CE), todas las autoridades civiles y funcionarios quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente para la protección de personas, bienes o lugares, que puede ser el Gobierno o el Presidente de una Comunidad Autónoma, lo que incluye a los integrantes de los Cuerpos de Seguridad de las Comunidades Autónomas –téngase en cuenta que Cataluña, el País Vasco y Navarra, cuentan con policías autonómicas propias– y de las Corporaciones Locales, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas (art. 9 LOEAES).

A estos efectos, dispone el artículo 8 de la LOEAES que «el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste». La prórroga del estado de alarma requiere de tres actos sucesivos: una solicitud del Gobierno en tal sentido, la autorización expresa del Congreso de los Diputados y la aprobación definitiva del real decreto de prórroga del estado de alarma por el Consejo de Ministros, incorporándose en dicha norma, preceptivamente, las propuestas de resolución que la Cámara baja hubiese aprobado durante la tramitación de la autorización de la prórroga.

La declaración del estado de alarma no puede comportar la suspensión de derechos fundamentales (art. 55.1 de la CE, a *sensu contrario*) sino únicamente su limitación mediante los clásicos poderes administrativos, como la restricción de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales obligatorias, la intervención y ocupación transitoria de locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, la limitación o el racionamiento en el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y la garantía del abastecimiento de los mercados de productos de primera necesidad y de los servicios esenciales mediante la intervención de empresas o servicios y la movilización de su personal (art. 11 de la LOEAES).

Adicionalmente, el artículo 12 permite a la Autoridad competente, en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto (catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud y crisis sanitarias) «además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales» y, en los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 4 (paralización de los servicios públicos esenciales y situaciones de

desabastecimiento de productos de primera necesidad) «el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo».

El incumplimiento de las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma conlleva sanciones con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 10.1 de la LOEAES). Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios, las Autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos (art. 10.2 de la LOEAES). Si fuesen cometidos por las propias Autoridades Públicas, las facultades de estas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas pueden ser asumidas por la Autoridad competente durante su vigencia (art. 10.3 de la LOEAES). Un aspecto importante, conectado con lo anterior, es la previsión del artículo 1 apartado 3 de la LOEAES, es que al finalizar el estado de alarma «decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes».

Estas reglas jurídicas rectoras del estado de alarma deben completarse con algunas otras normas aplicables a todos los estados excepcionales (incluido el de alarma): la prohibición de la ruptura del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado (art. 116.5 de la CE y art. 1.4 de la LOEAES), la prohibición de la iniciación de la reforma de la Constitución durante la vigencia de los estados excepcionales (art. 169 de la CE), el respeto del principio de proporcionalidad tanto en el momento de la activación –y prórroga– de alguno de los estados de emergencia como en el de la adopción concreta de cada una de las medidas de necesidad (art. 1 de la LOEAES), la obligación de publicación oficial de las normas de necesidad y de difusión por medios públicos y privados de las mismas (art. 2 de la LOEAES), el control judicial de las normas y actuaciones de necesidad, y el mantenimiento del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 3 de la LOEAES).

El estado de alarma no produce ningún tipo de suspensión ni derogación del sistema autonómico. Sin perjuicio de ello, es posible que, si la Autoridad competente es el Gobierno, pueda tomar medidas que incidan directamente en los ámbitos de competencia de las Comunidades Autónomas. Por tanto, cada Comunidad Autónoma conserva los poderes que le otorga la legislación en materia de gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, si bien estas medidas deben adoptarse siempre de conformidad con lo decidido por la Autoridad competente.

## 1.2. La referencia al derecho comparado

La Constitución, según la definición que aparece en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, precisa únicamente dos cosas: garantía de los derechos y separación de poderes. «Una sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución».

Las situaciones de crisis traen consigo un estado de necesidad subyacente, que aparece como fundamento de la excepcionalidad, por lo que comportan una ruptura de la normalidad que se traduce en un desequilibrio de fuerzas en el interior de los Estados y que afecta a ambos pilares del edificio constitucional. Aunque el Derecho de excepción no siempre se ha reflejado en normas escritas, operando la necesidad como un principio jurídico absoluto caracterizado bajo la máxima de

Cicerón «*Salus Publica Suprema Lex*» (*De Legibus*, III, 8), los estados de excepción son una modalidad constitucionalizada de dos situaciones históricas: la *martial law* y el estado de sitio, que, con claras resonancias medievales, pertenecen al fondo de poder del Rey y, en esa misma medida, son repudiadas por el constitucionalismo (Fernández-Fontecha, 2020, p. 1).

La constitucionalización del derecho de excepción se ha procurado desde la Revolución francesa por parte de la corriente nacionalista que entiende que el orden constitucional tiene su razón y su raíz en el pueblo que lo ha votado por lo que acudir a vías de hecho que contradigan lo establecido en la constitución es atacar frontalmente la voluntad general y el poder constituyente del pueblo. No existe un derecho de necesidad supraconstitucional, sino que el principio supremo es el imperio de la Constitución y de la ley incluso en momentos de crisis. Michel Troper ha afirmado, en este sentido, que el estado de excepción no puede ser definido al margen de las reglas que se le aplican, y, en este sentido, «no tiene nada de excepcional» (Troper, 2017, p.11).

Frente a la corriente nacionalista francesa, la corriente idealista alemana (Carro Martínez, 1998, pp. 214-215), nace con el idealismo hegeliano, y puede resumirse en la afirmación de que el Estado, a diferencia del individuo, no puede renunciar al ejercicio de su derecho de necesidad, pues la subsistencia es para el Estado no solamente un derecho sino un deber sagrado y la conservación de su personalidad es para él una obligación absoluta. Por tanto, el derecho y la legalidad están al servicio del Estado y no a la inversa, por lo que el derecho creado por el propio Estado solo le vincula en la medida que le sirve a su supervivencia. Late en el fondo de esta corriente la discusión apuntada por Carl Schmitt, sobre la incompatibilidad entre el derecho de excepción y el constitucionalismo (Schmitt, 1985, pp. 221 y ss.). En la visión de Schmitt, las emergencias no pueden ser previstas y racionalizadas por el Derecho y por tanto requieren siempre el ejercicio del poder absoluto. «Quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige» (Schmitt, 1985, p. 49). Más abruptamente, Heller ha podido afirmar que el soberano es aquel que puede violar la ley sin ser ilegal (De la Torre, 2011, p. 57).

Ambas corrientes constituyen extremos de un debate, el de la juridicidad de los actos políticos «necesarios», que podríamos también reconducir a la distinción entre el constitucionalismo de los antiguos y el de los modernos. La mencionada tensión se traduce también en la diferente forma de constitucionalizar –o no– el derecho de excepción en el derecho comparado. Existen dos modelos de recepción constitucional (Cruz Villalón, 1984, pp. 23-35): En primer lugar, el «modelo del estado excepcional», que establece una bien determinada normativa reguladora de los estados excepcionales, pretendiendo alcanzar el máximo de racionalidad posible compatible con cada situación de emergencia para conservar la vigencia del Estado de Derecho, en el que, además de la española, se encuentran Constituciones como la de Portugal (art. 19), Grecia (art. 48), Países Bajos (art. 103) y Finlandia (art. 23) si bien con regímenes jurídicos heterogéneos (Khakee, 2009, pp. 29 y ss.), y que suelen corresponder a Estados con experiencias relativamente recientes de autoritarismo.

El modelo alternativo al del estado excepcional es la «dictadura constitucional», que supone la concentración de los poderes del Estado bajo una magistratura única. El artículo 48.2 de la Constitución de Weimar preveía que, si la seguridad y el orden públicos se vieran gravemente alterados, el Presidente de la República podría adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, utilizando incluso las fuerzas armadas si ello fuera necesario. Disponía de plenos poderes, incluso para suspender el disfrute total o parcial de derechos tan importantes como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión, el derecho de

reunión, de asociación y de propiedad. Este ejemplo histórico tiene hoy un reflejo en el artículo 16 de la vigente Constitución de la V República francesa de 1958 que contempla la atribución al Presidente de la República de facultades extraordinarias para la resolución de graves crisis, internas o externas, pero no se dice nada de la suspensión de derechos, y además se establece el control *a priori* y *a posteriori* del Consejo Constitucional (Aláez, 2004, pp. 238-239).

En este modelo no existe un núcleo constitucional resistente al derecho de excepción, pero la diferencia con la dictadura soberana (la dictadura como forma de Estado) es que la dictadura constitucional tiene por finalidad, precisamente, la recuperación de la vigencia de la Constitución y de su normal equilibrio de poderes lo antes posible. Como modelo intermedio puede citarse la Ley Fundamental de Bonn, cuyos artículos 115 y siguientes establecen una dictadura constitucional matizada en el sentido de que es el Parlamento quien declara el estado excepcional (o bien una Comisión Mixta del mismo en caso de imposibilidad de su convocatoria) y sólo en caso de que ni esto sea posible, la competencia residual sería del Presidente. Además, consagra un núcleo constitucional intangible durante la vigencia de dicho estado, junto con el reforzamiento de las garantías tanto políticas (posibilidad de constituir una Comisión parlamentaria) como judiciales.

Como modelo alternativo al del estado de excepción en algunas Constituciones se contempla también el estado de guerra, declarado por las Cámaras confiriendo al Gobierno los poderes necesarios (art. 78 de la Constitución italiana y Capítulo XIII de la Constitución de Suecia). Existen, por último, modelos de ausencia total de mención constitucional del derecho de excepción, con dos modalidades: o bien no se admite que la Constitución pueda ser «suspendida» (art. 187 de la Constitución de Bélgica y art. 113 de la Constitución de Luxemburgo) o bien se asume que el Parlamento es soberano por lo que a él está sometido todo el ordenamiento jurídico, pudiendo modificarlo mediante una ley de indemnidad (*martial law*) o bien mediante la convalidación parlamentaria posterior de las medidas que se hayan tomado (esto ocurre en los ordenamientos de la órbita del *common law*, procedentes del derecho inglés cuya Constitución flexible descansa sobre el dogma de la soberanía parlamentaria, que confiere a la actividad parlamentaria convalidante o exoneradora *ex post facto* un valor netamente jurídico).

En todo caso, la Constitución española ha optado por el modelo del estado excepcional, configurando los tres estados excepcionales, alarma, excepción y sitio, en su artículo 116, y la suspensión general de derechos que los estados de excepción y sitio pueden comportar, en el artículo 55 del texto constitucional. La suspensión de derechos puede calificarse como un auténtico «mecanismo inmunitario del propio ordenamiento, que renuncia temporalmente a una fórmula de garantía de determinadas expectativas (las que reflejan las normas de derechos fundamentales), en aras de mantener su identidad como sistema y recuperar aquella capacidad para garantizar los derechos fundamentales. No se trata de, confundidos por el decisionismo schmittiano, perseguir la salvaguarda de la Constitución como decisión política a costa de su sacrificio como norma, sino de que la propia norma constitucional prevea la garantía de su identidad funcional (aquella positividad y aquella autorreferencialidad) plasmada en sus principios estructurales, a través del sacrificio temporal de algunas de las disposiciones en las que estos se concretan» (Aláez Corral, 2004, p. 236).

### 1.3. El proceso de elaboración del artículo 116 de la CE

Es claro, partiendo de este panorama constitucional comparado, que el estado de alarma sólo aparece en el primer modelo, el «modelo del estado excepcional», pero es una figura de muy escasa acogida en las Constituciones que optan por el mismo, por lo que la española aparece en este punto como una excepción. Es más, incluso en los debates constituyentes de la vigente Constitución se apuntó la conveniencia de no hacer ni mención a este instituto. La Constitución cita este estado como un «primer paso» contra la emergencia, cuyo precedente se encuentra en el estado de alarma de la Ley de Orden Público de 1933, aunque solo se trata de una coincidencia terminológica puesto que bajo esta ley era posible la suspensión de garantías, en contra de lo que prevé el artículo 55.1 de la vigente Constitución que solo permite dichos efectos para los estados de excepción y sitio. Realmente, el estado de alarma se corresponde más con el estado de prevención de 1933. Pero, sobre todo, su origen está en la idea del triple escalonamiento de las emergencias que resultaba de dicha ley. El precedente más inmediato se halla en un proyecto de ley de modificación parcial de la Ley de Orden Público de 1959, presentado al Congreso a principios del año 1978, que reguló el estado de alarma en la forma que pasaría a integrarse en la LOEAES.

De hecho, la conveniencia de su inclusión en el articulado constitucional no fue algo pacífico, puesto que hubo enmiendas que propugnaron su desaparición (en particular, la del Grupo Comunista, debido a la inutilidad de este instituto en los términos en que estaba contemplado). Efectivamente, como más adelante se expondrá, algunos de los temores ya expresados a propósito del estado de alarma en los debates constituyentes han tenido ocasión de cumplirse con su puesta en práctica a lo largo del tiempo, como señaló el Sr. Solé Tura, en turno de defensa de la enmienda del Sr. Sánchez Montero: «nos parece innecesario constitucionalizar esto, porque el estado de alarma, o se explica para circunstancias excepcionales, en casos de cataclismos, etc., en cuyo caso el Gobierno tiene poderes suficientes para hacerle frente, y si no es así, y se mantiene el estado de alarma sin especificar, además, ni a qué derecho se refiere, puesto que en definitiva no se dice nada al respecto, puede ocurrir que este estado sirva para limitar derechos sin decirlo, y en este sentido nos parece mejor eliminar esto, puesto que si se trata de circunstancias excepcionales que exijan la limitación de derechos, ya existe para ello el estado de excepción y el estado de sitio» (Diario de Sesiones del Congreso de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, nº 84, de 8 de junio de 1978, p. 3074).

Pero ganaron la batalla las razones para mantenerlo, que en definitiva venían a afirmar que el estado de alarma era una cuestión pacífica e instrumental que en nada agredía al sistema de libertades (Debate entre Apostúa frente a Sánchez Montero, Diario de Sesiones del Pleno del Congreso, nº 109, de 13 de julio de 1978, p. 4238). También es preciso apuntar que con la introducción de este estado se vino a dar satisfacción al Partido Nacionalista Vasco, que desarrolló una potente argumentación para que las Comunidades Autónomas pudieran asumir competencias en el marco de los estados excepcionales, que vieron su reflejo en los artículos 7 y 9 de la LOEAES, que incorporaron el protagonismo de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, como autoridades, únicamente en los supuestos del estado de alarma a diferencia de los estados de excepción y sitio –en cuyo caso la LOEAES se refiere únicamente a la «autoridad gubernativa»–.

Y no solo durante el *iter* constituyente, sino que, *a posteriori*, al finalizar el *iter* legislativo de su desarrollo en la Ley Orgánica, se revelaron las incoherencias de su regulación, por lo que ha podido decirse que el resultado final del estado de alarma

ha sido «un café descafeinado» (Carro Martínez, 1998, p. 254), y un «totum revolutum donde se confunden catástrofes naturales y huelgas» (Cruz Villalón, 1981b, p. 694).

Como acaba de ponerse de manifiesto, en los partidarios de la constitucionalización de este estado se advirtió la intención de limitarlo a crisis o catástrofes naturales, que ponen en peligro la subsistencia física de la comunidad, pero sin descartar situaciones que, aun alterando la normalidad, por afectar al orden público, no requirieran la declaración del segundo estado, el estado de excepción, en una lectura gradualista del derecho de excepción, es decir, una visión en que de una misma situación de emergencia –un mismo supuesto de hecho–, pudieran declararse cualquiera de los tres estados, el que resultase, en cada nivel de intensidad de la misma, imprescindible para responder, dependiendo de la gravedad de las circunstancias (Cruz Villalón, 1981a, pp. 96 y ss.).

Esta visión quedó eliminada en la tramitación de la LOEAES, en el Informe de la Ponencia, que suprimió de la redacción del estado de alarma la mención, recogida en primer lugar, y procedente del artículo 20 del entonces Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, «Alteraciones del orden o de la Seguridad Ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa». En concreto, el estado de alarma se configuró ya en el Dictamen del Pleno del Congreso de la LOEAES, como instrumento de respuesta frente a grandes catástrofes y crisis sanitarias, tanto en su sentido tradicional como las que podrían afectar a una sociedad altamente tecnificada, y, además, paralización de los servicios esenciales y desabastecimiento de productos, pero sin permitir la extralimitación de las potestades ordinarias de la autoridad. En tal sentido, y respecto de su (teóricamente) limitada incidencia en el ámbito de los derechos, ha podido decirse «el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en periodo de normalidad» (Carro Martínez, 1998, p. 253), lo que venía a confirmar que, al menos en el ámbito de los derechos, no era necesaria, como había propugnado el Grupo Comunista, su constitucionalización, sino que más bien podía inducir a confusión en terreno tan delicado.

## 2. Praxis del estado de alarma en España

### 2.1. El estado de alarma declarado en 2010

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el estado de alarma se ha declarado en dos ocasiones, en 2010 y en 2020. En la primera de ellas, el estado de alarma entró en vigor a las 21:30 h del día 4 de diciembre y se extendió hasta el sábado 15 de enero a las 12 de la noche. Fueron 43 días naturales de vigencia del primer estado de alarma en España, para hacer frente a la crisis que los controladores de tránsito aéreo habían desencadenado abandonando masivamente, y sin previo aviso, sus puestos de trabajo, la tarde del día 3 de diciembre de 2010, viernes, víspera del conocido como «puente de la Constitución», que se extendía hasta el miércoles siguiente, día 8 de diciembre, inclusive. Esta «huelga» ilegal, producto de meses de desencuentro con el Gobierno (cuya causa se remontaba al real decreto-ley 1/2020, de 5 de febrero, que devolvía a AENA la gestión y supervisión del colectivo de controladores de tránsito aéreo, antes correspondiente a los mismos controladores, que se autorregulaban) originó el cierre del espacio aéreo español, imposibilidad de la prestación del servicio de tránsito aéreo, cuantiosas pérdidas económicas y vulneración de derechos fundamentales, en concreto, el de libre circulación garantizado por el artículo 19 de la Constitución, de gran cantidad de usuarios (Aba Catoira, 2011, pp. 313-314).

Para hacer frente a esta emergencia, y tras el antecedente normativo del real decreto-ley 13/2010 y del real decreto 1611/2010 de 3 de diciembre, día anterior a la declaración, que supuso ya una «militarización operativa» de AENA, un Consejo de Ministros extraordinario, mediante real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, declaró el estado de alarma, que comportó una militarización de los controladores aéreos, pasando estos a tener la consideración de personal militar, quedando sometidos a las leyes penales y disciplinarias militares y a las órdenes directas de las autoridades delegadas del Gobierno, es decir, el Jefe del Estado Mayor del ejército del aire y las autoridades militares que esté designase (Sedano Lorenzo, 2015, p. 27). La prórroga del estado de alarma se dispuso mediante real decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, que justificó su necesidad recordando que los hechos que afectaron al tráfico aéreo en España fueron de un enorme gravedad tanto por el número de ciudadanos afectados, como por los perjuicios económicos que se causaron, así como por el daño a la imagen internacional de España y por la alarma social generada, afirmando además que el funcionamiento del servicio esencial al que el conflicto afectaba no podía considerarse que se hubiera restablecido plenamente por lo que el plazo de la prórroga, que se extendió otros quince días más, se justificó como indispensable para restablecer la normalidad plena en la seguridad aérea (para un mayor detalle de esta cuestión, Sieira Mucientes, 2018, pp. 369 y ss.).

## 2.2. El estado de alarma declarado en 2020

El 14 de marzo de 2020 se publicó y entró en vigor el real decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Por segunda vez tenía lugar un estado de alarma en España en todo el territorio nacional, con una duración inicial de 15 días naturales, es decir, hasta el 29 de marzo, prorrogado sucesivamente en 6 ocasiones, hasta el 21 de junio, justificándose en la crisis sanitaria ocasionada por el brote vírico COVID-19, declarado el 31 de enero de 2020, Emergencia de Salud Pública de importancia nacional por la Organización Mundial de la Salud, y el 11 de marzo, Pandemia Global. El decreto de su declaración se modificó en breve plazo, el día 17 de marzo de 2020 en virtud del real decreto 465/2020, modificación a la que se añadieron las restantes aprobadas a tenor de las sucesivas prórrogas del estado de alarma.

A todas luces, en el momento de declarar el estado de alarma, la crisis tenía una magnitud que previsiblemente excedería con mucho el plazo de quince días previsto en la normativa para este estado, por lo que el Gobierno solicitó varias prórrogas del mismo al Congreso de los Diputados. Estas fueron concedidas, sucesivamente, por mayorías cada vez más ajustadas –con asistencia limitada de los Diputados al Salón de Sesiones y con el recurso al sistema de votación por el procedimiento telemático que entró en vigor, para circunstancias excepcionales, en el año 2012–. Los reales decretos de prórroga incorporan las modificaciones resultantes de las propuestas de resolución aprobadas por la Cámara Baja, con medidas que fueron modificando también, progresivamente hacia una menor restricción de derechos y menor concentración del poder, las inicialmente previstas en el real decreto 463/2020, hasta finalizarse completamente la «desescalada».

Así, el real decreto 476/2020 de 27 de marzo, constituyó la primera prórroga concedida hasta las 0 h. del 12 de abril, que obligaba al Gobierno a remitir a la Cámara información semanal estructurada sobre las medidas adoptadas para mitigar la crisis y valoración de su eficacia.

A esta primera prórroga siguieron otras 5, instrumentadas mediante reales decretos:

- 487/2020, de 10 de abril (hasta el 26 de abril),

- 492/2020, de 24 de abril, (hasta el 10 de mayo),
- 514/2020, de 8 de mayo (hasta el 24 de mayo) que reflejó la importante modificación concerniente a la posibilidad, ya acordada por los órganos competentes, de celebrar elecciones a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas en Galicia y en el País Vasco; además incorporó en su artículo 3 el plan de desescalada acordado en Consejo de Ministros del día 28 de abril, en virtud del cual, el Ministro de Sanidad, a propuesta de las Comunidades Autónomas y a la vista de los correspondientes indicadores, podría acordar la progresión –también la regresión, si fuera necesaria– de las medidas adoptadas en virtud de la declaración del estado de alarma;
- 537/2020, de 22 de mayo (hasta el 7 de junio) que además acordó que la autoridad competente delegada continuara siendo el Ministro de Sanidad, y la delegación en las Comunidades Autónomas de las funciones de seguridad establecidas en el artículo 5 del real decreto 463/2020, la flexibilización de las medidas de contención y reanudación de clases presenciales en el ámbito no universitario, según el criterio de las administraciones educativas competentes, así como el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales y administrativos, y de la prescripción y caducidad de derechos y acciones,
- y finalmente, la última prórroga, dispuesta por el real decreto 555/2020, de 5 de junio, (hasta el 21 de junio) que volvía a reiterar lo dispuesto por el real decreto de prórroga anterior, aunque con la novedad de designar a los Presidentes de las Comunidades Autónomas como Autoridad competente delegada para la adopción, supresión y ejecución de las medidas correspondientes a la fase tres del plan de desescalada.

A pesar de tratarse de la aplicación del mismo precepto constitucional, fue muy diferente del estado de alarma declarado en 2010, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, pues se establecieron una serie de medidas que afectaron de modo particularmente intenso la vida ordinaria en el ámbito social, económico e incluso político:

1) Limitación de la libre circulación de las personas, pudiendo desplazarse, de forma individual, para actividades esenciales como adquirir alimentos o productos farmacéuticos, asistir a centros sanitarios, a los lugares de trabajo, asistir a personas mayores, menores o dependientes, desplazarse a entidades financieras y de seguros, así como por razones de fuerza mayor debidamente justificadas. Posteriormente se autorizaría el desplazamiento en compañía de menores de 14 años, personas con discapacidad, mayores u otras personas por causa justificada.

2) Inicialmente se recogió incluso la suspensión de las elecciones en el País Vasco y Galicia, previstas para el 5 de abril. Ante la laguna en la legislación electoral sobre la posibilidad de cancelar una convocatoria electoral en curso, se consensuó esta medida por parte de los Grupos parlamentarios y la Presidencia de las respectivas Comunidades Autónomas, medida que fue incorporada tras haber sido adoptada por los órganos antedichos, en el real decreto declarativo del estado de alarma. Posteriormente, el real decreto 514/2020 de 8 de mayo, que aprobó la cuarta prórroga del estado de alarma, y una vez tomada la decisión en los órganos competentes, indicó que la vigencia del estado de alarma no supondría ya obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas.

3) Posibilidad de práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento del decreto por parte de las Autoridades competentes, en particular, para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Especialmente, se facultaba al Ministro de Sanidad para impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y

el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública, así como para intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, y aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico.

4) Suspensión de la actividad lectiva presencial en todos los centros educativos y en todas etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria, manteniéndose las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y *on line* siempre que resultase posible.

5) Suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. También se cerraron al público las actividades deportivas y de ocio, instituciones y establecimientos culturales y artísticos, de hostelería y restauración, así como verbenas, desfiles y fiestas populares.

6) Restricción del transporte público de viajeros por carretera, ferroviario, aéreo y marítimo en, al menos, un 50%, salvo los servicios ferroviarios de cercanías que mantendrían su oferta habitual, a efectos de evitar las aglomeraciones en el acceso a las ciudades como consecuencia de los servicios limitados.

7) Medidas para garantizar el abastecimiento alimentario, tales como el acompañamiento de los vehículos que realicen el transporte de estos bienes o el establecimiento de corredores sanitarios para permitir la entrada y salida de personas, materias primas y productos elaborados con destino o procedentes de establecimientos en los que se produzcan alimentos, incluidas las granjas, lonjas, fábricas de piensos para alimentación animal y los mataderos; así como la garantía del tránsito aduanero prioritariamente para productos de primera necesidad.

8) Adopción de las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural, y los servicios de los operadores críticos de servicios esenciales previstos en la ley 8/2011 de 28 de abril, de protección de las infraestructuras críticas.

9) La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, aunque se condicionaban a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantizase a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro, en la práctica resultaron muy restringidas mediante instrucciones concretas dadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

10) Se suspendieron los plazos procesales y administrativos y los plazos de prescripción y caducidad.

11) Los miembros de las Fuerzas Armadas se constituyeron en agentes de la autoridad, de acuerdo con la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional.

En paralelo a la regulación propia del estado de alarma mediante los citados reales decretos, para hacer frente al impacto económico y social de la crisis, se aprobaron asimismo medidas mediante el recurso al real decreto-ley. Fueron en total 17 reales decretos-ley

- 6/2020, de 10 de marzo (por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública),
- 7/2020, de 12 de marzo (por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19),
- 8/2020, de 17 de marzo (de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19),
- 9/2020, de 27 de marzo (por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19),
- 10/2020, de 29 de marzo (por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19),
- 11/2020, de 31 de marzo (por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19),
- 12/2020, de 31 de marzo (de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género),
- 13/2020, de 7 de abril, (por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario),
- 14/2020, de 14 de abril, (por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias),
- 15/2020, de 21 de abril, (de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo),
- 16/2020, de 28 de abril, (de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia),
- 17/2020, de 5 de mayo, (por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019),
- 18/2020, de 12 de mayo, (de medidas sociales en defensa del empleo),
- 19/2020, de 26 de mayo, (por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19),
- 20/2020, de 29 de mayo, (por el que se establece el ingreso mínimo vital),
- 21/2020, de 9 de junio, (de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19),
- y, finalmente, el 22/2020, de 16 de junio, (por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento).

En las mismas condiciones de asistencia limitada de los Diputados y de recurso a la votación por el procedimiento telemático, todos ellos fueron convalidados por el Congreso en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación (art. 86.2 de la CE) y en algunos se acordó, además, su tramitación como proyecto de ley.

Dichas disposiciones, que sería prolijo enumerar más detalladamente dada la extensión del presente trabajo, establecían, entre otras, medidas de apoyo a la familia y a las personas en situación de vulnerabilidad, tales como el ingreso mínimo vital, en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, para todas aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad en los términos establecidos, la garantía de suministro de agua y energía, el derecho básico de alimentación de niños y niñas afectados por el cierre

de centros educativos, el establecimiento de una moratoria en el pago de las cuotas de las hipotecas para los deudores, la prohibición de desahucios de inquilinos durante seis meses desde la declaración del estado de alarma, limitación de la publicidad de juegos de azar como medida de protección frente a la ludopatía, garantía de la protección de las víctimas de violencia de género facultando a las Administraciones Públicas para disponer el uso de los establecimientos turísticos si fueran necesarios para acoger a dichas víctimas, medidas de apoyo financiero transitorio, tales como la reestructuración de la deuda, el aplazamiento de deudas tributarias, medidas de protección del empleo, tales como: la gestión de los ajustes temporales de plantilla a través de los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo (ERTES); la consideración como situación asimilada a accidente de trabajo o enfermedad profesional de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19; la posibilidad de reducir o adaptar la jornada para los trabajadores asalariados, así como el establecimiento del teletrabajo como medida de flexibilidad, creación de un nuevo subsidio para empleadas del hogar afectadas por el cese o reducción de actividad y para trabajadores temporales cuyo contrato finalice y que no tuviesen derecho a prestación, el permiso retribuido recuperable y de carácter obligatorio para las personas trabajadoras de los servicios no esenciales, medidas de apoyo a las empresas, tales como el aplazamiento de las deudas por los créditos concedidos a la pequeña y mediana empresa, inaplicación de intereses moratorios, prestaciones extraordinarias por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma, garantía de liquidez para sostener la actividad económica de empresas y autónomos, creación de una línea de avales y garantías públicas, habilitación a la Seguridad Social para conceder moratorias en el pago de las cotizaciones sociales a empresas y autónomos y otras medidas de protección social para estos últimos, inclusión en la moratoria de hipotecas de los inmuebles afectos a la actividad económica de autónomos; en el ámbito de la Justicia, medidas relativas a la recuperación del normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y novedades procesales para hacer frente a los procedimientos que previsiblemente sobrevendrán, por ejemplo en materia de familia, en lo relativo al derecho concursal y societario y en la jurisdicción social y medidas dirigidas a la protección del sector cultural, agrario, científico en el contexto de la crisis y la post-crisis.

### 3. Aproximación crítica y retos de futuro

En este momento procede una evaluación de los estados de alarma declarados en España desde el punto de vista de su constitucionalidad y legalidad, teniendo en cuenta la configuración del supuesto de hecho, el análisis de necesidad y proporcionalidad que la Ley exige (art.1.2 de la LOEAES) para la declaración de los estados excepcionales y sobre todo las medidas limitativas de los derechos – señaladamente, si estos son fundamentales, que no deberían suspenderse en el estado de alarma–; también, en un estado intensamente descentralizado como el nuestro, desde el punto de vista de la justificación de la concentración de poder en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas, y, en fin, un análisis sobre el control judicial de las medidas adoptadas.

#### 3.1. La crítica a la concentración del poder

Respecto del estado de alarma declarado en 2010, no encaja en el supuesto de hecho del artículo 4 c) y d) de la LOEAES, puesto que este se refiere a huelgas legales, y la movilización de los controladores aéreos no lo fue. Por tanto, el estado que procedía declarar hubiera sido, al menos, en virtud de este motivo, el estado de excepción, como dispone el artículo 13.1 de la LOEAES: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones

democráticas, el de los servicios esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

Ningún análisis cabe hacer en el estado de alarma de 2010 respecto de la problemática sobre la distribución del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas pues la materia de referencia es de exclusiva competencia estatal en virtud del artículo 149.1.20 de la CE (control del espacio aéreo).

Con relación al estado de alarma declarado en 2020, conviene detenerse algo más en relación con la cuestión de la crítica a la concentración del poder, en relación con la distribución competencial. Primeramente, una observación de derecho comparado, para analizar rápidamente la solución adoptada por dos estados unitarios –Francia y Polonia–, este último con una mención constitucional expresa de algo muy similar al estado de alarma y tres estados descentralizados, dos de ellos federales –Bélgica y Alemania– y uno regional –Italia–. En ninguno de ellos (Informe del *European Parliament Research Service*, PE 649.408, 2020), se recurrió al derecho de excepción como tal, sino únicamente el recurso a la legislación de urgencia que, en nuestro país, está ampliamente garantizada con los denominados Decretos-leyes (art. 86 de la CE).

Dígase de paso que la Unión Europea cuenta con mecanismos de respuesta conjunta, señaladamente la decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, que incluye, entre otros instrumentos, el establecimiento de un Sistema de Alerta Precoz y Respuesta (SAPR), para la notificación de alertas a nivel de la Unión relacionadas con amenazas transfronterizas graves para la salud y un Dispositivo de Respuesta Política Integrada a las Crisis (RPIC) por Decisión de ejecución (UE) 2018/1993 del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 como herramienta de coordinación política. Sin embargo, se ha dado en la práctica una descoordinación de los Estados en las primeras semanas de la gestión de la crisis, que ha marcado el paso de la evolución posterior y que demanda no pocos retos de futuro (para mayor detalle, Álvarez García, 2020b).

En Francia no se utilizó el estado de emergencia, contemplado en la Constitución y en la Ley 35-385 (1955), sino que el 23 de marzo el parlamento francés adoptó una ley de medidas urgentes (2020-290) y declaró la emergencia de salud pública por primera vez en la historia, por dos meses prorrogables, con medidas sanitarias, financieras y electorales, estableciendo limitaciones temporales de movimientos, personas, vehículos, introducción de cuarentena o aislamiento para aquellos individuos afectados, cierre de establecimientos o control de precios. Al amparo de dicha ley se reformó el Código de Salud Pública L3131-12.

Por su parte, pese a que la Constitución de Polonia menciona el estado de desastre natural en su artículo 232, no se ha declarado, sin embargo, el estado de emergencia, sino que la respuesta a la crisis del coronavirus se ha realizado desde la legislación ordinaria, concretamente, la ley de 5 de diciembre de 2008, de enfermedades contagiosas y una ley especial dictada el 2 de marzo de 2020 relativa a la lucha contra el COVID-19. Sobre esa base se ha declarado el estado de riesgo de epidemia el 13 de marzo y posteriormente el estado de epidemia el 20 de marzo, que no deben ser confundidos con los estados de emergencia que prevé la Constitución.

Para hacer frente al coronavirus COVID-19 en Bélgica (que no menciona constitucionalmente el derecho de excepción) existieron dos leyes de habilitación al Gobierno para dictar legislación de urgencia, de 20 de marzo de 2020, debiendo dicha legislación ser confirmada por el Parlamento.

En Alemania, pese a contener previsiones constitucionales respecto del estado interno de emergencia (arts. 35 y 91), no se ha declarado tal estado sino que ha aplicado la Ley de protección contra enfermedades infecciosas de 2001, para establecer las restricciones necesarias, que dota de flexibilidad suficiente con recurso a la técnica de las cláusulas generales, siendo los gobiernos de los *Länder* los actores principales en el establecimiento de las medidas de control de la pandemia, y del subsiguiente levantamiento de las mismas, sin perjuicio del sistema de competencia compartida, reforzado por medio de una modificación de la citada Ley de protección contra enfermedades infecciosas aprobada a mediados del mes de marzo, que permite al *Bundestag* aclarar una crisis epidémica de importancia nacional, y concentrar algunas competencias en el Ministro de Sanidad, relativas a la distribución de los equipos de protección médica o del personal sanitario en todo el territorio.

En Italia tampoco ha sido utilizado el artículo 120 de la Constitución (medidas en circunstancias extraordinarias) sino que se ha recurrido a la técnica del Decreto-ley (art. 77 de la Constitución, técnica, por cierto, importada de Italia por el texto constitucional español), y se han establecido previsiones administrativas bajo el Código de protección civil que prevé la declaración de un estado de emergencia por causas humanas o naturales durante un periodo limitado de tiempo (art. 24). Así pues, el 31 de enero de 2020 el Consejo de Ministros declaró el estado de emergencia por un periodo de seis meses, que podría ser extendido durante otros 12 y renovado una única vez. Varias medidas se adoptaron sobre la base de órdenes del ministerio de sanidad, con el consentimiento y la cooperación de las regiones implicadas. Asimismo, mediante el Decreto-ley número 6 de 23 de febrero de 2020 se habilitó a autoridades de la nación para adoptar medidas para la contención del coronavirus.

La existencia de la técnica del decreto ley en España en virtud del artículo 86 de la Constitución ha posibilitado una utilización muy generalizada de esta, llamémosle, forma rápida de legislar, mediante normas gubernamentales, que deben justificar su existencia en motivos de extraordinaria y urgente necesidad, justificación controlada en último término por el Tribunal Constitucional. En este sentido, ha podido decirse «el estado de alarma se revela como innecesario, puesto que las medidas características del mismo están ya contenidas en una extensa legislación ordinaria y, además, el Gobierno cuenta con el instrumento del Decreto-ley». (Mateu-Ros y Cerezo, 1988, p. 202).

No fue exclusivamente la técnica del Decreto-ley la empleada en nuestro país, sino que, a diferencia de lo sucedido en los mencionados países de nuestro entorno, en España se optó por declarar un estado excepcional, bien que el más leve de los tres, y que, al menos teóricamente, como se ha visto, no presenta conexiones con la noción ruptura del orden público –no supone título suficiente para suspender derechos mediante potestades «extraordinarias» de la autoridad gubernativa–. Esto ha supuesto una primera crítica vertida en relación con la concentración del poder, en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas en circunstancias ordinarias; crítica que, ya avanzando lo que más adelante se expondrá, no puede compartirse por la suspensión general de derechos que, a juicio de quien suscribe estas líneas, requería (y comportó) el estado de alarma de 2020, que está completamente fuera del alcance competencial de las Comunidades Autónomas.

Como punto de partida, hay que hacer notar que, en nuestro país, ya tiempo antes de la declaración del estado de alarma, las Comunidades Autónomas habían

empezado, para hacer frente a esta crisis, a hacer uso de los instrumentos normativos de los que disponían. Estas medidas se remontan al 24 de febrero de 2020, cuando, desde la Consejería de Sanidad canaria se decide confinar a setecientas personas durante medio mes en un hotel de Tenerife. Sin embargo, las primeras actuaciones adoptadas con carácter general se toman en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, cuyo acuerdo de 9 de marzo de 2020 incluyó medidas relativas al distanciamiento en el ámbito educativo y laboral, así como a la suspensión de las actividades escolares en las zonas más afectadas (Madrid, Labastida y Vitoria). Durante los días siguientes, las distintas Comunidades Autónomas siguieron tomando medidas, tanto sobre la base de su normativa propia (sanitaria y de protección civil), como de la estatal, ampliando las previstas por el Consejo Interterritorial, hasta su punto culminante, a partir del jueves 12 de marzo, día en que se activan los distintos «planes de emergencia» autonómicos, siendo el primero el de Cataluña de ese mismo día, habilitando a las autoridades a realizar incluso confinamientos de población, al que seguirá al día siguiente el País Vasco, Galicia y Murcia. Otras Comunidades Autónomas, como Extremadura, decidieron establecer el aislamiento de municipios (concretamente, el de Arroyo de la Luz) el mismo 13 de marzo. Cuando el 14 de marzo se procedió a la activación del estado de alarma para todo el territorio nacional, esto no impidió el desarrollo de nuevas medidas autonómicas en la materia; medidas que a veces incluso contravenían lo dispuesto en el propio real decreto declaratorio del estado excepcional. Podría hablarse de un solapamiento o redundancia competencial, al tiempo que se ha suscitado un nutrido debate doctrinal sobre la constitucionalidad de las medidas, especialmente los citados confinamientos poblacionales. Con la salvedad de Cataluña, que se limita a citar su normativa autonómica, el resto de Comunidades Autónomas al dictar medidas, aluden a la legislación sanitaria estatal, de carácter básico, y que sirve de sustrato jurídico.

Sobre el fundamento jurídico de las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas, existen tres leyes estatales (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –LGS–, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública –LOMESP–, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública –LGSP–, que habilitan a las autoridades sanitarias –en este caso, las Consejerías de Sanidad– a dictar una serie de medidas tipificadas para el caso de pandemia, así como otras de carácter innominado y subsidiario en las cláusulas generales contenidas en los artículos 26, 1 y 54 respectivamente. La técnica de la cláusula general supone que el legislador entiende que es imposible prever todas las situaciones extraordinarias existentes y decide, por ello, establecer un poder abierto e indeterminado respecto del contenido, del que las autoridades competentes sólo pueden hacer uso con carácter subsidiario, proporcionado y como válvula de seguridad (Villar Crespo, 2020). Son estas últimas previsiones las que, especialmente, han sido utilizadas por las diferentes autonomías. La amplitud de estas cláusulas generales queda matizada con la introducción, a través de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) realizada por la DF 1ª de la ley 26/2015, de 28 de julio, de una autorización o ratificación judicial a las medidas extraordinarias dictadas por las autoridades, modificándose al efecto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Tal intervención judicial se contiene hoy en el artículo 8.6.2º de la LJCA, que precisa que «Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental», en línea con las previsiones constitucionales del artículo 55.2, por tratarse de medidas, en su caso, de suspensión individual de los derechos fundamentales, que necesitan de una autorización judicial, que en la práctica se ha convertido, como ocurre en Alemania e

Italia, países que utilizan la técnica de las cláusulas generales, en una ratificación o convalidación *a posteriori* por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas.

En definitiva, con la introducción de estas disposiciones en materia sanitaria se trata de dotar a las Comunidades Autónomas, de mecanismos eficientes para hacer frente a situaciones excepcionales de salud pública, tales como epidemias o pandemias, en sentido similar a lo que acaece en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto Alemania como Italia, poseen una normativa similar. También existe la técnica de la cláusula general en relación con las entidades locales. (art. 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), que atribuye al Alcalde y, para los denominados «municipios de gran población», en el art. 124.4.h) de la LRBRL). Por último, existen también normas de régimen local especial para los municipios de Madrid y Barcelona, que también prevén cláusulas generales.

Existe, en fin, además, normativa configuradora de los poderes del Derecho ordinario de situaciones excepcionales, que permite una dirección unitaria del Gobierno de la Nación sin necesidad de declarar estado excepcional alguno, como la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC) así como la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (LSN), previa declaración de la «situación de interés para la Seguridad Nacional» por motivos de «crisis sanitarias» (art. 10 LSN). En cuanto a las Fuerzas Armadas, se prevé la posibilidad de su utilización en el marco de la protección civil (art. 37 LSNPC) o de la Seguridad Nacional (DF I). En esta línea la dirección unitaria del Gobierno de la Nación puede conseguirse también sobre la base de lo indicado en la LSN, en cuanto prevé la posibilidad de declarar la «situación de interés para la Seguridad Nacional» a través de real decreto de su Presidente (arts. 15.c) y 24 LSN). La activación de este «nuevo estado excepcional» de carácter legal habilita a los poderes estatales a combatir circunstancias extraordinarias de carácter suprarregional, como una pandemia (STC 184/2016, de 3 de noviembre, FFJJ 4 y 7). Por tal situación, indica el artículo 23.2 de la LSN, se entiende aquella que «por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, en los términos previstos en esta ley». La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), es clara al efecto.

En resumen, se ha aseverado que los poderes legales previstos para «crisis internas no extremas» (Álvarez García, 2019, p.10) con fundamento en la noción de seguridad pública, podrían ser bastantes para desarrollar el elenco de medidas desplegado con motivo de la declaración del estado de alarma. Otros países – singularmente, Italia y Alemania– han hecho uso, exclusivamente, de previsiones de esta índole para combatir la epidemia. Así pues, a la vista de lo anterior, ha podido decirse que los motivos (jurídicos) por los que se declara el estado de alarma no residen en cuestiones de corte competencial o de centralización de poderes sino de escenificar un nuevo estadio, más intenso, de lucha contra la pandemia (Nogueira López, 2020, p. 29), es decir, más bien, en razones de estrategia jurídica (Villar Crespo, 2020, nota 56) utilizando la reserva que la Constitución Española estableció en el artículo 116 al configurar los estados excepcionales como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, generar una poderosa simbología política, de una gran fuerza atractiva, una declaración de un estado excepcional solemne, pública, formal, presidencialista, necesaria para generar en la ciudadanía una adhesión incondicional al cumplimiento de un confinamiento prácticamente absoluto.

En nuestra opinión, no es acertada la anterior consideración, y para justificarlo hemos de entrar en la crítica en relación con el pilar fundamental del edificio constitucional, la garantía de los derechos, que se acometerá en el siguiente epígrafe. Es en virtud de esta crítica, para la mayoría de la doctrina, la envergadura de la crisis del COVID-19 requería la declaración de un estado excepcional, y no precisamente el estado de alarma, el más leve de los establecidos constitucionalmente, sino el estado de excepción. Adelantemos, de momento, que a diferencia de otros sistemas, como, señaladamente, lo es el alemán, que aquí sirve por lo anteriormente expuesto de extraordinario término de comparación, nuestro texto constitucional contiene un sistema más restrictivo y rígido de limitación de derechos fundamentales en situaciones de normalidad, «que en pocos casos se permite para la protección de bienes o valores infraconstitucionales, y en la mayoría de los casos se somete a una regulación por mayoría cualificada (ley orgánica de desarrollo del contenido de los derechos). Todo ello hace altamente ineficiente el régimen limitativo de las situaciones ordinarias para las situaciones extraordinarias, por su poca ductibilidad y su difícil adaptación a estas. De ahí que la CE de 1978 haya tenido que optar por una medida mucho más drástica, cual es la suspensión con todas las consecuencias dogmáticas que de ello se derivan». (Aláez Corral, 2004, p. 244).

En particular, se ha dicho acertadamente, con fundamento en la STC 83/2016, de 28 de abril, que a la incapacidad del estado de alarma para suspender derechos fundamentales (ex art. 55.1 de la CE), no se opone el que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, asevere: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Ello por un motivo evidente: la Ley Orgánica no puede derogar un precepto constitucional, lo que obliga a que esa inconcreta cláusula de que la autoridad sanitaria podrá adoptar «las [medidas] que se consideren necesarias», hay que entenderla no como equivalente a una habilitación a las autoridades sanitarias para proceder a una suspensión de derechos con carácter general, sino a una autorización para proceder a meras restricciones o limitaciones de los mismos con carácter particular (Álvarez García, 2020, pp. 6-7).

### 3.2. La crítica por la suspensión de derechos

En primer lugar, ha de partirse de la diferencia entre suspensión colectiva –o general– de derechos y suspensión individual de los mismos (art. 55, apartados 1 y 2 de la CE, respectivamente. Fernández-Fontecha, 2020). La suspensión colectiva de derechos posee la garantía constitucional de que únicamente cabe realizarla mediante la declaración de los estados de excepción y sitio –nótese que la Constitución excluye a estos efectos el estado de alarma–, pudiendo afectar a los derechos a los que se refiere el artículo 55.1 de la Constitución: derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17, salvo su apartado 3 que únicamente cabe suspender bajo el estado de sitio), derecho al honor, intimidad personal, familiar y propia imagen (art. 18, apartados 2 y 3), libertad de circulación y desplazamiento (art. 19), libertad de expresión e información (art. 20.1. a) y d)), de reunión (art. 21), derecho de huelga (art. 28.2) y conflicto colectivo (art. 37, apartado 2). En el caso de la suspensión individual el artículo 55.2 prevé también garantías especiales, como son la previsión por ley orgánica, el carácter individual, la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario y el requisito de la existencia de una investigación correspondiente a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Bien es cierto que la LOEAES en sus artículos 11 y 12, al configurar el estado de alarma ha permitido lo que Cruz

Villalón ha denominado un tercer estado de los derechos fundamentales, «que no sería ni el de su plena vigencia ni el de la suspensión de los mismos», es decir, «en un régimen particularmente restrictivo del ejercicio de tales derechos sin que pudiera llegar a afectar a su contenido esencial, supuesto este último que se identificara con el de suspensión» (Cruz Villalón, 1984, pp. 75-76). Esto mismo aparece confirmado por la STC 83/2016 que señala en su FJ 8 que «la declaración del estado de alarma no permite suspensión de ningún derecho fundamental (...) aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

Una vez sentado lo anterior, cabe decir, respecto del estado de alarma declarado en 2010, en relación con las medidas adoptadas, que además de infracción legal en la movilización, lo que hubo respecto de la militarización fue, primariamente, una infracción constitucional. La norma que declaró el estado de alarma supuso una militarización no simplemente operativa, sino la consideración de los controladores como personal militar, sometidos a las órdenes directas de los mandos militares en el control del tráfico aéreo, y, caso de incumplimiento, su sanción con arreglo a las leyes disciplinarias y penales militares.

Esto supuso, *de iure*: a) Una suspensión del derecho de huelga –caso de que se hubiese querido instrumentar el conflicto por esta vía–, de conformidad con su normativa reguladora (suspensión sólo permitida bajo el estado de excepción) puesto que su ejercicio hubiera resultado delictivo bajo la vigencia del estado de alarma, al poseer esta consideración en el Código Penal militar. Prohibición –y no simplemente limitación–, por tanto, de ejercicio del derecho fundamental del artículo 28 de la CE. b) Una extensión de la jurisdicción militar fuera del ámbito estrictamente castrense y de los supuestos de estado de sitio, que es el único ámbito constitucionalmente posible de este orden jurisdiccional (art. 117.5 de la CE) junto con la sumisión de los controladores aéreos a las leyes penales y disciplinarias militares, en atención a su consideración como personal militar. Por tanto, una suspensión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, así como del derecho a la legalidad en materia sancionadora penal, establecidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución. Desde el punto de vista jurídico hay que decir que difícilmente puede superarse el test de la necesidad y proporcionalidad de las medidas tomadas, que en teoría deberían ser las menos lesivas para los derechos implicados, ponderando todas las circunstancias concurrentes, si no se ha superado previamente el test de la legalidad. De todo lo anterior parece desprenderse la conclusión de que el Gobierno declaró un estado de alarma, para hacer frente, como se ha expuesto con ocasión de la crítica a la concentración del poder del estado de alarma declarado en 2010, a un supuesto de hecho para el que la Ley requería la declaración de un estado de excepción, y adoptando el Gobierno, unilateralmente, y sin la previa intervención del Congreso de los Diputados, medidas propias de un estado de sitio (Sieira Mucientes, 2018, p. 382).

Si la crítica por la suspensión de derechos es bastante evidente en el caso del estado de alarma declarado en 2010, no puede serlo menos respecto del declarado en 2020, máxime si se tiene en cuenta la extensión, tanto espacial como temporal, de las medidas adoptadas, que incidieron decisivamente en las libertades de la ciudadanía con un carácter amplísimo y sin precedentes en el vigente constitucionalismo.

El real decreto 463/2020, declarativo del estado de alarma, ha supuesto jurídicamente una suspensión individualizada de los derechos. No es por tanto una aplicación del artículo 55.1 de la CE, pues no se ha declarado formalmente el estado de excepción o de sitio, únicos que permiten una suspensión general o colectiva. «El estado de alarma, en su regulación en la Ley Orgánica 4/1981, se refiere siempre en

cuanto a residencia y circulación, a restricciones temporales localizadas, en el espacio y en el tiempo» (Fernández-Fontecha, 2020).

Ya en una primera aproximación doctrinal sobre la cuestión, fechada el 13 de marzo de 2020, se afirmaba que «la muy limitada duración temporal de la declaración del estado de alarma [quince días, bien que prorrogables con autorización del Congreso de los Diputados ex artículo 6.2 LOEAES] como, en especial, la inviabilidad de que a su amparo pueda suspenderse el ejercicio de derechos fundamentales [en particular, de los reconocidos, como se viene diciendo, en los artículos 17 y 19 del texto constitucional], torna en insuficiente el marco normativo del estado de alarma y, con él, de las medidas cuya adopción puede habilitarse, para hacer frente a una situación del tal gravedad como la generada por Emergencia vírica» (Alegre Ávila/Sánchez Lamelas, 2020, punto 5º).

Respecto de la libertad de circulación, se ha afirmado que el artículo 7 del real decreto 463/2020, titulado «limitación de la libertad de circulación de las personas» prohíbe la circulación por las vías públicas, con una serie de excepciones que se exponen en un elenco cerrado; es decir: la norma es la prohibición de circulación, la excepción el permiso para muy concretas actividades –imprescindibles para la propia supervivencia adquisición de alimentos y fármacos, así como para acudir a centros sanitarios y entidades financieras–, ayudas a otros que lo precisen, acudir a centros de trabajo y causas de fuerza mayor o necesidad. Existe una discordancia entre lo previsto por la ley orgánica «que parte de que el estado de alarma justifica la aprobación de restricciones y condicionamientos a una libertad general de circulación» y lo incluido en el real decreto 463/2020 que lo declaró, «que contempla una serie de excepciones a una limitación general de dicha libertad de circulación» (Presno Linera, 2020, p. 57). En el mismo sentido, se habla de una auténtica «suspensión general» (Díaz Revoiro, 2020). En suma, estas medidas «desdibujan el contenido esencial del derecho» por lo que podrían ser inconstitucionales (Cotino Hueso, 2020a).

Desde la óptica de la definición del contenido esencial del derecho, las medidas propias del estado de alarma han incidido de modo singular en el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17 de la CE, así como en la libertad de circulación y desplazamiento (art. 19), sometiéndolos a limitaciones que los hacen irrecognoscibles por impracticables o los dificultan más allá de lo razonable, por lo que pueden estar incidiendo directamente en la configuración de su contenido esencial tal y como lo definió la célebre STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8. Por ello, un importante sector doctrinal asevera que hubiera sido preferible declarar el estado de excepción en tanto permite la suspensión efectiva de los derechos mencionados y los concordantes como el de reunión (Alegre Ávila/Sánchez Lamelas, 2020, Álvarez García, 2020, Amoedo Souto, 2020, p. 67 nota 1, Aragón Reyes, 2020, Cotino 2020, Díaz Revoiro, 2020, Presno 2020).

No obstante, en la práctica, la diferencia entre limitación y suspensión no es sencilla, como lo pone de manifiesto la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, al distinguir –dentro de los límites que pueden imponerse a derechos fundamentales– entre «restricciones directas del derecho fundamental mismo» y «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental». Mientras en el primer caso estaríamos ante «una forma de desarrollo del derecho fundamental» –prohibida si no es mediante Ley Orgánica, ex artículo 81 de la Constitución– en el segundo «los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE». Este es el fundamento jurídico al que alude la doctrina que, por otra parte, defiende la adecuación del estado de alarma

para la presente crisis, que viene a sostener, en definitiva, que las medidas tomadas, en particular la obligación de confinamiento de la práctica totalidad de la ciudadanía, se trataría de restricciones de modo, tiempo y lugar, que además vendrían justificadas en su conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad, dadas las circunstancias, entendiéndose, por tanto, su adecuación a derecho (Álvarez García, 2020b, Bacigalupo, 2020, De la Quadra Salcedo, 2020, Lozano Cutanda, 2020, Tajadura Tejada, 2020, Velasco Caballero 2020).

En fin, hay un sector que ha apuntado que es discutible que se cumplan los presupuestos de hecho para poder declarar el estado de excepción, (Álvarez García, 2020, p. 10, Cruz Villalón, 2020, Presno Linera, 2020b); presupuestos de hecho que vinculan con la grave alteración del orden público y que configuran la distinción de los estados excepcionales de modo cualitativo y no gradual. Desde esta óptica, como el estado de excepción no comporta un segundo grado de respuesta a una crisis que se agrava por el transcurso del tiempo, sino un estado cualitativamente distinto del estado de alarma, configurado objetivamente por la concurrencia del supuesto de hecho de grave alteración del orden público, sin que basten para restablecerlo el ejercicio de las potestades ordinarias de las autoridades competentes, no se cumpliría el supuesto de hecho para declarar el estado de excepción.

En opinión de quien suscribe estas líneas, para la garantía los derechos fundamentales por las importantes restricciones impuestas colectivamente a los ciudadanos, hubiera sido necesario declarar el estado de excepción, y a ello no obsta la consideración de que los tres estados del artículo 116, conforme han sido desarrollados en la LOEAES, no posean una estructura gradual, porque en el momento de declararse el estado de alarma, 14 de marzo de 2020, se cumplía el supuesto de hecho del estado de excepción, sin forzar en modo alguno la dicción literal del artículo 13.1 de la LOEAES: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

Efectivamente, en aquel momento, a tenor de lo que estaba aconteciendo en Italia, estado que iba un paso por delante de España, en el tiempo, en la gestión de esta crisis, resultaba claro que habrían de imponerse, como mínimo, medidas de confinamiento de la población –restricción del derecho a la libertad personal y de la libertad de circulación y desplazamiento (arts. 17 y 19 de la CE)–. También resultaba claro que desde el 10 de marzo se habían suspendido juicios, y el Consejo General del Poder Judicial aprobó el 13 de marzo de forma coordinada con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, los servicios esenciales en el ámbito de la Justicia. Las Comunidades Autónomas, recuérdese, habían empezado a tomar medidas de confinamiento desde el 24 de febrero. El Consejo Interterritorial de Salud había aprobado el día 9 de marzo medidas de distancia interpersonal en los centros de trabajo recomendándose el teletrabajo, y cierre de colegios y centros educativos, a lo que hay que añadir la suspensión de actos públicos, tiempo antes de declararse el estado de alarma y la prohibición de vuelos (los primeros, el 10 de marzo, procedentes de Italia) u otros transportes. El Congreso había tomado ya las primeras medidas desde el 10 de marzo, a la vista de la situación epidemiológica de la Comunidad de Madrid y la confirmación de los primeros casos de coronavirus entre los diputados, en que decidió suspenderse la actividad parlamentaria prevista para esa semana, por lo que estaba funcionando ya en régimen de asistencia restringida de personal y para temas urgentes, siendo así que la Mesa de la Cámara acordó la

suspensión los plazos parlamentarios a partir del mismo día 14 de marzo. Hay que recordar que el día 17 de marzo se celebró el primer Consejo de Ministros por vía telemática de la historia.

A todas luces, la crisis desbordaba el marco de una simple crisis sanitaria y tenía connotaciones de quiebra grave del orden público en los términos señalados por la Ley Orgánica –pues tocaba de lleno a la participación ciudadana–. En tal sentido, cabe señalar que el concepto de orden público que es aquí pertinente no es el de «tranquilidad» o «quietud» de los ciudadanos, sino de participación activa de estos en la totalidad del ordenamiento, participación activa plena de todos los ciudadanos en la vida jurídica, con expresión de todos sus derechos, lo que implica una construcción positiva del concepto (Álvarez García, 2013, pp. 29 y ss.).

Cuestión distinta es la valoración, legítima por parte de cualquier Gobierno, (desde el importante punto de vista de la simbología política) de la conveniencia de declarar un estado de excepción, cuyo mismo *nomen iuris* podría causar bastante más «alarma» (valga la expresión) entre la población, que el «estado de alarma», habida cuenta la conflictiva consideración que las medidas del derecho de excepción tienen en Europa, como aquí se ha expuesto. No es este el lugar de cuestionar las medidas tomadas, desde el punto de vista material, que en todo caso parecieron necesarias y proporcionadas a la autoridad competente según el criterio del Centro de Coordinación y de Alertas y Emergencias Sanitarias. Pero sí debe hacerse una crítica desde el punto de vista de la juridicidad de las mismas, en cuanto a la eventual suspensión general de derechos fundamentales que comportaron dichas medidas, que hubiera estado justificada por medio de un estado de excepción, estado que, por lo demás, exige una autorización en el Congreso por mayoría simple (art. 13 de la LOEAES), mayoría que estaba en aquellas fechas asegurada (el Pleno de la semana que aprobó la primera prórroga del estado de alarma, primera ocasión en que se votaba algo en la Cámara Baja tras la comunicación del Gobierno sobre su declaración, fueron convalidados por una amplia mayoría varios Decretos-Leyes, como sucedió con la misma prórroga de dicho estado (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, 25 de marzo de 2020). Nada hubiera obstado que la semana en que se declaró el estado de alarma, en lugar de una comunicación del real decreto aprobado el día 14, en el Congreso hubiera habido una solicitud de autorización por parte del Gobierno del estado de excepción y su votación, que hubiera resultado, previsiblemente, favorable.

Por otra parte, a esta misma conclusión nos aboca la consideración del concepto de suspensión general de los derechos. La suspensión general que opera el artículo 55.1 de la Constitución no es una mera «desfundamentación» que libera a los poderes públicos de la obligación de respetar el contenido esencial del derecho fundamental mientras dure la situación de crisis, pero la norma constitucional de cobertura del mismo permanece vigente durante tal situación; sino que opera una auténtica «desconstitucionalización», es decir, la suspensión general, en nuestra Constitución, mediante la declaración del estado de excepción o de sitio, actúa generando una pérdida temporal de vigencia de la norma constitucional relativa al derecho fundamental, y esta consecuencia tan grave solo puede anudarse a la declaración de estos dos estados de excepción y sitio, por disposición expresa de la propia Constitución, y esto es algo claramente vedado al estado de alarma (Aláez Corral, 2004, pp. 243-244). La medida del confinamiento es la más intensa restricción de la libertad personal que, en general, la gran mayoría de los ciudadanos no privados de libertad en virtud de actuaciones judiciales, han sufrido en sus vidas, y esta medida ha sido prolongada en el tiempo, con acusada incertidumbre en cuanto a la finalización de la misma –pues las prórrogas del estado de alarma no están constitucionalmente limitadas a un número determinado–. Se ha obligado a permanecer en el domicilio, bajo la amenaza de sanciones penales y administrativas,

esto equivale a un vaciamiento del contenido del derecho a la libertad deambulatoria y a la libre circulación. El artículo 7 del real decreto declarativo del estado de alarma, que se titula «limitación de la libertad de circulación de las personas» (más que de limitación habría que hablar de suspensión), denominando limitación a lo que en realidad es una suspensión general. Como con ironía se ha señalado, «es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le ha limitado o restringido su ejercicio...cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?» (Álvarez García, 2020, pp. 12-13).

Esta suspensión general de derechos ha sido particularmente visible, respecto del derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17, uno de los fundamentos más básicos del sistema de libertades, en relación con los centros residenciales para las personas de la tercera edad, en que dicha medida ha tenido, durante meses, una similitud importante, ya no con un arresto domiciliario, sino con el régimen de internamiento de primer grado en los centros penitenciarios –aislamiento en celda–.

### 3.3. La crítica por el control judicial

A la insuficiencia de cobertura jurídica de las medidas tomadas se une, como no puede ser de otro modo, la correlativa insuficiencia por el lado de las garantías jurisdiccionales.

En el estado de alarma de 2010 cabe decir, respecto del control judicial, que la comentada extralimitación material de los decretos de declaración y prórroga no pudo ser fiscalizada, ni por la jurisdicción ordinaria ni por el Tribunal Constitucional, pues, como señaló la STC 83/2016 de 28 de abril, estos decretos son normas con fuerza de ley y sólo cabe controlarlas en vía de recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad, con la limitada legitimación que estos procesos poseen. Como fue el caso, cuando hay acuerdo mayoritario entre los Grupos parlamentarios, sobre la conveniencia u oportunidad política de lo actuado por el Gobierno, resulta difícil controlar la constitucionalidad de estas normas, pues lógicamente ninguno de los legitimados creará oportuno interponer dicho recurso. Según esta sentencia, las normas con fuerza de ley, no son tales en función del origen parlamentario de los actos, sino de su contenido y efectos sobre el ordenamiento jurídico, pues es capaz de excepcionar, suspender o modificar la aplicabilidad de ciertas normas legales. Por tanto, para el Tribunal Constitucional quedan excluidas, en razón de su naturaleza, del ámbito de fiscalización de la jurisdicción ordinaria. En su momento esto ya abrió un frente de crítica doctrinal por la limitación de la legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional, que se ha acentuado con ocasión de la declaración del estado de alarma en 2020, por las razones que siguen.

Cabría, en primer lugar, plantearse si los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma de 2020 pueden considerarse «leyes autoaplicativas». Así se desprende del dictamen en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del recurso 1/99/2020, favorable, precisamente por el carácter autoaplicativo que tendrían dichos decretos, al control de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma por parte del Tribunal Supremo, si resultan *ultra vires* de lo permitido por la LOEAES, de manera similar a lo que acontecería con el control de los decretos legislativos dictados *ultra vires* de la delegación parlamentaria, dictamen inédito a la publicación de estas páginas y firmado por cinco catedráticos de Derecho

constitucional (Díaz Revoiro, Flores Juberías, Ruiz Miguel, Ruiz Robledo, y Vera Santos).

Al respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de tal tipo de leyes, definidas como aquellas que «contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto» (STC 203/2013, FJ 3) y también, «aquellas que no requieren el dictado de un acto administrativo de aplicación», por lo que los interesados «solo pueden solicitar del juez el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional» (STC 129/2013, FJ 6 a). El canon de constitucionalidad del artículo 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva) no se respetaría en el caso de las leyes autoaplicativas, pues no contienen recurso posible al alcance de los interesados, (fuera del que, por voluntad del juez, pueda interponerse ante el Tribunal Constitucional vía cuestión de inconstitucionalidad) resultando que «el canon del artículo 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto afecte a derechos o intereses legítimos de los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura» (STC 129/2013, FJ 4). En tal sentido, la STC 231/2015, recogió la «prohibición del condicionamiento del ejercicio de derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales» (FJ 3). Todo ello se sistematizó en la STC 170/2016 que recoge resumidamente las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de las leyes autoaplicativas.

Pues bien, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la problemática que emerge del mencionado dictamen y que se planteaba ya desde 2010. El Auto 278/2020 de 4 de mayo (número de recurso 99/2020) no considera que la norma declarativa del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas posean carácter autoaplicativo, y, reiterando su propia doctrina sentada con ocasión de la impugnación del decreto declarativo del estado de alarma en 2010, estima que al haber sido informado por el Congreso de los Diputados, se trata de una norma con rango de ley cuyo enjuiciamiento excede en todo caso los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perjuicio de ello, señala a continuación: «Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional» (FJ 4). Y, en lo relativo a la materia que nos ocupa, señala: «La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas, pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación» (FJ 5). E incluso avanza en la siguiente dirección: «Si como consecuencia o con ocasión de dichas impugnaciones resultase la existencia de contradicción de las disposiciones normativas contenidas en la declaración de estado de alarma o en sus prórrogas con la Constitución, esta Sala, o el órgano jurisdiccional competente en cada caso, promovería cuestión de inconstitucionalidad, como indica en forma expresa la doctrina constitucional (ATC 7/2012, FJ 3 y STC 83/2016, de 28 de abril FJ 11) sin perjuicio de lo que se pudiera acordar en forma cautelar al efectuar dicho control».

Confirmada así la posición del Tribunal Supremo sobre la tutela judicial en materia de aplicación de las normas del estado de alarma, al Tribunal Constitucional le corresponderá el enjuiciamiento de la cuestión sobre la extralimitación de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma respecto de su incidencia en los derechos fundamentales.

Hasta este momento, el Tribunal Constitucional únicamente se ha pronunciado, preliminarmente, para inadmitir un recurso de amparo interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT), contra la Sentencia núm. 136/2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, dictada en el procedimiento derecho de reunión núm. 152-2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la comunicación de la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo. Como había hecho la resolución judicial impugnada, no consideró necesario entrar en el debate de si la norma declarativa del estado de alarma presentaba cobertura jurídica suficiente para suspender el derecho de reunión, sino que, resumiendo, se centró en la justificación ofrecida por la Delegación del Gobierno que tuvo a bien no autorizarla básicamente por el riesgo derivado del contagio del COVID-19 para la salud de las personas en la fecha en que estaba convocada, el 1 de mayo, y en la ciudad de Vigo, una de las más afectadas según los informes correspondientes.

A tenor de lo expuesto hasta aquí, es bastante previsible la judicialización de no pocos asuntos en relación con el estado de alarma declarado en 2020 (Aparicio, 2020, p. 33). Basten, como botón de muestra, las iniciales Sentencias de la Sección 1 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 30 de abril de 2020, que estimó no haber lugar a la suspensión de una manifestación el 1 de mayo, por insuficiencia de cobertura normativa en el real decreto 463/2020, que no habilitaba a la suspensión del derecho de reunión –artículo 21 de la Constitución– por lo que procedió a su autorización; así como la Sentencia del Juzgado de lo Social Único de Teruel, de 3 de junio de 2020, condenando a la Administración sanitaria de Aragón, así como a su Diputación provincial, administraciones empleadoras, por lesión del derecho a la integridad física y a la salud –artículo 15 de la Constitución– de su personal por insuficiente provisión de los equipos de protección individual frente al coronavirus para poder ejercer sus funciones en condiciones de seguridad.

Avanzando en relación con la garantía judicial, se ha comentado ya la introducción en 2015, vía reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del artículo 8.6. 2º LJCA, la autorización o ratificación judicial de las medidas impuestas en virtud del derecho ordinario de necesidad por las autoridades estatales, autonómicas o locales, es decir, de las medidas dictadas en virtud de las cláusulas generales en caso de emergencia sanitaria. De todas ellas, además, solo la LOMESP prevé una autorización previa, la cual ha supuesto una crítica doctrinal, porque al no existir un procedimiento para el caso de confinamiento, debe acudir a las normas que se establecen para el caso de internamiento de incapaces por razones de trastorno psíquico (art. 763 de la LEC), única regulación disponible pero aplicable a un supuesto de hecho enteramente diferente, lo que no deja de producir inquietud, tratándose del derecho a la libertad personal; adicionalmente, el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo no dispone de juzgados de guardia, terminando la autorización de las medidas por convertirse en una mera convalidación *a posteriori* (Cierco Seira, 2005, p. 221). Así pues, todos los poderes ejercidos en virtud del derecho ordinario de necesidad deben ser supervisados judicialmente, lo cual está en consonancia con lo establecido por la Constitución cuando se trata de una suspensión individual de derechos (arts. 53 y 55.1). Nada de esto, sin embargo, afecta a los estados excepcionales, que se configurarían como menos garantistas en este punto que el derecho ordinario de emergencia. No obstante, se ha producido un llamativo pronunciamiento judicial en aplicación del mencionado artículo 8.6.2 de la LJCA, la sentencia de la juez de guardia de Lleida de 12 de julio de 2020 que suspendió cautelarmente las medidas especiales en materia de salud pública que establecían un confinamiento poblacional general para la comarca del Segriá, acordadas por la Generalitat de Catalunya, considerando que dichas medidas excedían de lo que en

aplicación de la LOMESP correspondía al Govern de Catalunya. En respuesta a esta sentencia se dictó un decreto-ley cuyo eventual control corresponderá asimismo al Tribunal Constitucional.

En este ámbito del control judicial, adicionalmente, no puede dejar de manifestarse la paradoja que supone que algunas de las medidas del estado de alarma se dictaran por remisión a la LOMESP, a través del artículo 12 de la LOEAES, y éstas, en tanto pueden limitar derechos fundamentales, no remitieran a intervención judicial alguna, que sí se habría producido en caso de haberse aplicado directamente la norma sanitaria indicada. Además, para mayor oscuridad de la cuestión, la disposición final, apartado 1 del real decreto 463/2020 prescribe: «quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas siempre que resulten compatibles con este real decreto», lo que podría significar que el orden contencioso-administrativo ya no pueda pronunciarse sobre la legalidad de unas actuaciones que han obtenido una convalidación por imperio de una norma con rango o valor de ley, lo cual, además, se extiende incluso a aquellas que se hayan impuesto por las autoridades autonómicas y locales con incidencia en derechos fundamentales. Se ha privado, en este punto, de garantías judiciales, mediante un instrumento, el estado de alarma, que va más allá de lo constitucionalmente adecuado.

También en este ámbito del control judicial, se ha criticado la extensión material y temporal de las medidas impuestas por los decretos-leyes que han acompañado y completado la regulación de las medidas propias del estado de alarma, porque que la justificación de la «extraordinaria y urgente necesidad» de los decretos-leyes dictados bajo la vigencia del estado de alarma es hacer frente a la crisis sanitaria, pero de hecho la normativa de dichos decretos-leyes es más amplia. Desde el punto de vista material se ha podido decir que todas aquellas cuestiones, muy numerosas, que previsiblemente afectarán, de modo duradero, al modelo económico-social de los años venideros, y que afectarán a la Constitución económica, más que residenciarse en normas gubernamentales debieran ser objeto de consenso entre las fuerzas políticas, cosa que por cierto se ha reconocido desde el ámbito político con una convocatoria –más allá del mayor o menor acierto de su nomenclatura– a unos nuevos «Pactos de la Moncloa», similares a los que se dieron en los albores de nuestra democracia. Desde el punto de vista temporal, el control judicial de la proporcionalidad de las medidas de los decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma es una garantía, pero esta desaparece cuando las medidas se hacen permanentes por medio del recurso al decreto-ley, que podría continuar vigente, si es convalidado o convertido en ley mucho tiempo después de la finalización del estado de alarma. Esta confusión, ciertamente, no ayuda en el ámbito de las garantías de los derechos. (Un elenco de problemas derivados de la regulación de aspectos conexos con la crisis del coronavirus de modo permanente por decreto-ley e incluso por normas con rango de orden ministerial, puede verse en Fernández de Gatta, 2020, p. 14 ss.).

Finalmente, de modo conexo a lo dicho hasta aquí sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad y a las libertades de circulación y desplazamiento (arts. 17 y 19 de la CE) en relación con su control judicial, se ha criticado también la posible infracción del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 de la CE). Se ha dicho, con acierto, que estamos ante la primera vez que el cumplimiento de las restricciones establecidas en estado de alarma se garantiza con medidas sancionadoras de eficacia general (Amoedo Souto, 2020, p. 68). El real decreto 463/2020 establece en su artículo 20 el siguiente régimen sancionador: «El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades

competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». Con ello, se ha renunciado a establecer un derecho sancionador propio de este estado excepcional, remitiéndose a la legislación ordinaria, y resultando, por ello, íntegramente aplicables el Código Penal, así como los preceptos relativos a los principios de la potestad sancionadora que se prevén en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, los relativos a los procedimientos sancionadores que se contienen en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y otras: los artículos 35 y 36 de la Ley 14/1985, General de Sanidad; el título VI de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, el título VI de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (con exclusión de la Ley 6/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que carece de apartado sancionador), además de la legislación autonómica aplicable.

Un segundo frente de crítica al derecho sancionador en este ámbito se ha situado, en particular, en la aplicabilidad de la Ley 4/2015 de protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 36.6 ha sido utilizado, en tanto tipo de «desobediencia a la autoridad», como cobertura jurídica de las sanciones impuestas por incumplimiento del confinamiento, en virtud del artículo 7 del real decreto 463/2020. La polémica se ha centrado en la posibilidad de imponer directamente estas sanciones cuando el precepto legal apunta la necesidad de un requerimiento previo por parte de los agentes de la autoridad para poder imponer las sanciones correspondientes (Informe de la Abogacía General del Estado de 2 de abril de 2020. En el mismo sentido, Rodríguez Fernández, 2020 y Pleite Guadamillas, 2020). En esta misma dirección se ha criticado la infracción del principio de tipicidad de las sanciones, que no se cumple con las normas abiertas, siendo así que en la Ley de Seguridad Ciudadana no hay un tipo sancionador, imprescindible según el artículo 25 de la Constitución, para sancionar, por ejemplo, pasear por la calle (Fernández-Fontecha, 2020). La inseguridad jurídica generada en este ámbito parece patente, tanto más cuanto que el artículo 1 apartado 3 de la LOEAES, es que al finalizar el estado de alarma «decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes», lo que podría dejar en vía muerta miles de sanciones al finalizar, el 21 de junio, el estado de alarma.

#### 4. Conclusiones y perspectiva de futuro

Como ya sucedió en 2010, el estado de alarma declarado en 2020 se ha extralimitado en las medidas impuestas, comportando severas restricciones de los derechos fundamentales que poco distan de la consideración de una suspensión general de los mismos, y esto ha contribuido a desdibujar, más aún, los perfiles de una figura infrecuente en el constitucionalismo comparado y cuya introducción en la Constitución española resultó discutida desde el primer momento.

No estaría de más plantearse una modificación de la Constitución y de su Ley Orgánica de desarrollo, pues es imprescindible, por imperativo democrático, que el derecho de excepción tenga una configuración correcta que estimule su cumplimiento, para que no se resienta, en situaciones de crisis, el edificio constitucional, basado en dos pilares esenciales, separación de poderes y garantía de los derechos.

Continúa abierta la pregunta: ¿Para qué ha servido el estado de alarma, en realidad, en las ocasiones en que se ha puesto en práctica? Pues a la vista de lo expuesto, parece que sigue siendo un expediente de cobertura de una actuación

necesariamente urgente e inaplazable al que el Gobierno ha podido acudir por la simplicidad de su procedimiento inicial (que no tienen los estados de excepción ni de sitio) con vistas a atajar una crisis constitucional que, en su cualificada opinión, no hubiera podido ser reconducida de otro modo. Como quien suscribe estas líneas ya tuvo ocasión de exponer (Sieira Mucientes, 2018, pp. 390-391), nuestra Constitución no prevé en el derecho de excepción una vía de urgencia, que sí ha existido tradicionalmente en nuestro constitucionalismo histórico (Constituciones de 1869 y 1931) y que permitía al Gobierno la suspensión de garantías, bajo su exclusiva responsabilidad, en los casos de urgencia graves e inaplazables, debiendo el Parlamento, posteriormente, resolver sobre dicha suspensión. A este respecto, la Constitución de 1931 añadía una garantía adicional, la obligación de convocar al Parlamento en un plazo de ocho días, o, en su defecto, su convocatoria automática al noveno.

Sería indicado, además, si se optase por la recuperación en el texto constitucional de esta conveniente figura, un replanteamiento de su *nomen iuris*, reconduciendo los actuales estados de alarma y excepción (al fin y al cabo, la praxis se ha decantado por ofrecer algo aproximado a una mezcla entre ambas figuras) al que podría denominarse «estado de emergencia», expresión generalizada en el constitucionalismo comparado (véase la Compilación sobre los estados de emergencia de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 16 de abril de 2020 –Castella, 2020), y que puede resultar, valga la expresión, menos «alarmante» para la opinión pública, que las denominaciones «estado de alarma» y «estado de excepción». Un estado de emergencia para los supuestos de hecho que actualmente constituyen el sustrato de la declaración de los estados de alarma y excepción, y que pudiera comportar, con su mención en el artículo 55.1 en relación con el artículo 116 de la Constitución, una suspensión general de los derechos fundamentales indicados, con la necesaria convalidación parlamentaria posterior de las medidas en un plazo breve de tiempo, en todo caso, sensiblemente menor que el establecido para la convalidación de los decretos-leyes –los cuales no pueden, por su propia naturaleza, incidir en el contenido esencial de los derechos fundamentales–. Hay que advertir que la reforma constitucional, en este caso, sería la prevista en el artículo 168, reforma agravada, puesto que tendría incidencia en la sección primera del Capítulo segundo del Título I (derechos fundamentales) al regular la suspensión general de los mismos.

La opción del constituyente español de 1978, que se distanció prudentemente, en este punto, del de 1931, huyendo en su regulación de cualquier concentración de poder en el Ejecutivo que comportase una suspensión general de los derechos fundamentales sin contar con la intervención previa del Parlamento, puede calificarse de muy garantista, y loable, por la necesidad de marcar diferencias con el periodo autocrático inmediatamente anterior. Pero con ello, vistas las cosas desde la perspectiva de una vigencia de más de cuarenta años del texto constitucional y de las dos ocasiones en que el estado de alarma se ha activado en nuestro país, podría decirse que la Constitución ha imposibilitado su propia aplicación, instaurándose, por circunstancias de apremiante urgencia, una vía de hecho extrajurídica, que es tanto más perjudicial para el Estado de Derecho que su alternativa, la racionalización constitucional de dicha emergencia. Las tristes experiencias de los regímenes totalitarios del Siglo XX nos han enseñado que entre el «derecho de la crisis» y «la crisis del derecho», la distancia puede ser muy corta. Y ello, a pesar de que, desde la visión de Benjamin, con su crítica a «la teología política» y a «la Dictadura» de Schmitt, pudo demostrar que el estado de excepción es la regla, lo cual se aprecia de modo singularmente claro desde la óptica de los excluidos y más vulnerables. En este sentido, se ha llegado a afirmar que actualmente el dueño del estado de excepción es el mercado (Flores Díaz, 2014, p. 81), lo que, en el fondo, viene a asestar un segundo golpe a la idea de soberanía de Schmitt también desde ese ámbito, en nuestros días.

No hay, pues, debajo de la «costra constitucional» una sustancia, la soberanía, en permanente ebullición, que en ocasiones pueda romper la costra y dejarse ver en su expresión más descarnada, en cuanto violenta, sino que el orden constitucional lo abarca todo y sus principios y derechos son vinculantes incluso allí donde el orden constitucional resulte amenazado o parezca derrumbarse. Son los derechos humanos la sustancia de la Constitución. No hay otra. Basten, como reflexión final, las palabras de Massimo de la Torre: «El concepto de Derecho de los Modernos no puede ser aquel cargado de violencia e irracionalidad de un Martín Lutero o de un Carl Schmitt. Tampoco sirven el mandato amenazador de Bentham o Austin, o la regla sobre la sanción de Kelsen, o la maquinaria de la fuerza de la que habla Olivecrona, o el decisionismo judicial de Alf Ross. En el modelo neo-constitucionalista el Derecho no se apoya para su producción sobre el hecho de la violencia, la “usurpación” por ejemplo de la que habla Georg Jellinek, o sobre una decisión sin argumentos y razones. La violencia y la decisión sin razones por el contrario son vistas en principio como las situaciones que más repugnan al Derecho. La violación de la Constitución no formará parte del discurso del Derecho, aunque desde varios frentes se repita que es esta violación lo que se oculta bajo el barniz normativo de los conceptos jurídicos» (De la Torre, 2011, p. 65).

## Bibliografía

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y realidad constitucional*, 28, pp. 305-334.
- Aláez Corral, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En L. López Guerra y E. Espín Templado, (coords.), *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. (pp. 233-245). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Alegre Ávila, J.M., y Sánchez Lamelas, A. (2020). Nota en relación con la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica. En la página de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Recuperado de <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>
- Álvarez García, F.J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomía*, 6, pp. 1-56.
- Álvarez García, F.J. (2020). Estado de alarma o de excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, XL, pp. 308-328.
- Álvarez García, V. (2019). Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, pp. 1-39.
- Álvarez García, V., et al. (2020a). *Coronavirus y derecho: XVII. Unas consideraciones generales sobre a restricción de la libertad de circulación de las personas como medida de necesidad estelar del real decreto de declaración del estado de alarma*. Foro de Investigación en Ciencias sociales y Jurídicas. Recuperado de <https://forocsyj.com/2020/04/20/coronavirus-y-derecho-xviiunas-consideraciones-generales-sobre-la-restriccion-a-la-libertad-de-circulacion-de-las-personas-como-medida-de-necesidad-estelar-del-real-decreto-de-declaracion-de-estado/>
- Álvarez García, V., et al. (2020b). *Coronavirus y derecho XLII: las respuestas jurídicas iniciales de la Unión Europea frente a la epidemia de coronavirus*. Foro de Investigación en Ciencias sociales y Jurídicas. Recuperado de <https://forocsyj.com/2020/05/27/coronavirus-y-derecho-xlii-las-respuestas-juridicas-iniciales-de-la-union-europea-frente-a-la-epidemia-de-coronavirus-covid-19/>

- Amoedo Souto, C. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 66-77.
- Aparicio De Lázaro, J.R. (2020). Los estados de alarma y excepción como mecanismos legales ante una pandemia. *La Ley. Actualidad Administrativa*, 5, pp. 1-40.
- Aragón Reyes, M. (10 abril, 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*.
- Bacigalupo Saguisse, M. (26 marzo, 2020). Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito. Recuperado de <http://www.fidefundacion.es/>.
- Carro Martínez, A. (1998) Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional. En O. Alzaga Villalamil (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, Madrid: Cortes Generales y EDERSA.
- Castella Andreu, J.M. (2020). Compilación de la Comisión de Venecia de estudios e informes sobre el estado de alarma. *Iustel. Revista General de Derecho Constitucional*, 32, pp. 1-7.
- Cierco Seira, C. (2015). Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *Derecho y salud*, 13(2), pp. 211-256.
- Cotino Hueso, L. (2020). Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus. *Diario La Ley*, 9608, Sección Doctrina.
- Cotino Hueso, L. (2020). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 88-101.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. *Revista Española de Derecho constitucional*, 1(2), pp. 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1981). La protección extraordinaria del Estado. En E. García De Enterría (coord.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Madrid, España: Civitas.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid, España: Tecnos.
- Cruz Villalón, P. (17 abril, 2020). La Constitución bajo el estado de alarma. *El País*.
- De La Quadra Salcedo, T. (8 abril, 2020). Límite y restricción, no suspensión. *El País*.
- Díaz Revoiro, J. (19 marzo, 2020). Cosas de juristas. [Post en blog]. Recuperado de <http://www.javierdiazrevoiro.com/>.
- European Parliament Research Service. (2020). *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States*, PE 649.408.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2020). Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, 9641.
- Fernández-Fontecha Torres, M. (31 marzo, 2020). Supremacía de la Constitución. La excepción y el Derecho. [Artículo en Web]. Recuperado de <https://elderecho.com/la-excepcion-derecho>.
- Flores Díaz, C.A. (2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*, 50, pp. 43-86.
- Khakee, A. (2009). Securing democracy? A comparative analysis of Emergency Powers in Europe. *Geneva Centre for the Democratic Control of the Armed Forces, Policy Paper*, 30, pp. 1-40.
- Lozano Cutanda, B. (2020). Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma. *Diario La Ley*, 9601, Sección Tribuna.
- Mateu Ros Y Cerezo. (1988). Estados de alarma, excepción y sitio. En VVAA, *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales.

- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31.
- Pleite Guadamillas, F. (2020). Las sanciones derivadas del estado de alarma. *La Ley, Actualidad administrativa*, 5, sección actualidad, pp. 1-7.
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 54-65.
- Presno Linera, M.A. (26 marzo, 2020). ¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus?. [Artículo en Web]. Recuperado de <https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus-134806>.
- Rodríguez Fernández, R. (2020). Problemática sobre el derecho sancionador en el estado de alarma. *Diario La Ley*, 9632.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Sedano Lorenzo, A. (2015). *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de los controladores aéreos*. Madrid, España: Liber Factory.
- Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de las Cortes Generales*, 104, pp. 361-393.
- Servicio de Investigación del Parlamento Europeo. (2020). *Estado de emergencia en respuesta a la crisis del coronavirus: situación en varios Estados Miembros*. PE 649.408.
- Tajadura Tejada, J. (20 marzo, 2020). Derecho de crisis y Constitución. *El País*.
- De La Torre, M. (2011). Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y estado de excepción. *Derechos y libertades*, 24, Época II, pp. 45-66.
- Troper, M. El estado de excepción no tiene nada de excepcional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27. Recuperado de [http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08\\_TROPER.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm)
- Velasco Caballero, F. (2020). Libertad, Covid-19 y proporcionalidad (I): fundamentos para un control de constitucionalidad [Post en Blog]. Recuperado de <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/05/30/libertad-covid-19-y-proporcionalidad-i-fundamentos-para-un-control-de-constitucionalidad/>
- Villar Crespo, G. (2020). Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español. *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, 54, pp. 1-52.

# Falta de servicio (en Derecho chileno)\*

## Lack of service (in Chilean law)

Claudio Antonio Agüero San Juan

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

ORCID 0000-0002-7005-2979

[caguero@uahurtado.cl](mailto:caguero@uahurtado.cl)

Cita recomendada:

Agüero San Juan, C. A. (2020). Falta de servicio (en Derecho chileno). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 306-316.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5713>

Recibido / received: 03/12/2019  
Aceptado / accepted: 25/08/2020

### Resumen

Este trabajo presenta una síntesis de los significados de la locución «falta de servicio» en el Derecho administrativo chileno, entre los años 1976 y 2002. Se sostiene que esa expresión designó, por una parte, a la traducción de la locución francesa *faute de service* que realizó el legislador chileno; y, por otra, a dos tesis interpretativas sobre disposiciones normativas nacionales que fueron creadas por juristas chilenos: i) una tesis local o idiosincrásica definió la expresión como una hipótesis de responsabilidad objetiva en ausencia de un servicio público, y ii) una tesis defendió la idea de que se trató de un trasplante legal y definió la expresión como una hipótesis de responsabilidad subjetiva o por negligencia del servicio conforme a su uso en Francia.

### Palabras clave

Responsabilidad del Estado, falta de servicio, *faute de service*, trasplante legal, interpretación jurídica, metajurisprudencia, Derecho Administrativo chileno.

### Abstract

*This paper presents a synthesis of meaning of the phrase «lack of service» in Chilean Administrative Law between 1976 and 2002. In first instance, it is argued that this expression designated the French translation of the locution *faute de service* done by Chilean legislation. On the other hand, it designated two interpretative theses on national normative dispositions that were created by Chilean jurists: i) a local or idiosyncratic thesis defined the expression as a hypothesis of objective responsibility for the absence of a public service, and ii) a thesis defended the idea that it was a legal transplant and defined the expression as a hypothesis of subjective responsibility or negligence of the service according to its use in France.*

### Keywords

*State liability, lack of service, *faute de service*, dogmatic concepts, legal transplant, legal interpretation, metajurisprudence, Chilean administrative law.*

\*Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1161025.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Dos interpretaciones para la «falta de servicio». 2.1. La interpretación folk. 2.2. La interpretación pro trasplante. 3. Conclusiones metajurisprudenciales.

## 1. Introducción

La expresión «falta de servicio» fue introducida en la legislación chilena por la dictadura del general Augusto Pinochet<sup>1</sup>. La primera disposición normativa<sup>2</sup> que –de forma indirecta– se refirió a esa expresión fue el artículo 62 inciso tercero del Decreto Ley N° 1.289, que fijó la antigua ley orgánica de municipalidades<sup>3</sup>. Ahí no se usó la expresión, sino que una paráfrasis de la definición dada por Paul Duez. Durante los últimos años de la dictadura, en 1986, la expresión «falta de servicio» fue usada en la redacción del texto del artículo 44 de la Ley N° 18.575 –Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>4</sup>–, y no ha sido objeto de modificaciones. Luego, en el año 1988, el texto del inciso tercero del artículo 62 del Decreto Ley N° 1.289 fue modificado por la dictadura –la ley se llamó Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695– y la disposición pasó al artículo 152 e incluyó la locución indicada<sup>5</sup>. Este texto está vigente.

La innovación léxica de las leyes N° 18.575 y N° 18.695 introdujo la concepción francesa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho chileno. Ese propósito quedó registrado en el proceso legislativo de la dictadura<sup>6</sup>. Los antecedentes legislativos y la redacción de las disposiciones citadas permiten sostener que la expresión *faute de service* proveniente del Derecho francés fue traducida como «falta de servicio» por el legislador chileno. La imperfección de la traducción es patente. La palabra francesa *faute*, que significa culpa o negligencia, fue traducida como «falta»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> En el Derecho chileno, fuera de los márgenes del Derecho administrativo, la expresión ya circulaba hace un tiempo. Por ejemplo, Arturo Alessandri cita el clásico trabajo de Paul Duez (la edición de 1938) en su obra sobre la responsabilidad extracontractual en Chile, aunque no se extiende sobre la expresión «falta de servicio» (Alessandri, 1943, p. 315).

<sup>2</sup> El lenguaje teórico y metateórico que uso en este trabajo se corresponde con el utilizado por la Escuela de Génova. Por todos, ver Chiassoni, (2011).

<sup>3</sup> Ese decreto fue promulgado en enero de 1976. El texto del artículo en cuestión decía: «La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente». Señala Duez que la falta de servicio ocurre en tres casos: «1° el servicio ha funcionado mal (*culpa in committendo*); 2° el servicio no ha funcionado (*culpa in omittendo*); 3° el servicio ha funcionado tardíamente» (Duez, 1927, p. 27).

<sup>4</sup> La disposición señalaba: artículo 44. «Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal». La Ley N° 18.575 entró en vigor en 1986 y la única modificación que ha sufrido el texto es el cambio de numeración. Hoy esa disposición se ubica en el artículo 42.

<sup>5</sup> Artículo 152. «Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio».

<sup>6</sup> La cuarta comisión legislativa informó a la Junta Militar que gobernaba el país lo siguiente: «Se consagra en este artículo 44 un criterio nuevo de responsabilidad [...] que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público [...] se trata de un concepto que tiene su origen en el Derecho Francés» (Valdivia, 2012, p. 30).

<sup>7</sup> Esto es sabido en el derecho chileno desde principios del siglo XX. Así, por ejemplo, Alessandri señala en la nota 2 de la página 162: «Los autores franceses se ocupan de este elemento [el dolo y la culpa] bajo la denominación común de *faute* (culpa), expresión que comprende al dolo y a la culpa propiamente como tal, y hablan de culpa (*faute*) delictual o intencional para referirse a aquél y de culpa (*faute*) cuasidelictual o no intencional o de imprudencia o negligencia para referirse a la culpa» (Alessandri, 1943, p. 162).

La traducción literal debería haber evitado el uso de tal palabra en razón de su ambigüedad. La palabra «falta» significa «circunstancia de no haber o no tener cierta cosa necesaria o de haber o tener menos de lo necesario»<sup>8</sup>, tal como se usa en expresiones como «hay que suplir la falta de soldados, obreros o granjeros». De igual forma, significa «acción, dicho u omisión censurable, desacertado o que implica desconsideración hacia alguien»<sup>9</sup> y así se usa en expresiones como «Pedro ha cometido una falta»<sup>10</sup>.

La expresión analizada no fue definida por el legislador chileno y esta ausencia provocó una pregunta interpretativa entre los juristas: qué significaba «falta de servicio», es decir, qué sistema de responsabilidad se consagraba en la legislación. Las respuestas dadas por los dogmáticos chilenos a esta pregunta son el objeto investigado en el presente trabajo. El objetivo es, entonces, realizar un ejercicio de metajurisprudencia sobre el discurso de los dogmáticos chilenos proponiendo modelar dos tesis interpretativas en tensión (por todos: Guastini, 2014). Dejo de lado el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la expresión *faute du service* en Francia, porque de tal desarrollo debe configurarse en una voz independiente<sup>11</sup>.

## 2. Dos interpretaciones para la «falta de servicio»

Los juristas chilenos desarrollaron dos posiciones antagónicas<sup>12</sup>. Un primer grupo interpretó la expresión como la consagración de un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, un sistema donde la imputación del resultado dañino no exige determinar dolo o culpa del agente público. Los líderes de esta posición fueron Soto<sup>13</sup>, Caldera (1982) y Silva (1994; 1995), entre otros juristas<sup>14</sup>. Un segundo grupo sostuvo la tesis opuesta: las palabras del legislador fijaban un sistema de responsabilidad subjetivo que requiere acreditar la negligencia de la Administración para construir el título de imputación, aunque no sea necesario individualizar al sujeto que causó el

<sup>8</sup> Ésta es la primera acepción de la palabra «falta» en el Diccionario de María Moliner (Moliner, 2007, p. 1331).

<sup>9</sup> Primera acepción de la palabra «faltar» en el Diccionario de María Moliner (Moliner, 2007, p. 1332).

<sup>10</sup> La imperfecta traducción no es exclusiva del Derecho chileno. En Colombia, por ejemplo, *faute de service* fue traducido como «falla del servicio». Un ejemplo jurisprudencial es la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, Sección tercera, del 24 de septiembre de 1993, C.P. Dr. Suárez Hernández, actor: Arturo Acosta Saravia, exp. 8298. Cito este caso para ilustrar la traducción y no para sostener una tesis sobre la configuración de la responsabilidad del Estado en el Derecho colombiano (por todos, ver Güechá, 2012).

<sup>11</sup> El lector interesado puede consultar el sitio web de la Corte de Casación francesa donde hay una síntesis sobre tal desarrollo. La información puede seguirse en este enlace: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2002\\_140/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_143/tudes\\_theme\\_responsabilite\\_145/faute\\_fait\\_6107.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/faute_fait_6107.html)

<sup>12</sup> Advierto en este punto que una reconstrucción más detallada exige identificar una posición intermedia que tuvo un par de decisiones judiciales en apoyo. Evito analizarla, porque su importancia histórica es exigua. Para una reconstrucción un poco más detallada de los posicionamientos dogmáticos en competencia remito al lector a los trabajos de Tocornal, (2013); Román, (2009).

<sup>13</sup> Muchos de los trabajos de Eduardo Soto ilustran este punto. Ver Soto (1996; 2007; 2008).

<sup>14</sup> Esta posición ha sido seguida también por juristas como Martínez (2002) y Fiamma (1989). El influjo de Eduardo Soto en esta posición puede verse en su libro de homenaje. (ver Arancibia, Martínez y Soto, 2009).

daño. Encabezaron esta posición Pierry<sup>15</sup>, Oelckers<sup>16</sup> y Dorn (2005), entre otros juristas<sup>17</sup>.

La primera posición dogmática puede ser rotulada como local, idiosincrásica o *folk*, porque el resultado de su labor interpretativa produjo una norma que está dissociada del significado que tiene la expresión *faute de service* en el Derecho francés<sup>18</sup>. A su vez, la tesis argüida por la segunda posición puede etiquetarse como tradicional, de continuidad o a favor de un trasplante jurídico<sup>19</sup>, porque la norma que produce el ejercicio interpretativo se vincula a las nociones desarrolladas por el Derecho francés, a propósito de la responsabilidad del Estado (ver Valdivia, 2012).

La posición *folk* fue dominante en la academia y en la jurisprudencia entre los años 1976 y 2002. Ese año la Corte Suprema de Chile acogió la posición pro trasplante legal y, desde esa fecha, es la posición dominante sobre la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>20</sup>. En el siguiente apartado se reconstruye cada una de las posiciones, elucidando, de forma sintética, las técnicas de interpretación que las sustentan.

## 2.1. La interpretación *folk*

La trayectoria de esta posición dogmática (y de su opuesta) puede observarse en tres etapas temporales diferenciadas: i) antes de la dictación de la Constitución de 1980, ii) entre 1980 y la reforma constitucional de 1989, y iii) entre 1989 y 2002<sup>21</sup>. He sintetizado y unificado estas tres etapas en una única reconstrucción debido a que el presente trabajo no es una descripción historiográfica.

<sup>15</sup> Los primeros trabajos de Pierry son coetáneos al proceso legislativo referido: Pierry (1975; 1975-1976; 1978; 1977-1978; 1995; 1996; 2000).

<sup>16</sup> Señala este autor: «Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la Ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que ésta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse [que] la circunstancia que se alega deriva del funcionamiento anormal del organismo público. Se podría decir que lo que hay que probar es la posición adoptada por la Administración pública reflejada en su no actuación o en su actuación tardía, mirando no sólo la culpabilidad del servicio sino la antijuridicidad del daño causado al administrado» (Oelckers, 1989, p. 446). Hay que decir que Eteiche clasifica la obra de Oelckers como adherente a la posición *folk* (ver Eteiche, 2011).

<sup>17</sup> Esta posición ha sido seguida por juristas tales como: Barros (2006), Cordero (2010), Letelier (2012), Bermúdez (2002; 2014), Szczaranski (2002), Poblete (2015). El influjo de Pedro Pierry en esta postura puede apreciarse en el libro homenaje a este jurista (ver Ferrada, Bermúdez y Urrutia, 2016).

<sup>18</sup> En este sentido, esta posición puede ser interpretada como la negación de la existencia de un trasplante legal.

<sup>19</sup> Aquí uso la expresión «trasplante jurídico» en el sentido de Watson (1993). El adjetivo acultural significa que la posición dogmática descrita pretende que las nociones francesas se desarrollen en la cultura jurídica chilena sin adaptación o modificación alguna. En las conclusiones volveré sobre este punto.

<sup>20</sup> La sentencia en cuestión es Corte Suprema (2002). Domic Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol 4.753-2001, del 15 de mayo de 2002. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 7, p. 157. Recuperado de: <http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-7.pdf>

<sup>21</sup> El primer periodo se inicia con el golpe militar del 11 de septiembre de 1976 y se caracteriza por la ausencia de texto constitucional. En el segundo periodo, la dictadura prosigue el Gobierno con una pátina de legalidad en virtud de la Constitución aprobada en un *referéndum* de dudosa legitimidad. En estos dos periodos no hay litigación contencioso-administrativa. Una norma constitucional comprometía la creación de tribunales especiales y, entonces, el Poder Judicial entendía que el constituyente les había sustraído esos asuntos de su competencia. Tal norma fue derogada en 1989 sin haberse creado esos tribunales. En el tercer periodo la reforma a la Constitución permite que los tribunales ordinarios conozcan de los contenciosos administrativos.

Esta posición *folk* funda la responsabilidad del Estado en la interpretación (correctora) de disposiciones constitucionales y, según el resultado de este ejercicio interpretativo, realiza una interpretación –también correctora– de las disposiciones legales<sup>22</sup>. La interpretación de la Constitución busca dar soporte a un sistema objetivo de responsabilidad. Para ello responde a tres preguntas: ¿Cuál es el rol del Estado?, ¿Qué límites tiene la actuación estatal? Y ¿Qué sistema de responsabilidad fija la Constitución chilena de 1980?

La respuesta a la primera se formula a partir del texto del artículo 1 inciso 3º de la Constitución. Según esta posición, ese texto fija una norma que obliga al Estado a dictar actos y realizar actividades para servir a la persona humana, ya que su finalidad es promover el bien común (ver, por todos, Soto, 2007; 2008; 2011; 2012; 2015).

La respuesta a la segunda cuestión se elabora recurriendo, por un lado, a los artículos 6<sup>23</sup> y 7 –incisos primero y final–<sup>24</sup>; y, por otro, al artículo 5 inciso final<sup>25</sup> y al artículo 19 –Nº 2 y Nº 22<sup>26</sup>–, todos de la Constitución de 1980. Los dos primeros artículos son interpretados como expresión de tres principios: i) Supremacía constitucional fuerte, ii) Juridicidad, y iii) Responsabilidad. El inciso final del artículo 5 es entendido como un límite al ejercicio de la soberanía y, *a fortiori*, a los actos de la Administración. Luego, los dos números del artículo 19 se entienden como derechos fundamentales –la igualdad ante la Ley y la no discriminación arbitraria en materia económica– que fijan un límite material a la actuación estatal.

La respuesta a la tercera pregunta se construye a partir del artículo 38 inciso 2º de la Constitución. Este texto es interpretado como una norma que comprende «todo tipo de causas que originaren perjuicios a consecuencia de acciones o de misiones provenientes de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades» (Caldera, 1982). Este ejercicio de interpretación constitucional es importante porque permite que la posición dogmática analizada defienda las operaciones de interpretación legal, usando como argumento subyacente la interpretación conforme a la Constitución<sup>27</sup>. Las principales operaciones de interpretación legal que realiza esta posición dogmática son las siguientes<sup>28</sup>:

- a) Una interpretación literal de la locución «falta de servicio». De acuerdo con ella, la palabra «falta» debe entenderse según su significado ordinario en el castellano como «ausencia de algo». Así, la legislación contemplaría una hipótesis de ausencia u omisión de un servicio y nada dice en relación con la culpa como un requisito de la responsabilidad.

<sup>22</sup> Uso el concepto de interpretación correctora de Guastini (2016 [2014]; 2015).

<sup>23</sup> El artículo 6 señala: «Los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley».

<sup>24</sup> El artículo 7 inciso primero señala: «Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley». El inciso final dice: «Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la Ley señale».

<sup>25</sup> El artículo señala: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana».

<sup>26</sup> El primer número de este precepto indica que: «Ni Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». El segundo número dice: «La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica».

<sup>27</sup> Un análisis del argumento de interpretación conforme de la Constitución puede revisarse en Guastini, (2006).

<sup>28</sup> Es importante destacar que la reconstrucción que realizo no es exhaustiva.

- b) Una interpretación sistemática que disocia la regulación administrativa (y todo el Derecho público) de las normas civiles de responsabilidad. De este modo, la legislación administrativa sería *lex specialis* respecto a la civil y, esa especialidad, permitiría justificar la ausencia de la culpa como elemento subjetivo en la imputación de responsabilidad.
- c) Una interpretación finalista de la legislación administrativa que le asigna una función subordinada a la Constitución y, entonces, le impone al intérprete el deber de interpretar ese sector de la legislación, aplicando la jerarquía axiológica establecida en ella de modo tal que la persona está sobre cualquier otro valor<sup>29</sup>.

## 2.2. La interpretación pro trasplante

Esta posición defiende que el legislador fijó un sistema de responsabilidad subjetivo conforme a la concepción del Derecho francés. Para sustentarse, esta postura dogmática realiza movimientos interpretativos a nivel constitucional y legal, correlativos a los de su opositora. El primer movimiento es negar que el texto de la Constitución fije un sistema de responsabilidad del Estado. Así, las preguntas que formula y responde la posición *folk*, carecen de respuesta en el texto constitucional. El argumento clave de este movimiento consiste en sostener que el artículo 38 inciso 2º de la Constitución no regula el régimen de responsabilidad del Estado ni fija los rasgos definitorios del sistema de responsabilidad, sino que sólo establece un principio de responsabilidad genérico. Este entendimiento permite liberar a la interpretación legal del argumento de interpretación conforme a la Constitución, porque ella nada dice sobre cómo debe responder el Estado del daño causado a los ciudadanos en ejercicio de su actividad.

La interpretación de las disposiciones legales que contienen la locución «falta de servicio» se realiza, en esta posición dogmática, con tres operaciones interpretativas<sup>30</sup>:

- a) Una interpretación literalista de la expresión «falta de servicio». Ésta señala que la expresión debe ser interpretada conforme al significado técnico-dogmático de la expresión y, entonces, sostiene que el legislador ha regulado una hipótesis idéntica a la que prevé el legislador francés con la expresión *faute de service*. Conforme a esta interpretación, la expresión «falta de servicio» es, por un lado, un concepto jurídico indeterminado que requiere que el juez y los juristas lo doten de contenido; y, por otro, el título de imputación de la responsabilidad.
- b) Una interpretación sistemática de la legislación que sostiene que el Estado puede responder en virtud de normas de Derecho civil y de Derecho administrativo. En ambos conjuntos, la responsabilidad puede ser por el hecho propio o por el hecho ajeno<sup>31</sup>. La responsabilidad civil por el hecho propio está reglada en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil chileno. El artículo 2320 del mismo código, regula la responsabilidad por el hecho ajeno. En tanto que la responsabilidad administrativa por el hecho propio está prevista por la locución «falta de servicio», entendida como responsabilidad por culpa del servicio<sup>32</sup>. Mientras que la responsabilidad administrativa por el hecho ajeno está

<sup>29</sup> Un texto actualizado sobre esta posición es Soto (2015).

<sup>30</sup> Esta reconstrucción no es exhaustiva.

<sup>31</sup> La obra reunida de Pierry puede consultarse en Pierry (2017).

<sup>32</sup> Conforme al artículo 44 Ley Nº 18.575, citado más arriba.

determinada por la teoría de la «falta personal», siempre que no se exonere de responsabilidad al Estado<sup>33</sup>.

- c) Una interpretación sistemática que señala que las normas civiles de responsabilidad por culpa son generales y supletorias para todo el Ordenamiento. De modo que interpretar la legislación administrativa como un sistema de responsabilidad sin culpa, que es especial en relación con el civil, resulta improcedente si se hace sin una disposición legal expresa.

### 3. Conclusiones metajurisprudenciales

Estudiar la trayectoria de la expresión «falta de servicio» en el Derecho administrativo chileno es un ejercicio útil para describir cómo los juristas y los jueces participan en la creación y en la aplicación del derecho al margen del legislador. Las conclusiones de esta descripción pueden dividirse en varios niveles: dogmáticos, teóricos y metajurisprudenciales. La dogmática estará interesada en sacar lecciones sobre el modo en que razonan los jueces y los juristas frente a las innovaciones léxicas del legislador. La teoría seguramente se interesará más por el modo en que se configuran diferentes niveles de legalidad en torno a tres fuentes del derecho: la legislación, la dogmática y la jurisprudencia. Finalmente, la metajurisprudencia se ocupará de entender cómo es posible refinar un aparato conceptual que permita describir con claridad y precisión el funcionamiento de los discursos de los diferentes operadores de un orden jurídico. Me concentraré solo en este último nivel de análisis.

Un importante aprendizaje de este tipo de investigación es la necesidad de profundizar en la distinción entre el marco de interpretaciones posibles y la trayectoria de interpretaciones de una disposición<sup>34</sup>. El marco de interpretaciones posibles es el producto de un análisis científico del conjunto de las interpretaciones (normas) que es posible atribuir a una disposición. Al respecto, señala Kelsen:

La tarea de un comentario científico es, en primer lugar, encontrar –mediante un análisis crítico– los posibles significados de la norma jurídica sometida a interpretación; a continuación, mostrar las consecuencias, dejando a las autoridades jurídicas competentes elegir entre las varias posibles interpretaciones aquella que, por razones políticas, consideran preferible, para cuya selección aquellos son los únicos que tienen potestad. Una interpretación científica debe evitar presentar como plausible (*giving countenance*) la ficción de que siempre hay una única interpretación «correcta» de las normas que debe ser aplicada al caso concreto. Es cierto que esta ficción puede tener algunas ventajas políticas. Una parte que ve su pretensión rechazada por la autoridad jurídica puede soportar más fácilmente este hecho si puede ser persuadida que otra decisión –otra decisión «correcta»– no hubiera sido posible (2012 [1949]: 182).

El marco de interpretaciones (normas) posibles colecciona todas las interpretaciones que se pueden atribuir a una disposición, desde un punto de vista lógico. En cambio, la trayectoria de las interpretaciones de una disposición es el producto de una investigación histórico-sociológica, ya que es el conjunto de interpretaciones que los jueces y los juristas de una comunidad determinada han atribuido efectivamente a una disposición en un lapso de tiempo. Entonces, la trayectoria es un subconjunto del marco de interpretaciones posibles.

<sup>33</sup> «Nosotros hemos propuesto la aplicación en Chile de la teoría de la falta de servicio a través de la responsabilidad por el hecho propio contemplada en el artículo 2314 del Código Civil. No lo hemos hecho, sin embargo, en relación con la falta personal» (Pierry, 1983). Aquí el autor cita sus trabajos de 1975 y 1976, ya citados.

<sup>34</sup> Le debo a Seren Ataoğlu Colonnello el haberme hecho ver la importancia de este punto.

El estudio de la interpretación de la expresión «falta de servicio» muestra, en primer lugar, que dentro de la trayectoria de las interpretaciones es necesario distinguir las auténticas individuales que realizan, por ejemplo, los jueces o la administración y las no-auténticas individuales que realizan los dogmáticos. Esto debido a que las interpretaciones auténticas individuales son actos de creación jurídica que han hecho obligatorios esos significados dentro de una comunidad en un momento determinado (Kelsen, H. (2012 [1949], p. 182). Mientras que las interpretaciones no-auténticas individuales no son ejercicios de creación jurídica directa. Al respecto Kelsen dice que:

La interpretación no-auténtica –es decir, la interpretación de las personas no autorizadas por el propio derecho– es jurídicamente tan irrelevante como el juicio de una persona sobre la culpabilidad o inocencia de un individuo previamente acusado de haber cometido un crimen por un tribunal. Las alegaciones de un abogado en favor de su cliente frente a un tribunal, en relación a la interpretación jurídica, son sólo sugerencias al órgano de aplicación del Derecho (2012 [1949], p. 182).

En segundo lugar, el estudio de la trayectoria de la interpretación de la expresión «falta de servicio» en Chile muestra que la tesis kelseniana de la irrelevancia de la interpretación no-auténtica puede ser verdadera sólo desde un punto de vista sincrónico. Sólo en un momento y lugar determinados es posible distinguir de forma tajante la interpretación auténtica de la interpretación no-auténtica. Porque cuando se considera el paso del tiempo, la vocación prescriptiva de la interpretación no-auténtica tiene efectos en las decisiones de los jueces y la Administración y viceversa. Si esto es correcto, una metajurisprudencia sofisticada necesitará poder reflejar ese influjo recíproco entre la interpretación auténtica y la interpretación no-auténtica como una interacción entre posiciones interpretativas opuestas o no.

En tercer lugar, la tarea de refinar nuestros aparatos conceptuales con el propósito de describir mejor esa interacción a lo largo del tiempo puede ser resuelta usando la metáfora del trasplante jurídico tomada de los estudios del pluralismo jurídico. En la obra de Masaji Chiba (1989) se usa la idea de trasplante jurídico desde un punto de vista cultural con un importante rasgo subjetivo. Creo que esta idea, convenientemente ajustada, puede servir para describir la trayectoria de la interpretación de una disposición legal como la que he analizado en este texto. Para Chiba los dogmáticos, los jueces y los ciudadanos pueden ser precursores de la elección de una interpretación dentro del marco de interpretaciones posibles. Así se puede describir el rol de los juristas y de los jueces en la trayectoria de una interpretación como agentes de cambio. Además, en la obra de Chiba, cuando los jueces eligen una, de entre varias interpretaciones incompatibles entre sí, esa elección no es una decisión pacífica, ni se funda en el prestigio de la opción elegida. Esa decisión es la expresión institucional de cómo la cultura que ha recibido una disposición (o una norma) que le es ajena ha resuelto el conflicto jurídico que ha implicado su introducción.

## Bibliografía

Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (título 35 del libro IV del Código Civil)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Arancibia, J. Martínez, J. y Soto, E (2009). *La primacía de la persona humana. Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago, Chile: Legalpublishing y Universidad de los Andes.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bermúdez, J. (2002), La responsabilidad extracontractual de la administración del estado por falta de servicio y por el daño ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 23, pp. 253-264.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo general*. Santiago, Chile: Editorial La Ley.
- Caldera, H. (1982). *Sistema de la responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Chiba, M. (1998). *Legal Pluralism: Toward a General Theory Though Japanese Legal Culture*. Tokyo, Japan: Tokai University Press.
- Cordero, L. (2010). *La responsabilidad de la administración del Estado*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing.
- Enteiche, N. (2011). El fundamento de la responsabilidad extracontractual del estado administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). *Revista Actualidad Jurídica*, 23, pp. 109-135. Recuperado de: <http://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/08/El-fundamento-de-la-Responsabilidad-Extracontractual-del-Estado-Administrador-en-Chile.pdf>
- Dorn, C. (2005). Responsabilidad extracontractual del estado por actos del ministerio público. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, (13), pp. 13-26. Recuperado de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d4af07a7-f8ed-47f2-94a0-521f213f2e64/3.pdf?MOD=AJPERES>
- Duez, P. (1927). *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*. París, Francia: Editorial Dalloz.
- Ferrada, J.C., Bermúdez, J. y Urrutia, O. (2016). *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Fiamma, G. (1989). La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. *Revista chilena de Derecho*, 16, pp. 429-454.
- Guastini, R. (2014). *El realismo jurídico redefinido*, en Núñez, A. (2014). *Modelando la ciencia Jurídica*. Lima, Perú: Palestra, pp. 87-115
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, pp. 11-48. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>
- Guastini, R. (2016 [2014]). *La sintaxis del derecho*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2006). *Estudios sobre interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Güechá, C. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores*, 1, pp. 95-109.
- Letelier, R. (2012). A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes. En Letelier, R. (Coord.), *La falta de servicio*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Martínez, J. (2002). La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno. En VV.AA., *Derecho de daños* (pp. 171-201). Santiago, Chile: Editorial Lexis-Nexis.
- Moliner, M. (2007). *Diccionario*. Madrid, España: Gredos.
- Kelsen, H. (2000 [1949]). Prefacio. Sobre la interpretación. *Eunomía*, 1, pp. 173 -184. En Núñez, A. (Trad.). Kelsen, H, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement* (pp. XIII-XVII). Nueva Jersey,

- Estados Unidos: The Law Exchange.
- Pierry, P. (1975). La responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 5, pp. 69-105.
- Pierry, P. (1978). De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades. *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile*, 12, pp. 167-184.
- Pierry, P. (1983). Responsabilidad extracontractual del estado por los delitos cometidos por sus funcionarios. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 7, pp. 283-306. Recuperado de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/112>
- Pierry, P. (1995). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 92, 1º parte, pp. 17-30.
- Pierry, P. (1996). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho Público*, 59, pp. 287-309. doi: 10.5354/0719-5249.2016.43308
- Pierry, P. (2000). La responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 1, pp. 11-40. Recuperado de: [https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev\\_1\\_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES)
- Pierry, P. (2017). *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Poblete, G. (2015). La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema). *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, XXVIII (1), pp. 243-251.
- Oelckers, O. (1989). La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes orgánicas constitucionales de administración del estado y de municipalidades. *Revista Chilena de Derecho*, 16 (2), pp. 441-454.
- Román, C. (2009). Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 6, p. 605 y ss. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art17.pdf>
- Valdivia, J. (2012). Orígenes de la noción de falta de servicio. En Letelier, R. (Coord.), *La Falta de Servicio* (pp. 29-44). Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Szczaranski, C. (2002). Responsabilidad extracontractual del estado. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 8, pp. 11-42. Recuperado de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a443b97e-5366-48f7-bc17-8e723f60e5f5/2.pdf?MOD=AJPERES>
- Silva, E. (1994). *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo El Control Público*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Silva, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo El Servicio Público*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Soto, E. (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Soto, E. (2007). ¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad extracontractual como para aplicarle las normas reguladoras del código civil en la materia? (Comentario de Jurisprudencia a propósito de Martínez Rodríguez con Fisco/C. Suprema 29.10.2007). *Gaceta Jurídica*, 329, pp. 39-42.
- Soto, E. (2008). Responsabilidad del Estado por los daños producidos por la inactividad municipal: falta de servicio/omisión: artículo 142 de la Ley N°18.965. *Gaceta Jurídica*, 341, pp. 37-45.
- Soto, E. (2011). ¿La falta de servicio es el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Cares Seguel, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea). *Gaceta Jurídica*, 377, pp. 39-48.

- Soto, E. (2012). Falta de servicio es omisión. El ejemplo de la responsabilidad municipal/artículo 142 Ley N° 18.695 (A propósito de Correa Pérez c/Municipalidad de Concepción y de Núñez Espinoza c/Municipalidad de Lo Espejo, Corte Suprema 2011). *Gaceta Jurídica*, 384, pp. 29-40.
- Soto, E. (2015). La responsabilidad extracontractual del estado administrador: un principio general del derecho chileno. *Revista de Derecho Público*, 21/22, pp. 149-156. doi: 10.5354/0719-5249.2015.36363
- Tocornal, J. (2013). *La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados* (Tesis doctoral). Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/2860/610858.pdf?sequence=1>
- Watson, A (1993). *Legal transplants: An approach to comparative law*. Athens, United States: University of Georgia Press.

# Impacto de género\*

## Gender Impact

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). Impacto de género. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 317-330.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5714>

Recibido / received: 13/08/2019  
 Aceptado / accepted: 09/07/2020

### Resumen

En la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas se introduce el principio de transversalidad como nueva estrategia en las políticas públicas de igualdad. Para hacer de la igualdad eje de todas las políticas en el Estado español se adoptó la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elaborara el Gobierno. Surge así la voz impacto de género que trataremos de definir en este artículo, así como su desarrollo y aplicación. La obligatoriedad de elaborar informes de impacto de género en las disposiciones normativas se mostraba como una herramienta idónea para desarrollar la transversalidad en todas las políticas, sin embargo, los análisis sobre la implementación de esta Ley han demostrado que la carencia de una metodología específica ha limitado sus potenciales efectos. Se espera que la regulación que establece el Real Decreto 1083/2009 y su posterior actualización permita una mejor aplicación.

### Palabras clave

Género, informes de impacto, impacto de género, políticas públicas de género, mainstreaming.

### Abstract

*The principle of mainstreaming was presented as a new strategy in equality policies at the IV United Nations World Conference on Women. To apply mainstreaming, the government of the Spanish State adopted Law 30/2003, of October 13, on measures to incorporate the assessment of gender impact in the regulatory provisions prepared by the Government. With this Law the concept of gender impact appears. This article will describe what gender impact assessment is and how its application has evolved. The obligation to prepare gender impact reports is an ideal tool to develop mainstreaming in all public policies, however, the lack of a specific methodology to carry out these evaluations has made it difficult to carry them out.*

### Keywords

*Gender, impact reports, gender impact, public gender policies, mainstreaming.*

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i «Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad» (PID2019-106904RB-I00) de la Agencia Estatal de Investigación (AEI), dirigido por los Profesores José María Sauca Cano y Rafael Escudero Alday.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1 ¿Qué es el género? 1.2. Evolución de las políticas públicas de igualdad. 2. Requisitos previos para admitir la necesidad de evaluaciones de impacto de género. 3. Aplicación del impacto de género a las normas. 4. Efectos que está teniendo la aplicación de esta norma. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Tres han sido hasta ahora las estrategias adoptadas por las políticas públicas para alcanzar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres. La primera fue la de la igualdad de oportunidades con la que se pretendía dar a las mujeres iguales oportunidades que a los hombres y de este modo acabar con la discriminación. Sin embargo, pronto se comprobó cómo la igualdad de oportunidades no aseguraba la igualdad en los resultados porque sobre las mujeres pesaba una discriminación histórica. Para reducir esta brecha se puso en marcha una segunda estrategia, la de la acción positiva<sup>1</sup>. A la igualdad de oportunidades se añadía la propuesta de proporcionar un tratamiento de favor a las mujeres ya que partían de una situación histórica de desventaja. Tanto la igualdad de oportunidades, como la acción positiva eran estrategias formales específicas de los estados para lograr un cambio en la sociedad a favor de la igualdad real entre los hombres y las mujeres.

Sin embargo, conseguir la igualdad de derechos no era fácil y a las estrategias anteriores, a mediados de los 90, se hubo de sumar la de la transversalidad o *mainstreaming* de género. Esta vez, además de hacer políticas específicas para las mujeres, los estados integrarían la perspectiva de género en el conjunto de las políticas públicas. Es en esta estrategia de la transversalidad donde se ubica la voz: impacto de género, que se trata de definir en este artículo.

Para ello se realizará una breve descripción del concepto de género, para pasar posteriormente a enumerar la evolución seguida por las políticas públicas de igualdad en relación con la evaluación del impacto de género. El resto del artículo mostrará las exigencias previas para poder implementar esta evaluación de impacto y su desarrollo en las normas, los problemas metodológicos que se han producido en la recogida de la información y la efectividad de la misma. El artículo finaliza con unas breves conclusiones, pero empezamos por el principio y veamos qué es esto del género.

### 1.1. ¿Qué es el género?

El acercamiento al significado de impacto de género exige definir previamente este concepto que ha sido clave para el estudio de la génesis de la subordinación social de

---

<sup>1</sup> Las acciones positivas son un conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real entre hombres y mujeres, corrigiendo situaciones de victimización tradicionales. El Comité para la Igualdad del Consejo de Europa define la acción positiva como una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades, por medio de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales.

las mujeres desde que Simone de Beauvoir, sin usar el mismo<sup>2</sup>, enunciara su famoso *dictum*: «No se nace mujer; se llega a serlo».

El término aparece por primera vez en el artículo «El tráfico de mujeres: Notas sobre la “economía política” del sexo» (1975) de Gayle Rubin. En este artículo Rubin formula la teoría sexo/género con la que trata de distinguir lo biológico de lo social. Así, mientras el sexo es un concepto de la biología que describe las características anatómicas, morfológicas y las diferencias hormonales y cromosómicas que definen a un ser humano como macho o hembra, el género define el conjunto de características, formas de ser y sentir, expectativas de comportamiento, habilidades y destrezas, roles, estereotipos y responsabilidades que conforman los modelos masculino y femenino. El género no tiene su origen en la biología, sino que es el resultado de construcciones sociales y culturales. «Alude a la jerarquización de espacios y funciones sociales y la diferenciación en el acceso al poder implícito en las ideas, representaciones y prácticas de hombres y mujeres» (Esteban, 2006, p. 13).

«El género es una división de los sexos socialmente impuesta. Es un producto de las relaciones sociales de sexualidad» (Rubin, 1986, p. 114) que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada creando el género masculino y el femenino. «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» (De la Cruz, 1998, p. 21).

Considerado por muchas autoras la categoría central de las teorías feministas desde los años 70 (Amorós y De Miguel, 2005), es útil no sólo para describir el conjunto de elementos conformadores de la identidad personal (femenina o masculina), sino también para desvelar la organización social en un sistema de relaciones de poder desigual de los hombres y las mujeres. Permite trabajar y comprender los mecanismos estructurales que hacen posible la discriminación y de ahí la eficacia del mismo en la elaboración de las políticas públicas de igualdad de cuya evolución se dará cuenta seguidamente.

## 1.2. Evolución de las políticas públicas de igualdad

La igualdad entre mujeres y hombres es un derecho universal reconocido jurídicamente en todos los textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en diciembre de 1983. Sin embargo, la igualdad no se consigue sólo con declaraciones oficiales, aunque estas sean necesarias. De hecho, han pasado cuarenta años desde que la Constitución española proclamara en su artículo 14 que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» y hubo de adoptarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que reconoce que «aun habiendo comportado la igualdad formal ante la ley un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente» y ha debido aprobarse esta otra norma.

La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena,

<sup>2</sup> Sobre la aparición del término género y la conceptualización feminista de los años 70 ver: Oakley (1972); Scott (1996); Butler (2007); Osborne y Molina Petit (2008); Barbieri (1993) y Marugán (2020).

efectiva, entre mujeres y hombres, aquella “perfecta igualdad que no admitiera poder, ni privilegio para unos ni incapacidad para otros”, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos. (Preámbulo, Ley Orgánica 3/2007).

Así pues, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres sería «una de esas acciones normativas dirigidas a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla» según se expone en su Preámbulo. Objetivo que está en consonancia con el ordenamiento constitucional que consagra, en su artículo 9.2:

La obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Según esto, el Estado debe remover los obstáculos que impidan la igualdad, del mismo modo que lo procuran «desde el siglo pasado, con más fracasos que éxitos en gran parte de las ocasiones» (Collantes y Sanchís, 2009, p. 16) diversos organismos internacionales, pues no será hasta septiembre de 1995, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, cuando «la igualdad toma el peso suficiente para abordar esta materia con la seriedad que se merece» (Collantes y Sanchís, 2009, p. 16). Momento en el que se introduce el principio de transversalidad o *mainstreaming* como estrategia a sumar a las políticas de igualdad anteriores.

Constatado el limitado efecto de las políticas específicas fue preciso dar un paso más e incorporar la óptica de la igualdad en todas las políticas<sup>3</sup>. Una estrategia que también marcó una nueva etapa en materia de igualdad en la Unión Europea. En 1999, el Tratado de Ámsterdam recoge y desarrolla, entre otros aspectos, el principio de transversalidad y en el año 2000, el Consejo establece una Estrategia Marco Comunitaria sobre la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001-2005) con la que pretende hacer operativo el principio de transversalidad adoptado en 1996 por la Comisión<sup>4</sup> al constatar que:

Un estudio detenido puede revelar que políticas que parecen no sexistas afectan de manera diferente a las mujeres y a los hombres. [...] ¿Por qué? Porque existen diferencias sustanciales en las vidas de mujeres y hombres en la mayoría de los ámbitos, diferencias que pueden explicar el hecho de que políticas aparentemente no discriminatorias tengan un impacto diferente en las mujeres y los hombres, y refuerzan las desigualdades existentes (Comisión Europea, 1999, p. 7)

Por ello plantea la necesidad de evaluar el impacto en función del sexo en distintos ámbitos.

En el Estado español las actuaciones en este sentido se enmarcan dentro del III Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (1997-2000). Los objetivos que el mismo se proponen pretenden desarrollar medidas específicas dirigidas a combatir las discriminaciones por razón de sexo, aumentar la presencia de las mujeres en todos los ámbitos de la vida social y desarrollar el principio de transversalidad o *mainstreaming* de manera que asegure que cualquier acción se

<sup>3</sup> La investigación no ha sido ajena al surgimiento de estas políticas, más al contrario, se ha abierto todo un campo de investigación conocido como feminismo de estado (Alonso, Diz y Lois, 2010).

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» COM (96) 67 final.

suma a la defensa y garantía del principio de la igualdad de trato. Este principio implica la promoción de la igualdad de oportunidades en todas las políticas y medidas generales, teniendo en cuenta –activa y abiertamente, en el momento de su planificación– las respectivas situaciones de mujeres y hombres.

El *mainstreaming* busca modificar las formas de hacer política de modo que los poderes públicos se impliquen de forma integral en incorporar la dimensión de género en todas sus actuaciones. Esta implicación requiere modificaciones estructurales, al obligar a los poderes públicos a actuar coordinadamente entre sí y con los sujetos privados. Se modifica el funcionamiento cotidiano al necesitar de una evaluación previa sobre el impacto diferencial que tendrán esas políticas en mujeres y en hombres. A estas evaluaciones es a las que se conoce con el nombre de impacto de género, cuyo origen se encuentra en el sector medioambiental<sup>5</sup>.

Para incorporar esta iniciativa a la acción política el Estado español promulgó la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno. De acuerdo con el primer artículo de esta Ley:

El procedimiento de elaboración de proyectos de ley se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

De este modo la ley incorpora nuevas voces como esta de impacto de género y establece la obligación normativa de hacer informes de impacto de todos los proyectos de ley y reglamentos. Una obligación que también se ha establecido en las Comunidades Autónomas a través de diferentes fórmulas como resumen Pujol Algans (2006, p. 31- 51):

En Cataluña se modificó a través de la Ley 4/2001, el artículo 63.2 de la Ley 13/1989 de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Catalunya. En Extremadura, el artículo 66 de la Ley 1/2002, de Gobierno y Administración de Extremadura estableció en el procedimiento de elaboración de reglamentos y anteproyectos de ley la incorporación del impacto de género. En Galicia y el País Vasco se introdujo mediante la propia Ley 7/2004, para la igualdad de mujeres y hombres y la 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres, respectivamente.

---

<sup>5</sup> «Esta evaluación fue desarrollada por primera vez por Mieke Verloo y Conny Roggeband, quienes en 1994, a petición de la División Holandesa de Igualdad, adaptaron el instrumento para la evaluación del impacto medioambiental para su uso en materia de género. El marco conceptual del que partieron para establecer las pautas de la evaluación de impacto en función del género es que existen unas estructuras en las que se basa la desigualdad y unos mecanismos que contribuyen a reforzarla. Las estructuras básicas sobre las que se asienta la desigualdad son la organización socioeconómica a través, fundamentalmente, de la división sexual del trabajo, la propia organización de la vida privada y la organización». (Ortiz de Lejarazu, 2013, p. 37).

Lo que se ha extendido territorialmente a Andalucía<sup>6</sup>, Navarra<sup>7</sup>, Murcia<sup>8</sup>, Islas Baleares<sup>9</sup>, Canarias<sup>10</sup>, Castilla-La Mancha<sup>11</sup>, Castilla y León<sup>12</sup> y Asturias<sup>13</sup>.

De este modo, «la evaluación del impacto de género se convierte en una de las principales metodologías mediante las cuales se aplica la transversalidad de género en las políticas públicas» (Alonso, Diz y Lois, 2010, p. 107) y debería servir para prevenir y evitar consecuencias negativas no intencionales y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas.

La evaluación del impacto de género cumple la función de herramienta de perfeccionamiento de las normas puesto que es uno de los elementos que se incluyen en los procesos de evaluación normativa. Éstos consisten en novedosos instrumentos que se enmarcan en la creciente preocupación por la técnica legislativa y que tienen por objetivo tratar de evitar consecuencias negativas no intencionadas y mejorar la calidad y eficacia de las políticas (Pauner, 2009, p. 11-12).

Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, estableció en su artículo 15, que la transversalidad debe guiar la actuación de los poderes públicos y que, por tanto, las administraciones públicas deberán integrarla en la adopción y ejecución de disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas de todos los ámbitos en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

## 2. Requisitos previos para admitir la necesidad de evaluaciones de impacto de género

Legislar sobre la necesidad de hacer evaluaciones del impacto de género supone partir de reconocer la ausencia de igualdad entre los géneros. «La evaluación del impacto de género es la estimación de los diferentes efectos (positivos, negativos o neutrales) de cualquier política o actividad implementada a elementos específicos en términos de igualdad de género» (Instituto Europeo de Igualdad de Género, 2016, p. 8). Por tanto, la puesta en marcha de un procedimiento de evaluación del impacto de género de la normativa implica asumir que la igualdad de género no está conseguida (Biencinto, 2018). Partir del hecho de que vivimos en una sociedad igualitaria nos dificulta conseguir la igualdad, pues solo observando las carencias existentes seremos capaces de superarlas.

Pero no sólo es necesario reconocer cómo una pequeña diferencia biológica ha tenido graves consecuencias sociales y tratar de desvelar los elementos de discriminación, también se precisa asumir que las normas no son neutras al género y tienen un impacto que debe conocerse para garantizar la seguridad jurídica de la ciudadanía.

<sup>6</sup> Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamento que apruebe el Consejo de Gobierno.

<sup>7</sup> Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su presidente.

<sup>8</sup> Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

<sup>9</sup> Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer.

<sup>10</sup> Decreto 30/2009, de 19 de marzo, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de iniciativas normativas del Gobierno.

<sup>11</sup> Ley 12/2019, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha.

<sup>12</sup> Ley 1/2011, de 1 de marzo, de Evaluación del impacto de género en Castilla y León.

<sup>13</sup> Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

A fin de lograr que el análisis normativo cuente con la información necesaria para estimar el impacto normativo se aprobó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, posteriormente actualizado por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. El propósito de este último es el de sistematizar y simplificar los informes de impacto que deben acompañar a los anteproyectos y proyectos normativos del Gobierno, en la línea que recomendó la OCDE, en su informe: *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014).

Este Real Decreto además incluye la disposición adicional tercera que amplía la obligatoriedad del análisis de impacto de género a los proyectos de planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público.

Estas normas suponen dejar a un lado los «a priori» y «conocer y analizar la situación real de mujeres y hombres a la que, directa o indirectamente, se va a aplicar, sabiendo que si la realidad es desigual, la mera aplicación de una norma tenderá a reproducirla a no ser que se haga algo por evitarlo» (Biencinto, 2018, p. 11). Pero para que el cambio sea posible se necesita voluntad política.

Las políticas públicas de género han sido las encargadas de llevar a cabo políticas de redistribución, pensadas como estrategia para corregir la discriminación estructural en que están inscritas las mujeres y para desactivar mecanismos de dominación patriarcal que han precisado de la creación de instituciones específicas para su gestión como el Ministerio de Igualdad, el Instituto de la Mujer, Direcciones generales, Concejalías de la Mujer, etc. (Astelarra, 2005, p. 29-30).

Lo que evidencia el compromiso político en el Estado español, máxime cuando la evaluación del impacto de género en las normas es una obligación y un elemento de mejora en el proceso de elaboración normativa para conseguir una mayor equidad (Biencinto, 2018). La elaboración de normativa es uno de los elementos centrales en la actuación de las administraciones públicas porque prácticamente todo es objeto de regulación. Y «para integrar de forma efectiva la perspectiva de género en el quehacer de los poderes y administraciones públicas es crucial intervenir en este ámbito» (Landaia, 2013, p. 9).

### 3. Aplicación del impacto de género a las normas

El informe de impacto de género es la herramienta más comúnmente utilizada para desarrollar la transversalidad, consistente en hacer una evaluación prospectiva de las normas.

Constituye un análisis ex ante del proyecto normativo que se promueve para verificar, si en el momento de la planificación, las medidas que contiene la disposición tienen en cuenta el impacto que tendrá sobre hombres y mujeres. Asimismo, advierte a quien lo va a adoptar de cuáles pueden ser las consecuencias deseadas y no deseadas, proponiendo, en su caso, una modificación (Alonso, Diz y Lois, 2010, p.108).

Cómo ya se ha indicado anteriormente, en España normativamente, por la Ley 30/2003, es obligatorio que todos los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros vayan acompañados de una evaluación de impacto de género. Sin embargo, como los primeros estudios pusieron de manifiesto, la Ley no indica ni

qué organismo o institución<sup>14</sup> lo va a realizar, ni con qué baremo se va a medir. Beatriz Collantes y Amelia Sanchís criticaban el hecho de que «la aprobación de una ley con la previsión de informe sobre el impacto de género sin sujeción a criterio alguno deja prácticamente fuera de toda posibilidad que se pueda hablar de la efectividad de la norma» (2009, p. 25).

Ante la ausencia de una normativa que estableciera los requisitos técnicos y el contenido de los informes de evaluación de impacto de género al menos hasta el año 2007, que es el periodo del que se tiene información, se utilizó mayoritariamente la *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género* (1999) de la Comisión Europea. En ella se plantea que evaluar el impacto en función del género significa comparar la situación de los hombres y las mujeres y la tendencia actual con la evolución que cabría esperar como resultado de la introducción de la política propuesta. Los criterios que menciona son las diferencias entre las mujeres y los hombres en cuanto a la participación (la representación de mujeres y de hombres en los puestos de toma de decisiones), los recursos (tiempo, espacios, dinero), las normas y los valores y los derechos para hacer frente a la discriminación directa o indirecta mediante el acceso a la justicia. Para realizar ese análisis los datos se desglosan por sexo.

Pero, la Guía elaborada por la Comisión Europea es muy breve y resulta «a todas luces insuficiente» (Collantes y Sanchis, 2008, p. 52). En lugar de utilizarse directamente «debería haber sido tomada como referencia para la elaboración de unas guías mucho más completas y acordes con la complejidad que encierra una estimación de impacto de género en los contextos normativos estatales» (Collantes y Sanchis, 2008, p. 53).

A esta deficiencia se suma la ausencia de metodología de análisis, aspecto criticado desde el derecho por la catedrática María Luisa Balaguer Callejón. Esta falta de método imposibilita la eficacia normativa. «Hasta que no se produzca en efecto una nueva legislación sobre criterios y baremos de impacto de género no se podrá hablar de la efectividad de la norma» (Balaguer, 2003, p. 23).

Las carencias metodológicas observadas en la *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género* de la Comisión Europea, llevó al Instituto de la Mujer a editar una más completa en el año 2005: *Guía de aplicación práctica, para la elaboración de Informes de Impacto de Género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*. Con la misma se trataba de dar respuesta a esta necesidad de ofrecer una propuesta metodológica más completa que la anterior<sup>15</sup>. En ella se establecen cuatro bloques de contenidos:

1. Situación de partida: En la que se tendría que elaborar un diagnóstico sobre la situación de partida de mujeres y hombres en el ámbito tratado por la norma, con información estadística, información cualitativa sobre roles y estereotipos de género, y la identificación de objetivos de igualdad de oportunidades.
2. Previsión de resultados: Tras el análisis anterior habría que dar cuenta de los resultados directos de la aplicación de la norma, cómo incidiría sobre los roles y

<sup>14</sup> «La tramitación legislativa de la Ley 30/2003 sobre medidas para incorporar la Valoración del Impacto de Género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, no fue fácil. Y aunque en las distintas sesiones plenarias se puso de relieve la ausencia de mención alguna sobre quién o qué organismos serían los encargados de la redacción de los Informes, no hubo nada más que la negativa expresa por parte de algunos grupos parlamentarios de que fuese el Instituto de la Mujer quien asumiera de forma expresa dicha función» (Alonso, Diz y Lois, 2010, p. 51).

<sup>15</sup> Bajo las directrices de esta Guía se elaboraron las primeras evaluaciones de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y algunas del Ministerio de Economía y Hacienda.

estereotipos de género y finalmente una valoración de en qué medida contribuiría la norma propuesta a conseguir la igualdad de oportunidades.

3. Valoración del impacto de género: Con la información obtenida en las dos fases anteriores se podrían calificar los efectos de la norma respecto del avance de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La calificación podría ser negativa –cuando no disminuyeran las desigualdades de género identificadas– o positiva –cuando la aplicación de la norma permitiera, de alguna forma, la eliminación de las desigualdades de género–.

4. Formulación de propuestas de mejora: Finalmente se podrían hacer sugerencias de modificación del texto o recomendaciones de aplicación, para garantizar o mejorar los resultados de la norma, en relación con su impacto de género.

Mediante esta Guía se reducían los problemas metodológicos ya que además aportaba un ejemplo de cómo realizar los análisis. Con estos trabajos se mejoraba la posible implementación de la norma, pero aún no se habían solucionado todas las deficiencias iniciales.

Si bien es cierto que la Ley 30/2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas visibilizaba la asunción por parte del Gobierno de su responsabilidad en materia de igualdad, incorporando la transversalidad como principio, y exigía un planteamiento técnico para su desarrollo; la puesta en práctica seguía presentando dificultades. No sólo había que saber cómo hacer la evaluación de impacto, sino también quién tenía que hacerla porque «en el proceso de elaboración de las propuestas normativas, intervienen diferentes personas, procedentes de diferentes ministerios y ámbitos competenciales, en muchas ocasiones con diferentes formas de funcionamiento» (Delgado, García y Soletto, 2007, p. 5).

La Conferencia de Ministros del Consejo de Europa, en junio de 2006, resolvería esta duda. A partir de entonces «se responsabilizaba a las Unidades de Igualdad de cada uno de los Ministerios de la elaboración del informe de impacto de género para poder dar cumplimiento a la Ley 30/2003» (Consejo de Europa, 2006, p. 3).

Poco a poco se avanzaba en la clarificación del protocolo de actuación para una correcta implementación, a pesar de lo cual el Gobierno, en la presentación del proyecto del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, ante el Consejo de Estado, expone que no se estaban consiguiendo los resultados esperados. Las memorias de impacto se limitaban a manifestar que no existe impacto por razón de género, sin incluir una descripción de los argumentos que llevan a tal conclusión<sup>16</sup>.

Para mejorar la calidad de las normas y asentar en la cultura administrativa la importancia del análisis y evaluación *ex ante* de los impactos fue precisa la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo<sup>17</sup>, al que acompañaba la *Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo* aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de diciembre de 2009. El propósito del mismo es el de sistematizar y simplificar los informes de impacto que deben acompañar a los anteproyectos y proyectos normativos del Gobierno.

En el artículo 2.e de este Real Decreto, que expone la estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo, figura la obligación de que los

<sup>16</sup> Dictamen del Consejo de Estado 419/2009, de 16 de abril, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo.

<sup>17</sup> Posteriormente actualizado por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, como ya se ha mencionado.

anteproyectos normativos se acompañen de la evaluación del impacto por razón de género.

Se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica.

La Disposición adicional primera. Elaboración de una Guía Metodológica plantea:

A propuesta de los titulares de los Ministerios de la Presidencia, Economía y Hacienda, Política Territorial e Igualdad, se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 31 de diciembre de 2009, una Guía Metodológica que deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo.

Lo primero que hace esta Guía Metodológica es definir qué es un análisis de impacto normativo:

El Análisis de Impacto Normativo es una herramienta para la mejora de la regulación, mediante la cual se sistematiza y ordena la información relevante para valorar el impacto de una iniciativa normativa con el fin de ayudar en el proceso de su aprobación. Con el Análisis de Impacto Normativo se estructura la información necesaria para la valoración y toma de decisiones, y se ofrecen argumentos a favor de una propuesta normativa como opción más adecuada para afrontar una situación.

La *Guía de Análisis de Impacto Normativo* aporta un proceso sistemático y estructurado para conocer cuáles son los elementos que deben analizarse en la adopción de una nueva propuesta y hacerse con una visión global, de modo que se interrelacionen todos los impactos entre sí. En todos aquellos casos en los que la norma propuesta pueda tener efectos, directos o indirectos, sobre personas físicas, se realizará una previsión sobre los resultados de la aplicación de la misma y se analizarán sus efectos para los hombres y mujeres que sean sus potenciales destinatarios. El índice que ha de tener el análisis de impacto de género es el siguiente:

- a. Identificación de los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación
- b. Análisis del impacto de género
  - 1) Descripción de la situación de partida
    - Indicadores cuantitativos.
    - Indicadores cualitativos
  - 2) Previsión de resultados
  - 3) Valoración del impacto de género
    - Negativo.
    - Nulo
    - Positivo.

Una aplicación concreta de este ejercicio se establece en su disposición adicional segunda que cita específicamente la obligación de hacerlo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> La documentación que deberá acompañar al anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado será la establecida en el artículo 37.2 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria y que, anualmente, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda dicta normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado.

#### 4. Efectos que está teniendo la aplicación de esta norma<sup>19</sup>

La incorporación del análisis de impacto de género a la intervención pública es beneficioso en cuanto «permite incorporar, de forma equilibrada, los intereses, deseos y necesidades diferenciados de las mujeres y los hombres y se garantiza una mayor eficacia de la intervención pública» (Delgado, García Comas y Soletto, 2005, p. 16). La obligatoriedad del mismo implica que no incluir este tipo de informes en los anteproyectos compromete la validez de la norma y, atendiendo a la diferente jurisprudencia puede ser motivo de nulidad de la misma<sup>20</sup>.

Pero no es fácil valorar el efecto que está teniendo la evaluación del impacto en la normativa porque «los informes de impacto de género en España constituyen una herramienta de reciente incorporación a la práctica administrativa» (Alonso, Diz y Lois, 2013, p. 109).

Por un lado, se podría calificar como positivo el hecho de que cada vez más Comunidades Autónomas hayan establecido para sus Gobiernos la obligatoriedad de la emisión de informes para la valoración del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que elaboran. Por otro, la implementación de este estudio en leyes como la de Presupuestos Generales del Estado supone analizar *ex ante* el efecto que va a tener la política a desarrollar por parte del Estado. Lo que supone reforzar la práctica de recogida y análisis de datos desagregados en función del sexo –reflejando en muchos casos la ceguera de género en los programas–, así como los vínculos entre las cifras presupuestarias y las personas afectadas por las mismas. Lo que sirve para «impulsar el buen gobierno entendiéndolo como el proceso de incremento de oportunidades para la provisión de bienes y servicios a la población de una forma justa, eficaz y rentable» (Jubeto, 2014, p. 142).

El análisis cuantitativo resulta positivo. Si en el año 2005, el Congreso Estatal de Mujeres Abogadas informaba de que desde la aprobación de la Ley un 11,54% de los proyectos ni acompañaban informe, ni hacían mención al mismo y que el 45,65% se limitaba a una escueta aseveración de que las medidas o disposiciones contenidas en la norma carecían de cualquier impacto por razón de género; desde el 14 de marzo de 2008 al 29 de octubre de 2009, sólo el 2,2% de los proyectos informados carecían de la Evaluación del Impacto de Género, mientras las otras 97,8% propuestas normativas restantes se acompañaron del mismo (Pauner, 2009).

Sin embargo, el balance es menos positivo cuando se analizan los contenidos de estos informes. En la investigación realizada por Collantes y Sanchis (2009) se observó que el 66% de las Evaluaciones de Impacto de Género no tenían una extensión superior a un folio, ni seguían pauta metodológica alguna. De las propuestas normativas con informe sobre impacto de género, de marzo de 2008 a octubre de 2009, sólo el 45% respondía mínimamente al contenido que indica la Guía Metodológica de elaboración, mientras un 55,1% se limitaban a afirmar que las medidas no producen

---

<sup>19</sup> El uso de la evaluación del impacto de género a menudo se ha considerado exclusivamente para la evaluación de actos legislativos. Sin embargo, el Consejo de Europa, plantea un mayor abanico de posibilidades: «se puede aplicar a la legislación, los planes de políticas, los programas de políticas, los presupuestos, las acciones concretas, las facturas y los informes o las convocatorias de investigación. Los métodos de evaluación de impacto de género no solo tienen que aplicarse a la formulación de políticas, sino que también pueden aplicarse a las políticas existentes. Se pueden utilizar tanto en la administración como en actores externos; en ambos casos requieren una cantidad considerable de conocimiento sobre temas de género» (European Institute for Gender Equality, 2016).

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, en 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló el Plan General de Ordenación Urbana de Boadilla del Monte porque el Gobierno de la Comunidad de Madrid lo aprobó sin contar con el preceptivo informe de impacto de género (Jiménez, 2018).

impacto de género por no contener la norma medidas discriminatorias (Pauner, 2009). Lo que coincide con las aseveraciones del Informe del Consejo de Estado sobre la Ley 30/2003. Según este último, a veces no se ha reparado en él o simplemente:

Se ha incorporado a la memoria justificativa una reflexión, aseverando, de forma apodíctica y sin análisis ni motivación fundamentada, que la disposición normativa elaborada por el Gobierno no tiene un impacto desigual para hombres y mujeres, por no establecer, en el mejor de los casos, tratos diferenciados entre unos y otras (Pauner, 2009, p. 24).

Observándose así el peligro de que esta obligación se reduzca al cumplimiento «de un mero requisito formal convirtiéndose en un trámite convencional o de cumplimiento rutinario» (Pauner, 2009, p. 23).

*La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*, realizada en 2007 y publicada dos años después por el Instituto de Estudio Giennenses, era concluyente respecto al contenido de los Informe de EIG: «Hemos detectado una asombrosa falta de formación en género» (Collantes y Sanchis, 2008, p. 117). Es esta falta de formación la que habrá de atajar si se quiere hacer efectiva una norma con mucha potencialidad en el difícil camino hacia la igualdad.

## 5. Conclusiones

La elaboración de normativa es uno de los elementos centrales en la actuación de las administraciones públicas porque prácticamente todo es objeto de regulación, por ello, la obligación de realizar una valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno es una herramienta idónea para desarrollar la transversalidad. Esta evaluación *ex ante* informa de los efectos que la aplicación de la norma causaría en los hombres y en las mujeres para corregir previamente cualquier efecto no deseado si lo hubiera y de este modo garantizar la equidad.

La Ley 30/2003 muestra la voluntad política del Gobierno por derivar los obstáculos hacia la igualdad real de hombres y mujeres al obligar a incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas, sin embargo, la ausencia de los requisitos técnicos y del contenido de los informes, así como la delimitación del organismo competente para realizar esta evaluación ha disminuido su eficacia.

Hasta la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, al que acompañaba la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (2009), la mayoría de las evaluaciones de impacto se resolvían manifestando la inexistencia de impacto por razón de género. Se espera que la sistematización del contenido de los informes de impacto que persigue esta norma, como su posterior actualización por el Real Decreto 931/2017, sirvan para mejorar la implementación de una propuesta que contiene un gran potencial transformador siempre y cuando se forme en la perspectiva de género a las personas que componen las Unidades de Igualdad, responsables de elaborar dichos informes de impacto. Si el personal carece de esta perspectiva seguirá naturalizando la discriminación y, a pesar de las normas, nada cambiará.

## Bibliografía

- Amoros, C; y De Miguel, A. (2005). *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización, vol I: "De la Ilustración al Segundo sexo"*. Madrid: Minerva.
- Alonso Álvarez, A., Diz Otero, I y Lois, M.I. (2010). La influencia de las políticas públicas de igualdad en la toma de decisiones. Un análisis de los informes de impacto de género. *Revista Española de Ciencia Política*, 14, pp. 107-136.
- Balaguer Callejón, M.L. (2003). Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones que elabore el gobierno. *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, 14, pp. 21-23.
- Barbieri, T. D. (1993). Sobre la categoría género: una introducción teóricometodológica. *Debates En Sociología*, 18, pp. 145-169. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6680>
- Biencinto López, N. (2018). *Manual para la elaboración de Informes de Impacto de Género. Claves para su aplicación a los diferentes ámbitos de intervención: Instituto Andaluz de la Mujer*. Sevilla: Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Junta de Andalucía.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Collantes Sánchez, B; y Sanchis Vidal, A. (2009). *La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*. Jaén: Instituto de Estudio Giennenses. Diputación provincial de Jaén.
- Comisión Europea. (1999). *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Recuperado de <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/91d046cb-7a57-4092-b5d3-e4fd68097bb2/language-es>
- Consejo de Europa. (2000). *Estrategia Marco Comunitaria sobre la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001-2005)*. Recuperado de [http://www.mitramiss.gob.es/uafse\\_2000-2006/equal/descargas/estrategia%20marco%20comunitaria%20igualdad.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/uafse_2000-2006/equal/descargas/estrategia%20marco%20comunitaria%20igualdad.pdf)
- Consejo de Europa. (2006). *La igualdad de género como parte integral de los derechos humanos en las sociedades democráticas*. Conferencia de Ministros del Consejo de Europa. Estocolmo, 8 de junio de 2006.
- De la Cruz, C. (1998). *Guía metodológica para integrar la perspectiva de género en proyectos y programas de desarrollo*. Vitoria-Gasteiz: Emakunde y Secretaría General de Acción Exterior.
- Delgado Godoy, F, García Comas, C y Soletto Ávila, M. (2005). *Guía de aplicación práctica, para la elaboración de Informes de Impacto de Género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*. Madrid: Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0259.pdf>
- Esteban, M<sup>a</sup> L. (2016). El estudio de la salud y el género: las ventajas de un enfoque antropológico y feminista. *Salud colectiva*, 2(1), pp. 9-20.
- European Institute For Gender Equality. (2016). *Gender Impact Assessment. Gender Mainstreaming toolkit*. Luxembourg: European Union
- Jiménez, R. (2018). ¿Qué es el impacto de género en la normativa? *Ágora. Inteligencia colectiva para la sostenibilidad*. Recuperado de <https://www.agorarsc.org/que-es-el-impacto-de-genero-en-la-normativa/>
- Jubeto, Y. (2014). Los presupuestos con enfoque de género: un instrumento feminista a favor de la equidad en las políticas públicas. En C. Carrasco (Ed.), *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*. (pp. 121-145). Madrid: La oveja roja.
- Landaia Larizgoitia, M. I. (2013). Presentación. En H. Ortiz de Lejarazu-Red Kuorum,

- Guía para la elaboración de informes de impacto de género* (p. 9). Vitoria-Gasteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer.
- Marugán Pintos, B. (2020). Género. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 199-213. doi: [10.20318/eunomia.2020.5273](https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5273)
- Oakley, A. (1972). *Sex, Gender and Society*. London: Temple Smith.
- Ortiz De Lejarazu, H. (2013). *Guía para la elaboración de informes de impacto de género*. Vitoria: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. Recuperado de [http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub\\_guias/es\\_emakunde/adjuntos/26.guia.para.la.elaboracion.de.informes.de.impacto.de.genero.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/26.guia.para.la.elaboracion.de.informes.de.impacto.de.genero.pdf)
- 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.
- Pauner Chulvi, C. (2009). Función legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género. Congreso de los Diputados, Secretaría General, Gabinete de Publicaciones. Recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/23467/44672.pdf?sequence=1>
- Pujol Algans, C. (2016). Análisis de la aplicación en las leyes de 2004-2005 de la Ley 30/2003 de valoración de impacto de género. En *Participación de las asociaciones de mujeres en las políticas de igualdad, hoy* (pp. 31-51). Madrid: Forum de Política Feminista.
- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. *Revista Nueva Antropología*. VIII(30), pp. 95-145. Recuperado de <http://www.caladona.org/grups/uploads/2007/05/EI%20trafico%20de%20mujeres2.pdf>
- Scott, J.W. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En M. Lamas, (comp.). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 265-302). Mexico: PUEG.

# *Mainstream* de género Gender mainstreaming

Matilde Rey Aramendía  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 ORCID ID 0000-0001-9440-3326  
[matilde.rey@estudiante.uam.es](mailto:matilde.rey@estudiante.uam.es)

Cita recomendada:

Rey Aramendía, M. (2020). *Mainstream* de género. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 331-341.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5715>

Recibido / received: 04/03/2020  
 Aceptado / accepted: 01/06/2020

## Resumen

El artículo aborda el surgimiento del *mainstreaming* de género como estrategia transformadora para implementar políticas públicas de igualdad. El brote de esta estrategia, que debe entenderse como parte del desarrollo que las políticas públicas de igualdad han experimentado desde su nacimiento en los años setenta, ha supuesto un gran avance, ya que por primera vez plantea cuestionar las estructuras sociales, culturales, políticas y económicas que perpetúan la desigualdad para transformarlas a través de la articulación de políticas. Sin embargo, pese al entusiasmo inicial, sus resultados prácticos están lejos de cumplir con sus objetivos teóricos, por lo que ha sido también objeto de numerosas críticas. A lo largo de estas páginas intentaremos proporcionar una comprensión amplia de esta estrategia.

## Palabras clave

Feminismo, igualdad, políticas públicas, género, *mainstream*.

## Abstract

*The article addresses the arising of gender mainstreaming as a transformative strategy to implement public equality policies. The emergence of this strategy should be understood as part of the development that public equality policies have undergone since its advent in the 1970s. Gender mainstreaming represents a great step forward, since it questions for the first the social, cultural, political and economic structures that perpetuates inequality, suggesting to transform them through the articulation of public policies. However, despite the initial enthusiasm, its practical results are far away from meeting its theoretical objectives, which has undoubtedly been the subject of the most serious criticism. Throughout these pages we attempt to provide the widest possible understanding of this strategy.*

## Keywords

*Feminism, equality, public policies, gender, mainstream.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La evolución de las políticas públicas de igualdad. 3. La adopción del *mainstreaming* de género. 4. Las resistencias teóricas del *mainstreaming* de género. 5. *Mainstreaming* de género y agenda política: resistencias en la práctica. 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

El *mainstreaming* de género nace como estrategia de creación de políticas de igualdad a comienzos la década de los noventa. Durante los años posteriores a su surgimiento, el término experimentó una rápida difusión teórica y fue adoptado por las principales organizaciones internacionales y gobiernos nacionales. Esta rápida adaptación a la academia y las instituciones, considerada sin precedentes (True y Mindtrom, 2001, p. 30), provocó que se concibiese como una estrategia transformadora y de gran potencial, con capacidad de alcanzar su objetivo último: la igualdad entre hombres y mujeres (Minto y Mergaert, 2018, p. 205; Hafner-Burton y Pollack, 2009, p. 116).

Sin embargo, con el paso de los años, el término ha ido perdiendo parte de su fuerza y el entusiasmo inicial ha comenzado a desaparecer al constatarse algunos de sus inconvenientes, debido, principalmente, a que el amplio desarrollo teórico del enfoque no se ha acompañado de una articulación política proporcional (Meier y Celis, 2011, p. 470; Meier, 2018, p. 172; Minto y Mergaert, 2018; Hubert y Stratigaki, 2016, p. 22).

El objetivo principal de esta recensión es estudiar el origen, la evolución, las características y la implementación de este concepto, entendido como la estrategia más reciente para la elaboración de políticas públicas de igualdad. Para ello, se procederá en primer lugar a estudiar la evolución de dichas políticas desde su nacimiento en los años setenta, lo que proporcionará una comprensión más amplia de nuestro objeto de estudio. Posteriormente, analizaremos sus principales características, así como sus implicaciones a la hora de ser implementada en la elaboración de políticas públicas. Por último, se realizará una revisión y valoración de su institucionalización (centrada principalmente en el caso de la Unión Europea) a través del análisis de bibliografía e informes para poder, en última instancia, proporcionar una valoración global de la estrategia y reflexionar sobre de los retos a los que se enfrenta.

## 2. La evolución de las políticas públicas de igualdad

El *mainstreaming* de género nace de la asunción de que las políticas públicas no son ajenas al género, sino que afectan de forma diferente a hombres y mujeres, a la vez que estas diferencias determinan también los procesos de elaboración e implementación de las propias políticas públicas. Esta estrategia propone una novedosa fórmula que ha recibido una amplia atención en el campo de las políticas públicas en las últimas décadas, provocando cambios organizativos y de procedimiento en las burocracias estatales, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales (Caglar, 2013, p. 336).

Sin embargo, no es posible comprender el origen del *mainstreaming* de género de forma aislada: el abordaje de la estrategia conlleva necesariamente estudiar antes la evolución de las políticas de igualdad desde su comienzo. La puesta en marcha de estas políticas a partir de los años setenta, que parten de la asunción de que la desigualdad de género estructura nuestra sociedad, es deudora de la intensa teorización feminista que, desde su origen, ha trabajado para estudiar dicha desigualdad y desarrollar mecanismos efectivos para erradicarla.

Dentro de este proceso evolutivo, el *mainstreaming* de género puede considerarse el tercero de los tres grandes enfoques que han articulado las políticas públicas de igualdad en las últimas décadas. Siguiendo la clasificación de Teresa Rees, la evolución de las políticas de igualdad puede dividirse en tres etapas, cada una desarrollada en una década del pasado siglo y protagonizada por un enfoque concreto: la igualdad de oportunidades durante los años setenta, la acción positiva en los ochenta y el *mainstreaming* de género en los años noventa (Rees, 2005, p. 557)<sup>1</sup>.

Las políticas de igualdad de oportunidades se desarrollaron en plenitud durante la década de los setenta, aunque su origen se encuentra en los cambios y reconocimientos derivados del Tratado de Roma (1957) en materia de igualdad de trato y salario para mujeres y hombres por la realización del mismo trabajo. Esta estrategia tiene un componente fundamentalmente legislativo, dando así pie a la progresiva aprobación de normas y revisión de las ya existentes, tanto en el ámbito internacional como en los tribunales nacionales. Esta primera etapa consolidó la igualdad formal y legisló directamente a favor de la equidad, a través de leyes de igualdad integrales o específicas (Astelarra, 2005, p. 76). Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que la simple modificación de las normas no era suficiente para revertir la discriminación que sufrían las mujeres: la igualdad de oportunidades atacaba los síntomas, pero no la causa de la desigualdad (Lombardo, 2002, pp. 229-230). Con estas medidas, los derechos de las mujeres se equipararon a los de los hombres, articulándose sobre las experiencias y necesidades masculinas. La estrategia pretendía compensar la discriminación en los sistemas legales, pero sin cuestionar las estructuras de estos. Unas estructuras que, precisamente, eran las causantes de que las mujeres no disfrutasen de las mismas condiciones para ejercitar sus derechos que los hombres, independientemente de que estos les estuvieran reconocidos<sup>2</sup>.

Ante el efecto limitado de las políticas de igualdad de oportunidades, durante los años ochenta surge un nuevo enfoque que tenía en cuenta que la experiencia de las mujeres era distinta a la de los hombres, y que era eso lo que limitaba los efectos de la igualdad formal, por lo que proponía actuar sobre esa experiencia, corrigiéndola. En este sentido, se adoptaron nuevos paquetes de medidas basadas en la situación de las mujeres, que proponían implantar medidas adaptadas a ellas para alcanzar la igualdad. Así nace la acción positiva, una estrategia que reconoce que las condiciones de mujeres y hombres no son las mismas dentro del sistema y se centra en la puesta en marcha de medidas y mecanismos que coloquen a estas primeras en una posición de ventaja para compensar su desventaja de partida en la sociedad patriarcal (Rees, 2006, p. 25). Unas medidas que pretenden ir más al fondo del problema y equilibrar

<sup>1</sup> Rees denomina a estas etapas de arreglo (*tinkering*), adaptación (*tailoring*) y transformación (*transforming*), respectivamente (Rees, 2005, p. 557). Siguiendo esta misma línea han surgido otras tipologías, como la propuesta por Squires (2005, p. 367), que distingue entre modelos de inclusión (*inclusion*), inversión (*reversal*) o desplazamiento (*displacement*) para referirse a las estrategias de igualdad de oportunidades, acción positiva y *mainstreaming* de género, respectivamente.

<sup>2</sup> En este sentido, el enfoque de la igualdad de oportunidades olvida por completo el rol de las mujeres en el espacio privado, fundamental para entender las relaciones de poder y la desigualdad entre mujeres y hombres (Astelarra, 2005, p. 77; Lombardo, 2002, p. 229).

la balanza del lado de las mujeres para beneficiarlas (Rees, 2006, p. 27). Durante su desarrollo, estas medidas fueron un complemento necesario de la igualdad de oportunidades (Astelarra, 2005, p. 79); sin embargo, tampoco resultaron suficientes para acabar con la discriminación. Aun aplicando este enfoque, la organización social seguía intacta y, con ella, las estructuras sociales, políticas y culturales que perpetuaban la desigualdad. Así pues, pese a que los avances conseguidos con las dos primeras estrategias fueron destacables, se constató que no contaban con la suficiente capacidad transformadora como para provocar un cambio social.

El debate generado entre la idoneidad de las políticas de igualdad de oportunidades y la acción positiva contiene aspectos importantes del tradicional debate entre igualdad y diferencia del que la teoría feminista se ha ocupado ampliamente. Sin embargo, y pese a las discrepancias entre ellos, ambos enfoques asumían el desequilibrio entre la posición que mujeres y hombres ocupaban en el sistema, más que combatirlo (Rees, 2006, p. 25), una cuestión imprescindible para acabar con dicha desigualdad. Consecuentemente, a finales de los años ochenta comenzó a cuestionarse la supuesta neutralidad de estos enfoques, haciéndose patente que habían sido formulados mayoritariamente en base al modelo masculino y que por ello no producían los resultados esperados.

### 3. La adopción del *mainstreaming* de género

El proceso de gestación del *mainstreaming* de género comenzó a finales de los ochenta y principios de los noventa gracias a la crítica feminista y al desarrollo de las reflexiones en torno a la perspectiva de género, que se fraguaban ya desde los años sesenta (García, 2008, p. 55; Eveline y Bacchi, 2005, p. 498). Por otra parte, la influencia de la globalización de las políticas de desarrollo también fue decisiva para el nacimiento del enfoque. De hecho, la academia feminista ha visto en la estrategia del *mainstreaming* de género una extensión lógica de las políticas de *women in development* de los años setenta, que derivaron en los ochenta en el enfoque de *gender and development* (GAD), que ponía el foco en las relaciones de poder y los procesos que afectaban a la posición y las oportunidades de mujeres y hombres (True, 2003, p. 370; Eerdewijk y Davids, 2014, p. 303). En ese contexto, se consideró pertinente extender el objetivo del GAD a todo el modelo social y económico. Así, en los años noventa, impulsado por el paradigma GAD y asumiendo las experiencias y resultados que habían cosechado las estrategias anteriores, se desarrolló el enfoque del *mainstreaming* de género que proponía, por fin, la consecución de un cambio estratégico y estructural a través de las políticas públicas.

En 1995, durante la celebración de la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing, pudo constatarse que, definitivamente, el *mainstreaming* de género había ganado terreno y popularidad en el plano de las políticas públicas. En la Plataforma de Acción derivada de la aludida conferencia fue incluida formalmente como estrategia para corregir la desigualdad en ámbitos tan variados como la educación, la salud, la violencia, los conflictos armados, la economía, la toma de decisiones o los derechos humanos (Charlesworth, 2005, p. 3). Sin embargo, lo más relevante de esta adopción es que los postulados de Beijing dejan clara la existencia de un sistema de género que determina las relaciones sociales y que tiene como resultado la desigualdad entre hombres y mujeres (Rigat-Pflaum, 2008, p. 45), así como la responsabilidad de las políticas públicas y las organizaciones internacionales de abordar este problema. Desde su institucionalización en Beijing, el *mainstreaming* de género ha sido incorporado por multitud de organizaciones internacionales, agencias y gobiernos nacionales, lo que ha contribuido de forma notable al avance y el desarrollo de las políticas de igualdad en todos los niveles, que desde entonces

aluden explícitamente a la necesidad de incidir en los mecanismos de reproducción de la desigualdad y subrayan que incluir el análisis basado en la perspectiva de género en el terreno de las políticas públicas es indispensable.

Las definiciones del *mainstreaming* de género son variadas, aunque, por lo general, presentan aspectos comunes. En este sentido, las organizaciones internacionales han hecho un gran esfuerzo por aportar descripciones del concepto, institucionalizando así la estrategia y los objetivos de los movimientos internacionales de mujeres (von Braunmühl, 2017, p. 120). Por su parte, el Consejo de Europa lo define como

la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas (Consejo de Europa, 1999).

El ECOSOC alude a que se trata de una estrategia

destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad (Asamblea General de Naciones Unidas, 1997).

Para Lombardo, a través del análisis de estas definiciones, en especial de la del Consejo de Europa, conviene destacar cinco elementos fundamentales que aporta la estrategia del *mainstreaming* de género: (1) un cambio en el concepto de igualdad de género, más amplio que el existente hasta el momento; (2) la incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante (*mainstream*); (3) la inclusión y la participación de las mujeres en instituciones y procesos de toma de decisiones; (4) la prioridad dada a las políticas de igualdad de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres, y (5) un cambio en las culturas institucional y organizativa, que implica un cambio en el proceso, los mecanismos y los actores políticos (Lombardo, 2003, pp. 2-5).

Por su parte, Daly identifica dos elementos principales que caracterizan al *mainstreaming* de género y lo diferencian de los enfoques anteriores: por un lado, remarca que el objetivo de esta estrategia es combatir las estructuras de desigualdad (más que la discriminación o las desventajas de las mujeres) y, por otro, que al contrario que con los anteriores enfoques, este incorpora la perspectiva de género (2005, p. 442).

Teniendo en cuenta estas definiciones, la idea que deriva del *mainstreaming* de género es que los procesos de creación y desarrollo de políticas no son ajenos al sistema de género, y por eso corren el riesgo de perpetuar la desigualdad (Van Eerdewijk y Davids, 2014, p. 304). Por ello, la estrategia asume que la igualdad no puede alcanzarse únicamente con medidas aisladas y nace con el objetivo de reorganizar los procesos políticos de forma que los agentes encargados del desarrollo de estos incorporen la perspectiva de género en todas las etapas de las políticas públicas, transformándolas desde la raíz (Verloo, 2001, p. 3-4). Constituye así una «propuesta política», ya que exige un compromiso serio en favor de la construcción de las relaciones entre hombres y mujeres más justas y equitativas (Vañó, 2013, p. 126) y ayuda descodificar la naturaleza «de género» de las políticas públicas y las

instituciones (Reimann, 2001, p. 7). En este sentido, es fundamental destacar la importancia de que este enfoque proponga intervenciones tanto a nivel *micro* (sobre los individuos), *meso* (sobre normas y valores culturales) y *macro* (sobre instituciones y organizaciones) para eliminar las causas estructurales de la discriminación (Reimann, 2001, p. 7).

No obstante, y pese a que el *mainstreaming* de género presenta diferencias sustanciales con respecto a los anteriores enfoques, estos no deben concebirse como estrategias políticas independientes y excluyentes, si no más bien como complementarias. En este sentido, Booth y Bennett (2002) usan la metáfora del «taburete de tres patas» para aludir a la trilogía de enfoques, haciendo referencia a su interconexión e interdependencia y aportando una concepción más inclusiva, que permite analizar las estrategias como potencialmente complementarias y no necesariamente como alternativas.

En este sentido, Daly señala que el *mainstreaming* de género representa la acumulación de conocimiento de las últimas décadas, derivada tras las experiencias con los demás enfoques. Así, más que entender que este ha suplantado a los anteriores, propone asumir que estos son difícilmente independientes en la práctica (2005, p. 442). Los enfoques son dinámicos en sí mismos, evolucionan y se complementan, por lo que los límites entre unos y otros no siempre están claros, siendo común encontrar herramientas propias de la igualdad de oportunidades o de la acción positiva en estrategias que plantean una implementación del *mainstreaming* de género (Squires, 2005, p. 367).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, no es sorprendente afirmar que, en el momento de su aparición, el *mainstreaming* de género fuese considerada una propuesta radical, con potencial revolucionario y gran voluntad transformadora (Minto y Mergaert, 2018, p. 204) que por primera vez situaba el análisis desde la perspectiva de género en el centro de la elaboración de políticas públicas. Sin embargo, el entusiasmo de los primeros años fue desapareciendo progresivamente al constatarse que sus efectos no estaban produciendo la transformación estructural esperada. Veinticinco años después de su adopción, siguen encontrándose resistencias que provocan que los resultados en la práctica queden lejos de las aspiraciones iniciales, como expondremos a continuación.

#### 4. Las resistencias teóricas del *mainstreaming* de género

Una de las primeras barreras con las que se encuentra el *mainstreaming* de género deriva de algo tan sencillo como su traducción. Existe, en este sentido, una considerable confusión acerca de su interpretación, derivada de la dificultad de trasplantar el término anglosajón a otras lenguas; una dificultad que se agrava más aún en aquellas que no tienen un término específico para denominar el género (Rees, 2005, p. 556)<sup>3</sup>. Por su parte, el término *mainstreaming* también presenta resistencias, ya que es complejo traducirlo con todos sus matices, por lo que acaba optándose, en muchas ocasiones, por mantener el término anglosajón (como en este trabajo) o bien por traducirlo de diversas formas, unas más acertadas que otras. En el caso de la traducción al español, la estrategia del *mainstreaming* de género ha sido traducida de múltiples modos: enfoque integral de género, perspectiva transversal de género, transversalidad de género u horizontalidad de género, entre otras. Esta pérdida de los matices y la fuerza de la expresión en la traducción ha sido señalada por la academia

<sup>3</sup> Cabe decir que el término género tampoco es fácilmente interpretable y, en ocasiones, sigue definiéndose de forma muy vaga pese a su importancia (Rodríguez, 2005, p. 132).

como una importante traba, ya que la laguna lingüística da paso, en muchas ocasiones, a una laguna también conceptual (Vañó, 2013, p. 124).

Otra de las críticas más recurrentes al *mainstreaming* de género se centra en la variedad de significados atribuibles al término. La estrategia ha sido objeto de distintas interpretaciones y, aunque ha sido formulada teóricamente, su aplicación práctica deja el camino abierto a muy distintos objetivos enunciados en su nombre. La utilidad del propio término ha sido cuestionada, por considerarse «elástico» (Daly, 2005, p. 439) o «vacío» (Lombardo y Meier, 2006, p. 152); así como la de sus definiciones. En este sentido, Charlesworth señala que la definición propuesta por el ECOSOC es demasiado amplia y a la vez demasiado acotada como para considerarse una herramienta útil en el escenario internacional, lo que convierte al *mainstreaming* de género en una estrategia incapaz de conseguir su objetivo de abordar la forma compleja en que las relaciones sociales y de poder crean y sostienen sistema de género (2009, p. 30). El concepto se vuelve, así, vago en la práctica –algo lo que probablemente haya contribuido también su rápida popularidad (Squires, 2005, p. 368; Beveridge y Nott 2002, p. 299)– ya que, ante la contingencia del término, es fácil hacer cualquier cosa en nombre del *mainstreaming* de género (Daly, 2005, p. 439).

Así pues, aunque nos encontramos ante una estrategia mucho más transformadora que las anteriores, sus objetivos específicos no siempre están claros. En este sentido, Van Eerdewijk y Davids utilizan la metáfora de la «bestia mitológica» para referirse al *mainstreaming* de género: una estrategia con grandes poderes para efectuar un cambio social, aunque los modelos que lleva implícitos para efectuar un cambio institucional y social sigan siendo, en cierto modo, interrogantes (2014, p. 304).

##### 5. *Mainstreaming* de género y agenda política: resistencias en la práctica

Otra de las principales dificultades detectadas, que en este caso tiene que ver con la aplicación de este enfoque, radica en la aparente contradicción entre sus dos marcos de referencia: la igualdad de género y el *mainstream* (Walby, 2005, p. 322). Entender esta dualidad es una cuestión crucial a la hora de abordar los debates en torno a la utilidad de la estrategia. Para cumplir con los objetivos de esta, la perspectiva de género debería abrirse camino en la agenda política e institucional y competir contra los enfoques tradicionales –que se encuentran mucho más arraigados y son objeto de más amplia atención– para acabar situándose entre los enfoques dominantes de dicha agenda. Sin embargo, la realidad es que la igualdad de género tiene dificultades para introducirse en el *mainstream*, bien por la existente distribución jerárquica del poder en base al género, o bien porque el núcleo duro de la política y los discursos institucionales y neoliberales tienen prioridad sobre las cuestiones de política social (Alfama, Cruells y de la Fuente, 2014, p. 73; Lombardo, 2005, p. 427).

En este sentido, Jahan ha identificado dos enfoques a través de los cuales la igualdad de género se relaciona con el *mainstream* y la agenda política. El primero es el integracionista, que aboga por introducir la perspectiva de género en los paradigmas existentes a través del énfasis en objetivos instrumentales y las estrategias institucionales, con la pretensión de que, una vez institucionalizada, la perspectiva de género se situase entre los enfoques dominantes de las políticas (Jahan, 1996, p. 828). Sin embargo, si no existe claridad suficiente en torno a los objetivos de las estrategias a implementar, como hemos apuntado, el compromiso formal con el *mainstreaming* de género no obliga a los actores a lograr la igualdad de ninguna manera específica. Paradójicamente, esta traba la hace atractiva para las

organizaciones internacionales, ya que pueden adoptar la estrategia, aparentando modernizar sus políticas públicas, y sin embargo no comprometerse firmemente con una agenda clara (Daly, 2005, p. 440). El enfoque integracionista ha dado lugar a que el *mainstreaming* de género presente un carácter excesivamente tecnocrático y procedimental. De hecho, si bien existe una falta de claridad con respecto al contenido de las políticas de incorporación de la perspectiva de género –que en ocasiones ni siquiera definen qué implica realmente la igualdad de género–, sí hay una claridad considerable en torno a los métodos e instrumentos empleados para la incorporación de esta –como, por ejemplo, la recopilación de datos, o las tareas de monitoreo y evaluación–. La excesiva atención a los procesos puede convertirse en un problema si estos, ante la naturaleza ambigua de sus objetivos, se convierten en un fin en sí mismos más que en el medio para cambiar las estructuras sociales (Meier y Celis, 2011, p. 471). El segundo enfoque, que Jahan denomina «establecimiento de la agenda», implica en cambio una reorientación de los paradigmas, exigiendo priorizar la perspectiva de género en la agenda política, reformulándola de forma que los fines y medios de las políticas públicas contengan un análisis desde esta perspectiva (Jahan, 1996, p. 829).

Los problemas derivados la tensión entre igualdad de género y *mainstream* y la excesiva tecnocratización de la estrategia se han manifestado de forma clara en la aplicación del *mainstreaming* de género en la Unión Europea. En este sentido, Hubert y Stratigaki apuntan a que la integración del *mainstreaming* de género en la agenda europea de políticas de igualdad desde 1995 ha traído numerosos progresos (2016, p. 22), habiéndose abordado ampliamente las cuestiones procedimentales, relativas a la forma en la que debe implementarse el *mainstreaming* de género para resultar una estrategia exitosa (Meier, 2018, p. 173). Sin embargo, el éxito no ha sido tal en lo que se refiere a aplicar la estrategia de forma transversal (Hubert y Stratigaki, 2016, p. 23). El proceso puesto en marcha por la Unión Europea se ha centrado en un enfoque integracionista más que en la oportunidad de una verdadera reformulación de las políticas públicas (Lombardo, 2005, p. 412-413; Hafner-Burton, Pollack 2009, p. 1). En el mismo sentido, el Instituto Europeo de Igualdad de Género apunta a que el *mainstreaming* de género se ha aplicado de forma desigual en las diferentes áreas de las políticas públicas de la Unión, lo que sugiere que exista una falta de continuidad y progreso de la estrategia (EIGE, 2020, p. 18).

Por otro lado, también se han destacado problemas que derivan del insuficiente presupuesto destinado a la implementación del *mainstreaming* de género. Continuando con el ejemplo de la Unión Europea, deben destacarse dos momentos que afectaron gravemente a los avances de la estrategia: la ampliación de 2004 y la crisis económica del año 2008 en adelante. Acompañando el proceso de ampliación se produjeron serias restricciones de presupuesto y profundas reformas administrativas. Así, la Comisión incluyó la meta de la igualdad de género dentro de una serie de grandes objetivos que, de forma general, buscaban acabar con todo tipo de discriminación, produciendo una tendencia a mezclar el asunto con otros en el plano administrativo e institucional (Hubert y Stratigaki, 2016, p. 26), diluyendo de nuevo sus intenciones concretas. Por otro lado, es tremendamente preocupante el recorte en los presupuestos destinados a la igualdad de género, que han caído en picado tras el estallido de la crisis (de 220 millones de euros en 1999 a 50 millones en 2012) (Hubert y Stratigaki, 2016, p. 27). En este mismo sentido, en un informe reciente, el Instituto Europeo de Igualdad de Género señala que el Marco Financiero Plurianual (MFP) para el período 2021-2027 recoge objetivos presupuestarios mucho más bajos y menos ambiciosos que los MFP de los períodos anteriores (2014-2020 y 2007-2013) (EIGE, 2020, pp. 17-18).

## 6. Conclusiones

Con todo lo expuesto, no puede negarse que el *mainstreaming* de género constituye la estrategia de elaboración de políticas públicas de igualdad más transformadora hasta la fecha, con un potencial teórico y práctico indiscutible y señalado por numerosas autoras. No obstante, también se han constatado algunas importantes dificultades que impiden su eficaz implementación, tal y como hemos reseñado en estas páginas.

La excesiva atención a los instrumentos y procedimientos de la estrategia por parte de la Unión Europea, así como los débiles esfuerzos por integrar temas relacionados con la igualdad de género en los ejes principales de la agenda política, han diluido el potencial transformador de la estrategia. En este sentido, es imprescindible reflexionar sobre este problema y buscar soluciones que permitan, a través de la efectiva implementación del *mainstreaming* de género, reorientar el núcleo de la agenda política, repensando los paradigmas, medios y fines con los que se pone en marcha desde una perspectiva de género.

Además, en Europa asistimos con preocupación a una reducción progresiva del presupuesto dedicado a la igualdad de género. Aunque en un contexto eminentemente neoliberal, azotado por una reciente crisis económica, una estrategia de tal calado puede parecer difícil de implementar, no basta con creer que el *mainstreaming* se trata solo de un proceso reorganizador que no necesita inversiones específicas y adicionales. Invertir en formación, instrumentos de monitorización y análisis, así como realizar una evaluación presupuestaria con perspectiva de género, son acciones esenciales para el éxito de la estrategia y, en última instancia, para promover la igualdad.

No obstante, si bien es cierto que el *mainstreaming* de género no ha sido capaz de transformar profundamente los objetivos de la agenda política, todavía es pronto para considerar que la estrategia ha fracasado. Pese a los problemas mencionados, nos encontramos ante una estrategia suficientemente desarrollada teórica y políticamente que ha registrado valiosos avances, como el desarrollo de procedimientos e instrumentos políticos, la formación de personal o la puesta en marcha de medidas concretas comprometidas con la igualdad de género. En consecuencia, seguimos ante una estrategia con margen de mejora, sobre la que la academia feminista y las instituciones siguen trabajando con el fin de explotar todo su potencial. Nos encontramos en un momento idóneo para profundizar en la reflexión sobre los obstáculos existentes y el diseño de nuevas formas de implementación efectiva del *mainstreaming*. Sin embargo, para constatar su éxito, el esfuerzo debe ser integral y el compromiso con la igualdad de género, ineludible. Un compromiso que, en última instancia, tiene que ver con cuestiones fundamentales, como son la democracia, los derechos humanos y la justicia social.

## Bibliografía

- Alfama, E., cruells, M. Y De La Fuente, M. (2014). ¿Qué ha cambiado con esta crisis? El mainstreaming de género en la encrucijada. *Investigaciones Feministas*, 5, pp. 69-95.
- Asamblea General de Naciones Unidas (1997). *Informe del Consejo Económico y Social correspondiente a 1997*, ECOSOC A/52/3/Rev.1.
- Astelarra, J. (2005). *Veinte años de políticas de igualdad*. Madrid, España. Feminismos. Ediciones Cátedra.
- Beveridge, F., y Nott, S. (2002). Mainstreaming: A case for optimism and cynicism. *Feminist legal studies*, 10(3), pp. 299-311.
- Booth, C., y Bennett, C. (2002). Gender Mainstreaming in the European Union: Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?. *The European Journal of Women's Studies*, 9(4), pp. 430-46.
- Caglar, G. (2013). Gender mainstreaming. *Politics & Gender*, 9(3), pp. 336-344.
- Charlesworth, H. (2005). Not waving but drowning: Gender mainstreaming and human rights in the United Nations. *Harvard Human Rights Journal*, 18, pp. 1-18.
- Charlesworth, H. (2009). "Worlding Women" in International Law". *Gender and Global Politics in the Asia-Pacific*. Palgrave Macmillan, New York, pp. 19-37.
- Consejo de Europa (1999). *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas»*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), (versión español e inglés). Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid.
- Daly, M. (2005). Gender mainstreaming in theory and practice. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 12(3), pp. 433-450.
- Eige (2016). Beijing + 25: the fifth review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the EU Member States.
- Eveline, J. y Bacchi, C. (2005). What are we mainstreaming when we mainstream gender?. *International Feminist Journal of Politics*, 7(4), pp. 496-512.
- García, E. (2008). *Políticas de Igualdad, Equidad y Gender Mainstreaming. ¿De qué estamos hablando?: marco conceptual*. San Salvador: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Hubert, A., y Stratigaki, M. (2016). Twenty years of EU gender mainstreaming: Rebirth out of the ashes?. *Femina Politica—Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft*, 25(2), pp. 21-36.
- Hafner-Burton, E. y Pollack, M. (2009). Mainstreaming gender in the European Union: Getting the incentives right. *Comparative European Politics*, 7(1), pp. 114-138.
- Jahan, R. (1996). The Elusive Agenda: Mainstreaming Women in Development. *The Pakistan Development Review*, 35(4), part II, pp. 825-834.
- Lombardo, E. (2002). La política de género en la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"? En A. García Inda y E. Lombardo, *Género y Derechos Humanos. Terceras Jornadas. Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (pp. xx-xx). Zaragoza : Mira Editores, pp. 225-248.
- Lombardo, E. (2005). Integrating or setting the agenda? Gender mainstreaming in the European constitution-making process. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 12(3), pp. 412-432.
- Lombardo, E. y Meier, P. (2006). Gender mainstreaming in the EU: Incorporating a feminist reading?. *European Journal of Women's Studies*, 13(2), pp. 151-166.
- Meier, P. y Celis, K. (2011). Sowing the seeds of its own failure: Implementing the concept of gender mainstreaming. *Social Politics*, 18(4), pp. 469-489.
- Meier, P. (2018). The dilution of the ultimate goal? Lessons from gender mainstreaming. En P. Scholten y I. Van Breugel (eds.), *Mainstreaming integration governance* (pp. 171-189). Cham: Palgrave Macmillan.

- Minto, R. y Mergaert, L. (2018). Gender mainstreaming and evaluation in the EU: comparative perspectives from feminist institutionalism. *International Feminist Journal of Politics*, 20(2), pp. 204-220.
- Rees, T. (2005). Reflections on the uneven development of gender mainstreaming in Europe. *International Feminist Journal of Politics*, 7(4), pp. 555-574.
- Rees, T. (2006). *Mainstreaming Equality in the European Union*. Routledge.
- Rodríguez, I. (2005). La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la política española de cooperación para el desarrollo. Algunas reflexiones conceptuales. *Revista española de desarrollo y cooperación*, 15, pp. 127-141.
- Rigat-Pflaum, M. (2008). *Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género*. *Nueva Sociedad*, Issue 218, pp. 40-56.
- Reimann, C. (2001). *Towards Gender Mainstreaming in Crisis Prevention and Conflict Management*. Eschborn: GTZ.
- Squires, J. (2005). Is mainstreaming transformative? Theorizing mainstreaming in the context of diversity and deliberation. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 12(3), pp. 366-388.
- True, J. (2003). Mainstreaming gender in global public policy. *International Feminist Journal of Politics*, 5(3), pp. 368-396.
- True, J. y Mintrom, M. (2001). Transnational networks and policy diffusion: The case of gender mainstreaming. *International studies quarterly*, 45(1), pp. 27-57.
- Van Eerdewijk, A. y Davids, T. (2014). Escaping the mythical beast: Gender mainstreaming reconceptualized. *Journal of International Development*, 26(3), pp. 303-316.
- Vañó, R. (2013). *La intervención posconflicto en el derecho internacional: una auditoría de género* (Tesis doctoral). Universitat de València, Valencia. Recuperado de <http://roderic.uv.es/handle/10550/29001>.
- Verloo, M. (2001). *Another Velvet Revolution? Gender Mainstreaming and the Politics of Implementation*. IWM Working Paper no. 5. Vienna: IWM.
- Von Braunmül, C. (2017). Gender mainstreaming. En U. Petschow, J. Rosenau y E.U. Von Weizsäcker (eds.), *Governance and Sustainability: New Challenges for States, Companies and Civil Society* (pp. 119-130). New York: Routledge.

# Democracia paritaria

## Parity Democracy

Bernabé Aldeguer Cerdá

Universidad de Valencia

ORCID ID 0000-0003-3910-5849

[bernabe.aldeguer@uv.es](mailto:bernabe.aldeguer@uv.es)

Cita recomendada:

Aldeguer Cerdá, B. (2020). Democracia paritaria. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 342-364.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5716>

Recibido / received: 24/04/2020  
Aceptado / accepted: 18/06/2020

### Resumen

El concepto de democracia paritaria ha adquirido un creciente protagonismo en los estudios de género y política a lo largo de las últimas cuatro décadas, sirviendo de soporte político y jurídico a las estrategias de discriminación positiva incorporadas en múltiples áreas de la acción política (conciliación, legislación laboral, formación) y entre las que destaca el sistema electoral como variable institucional ligada a la representación política de las mujeres. En este proceso, la agenda internacional de investigación, así como las recomendaciones y normativas de numerosas organizaciones internacionales, han influenciado de forma significativa los discursos que han llevado a partidos políticos, parlamentos y gobiernos al desarrollo de estrategias destinadas a lograr la paridad. La mayor presencia de las mujeres en las instituciones representativas no queda exenta, sin embargo, de obstáculos persistentes que, de manera formal e informal, impiden su participación real y efectiva en los procesos de adopción de decisiones, como demuestra la distribución diferenciada de diputados y diputadas en comisiones parlamentarias o ministerios según su ámbito material (segmentación horizontal) o según la relevancia de la estructura directiva y poder de decisión (segmentación vertical). El estudio de la democracia paritaria ha demandado un reconocimiento de su impacto en términos de fortalecimiento democrático. Del mismo modo, dada la complejidad de los factores que inciden en la discriminación de las mujeres, las variables explicativas se han agrupado en factores institucionales, ideológico-culturales y socioeconómicos. En última instancia, las cuotas electorales presentan una diversidad de modalidades cuyo análisis lleva en la actualidad a una agenda de investigación dirigida a evaluar el impacto real que las mismas han tenido sobre la participación igualitaria de mujeres y hombres.

### Palabras clave

Cuotas, democracia, discriminación positiva, igualdad, paridad.

### Abstract

*The concept of parity democracy has acquired a crescent presence in gender and politics studies during the last four decades. This concept serves as a political and juridical reference for positive discrimination strategies incorporated in several political areas (family conciliation, labour law, academical and professional training). Among these dimensions highlights the electoral system as an institutional variable linked to political representation of women. In this*



process, the international research agenda, as well as recommendations and reports issued by several international organizations, have influenced the discourses that have pursued to political parties, parliaments and cabinets to the development of strategies for the success of parity. The most presence of women in parliaments is not without persistent obstacles that, in both formal and informal way, prevent their real and effective participation in every political making – decisions. It can be observed by the differentiated presence of women and men, as MPs, in parliamentary committees or cabinets according with the portfolio (horizontal discrimination) or considering the positions (vertical discrimination). The study of parity democracy is related to the democratic strengthening strategies. At the same time, considering the complexity of the several factors that affect to gender discrimination, the explicative variables have been grouped in institutional, ideological-cultural and socioeconomical factors. Electoral quotas are adopted by several types which analysis requires, currently, a research agenda directed to evaluate the real impact that these gender measures have had over the equal political participation between men and women.

### Keywords

Democracy, equality, positive discrimination, parity, quotas.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Democracia paritaria: definición y alcance. 2.1. ¿Por qué democracia paritaria? 2.2. La relevancia de la agenda internacional en la construcción y el desarrollo conceptual y político de la democracia paritaria. 3. Representación descriptiva y sustantiva de las mujeres. 3.1. Representación descriptiva. 3.2. Representación sustantiva. 4. Modelos explicativos de la infrarrepresentación de las mujeres. 4.1. Oferta. 4.2. Demanda. 4.3. Cultura e ideología. 5. Ideología, mérito e imitación. 6. Sistema electoral y cuotas de paridad. 6.1. El sistema electoral como variable institucional. 6.2. Cuotas electorales de paridad: alcance, características y tipos. 6.2.1. Estrategia temporal de discriminación positiva. 6.2.2. Tipos de cuotas electorales. 6.2.3. Umbrales de presencia mínima requerida: *masa crítica* (30%), representación equilibrada (40-60%) y paridad (50%). 7. La segmentación o discriminación vertical y horizontal. 7.1. Segmentación vertical. 7.2. Segmentación horizontal. 8. Retos y agenda de investigación. 9. Bibliografía.

## 1. Introducción

El principio de igualdad de oportunidades ha adquirido creciente protagonismo tanto en el discurso político como en las sucesivas reformas que han operado sobre el ordenamiento jurídico de forma transversal a partir de normas que, inspiradas en la discriminación positiva (art. 9.2 de la Constitución Española, en adelante CE), han impulsado su desarrollo desde el más alto rango (ley orgánica) (Rey, 2019). La participación política no ha quedado exenta de esta impronta en la agenda política y legislativa, introduciendo preceptos destinados a hacer real y efectivo el principio de igualdad a través de los procesos representativos (sufragio pasivo). La exigencia de una presencia equilibrada de ambos sexos en la composición de las instituciones de diferente signo, así como en partidos políticos, ha posicionado la democracia paritaria entre los conceptos que mayor impulso investigador, político y social (movimientos feministas) ha experimentado a finales del siglo XX y principios del XXI. De forma transversal, disciplinas como la ciencia política han incorporado a su agenda los estudios de género, con incidencia en la configuración de sus instituciones académicas mediante la creación de grupos permanentes de investigación entre

cuyos propósitos se encuentra la transversalidad de la perspectiva de género en el conjunto de los más diversos ámbitos: desde la teoría política hasta el comportamiento político, pasando por las políticas públicas o las relaciones internacionales. El impulso normativo de los estudios sobre género y política abogan por un adecuado posicionamiento de los *gender studies* en la agenda de investigación politológica, asumiendo, del mismo modo, una perspectiva prescriptiva para proponer medidas adecuadas en favor de la democracia paritaria a partir de diagnósticos sobre las causas que hacen persistir la discriminación sobre las mujeres en las múltiples esferas de la acción política (institucional, social, conductual). Hughes advirtió, en este sentido, que la política es la arena en la cual la desigualdad de género permanece más pronunciada (Hughes, 2007). Sin embargo, y precisamente debido a esta circunstancia, a lo largo de los últimos cuarenta años se ha iniciado un intenso debate sobre el papel de las mujeres en las instituciones públicas, especialmente las representativas, como los parlamentos (Nohlen, 1998; Lovenduski, Baudino, Guadagnini, Meier & Sainsbury, 2005). La presencia y la participación efectiva de las mujeres en los procesos de adopción de decisiones no se limita a considerar la composición de las instituciones parlamentarias de forma agregada, sino las pautas internas que provocan un desigual posicionamiento de diputados y diputadas en las estructuras internas de las cámaras (Lovenduski, Baudino, Guadagnini, Meier & Sainsbury, 2005). El estudio de la democracia paritaria abarca, así, desde los procesos y las pautas de reclutamiento o selección electoral por parte de los partidos hasta el desempeño parlamentario de las mujeres. Ello se debe a la evaluación de las estrategias de paridad cuya aplicación ha arrojado desiguales resultados como consecuencia de normas informales presentes en las diferentes fases por las que se desarrolla el proceso electoral y el funcionamiento interno de las instituciones parlamentarias Chappell (2002), afectando, en última instancia, a la representación sustantiva de los intereses vinculados a las mujeres y a la perspectiva de género. Así, los estudios vinculados al concepto de democracia paritaria dirigen su atención al sexo como variable independiente en el estudio de la representación política y en el análisis de las élites políticas, tanto en los partidos políticos y parlamentos como en gobiernos y organismos directivos de la Administración Pública.

La creciente presencia de mujeres en estructuras orgánicas de partidos políticos, candidaturas electorales, parlamentos y gobiernos no exime, por tanto, de avanzar en nuevas líneas de investigación que incorporen a los análisis variables socioeconómicas, institucionales y de comportamiento político. De hecho, el Informe Pekín +10 (2005) reconocía que, tras una década desde la inaugural conferencia de Pekín (1995), «la desigualdad en el acceso de la mujer a la educación, la capacitación y los recursos productivos le impide participar en pie de igualdad en el ejercicio del poder y los procesos de adopción de decisiones» (Pekín + 10, 2005). Del mismo modo, la consideración de la discriminación de género en la participación y la representación política como un déficit democrático ubica los estudios vinculados al concepto de democracia paritaria en relación con procesos políticos de transición o consolidación democrática, así como con ciertos niveles de desarrollo social y económico que permitiesen a la mujer superar la dependencia respecto de los hombres y la reclusión al espacio privado (Toboso, 2009).

El término democracia paritaria aporta, por tanto, criterios de análisis para identificar las causas que provocan la desigual composición de las instituciones públicas desde la perspectiva de género, describir adecuadamente dicha distribución diferenciada de hombres y mujeres, evaluar el grado de cumplimiento de las estrategias de paridad implementadas y favorecer una agenda programática de actuación para el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres en la participación y la representación política.

## 2. Democracia paritaria: definición y alcance

La ausencia de mujeres o su infrarrepresentación en las instituciones públicas (parlamentos, gobiernos) y en los procesos de adopción de decisiones es considerado un déficit democrático, de forma que «ese déficit sólo puede ser superado con un reparto más justo de las responsabilidades públicas y privadas y una presencia más equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de decisión política» (Declaración de Atenas, 1992). El concepto de democracia paritaria incide en la composición equilibrada de distintos tipos de instituciones, organizaciones y entidades políticas, sociales, culturales y económicas, tanto a nivel estatal como subestatal e internacional. Sin embargo, su impacto es especialmente significativo en la dimensión representativa de los sistemas políticos democráticos, prestando atención al rol de partidos políticos, grupos parlamentarios y gobiernos para incorporar los llamados «intereses» de las mujeres a la agenda y el desempeño institucional y promoviendo una adecuada representación sustantiva de los llamados «intereses» de las mujeres (Álvarez, 2017).

En términos de Pitkin, la democracia paritaria se proyecta sobre la dimensión descriptiva y sustantiva de la representación (Pitkin, 1967). Una presencia creciente de mujeres en los parlamentos supondría la incorporación de *gender issues* en la agenda parlamentaria y el desempeño gubernamental. Sin embargo, un ámbito de interés para los estudios vinculados a la democracia paritaria ha sido la identificación de los umbrales cuantitativos que permitirían evaluar su desarrollo. Así, el umbral de masa crítica sugería, mediante comprobación empírica a partir de estudios de representación sustantiva, que a partir del 30% de mujeres en los parlamentos se observaban cambios en el discurso y la agenda pública e institucional (Lois, 2007). No obstante, la noción de representación equilibrada ha permitido concretar el alcance de la democracia paritaria en la horquilla del 40-60 % de presencia mínima y máxima requerida para ambos sexos en listas electorales y candidaturas. Este ha sido, de hecho, el criterio incorporado a la legislación electoral española a partir de la modificación realizada sobre esta por parte de la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOIMH, 2007). La composición paritaria exigida a las candidaturas electorales mediante el sistema *zipper list* supone una presencia numéricamente igual de hombres y mujeres en el 50 % de ambos sexos presentes en las listas (especialmente en sistemas proporcionales de lista cerrada y bloqueada). Ciertas normativas autonómicas en España han incorporado en sus disposiciones electorales esta exigencia que no ha arrojado, sin embargo, los mismos resultados en la distribución por sexos en las instituciones parlamentarias como resultado de pautas de segregación horizontal y vertical.

De esta forma, la democracia paritaria se expresa, de forma operativa, en los umbrales de presencia mínima requerida, así como en las estrategias adoptadas para su logro (subvenciones o bonificaciones electorales, sanciones). La mejora de los indicadores institucionales vinculados a la democracia paritaria (presencia de mujeres en las instituciones, reformas normativas o legales, perspectiva de género transversal en las políticas públicas) es valorada como una estrategia de fortalecimiento democrático (Lovenduski, 2005). Así, conforme a Squires, la adopción de cuotas voluntarias o el apoyo a las cuotas legales «*is framed as a commitment to democratization*» (Squires, 2007). A través de una composición equilibrada de las instituciones públicas se mejoraría la calidad de la vida política a través de ámbitos como la representación, nuevas formas de rendición de cuentas, presencia de nuevos

temas en la agenda<sup>1</sup> o nuevos estilos de liderazgo y de discurso político que superen una perspectiva excesiva o exclusivamente masculinizada (Phillips, 1998, Randall, 1998). Las estrategias de democracia paritaria inciden en superar un criterio de indiferenciación de la humanidad<sup>2</sup> que pudiera perjudicar la expresión de las diferencias ocasionadas por la discriminación de género y su expresión en la institucionalidad democrática a través de los diversos procesos democráticos (Young, 1989). Favorecer unas democracias *female-friendly* (Schmitter, 1998) permitiría diagnosticar de forma adecuada los procesos, las estructuras y las prácticas formales e informales de discriminación presentes en el Estado (Kantola, 2003), superar su masculinización (Shvedova, 2005) y trascender la concepción de la política como una «cosa de hombres» (Fishburne, 1974).

La consecución de la paridad engloba, por tanto, no sólo argumentos cuantitativos basados en los diferentes umbrales de composición equilibrada requeridos, sino también criterios cualitativos en términos de los déficits democráticos que la democracia paritaria contribuiría a superar al corregir la infrarrepresentación de las mujeres y de los temas vinculados, en la agenda, a la discriminación por motivos de género.

## 2.1. ¿Por qué democracia paritaria?

La desigual presencia y participación efectiva de mujeres y hombres en los órganos y espacios de decisión política supone un déficit democrático cuya superación legitimaría la adopción de estrategias (cuotas) para lograr la composición equilibrada de candidaturas electorales, parlamentos, gobiernos y órganos colegiados de la Administración Pública (consejos de dirección de organismos y empresas públicas) y lograr la plena realización de los derechos políticos de ciudadanía por parte de las mujeres (Aldeguer, 2016). Del mismo modo, las estrategias en favor de la paridad permiten el pleno ejercicio de los derechos de los que son titulares las mujeres en tanto que ciudadanas. Siendo la política una arena fundamental para la adopción de decisiones, Paxton & Hughes identifican la paridad como un bien valioso en términos públicos y democráticos, favoreciendo que las mujeres ostenten posiciones de autoridad (Paxton & Hughes, 2007). A continuación, se enumeran los tres bloques de argumentos en que se han agrupado las justificaciones destinadas a legitimar las estrategias de paridad.

*Justice arguments.* Ponen en evidencia la necesidad de reconocer a la mitad de la ciudadanía<sup>3</sup> y superar la discriminación que históricamente han recibido las mujeres en todos los ámbitos de la vida social, cultural, económica y política. Lograr la democracia paritaria supone compensar las estructuras y circunstancias que han privado a las mujeres de presencia y participación efectiva en la política (Ventura,

<sup>1</sup> En particular: «*Indeed, at its best, the democratic process resolves conflict not only by majority will, but by discovering answers that integrate the interests of minorities. Thus, a deliberative democracy does not simply register preferences that individuals already have; it encourages citizens to think about their interests differently*» (Mansbridge, 1998).

<sup>2</sup> «*The claim that women should be present in decision-making in proportion to their membership of the population is a claim for descriptive representation [...]. Calls for the descriptive representation of women propose that women should represent women in proportion to their presence in the population*» (Lovenduski, 2005).

<sup>3</sup> Como sostiene Aranda (2010): «la mujer no es la mitad de la humanidad universal, sino la parte las mujeres de la humanidad» (Aranda, 2010). Más concretamente: «la expresión general de la igualdad es la paridad, i. e. tomar como punto de partida que mujeres y hombres integran la especie humana, que es por lo tanto mixta, y que mujeres y hombres deben compartir el poder, pues poseen la misma dignidad humana, son iguales en derechos y tienen una experiencia social diferenciada, que es muy útil tener en cuenta para organizar bien la sociedad democrática» (Martínez, 2005).

1999; Lovenduski, 2005). Se pretende, así, superar el escenario de monopolio en la representación política tradicionalmente ejercida por los hombres (Randall, 1987; Phillips, 1998; Lovenduski, 2005; Paxton & Hughes, 2007; Squires, 2007).

*Pragmatic – utility arguments.* Señalan las ventajas electorales y estratégicas que pueden obtener los partidos políticos a corto plazo como consecuencia de incrementar el número de mujeres en sus candidaturas electorales, especialmente en contextos de elevada competitividad electoral (Norris, 1997). Así, sería más probable que las mujeres votaran a partidos políticos con una equilibrada presencia de mujeres en sus candidaturas, siendo penalizadas por el electorado aquellas listas excesivamente masculinizadas (Norris, 1997; Lovenduski, 2005). De este modo, los partidos políticos, en tanto que *gatekeepers* de la representación política, incorporarían a sus incentivos la inclusión de un mayor número de mujeres como candidatas como consecuencia de cuotas voluntarias o partidistas (Phillips, 1998; Sainsbury, 2010).

*Difference arguments.* La incorporación o el incremento del número y porcentaje de mujeres en los procesos de diagnóstico y resolución de los problemas sociales enriquece la adopción de decisiones en beneficio de conjunto de la comunidad (Lovenduski, 2005). De acuerdo con Squires, «*women's presence in political bodies leads to altered policy agendas and programmes*» (Squires, 2007). Tales argumentos inciden en los efectos que tendría la participación política de las mujeres: el enriquecimiento de la representación política; la mejora en la calidad de los procesos decisionales y de la deliberación; la distribución equilibrada en el acceso a los recursos sociales y la distribución de posiciones derivadas de la equidad (Pastor, 2011); el fomento de la empatía y las relaciones colaborativas (Salazar, 2010; James, 2003); o, mayores incentivos, en última instancia, para que las mujeres participen en el liderazgo político fomentando ciertos *role models* (Paxton & Hughes, 2007; Phillips, 1998) y estilos de liderazgo. De esta forma, «una mayor presencia de mujeres en política incrementa la autoestima de las mujeres y su capacidad para asumir roles de liderazgo» (Lois, 2007), incorporando a la política el talento, la creatividad y las experiencias de la mitad de la población (Verge, 2009; Towns, 2010).

## 2.2. La relevancia de la agenda internacional en la construcción y el desarrollo conceptual y político de la democracia paritaria

El impulso de las estrategias destinadas a lograr la democracia paritaria ha obedecido, en cierta medida, a la acción discursiva que en forma de recomendaciones, resoluciones y códigos legislativos se ha llevado a cabo a nivel internacional o europeo<sup>4</sup>. Tales discursos han servido para fundamentar y legitimar algunas de las reformas adoptadas en los diferentes Estados mediante su recepción o trasposición. De acuerdo con el informe *Women and men in decision-making 2007: Analysis of the situation and trends* (Comisión Europea, 2008), los actores involucrados en el desarrollo de la democracia paritaria, en este proceso de asimilación internacional, serían los parlamentos, los gobiernos y las administraciones públicas (organismos directivos y empresas públicas), teniendo en cuenta, además, a las organizaciones sindicales y empresariales, así como los movimientos sociales. Cobran una significativa relevancia los partidos políticos en tanto que *gatekeepers* en los procesos de reclutamiento y acceso las instituciones representativas, especialmente en

<sup>4</sup> Siguiendo a Freixes, en el estudio de la democracia paritaria y sus proyecciones constitucionales, «se impone el análisis del sistema jurídico comunitario en el que [...] la representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión, reforzada por la igualdad transversal regulada en Tratado de Ámsterdam, forman ya parte del acervo comunitario que vincula tanto a la propia Unión como a los estados miembros» (Freixes, 1999).

sistemas electorales proporcionales y con listas electorales cerradas y bloqueadas, en las que las cuotas han manifestado mejores resultados y mayor eficacia.

La agenda impulsada por distintas organizaciones internacionales (Unión Interparlamentaria, Consejo de Europa, Organización de Naciones Unidas) y supraestatales (Unión Europea) se ha plasmado en diferentes informes, recomendaciones y estudios sobre la discriminación de las mujeres en la esfera de la participación política y la necesidad de impulsar reformas legales y políticas públicas por parte de las instituciones nacionales y otros niveles de gobierno y administración (Freixes, 2000; Saldaña, 2008). Las ideas que se han difundido a través de la agenda internacional han servido de cabecera y legitimación para introducir la perspectiva de género, de forma transversal, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. En este sentido, tal y como sostiene Freixes, «la democracia paritaria preconizada desde Europa constituye para unos un presupuesto ineludible y prácticamente alcanzado del funcionamiento democrático de los sistemas representativos, mientras que, para otros, este referente igualitario se tiene todavía que construir o, quizás, que asumir intelectualmente» (Freixes, 2000). En el mismo sentido, y siguiendo a Sevilla,

los conceptos de discriminación y de acción positiva provienen del derecho internacional, que las define, en uno de los primeros textos que las regulan, como medidas especiales destinadas a tener en cuenta la situación particular de personas para las que se considera generalmente necesaria una protección o una asistencia especial por razones como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas familiares o el nivel social y cultural (Convenio núm. 111 OIT, 1958, referente a la discriminación en el empleo) (Sevilla, 2004).

Dahlerup & Freidenvall ponen de manifiesto la importancia de las recomendaciones internacionales en materia de paridad y de acceso de las mujeres a los puestos de toma de decisión política, de forma que, «*the discursive framing has here centred around democratisation and adjustment to international norms on representation*» (Dahlerup & Freidenvall, 2008). Connell destaca la importancia de las sucesivas Conferencias de la ONU celebradas a lo largo de las últimas cuatro décadas para comprender la transformación de las agendas regionales y nacionales en materia de igualdad (Connell, 1994). Tras la Conferencia Europea «Mujeres en el poder» (Atenas, 1992) se vendría a utilizar el concepto de Democracia Paritaria (Sevilla, 2004), reforzando la representación equilibrada de mujeres y hombres como una condición necesaria para integrar y priorizar de forma adecuada las demandas de la población (*Resolución de 11 de febrero de 1994 sobre la mujer en los órganos decisorios*).

### 3. Representación descriptiva y sustantiva de las mujeres

Los estudios sobre democracia paritaria han llevado a cabo sus análisis basándose en las dimensiones representativa, sustantiva y simbólica de la representación política, siguiendo la formulación propuesta por Pitkin (1967). Se desarrollan, a continuación, las dimensiones descriptiva y sustantiva de la representación, dejando establecido que la dimensión simbólica alude al impacto de la representación de las mujeres sobre la calidad institucional de la democracia: «Ello supondría que las mujeres, como actores políticos, marcarían una diferencia por su mera presencia: ellas representan a las mujeres en un sentido simbólico –como representantes descriptivos– en las instituciones políticas» (Pastor & Iglesias, 2014).

### 3.1. Representación descriptiva

De acuerdo con Nohlen, a partir de los años setenta ha crecido el interés en la reflexión teórica y práctica sobre la incorporación de las mujeres a los ámbitos de decisión política, tanto en las democracias consolidadas como en las más jóvenes, fruto de la tercera ola de democratización (Nohlen, 1998). Sin embargo, a pesar del creciente interés sobre la participación política de las mujeres desde los años setenta, «el proceso hacia un rol más activo de la mujer en la política no ha tomado un ritmo uniforme e igualitario ni en Europa ni en los demás países con sistemas democráticos» (Nohlen, 1998). La integración de las demandas, necesidades e intereses de la sociedad desde la perspectiva de género, como expresión de la representación sustantiva de las mujeres, supone evaluar la composición equilibrada de las mujeres en función de la distribución sociodemográfica por sexos (representación descriptiva) (Phillips, 1998). En consecuencia, en la medida en que las mujeres constituyen, al menos, la mitad de la sociedad, los parlamentos debieran estar compuestos, en igual distribución porcentual, por un 50% de diputadas. Dicho de otra manera, «debe haber una similaridad entre los representantes y los representados. Si las mujeres constituyen el 50 % de la población, ellas deberían también constituir el 50% de los cuerpos legislativos y ejecutivos» (Paxton & Hughes, 2007).

### 3.2. Representación sustantiva

La noción de representación sustantiva centra su atención en los cambios que la composición equilibrada de las instituciones públicas (especialmente, parlamentos) supondría sobre el discurso político: «la presencia no es sólo un indicador de *legitimidad democrática*, sino que también implicaría un cambio sustantivo en la *forma de hacer política* y en los asuntos que centran la labor de aquellos que son actores claves de aquella, los representantes políticos» (Pastor, 2011). El estudio de la representación sustantiva implica prestar atención al desempeño parlamentario, a los discursos políticos y al rendimiento de las instituciones en términos de su capacidad para generar oportunidades para la igualdad de género a través diversos *outputs*: leyes y políticas públicas. Siguiendo a Lovenduski, «la representación sustantiva deviene en la idea de interés [...]. La representación sustantiva de un grupo es más simplemente descrita como la representación de sus intereses» (Lovenduski, 2005). La presencia en los parlamentos de los grupos que experimentan diferentes situaciones de discriminación supone una oportunidad para la mejor defensa de sus intereses (Lovenduski & Norris, 1993). Existe, así, una correspondencia de las características que comparten representantes y representados, y una congruencia en la defensa de intereses que alguien (representante) lleva a cabo en nombre de otro (representado) (Sartori, 2005). La representación sustantiva implica, según Paxton & Hughes, «que los intereses de las mujeres deben ser defendidos en la arena política. La representación sustantiva requiere que los políticos hablen para y actúen en apoyo de los asuntos de las mujeres» (Paxton & Hughes, 2007). Sapiro señala que «es obvio que la cuestión central no es si mi representante se parece a mí, es si mis intereses están siendo representados. Lo que importa es si mi representante está actuando según los intereses del representado, de una manera sensible a mí» (Sapiro, 1998). Lovenduski considera la idoneidad de las cuotas desde la perspectiva de la representación sustantiva, considerando la forma en que los representantes políticos en las instituciones legislativas actúan en nombre de o para (*act for*) los grupos a los que representan (Lovenduski, 2005). Conforme a Pastor, a través de la representación sustantiva «el representado se hace presente en una Asamblea legislativa por lo que el representante hace. No se trata, pues, de sus rasgos –un atributo– o lo que simboliza –una creencia–, sino por el contenido del proceso simbólico y la forma o estilo con el que ejerce su labor» (Pastor, 2011). No obstante,

Carroll advierte de que algunas candidatas o diputadas pueden evitar la defensa de temas centrados en cuestiones de género dado que «*too much emphasis upon women's issues in a campaign might generate speculation that the candidate is too narrow in their concerns and will not adequately represent all the people*» (Carroll, 2003).

En última instancia, en la medida en que «el sexo se vincula a lo biológico mientras que el género inscribe el componente comportamental y social» (Casado, 2003), las mujeres acumulan experiencias vinculadas a la socialización o experiencias de discriminación en los ámbitos privados, públicos o profesionales (Mansbridge, 1998; Phillips, 1998). Todo ello informaría una forma concreta de analizar los problemas y de formular alternativas para su resolución, tanto desde la perspectiva del contenido y de los temas abordados, como en la forma de presentarlos (Jones & Jónasdóttir, 1988).

#### 4. Modelos explicativos de la infrarrepresentación de las mujeres

Los factores que permiten explicar la infrarrepresentación de las mujeres en partidos, candidaturas e instituciones se han agrupado en dos modelos centrados en indicadores de la oferta y la demanda, así como un tercer modelo centrado en variables ideológicas y culturales. El modelo de la oferta alude a las circunstancias que inciden sobre la posibilidad de que las mujeres lleguen a ser candidatas, mientras que la demanda hace referencia a las estructuras de incentivos y a las estrategias adoptadas por los partidos políticos conducentes a incorporar más mujeres en sus organizaciones y listas electorales. Es relevante, además, considerar las variables culturales e ideológicas de la sociedad y las percepciones del electorado (Norris & Inglehart, 2001), el número de espacios disponibles (escaños) o las actitudes de los electores en el seno de la organización partidista (Lovenduski, 2005). En suma, una perspectiva integradora de los factores que operan sobre los procesos electorales de las mujeres sugiere la necesidad de incorporar variables propias de los diferentes modelos. Como ha señalado Randall resulta conveniente, así, no sólo centrar la atención en el papel de las mujeres en los partidos políticos o parlamentos, sino también en aquellas variables estructurales del contexto socioeconómico y de la cultura política (Randall, 1987).

##### 4.1. Oferta

Los factores tradicionalmente asociados a la falta de representación política de las mujeres desde el modelo de la oferta dirigen su atención a la división sexual del trabajo, la estructura de las instituciones y la diferente socialización recibida por mujeres y hombres. La desigual distribución de recursos sociales, económicos y profesionales se transforma en factores de discriminación en términos de género, lo cual conduciría a una menor motivación por parte de las mujeres para el acceso y la postulación a la actividad política (Krook & Childs, 2010). Dada la naturaleza estructural de las variables contempladas en el enfoque de la oferta, las estrategias para su eventual restitución y solución apelan a medidas con resultados a largo plazo en los ámbitos sociodemográfico, laboral o educativo (Aranda, 2010). Las estrategias de acción positiva centradas en la formación o la conciliación de la vida privada y pública resultan las más idóneas en este modelo (Salazar, 2010). Algunas estrategias de acción positiva impulsadas por partidos políticos o parlamentos han contemplado medidas sobre la conciliación familiar, los horarios para la celebración de las reuniones, o la formación y el empoderamiento de las mujeres.

El efecto distribución (Niven, 2010) alude a los efectos que sobre la participación política tienen la segregación y desigual atribución de funciones

sociales, económicas y laborales entre hombres y mujeres, generando lo que una parte de los estudios feministas ha definido como suelo pegajoso (*sticky floor*). De acuerdo con Niven,

debido a la segregación sexual en los roles laborales, los hombres superan a las mujeres en posiciones de éxito, y las mujeres tienen, más frecuentemente, un menor estatus laboral [...]. Los líderes de los partidos políticos, encontrando una mujer interesada en un cargo político, podrían inconscientemente asumir que los hombres tienen más probabilidades de tener éxito en la política debido a la diferencia en la distribución de recursos (Niven, 2010).

## 4.2. Demanda

Los factores de demanda vienen dados por los *arrangements* institucionales que, en el marco de partidos políticos e instituciones públicas, dificultan el acceso de las mujeres a los espacios decisionales y de poder político. Las variables de la demanda incorporarían el grado de desarrollo de los instrumentos, las estrategias y las medidas relacionadas con el reclutamiento, la elección y el definitivo acceso, en su caso, de las mujeres a los partidos políticos y, en segunda instancia, a las instituciones públicas, bien debido a procesos de cooptación (designación) o de elección. Como indicadores de este modelo cabría tener en cuenta también las percepciones de los selectores en el partido político correspondiente respecto a la evaluación que realizan de las habilidades y la experiencia de las mujeres en tanto que potenciales candidatas, diputadas o miembros del gobierno (Krook & Childs, 2010; Norris & Lovenduski, 2010). De acuerdo con Valcárcel, la adecuación preconcebida sobre el perfil del candidato o candidata constituye, en sustitución del mérito, la capacidad o destrezas objetivas, como criterio de cooptación (Valcárcel, 1997).

Para las ciencias sociales y jurídicas ha tenido especial relevancia la perspectiva institucionalista, como parte del modelo de la demanda. Este enfoque reconoce la existencia de «algunas variables institucionales que es preciso tomar en cuenta» (Nohlen, 1998) como son, particularmente, las cuotas electorales de paridad o, de forma más genérica o contextual, la naturaleza del sistema político (parlamentario vs. presidencialista) o electoral (v. gr., proporcional o mayoritario). Las instituciones, por tanto, han pasado a ser escenarios idóneos para la implementación de estrategias de discriminación positiva, tales como las cuotas electorales (Salazar Benítez, 2010). El modelo de la demanda ha tratado de identificar, igualmente, aquellos factores institucionales que incidirían en la efectividad de las estrategias de paridad eventualmente adoptadas. Así, en contextos con la elevada institucionalización y centralización de los procesos de selección electoral en el seno de los partidos políticos resultaría más probable un logro de los objetivos de paridad (v. gr., secretarías de igualdad o sistemas de sanciones).

El reconocimiento de la perspectiva de género se ha plasmado en la organización de los partidos políticos, originando unidades o secretarías sectoriales, así como en parlamentos, mediante comisiones parlamentarias de distinto rango, y en la creación de organismos directivos insertos en la Administración Pública, como los Institutos de las Mujeres. El propósito de estas instituciones consiste en lograr que la perspectiva de género se garantice, de forma transversal, en múltiples dimensiones de la acción política y de las políticas públicas, en la medida en que «women's perspectives (...) are women's views on all political concerns» (Lovenduski, 2005). Como expone Pastor, «las mujeres, respecto a otros grupos, y en especial los varones, poseen actitudes, creencias y valores característicos de su género, centrados en sus problemas e intereses, por lo que podrían hacer presentes al conjunto de las mujeres, al menos mejor, que quienes no poseen tales actitudes,

creencias y valores (Lawless, 2004; Lovenduski & Norris, 2003; Phillips, 1998; Tremblay & Pelletier, 2000)» (Pastor, 2011). La infrarrepresentación de las mujeres vendría a empobrecer, por el contrario, el discurso político al obviar no sólo la priorización de problemas específicos, sino la forma de abordarlos, con un claro impacto sobre las políticas públicas o las previsiones presupuestarias en favor de la igualdad de género (Swers, 2002; Hughes, 2007).

El modelo de la demanda supone tener en cuenta, por tanto: 1. el sistema de selección y de confección de las candidaturas electorales en el seno de los partidos políticos; 2. el sistema electoral y la existencia o ausencia, en el mismo, de estrategias de paridad, sistemas de cuotas u otras acciones de discriminación positiva; y 3. las lógicas presentes en el funcionamiento institucional públicas, las cuales «actuarán como contexto que reforzaría –o inhibiría– el estilo representativo característico de las mujeres» (Pastor, 2011).

### 4.3. Cultura e ideología

Norris & Inglehart sostienen la relevancia de las variables culturales e ideológicas presentes en la sociedad, los actores políticos y las instituciones más allá de los contextos institucionales (demanda) y socioeconómicos (oferta) (Norris & Inglehart, 2001). Otros trabajos han incorporado, además, los indicadores ligados a la religión (Reynolds, 1999)<sup>5</sup>. Nohlen subraya la relevancia de los factores propios de la cultura política que, más allá de las variables institucionales, inciden sobre las posibilidades electorales de las mujeres (Nohlen, 1998). En el informe *Women in Politics and Decision-Making in the late Twentieth Century. A United Nations Study*, la ONU incorpora el factor ideológico como uno de los más importantes a la hora de explicar el acceso de las mujeres a las instituciones públicas. Así, «muchos de los estudios de caso citan esta ideología de género como la mayor barrera para el acceso de las mujeres a los espacios de adopción de decisiones» (ONU, 1992).

### 5. Ideología, mérito e imitación

La adopción de las cuotas electorales ha permitido el acceso o, en su caso, el aumento en el porcentaje de mujeres en las instituciones públicas, siendo de interés para los estudios sobre género y política el análisis de los procesos de legitimación que han justificado su adopción a partir de dos grandes modelos: la fundamentación ideológica o las oportunidades estratégicas (Dahlerup & Freidenvall, 2008).

En los procesos de adopción de cuotas electorales «habría que reconocer que la ideología de los partidos ha sido determinante en este proceso» (Sánchez Medero, 2010). Algunos partidos han creado secretarías o unidades internas destinadas a impulsar estrategias de acción o discriminación positiva. En la práctica los partidos de centro izquierda han presentado una orientación más favorable a los intereses de las mujeres y las estrategias de paridad (Randall, 1987; Lovenduski & Hills, 1981; ONU, 1992; Squires, 2007). A la ideología se sumaría el activismo feminista en el partido o en su entorno social más cercano, los procesos de reclutamiento interno y su institucionalización, así como el propio sistema electoral (Caul, 1999)<sup>6</sup>. Las intenciones en favor de la igualdad se concretan en los programas electorales

<sup>5</sup> Lipset explicaría la menor participación política de las mujeres considerando el impacto de los valores religiosos y la mayor exposición de las mujeres a las influencias de las organizaciones religiosas, mucho más que a las propias de los maridos, a pesar de la mayor implicación por parte de estos en partidos de izquierdas, incluso algunos de ellos antirreligiosos (Lipset *et al.*, 1954).

<sup>6</sup> De acuerdo con Lovenduski, «las instituciones que afectan al nivel y a la naturaleza de la representación de las mujeres incluye a los partidos políticos, los parlamentos y los diferentes grupos de presión y movimientos sociales, incluyendo los movimientos feministas» (Lovenduski, 2005).

(*rethorical strategies*), en acciones concretas de discriminación positiva (Lovenduski & Norris, 1993) y en estrategias complementarias de acción positiva (formación, conciliación).

El argumento meritocrático, por su parte, cuestiona las estrategias de discriminación positiva y se acusa a las mujeres «de no tener valía personal y haber recurrido a los meros números para hacerse notar, cosa poco elegante» (Valcárcel, 1997). Sin embargo, en un contexto de elevada competencia partidista, los partidos contrarios a las cuotas pueden acabar incorporando *de facto*, a sus listas, a un mayor número de mujeres por un efecto imitación, contagio o arrastre (Dahlerup & Freidenvall, 2008). En este sentido, Squires señala que «los partidos de izquierdas han probado, más asiduamente, la adopción de cuotas de género, aunque otros partidos, algunas veces, han seguido su ejemplo» (Squires, 2007). Siguiendo a Sevilla,

en el contexto mundial, el estudio llevado a cabo por la Unión Interparlamentaria estima que 1. se produce un fenómeno de *arrastre* que hace que se generalice la tendencia a la feminización de los partidos políticos, sobre todo en el caso de que la competencia electoral entre los mismos sea fuerte; y, 2. los partidos que se autodenominan de izquierdas y los alternativos tienen mayor propensión a presentar y elegir más mujeres que los restantes (Sevilla, 1997).

## 6. Sistema electoral y cuotas de paridad

### 6.1. El sistema electoral como variable institucional

Los sistemas electorales han sido incorporados como una variable de naturaleza institucional a la hora de valorar la incorporación de estrategias como las cuotas electorales partiendo de la premisa de que «las instituciones y las estructuras pueden configurar y alterar las relaciones de género y las actividades de las mujeres en determinados contextos» (Randall & Waylen, 1998). El factor sistema electoral incide sobre la estructura de incentivos que informa el comportamiento de los diversos actores políticos (Nohlen, 1998), favoreciendo u obstaculizando el acceso de las mujeres a los parlamentos (Dahlerup & Freidenvall, 2008). De acuerdo con Reynolds, «determinados sistemas electorales son más *women friendly* que otros. La naturaleza ideológica de los sistemas electorales afecta al número de las mujeres elegidas y escogidas para los puestos en los gabinetes» (Reynolds, 1999).

Teniendo en cuenta el tipo de sistema electoral, los de representación mayoritaria ligados a distritos uninominales resultan los menos propicios para las mujeres y la efectividad de estrategias de paridad como, por ejemplo, las cuotas, tal y como, se refleja en la tabla 1 a partir de Matland (2005). Los sistemas electorales mayoritarios generan una menor probabilidad de acceso a las candidaturas, posibilitando la persistencia de una precedente masculinización del partido. De acuerdo con Nohlen, «se observa que la representación proporcional, en comparación con la mayoritaria, ofrece a las mujeres mayores posibilidades electorales» (Nohlen, 1998). Lovenduski advierte que el sistema electoral mayoritario (*Westminster electoral system*) es un obstáculo para la representación de las mujeres, de forma que «a nivel mundial, más mujeres resultan electas en el marco de sistemas de representación proporcional que no bajo los sistemas mayoritarios» (Lovenduski, 2005). No obstante, el sistema proporcional «puede constituir una diferencia, pero sólo en conjunción con otras circunstancias favorables» (Randall, 1987). Las listas electorales cerradas y bloqueadas incrementan la eficacia de las estrategias de paridad, especialmente en partidos políticos altamente institucionalizados y con una elevada centralización del proceso de nominación electoral. En suma, y de acuerdo con Randall, «las

oportunidades de las mujeres para su elección son mayores bajo un sistema de *party list* y de representación proporcional» (Randall, 1987).

En segundo lugar, la barrera legal se ha considerado «como un instrumento que opera en la dirección deseada, pues reduce el número de partidos que pueden alcanzar una representación política» (Nohlen, 1998). De esta forma, Paxton & Hughes sostienen que más que la magnitud del distrito electoral, el factor que quizás con más relevancia actuaría sería la magnitud del propio partido político en atención a sus resultados electorales, así como su tamaño o posición parlamentaria (Paxton & Hughes, 2007). Los partidos políticos con menor representación parlamentaria resultan más masculinizados, dado que el corte de acceso en la candidatura electoral asciende a las posiciones más elevadas de la lista, en las que generalmente se ubican los candidatos varones. De este modo, un sistema de partidos bipartidista o de pluralismo moderado en la arena electoral, con grupos parlamentarios con un tamaño medio o elevado, constituye el escenario idóneo para una mayor presencia de las mujeres. En definitiva, y siguiendo a Matland, una barrera electoral elevada impide que se genere una multiplicidad de partidos minoritarios con uno o dos escaños, la mayoría de los cuales serían, con mayor probabilidad, ostentados por hombres como consecuencia de la segmentación vertical en la distribución ordinal de hombres y mujeres en las candidaturas (Matland, 2005).

En cuanto a la magnitud del distrito electoral cabría tener en cuenta que «en la medida en que aumenta el número de escaños de un distrito, crecen asimismo las posibilidades de las mujeres de participar en la distribución de las candidaturas en las listas de partido» (Nohlen, 1998). Al disponer de un mayor número de escaños en el reparto electoral y bajo la concurrencia de una fórmula electoral proporcional, se incrementan las probabilidades de acceso por parte de las mujeres a los parlamentos (Norris, 1993). Así, «unas mayores magnitudes de distrito son mejores para las mujeres porque ellas pueden concurrir a una votación partidista sin necesidad de desplazar a un hombre» (Paxton & Hughes, 2007). En suma, los distritos plurinominales con fórmulas electorales proporcionales y listas cerradas y bloqueadas supondrían escenarios institucionales de carácter electoral favorecedores para el acceso de las mujeres a las instituciones públicas, máxime si, además, se introducen estrategias de paridad electoral como las cuotas (Matland, 2005)

Tabla 1  
¿Por qué los sistemas proporcionales son mejores para las mujeres?

Sistema electoral proporcional	Sistema electoral mayoritario
Las mayores magnitudes del distrito	Contagio
Dispone de más sitios por distrito (mayor magnitud de distrito)	Las listas de partido ( <i>party lists</i> ) presentan más oportunidades para nominar mujeres
Los partidos pueden contar con ganar diferentes sitios en cada distrito (mayor magnitud del partido)	Mayor capacidad para promover a las mujeres cuando se enfrentan a otro partido (contagio)
Los partidos son más propensos a unas candidaturas más equilibradas incluyendo mujeres (equilibrio)	Los partidos no asumen ningún coste por negar un espacio a un diputado veterano o a un candidato masculino, para incluir a una mujer

Fuente: Matland, 2005.

## 6.2. Cuotas electorales de paridad: alcance, características y tipos

Las cuotas electorales de paridad, bajo sus múltiples acepciones –*electoral gender quotas, electoral quotas based on gender, candidate quotas o legislatura sex quotas*– (Squires, 2007) representan las medidas de discriminación positiva impulsadas para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en candidaturas electorales, en conexión con procesos de cambio e interpretación constitucional (Verge, 2009). Las cuotas han sido consideradas un instrumento esencial «*in order to accelerate women's advancement in politics by encouraging women to enter politics*» (ONU, 1992). Su objetivo radica en garantizar la igualdad de oportunidades para el acceso a los parlamentos en base a distintos umbrales de presencia mínima requerida (30%, 40% o paridad en sentido estricto, con un 50%). En el seno de los partidos políticos, las cuotas voluntarias han evidenciado un incremento de las mujeres en las candidaturas electorales y, como consecuencia de ello, aunque no siempre ni de forma automática, en los grupos parlamentarios (Randall & Waylen, 1998). Las cuotas concretan las estrategias de discriminación positiva como medio para lograr la igualdad de oportunidades en el ámbito de la participación política, siendo incorporadas, tanto en los estatutos de los partidos políticos (cuotas voluntarias) como en el propio ordenamiento jurídico (cuotas legales u obligatorias) mediante distintos umbrales de exigencia mínima y sistemas de sanciones encaminadas a garantizar su efectividad y cumplimiento.

### 6.2.1. Estrategia temporal de discriminación positiva

Como señalan Martínez & Calvo, «las políticas que persiguen la discriminación positiva otorgan al Estado la capacidad para poner el principio de igualdad de trato temporalmente en cuarentena» (Martínez & Calvo, 2010). Así, la igualdad formal reconocida en el artículo 14 de la Constitución Española queda vinculada a la igualdad material o proporcional proclamada en el artículo 9.2 CE, el cual ampara la aprobación de medidas de discriminación positiva. La igualdad material atendería, así, a la idea de tratar de manera desigual a los desiguales (Sartori, 2009). De acuerdo con Ventura, es, «constitucionalmente aceptable [...] que el legislador pueda establecer normas diferentes para solucionar situaciones de hecho diferentes [...]. Estas normas deben tener una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados [...]. El Tribunal Constitucional acepta pues la diferencia normativa en favor de un grupo discriminado» (Ventura, 1999). La evaluación de las circunstancias estructurales de carácter histórico y sociopolítico que suponen una discriminación de género permiten sustenta el hecho de que «las políticas que introducen medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres descansan en un sencillo diagnóstico: la mujer sufre discriminaciones por el simple hecho de ser mujer y, por lo tanto, se necesitan medidas de protección que vayan más lejos de la protección formal de la igualdad de trato» (Martínez & Calvo, 2010).

Phillips señala que la propia democracia descansa en el reconocimiento de los distintos grupos presentes en una sociedad, cuya diferenciación se sustenta sobre prácticas de exclusión, opresión y discriminación (Phillips, 1998). La igualdad material pretende equilibrar las situaciones de partida que inciden en las desiguales oportunidades que impiden el ejercicio pleno de los derechos ligados a la participación y la representación política por parte de las mujeres. De acuerdo con Phillips,

nuestras sociedades no son homogéneas: están estructuradas sobre inequidades sistemáticas y exclusiones recurrentes. No existimos como ciudadanos/as en abstracto, sino como miembros de privilegiados o desventajados grupos. Las organizaciones políticas basadas en los *cleavages* dominantes –sean estas el género, la clase, la etnia o la religión–, son apropiadamente vistas como una manera posible

de corregir el desequilibrio, y mi argumento en este trabajo no está en contra de tal acción colectiva *per se* (Phillips, 1998).

De acuerdo con el informe resultante de Pekín + 10:

las medidas especiales de carácter temporal (...) son necesarias para acelerar la igualdad de hecho, resarcir a las mujeres por los actos de discriminación pasados y darles igualdad de oportunidades con respecto al hombre en los procesos de adopción de decisiones (...). Los tipos de sistemas de cupos más comunes son los establecidos a través de enmiendas constitucionales o leyes nacionales y los adoptados por los partidos políticos de forma voluntaria (Pekín + 10, 2005).

## 6.2.2. Tipos de cuotas electorales

En función del ámbito en que estén reguladas y su grado de obligatoriedad las cuotas pueden ser voluntarias (partidos políticos), constitucionales (constituciones) o legales (leyes orgánicas, ordinarias u otras disposiciones reglamentarias) (Dahlerup & Freidenvall, 2008). En esencia,

normalmente, dos tipos de cuotas sobre la representación política de las mujeres son identificadas, aquellas que son adoptadas por los Estados en sus leyes electorales o en sus constituciones, las cuales, en consecuencia, afectan a todos los partidos políticos y a sus candidaturas en todos los niveles de gobierno, y aquellas que son adoptadas por algunos partidos políticos (Escapa & Revilla, 2003).

Las cuotas voluntarias adoptadas por los partidos políticos son también denominadas «cuotas blandas», en tanto que «cuotas u objetivos que son a menudo establecidas por los mismos partidos políticos» (ONU, 1992) y suponen, generalmente, una fase previa a su inclusión en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, su carácter voluntario resulta más asequible para los partidos políticos, ya que, como evidencian Martínez y Calvo, «las cuotas electorales pueden enfrentarse a la oposición de los tribunales constitucionales» (Martínez & Calvo, 2010), y además, en tales modalidades voluntarias, las sanciones en caso de incumplimiento resultan mucho menos gravosas para la organización. No obstante, esta ausencia de vinculación u obligatoriedad puede comportar, como problema, el cumplimiento efectivo de las mismas.

Por su parte, las cuotas constitucionales y obligatorias incorporadas en el ordenamiento jurídico (*compulsory quotas by legal requirement*) se articulan a través de instrumentos de diferente rango jurídico y legislativo (Squires, 2007, Martínez & Calvo, 2010). De acuerdo con el impacto democratizador atribuido a la paridad, las disposiciones constitucionales son comunes en procesos de democratización o consolidación institucional en situaciones posconflicto (Dahlerup & Freidenvall, 2008). En tales casos, el principio de paridad deviene en un fundamento de rango constitucional que ampara e informa las cuotas electorales, las cuales deben ser observadas y cumplidas por los partidos políticos al margen de su posicionamiento ideológico, tanto en el proceso de confección de las candidaturas, como en el proceso electoral o en el propio resultado o composición parlamentaria (escaños reservados)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Las cuotas pueden suponer una reserva de un determinado número (en términos absolutos) o porcentaje (en términos relativos) de asientos en las cámaras parlamentarias al margen de la existencia o ausencia de disposiciones paritarias durante el proceso electoral, de modo que «aunque las mujeres todavía pueden competir por escaños no reservados, un porcentaje mínimo de mujeres en el parlamento están garantizados» (Paxton & Hughes, 2007).

Así, las cuotas obligatorias se ubican en el máximo grado de institucionalización de la paridad en los procesos electorales, sin olvidar la dificultad que, en el estadio previo de la voluntariedad, impone la informalidad o los no siempre obvios criterios y procedimientos seguidos por los partidos para seleccionar a sus candidatos y candidatas (Verge, 2016). De esta forma, todas las organizaciones legitimadas para la confección y presentación de candidaturas electorales (partidos políticos y coaliciones electorales, principalmente) deben reservar un mínimo porcentaje de puestos para mujeres en tanto que candidatas y, en ocasiones, mediante la alternancia de sexos (listas cremallera), por tramos o *safe sites* (puestos de salida). En tal sentido, la ONU destacó que, en los procedimientos de selección, tres son los factores más relevantes a la hora de analizar el grado de institucionalización de las cuotas: 1. quién hace la selección; 2. el criterio de selección utilizado; y 3. si hay políticas especiales para fortalecer las posiciones de las mujeres candidatas (ONU, 1992).

Las cuotas legales de carácter obligatorio constituyen el más avanzado estadio evolutivo en cuanto a las estrategias de paridad en el ámbito de las democracias representativas. En esencia, «la experiencia demuestra, que los cambios normativos suponen un paso previo e ineludible en el camino a la igualdad de hombres y mujeres» (Toboso Sánchez, 2009), si bien no aseguran la igualdad real o sustantiva cuando inciden factores de segregación o discriminación vertical en el seno de las candidaturas. La tabla 2 permite visualizar, de forma esquemática, los diferentes tipos de cuotas generados a partir de dos criterios: la voluntariedad u obligatoriedad de las mismas, así como en función de la fase del ciclo electoral en que se apliquen.

Tabla 2  
Cuotas en las diferentes etapas del proceso de nominación electoral

Ordenado por / nivel	Aspirantes	Candidatos/as	Electos/as
Cuotas legisladas por constitución o por leyes electorales.	Cuotas en primarias	<i>Candidate quotas</i>	Escaños reservados
Cuotas voluntarias de los partidos políticos	<i>Aspirant quotas (shortlists)</i>	<i>Candidate quotas</i>	Escaños reservados

Fuente: Dahlerup & Freidenvall, 2008.

### 6.2.3. Umbrales de presencia mínima requerida: *masa crítica* (30 %), representación equilibrada (40-60%) y paridad (50 %)

El umbral mínimo de presencia de mujeres exigida por las cuotas constituye otro criterio para establecer su tipología (Squires, 2007). Los diferentes umbrales vienen dados por los porcentajes mínimos de presencia de mujeres a partir de porcentajes de composición equilibrada, tanto para el conjunto de las candidaturas como para tramos en el seno de las mismas. La horquilla del 40-60% impide que ninguno de los sexos se encuentre reflejado por encima o por debajo de tales porcentajes. En fases previas, determinados sistemas de cuotas optaron por exigir un nivel mínimo del 30 % en correspondencia con el umbral de masa crítica. De esta forma, garantizando diferentes niveles de participación de las mujeres se logra no sólo dar visibilidad a las mismas, sino incrementar las posibilidades de introducir cambios en la agenda y en el ejercicio del liderazgo. No obstante, como se ha señalado más arriba, el logro de

los umbrales porcentuales requeridos es más habitual en sistemas de lista electoral cerrada y bloqueada. De acuerdo con Nohlen, «por vía de los estatutos de los partidos políticos o por ley, sea una ley electoral y/o de partidos políticos, se puede reglamentar la representación conforme a criterios de (mayor) igualdad entre hombres y mujeres» (Nohlen, 1998).

Más recientemente, algunos sistemas de cuotas han optado por los *zipper systems*, destinados a garantizar la alternancia de mujeres y hombres en las posiciones par e impar de las candidaturas electorales, dando como resultado las llamadas «listas cremallera» (Abellán, 2003). Los *zipper systems* constituyen una de las fórmulas por las que más demandas se han realizado desde los movimientos feministas dado que garantizan la igualdad en las listas e incrementan al máximo las posibilidades de que mujeres y hombres accedan a los parlamentos reduciendo los efectos que supondría una desigual distribución interna en términos ordinales (discriminación vertical) y «favoreciendo la representatividad de las mujeres aun en los distritos de menor tamaño» (Martínez & Calvo, 2010).

## 7. La segmentación o discriminación vertical y horizontal

La mayor presencia de mujeres en los parlamentos no siempre ha supuesto una distribución equitativa de los recursos que permiten un ejercicio real y efectivo del desempeño parlamentario en condiciones de igualdad. Siendo evidente el incremento cuantitativo de diputadas en los plenos de las cámaras parlamentarias, resulta necesario desarrollar criterios de análisis que permitan evaluar en qué medida dicha incorporación se expresa en la composición, la organización y el funcionamiento interno de la cámara. Los conceptos de segregación vertical y horizontal permiten dar cuenta de las pautas por las que mujeres y hombres se distribuyen de forma desigual en las estructuras organizativas de parlamentos y gobiernos como consecuencia de persistentes estructuras y procesos de discriminación.

### 7.1. Segmentación vertical

El concepto de segmentación o segregación vertical –*vertical segregation*– permite analizar la desigual distribución de hombres y mujeres desde la perspectiva jerárquica u ordinal de candidaturas y estructuras institucionales (parlamentos, gobiernos y administraciones públicas), evaluando los sesgos que excluyen a las mujeres de los puestos de poder político más relevantes. Duverger expuso los términos del concepto y los resultados de la segregación vertical al señalar que «el papel político de las mujeres disminuye en la medida en que nos aproximamos al *centro* del liderazgo político» (Duverger, 1955). En el ámbito parlamentario de forma específica, Pastor ha puesto de manifiesto cómo la jerarquía parlamentaria se da «en atención al puesto que ocupan los miembros en la Cámara o en las Comisiones en donde trabajan, más o menos importantes según su función y/o asunto que abordan» (Pastor, 2011).

Aun cumpliéndose los porcentajes de presencia mínima de mujeres en el conjunto de las candidaturas electorales, la segregación vertical da cuenta de la disminución de candidatas a medida que se asciende en las posiciones más elevadas de una lista o en las estructuras de gobierno de un parlamento desde una perspectiva jerárquica. En cuanto a las listas electorales, «los partidos pueden, ciertamente, presentar una apariencia de equilibrio entre mujeres y hombres, pero tener hombres en las posiciones más elevadas de la lista, y a las mujeres en las más bajas posiciones» (Kunovich, 2003; Paxton & Hughes, 2007). De acuerdo con Randall,

un descenso proporcional en la representación las mujeres conforme se asciende en la jerarquía partidista, es un hecho evidente en las democracias occidentales [...].

Queda relativamente bien establecido, por tanto, que la proporción de puestos ocupados por mujeres en el seno de los partidos políticos, asambleas representativas y gobiernos nacionales, a lo largo del mundo, es pequeña y se incrementa en una relación inversamente proporcional al poder que tales posiciones otorgan (Randall, 1987).

Para contrarrestar los efectos de la segregación vertical, algunos sistemas de cuotas han optado por regular la composición equilibrada en diferentes tramos de las candidaturas, así como, en última instancia, estableciendo su distribución plenamente paritaria a través de las listas cremallera. El propósito de los sistemas de cuotas consiste en que el resultado del proceso electoral de como resultado grupos parlamentarios con una composición equilibrada, como reflejo de las oportunidades de que disponen las candidatas para resultar efectivamente electas (Randall, 1987).

## 7.2. Segmentación horizontal

La segmentación horizontal permite analizar la desigual distribución de mujeres y hombres en el seno de los parlamentos en función de la relevancia atribuida a los ámbitos materiales o temas que se debaten y tramitan en las mismas a través de las comisiones parlamentarias. La *horizontal segregation* supone una distribución de diputados y diputadas de forma que las áreas «más importantes» son ostentadas y ejercidas por hombres (Randall, V. & Waylen, G., 1998). Como expone Verge, «se hace patente que hay latente un mecanismo subjetivo por parte de los diputados a la hora de repartirse las responsabilidades en los diferentes tipos de Comisiones en función de la importancia otorgada» (Verge, 2009). De esta forma,

las mujeres suelen ser relegadas a cometidos de segundo orden y alejadas de aquellas competencias predominantemente masculinas. Como demuestra el hecho, de que rara vez las mujeres ocupen las carteras ministeriales de defensa, economía e interior, o que sean designadas como secretarías generales o presidentas de los partidos, o que en las administraciones desempeñen funciones económicas o de infraestructuras (Sánchez Medero, 2010).

La segmentación horizontal puede acabar expresándose en una asignación de espacios diferenciados para el tratamiento, la discusión y la gestión de las problemáticas de género. Ello, tal y como expone Sapiro, «puede *ghetizar* los problemas, segregando los temas respecto de otros problemas relacionados y de expertos y líderes en otros campos» (Sapiro, 1998). Según Randall, la atribución de determinadas funciones a las secciones de igualdad dentro de los partidos políticos con exclusividad no sería sino una manifestación más de la distribución de funciones, responsabilidades y roles por razón de género. Así,

las secciones de mujeres podrían también alentar a los hombres en el partido a persistir en una visión de las mujeres como políticamente diferentes, y en cierto modo marginal. A fin de cuentas, parece que las secciones de las mujeres no son el mejor foco para las energías de las mujeres políticas, pero, una vez imbuidas por ideales feministas, estas pueden ser valiosas en presionar para una más cualificada representación las mujeres (Randall, 1987).

Las instituciones parlamentarias acabarían generando una división sexual del trabajo parlamentario que se sumaría a la discriminación vertical en cuanto al acceso a las posiciones de mayor rango jerárquico. Desde la perspectiva horizontal, «tradicionalmente, a las mujeres se les ha dado la responsabilidad de áreas sociales, pero no las políticas o económicas» (ONU, 1992). Ello da como resultado una distribución mayoritaria de las mujeres en las comisiones destinadas al ámbito material de las políticas blandas (*soft policies*) o menos «importantes». Por el

contrario, las áreas más prestigiosas o con mayor presupuesto y relevancia política vendrían siendo ocupadas, de forma mayoritaria, por hombres (Lovenduski, 2005). De acuerdo con Oñate,

esta clasificación de mayor o menor importancia viene dada por la opinión de los diputados y expertos, y suele estar ligada al impacto sobre la sociedad. Se considera que unas comisiones *manejan* más poder que otras: entre las primeras, claramente se ubican las que con una u otra denominación se ocupan de asuntos de economía, presupuesto y hacienda, así como las de Obras públicas y transporte. Entre las que se consideran de *menor importancia* están las de educación y las de políticas sociales e igualdad (Oñate, 2011).

## 8. Retos y agenda de investigación

Resulta indudable el encaje que las estrategias de paridad han acabado teniendo en el discurso político, las estrategias de los partidos políticos y el propio ordenamiento jurídico. Hasta tal punto que podría considerarse que la democracia paritaria, a través de su expresión operativa en la composición equilibrada de las instituciones públicas, constituye una cuestión irreversible vinculada a las condiciones en que se reconocen y garantizan, en su ejercicio, los derechos de ciudadanía de los que son titulares las mujeres (Franceschet, Krook & Tan, 2019). Especialmente teniendo en cuenta cierto consenso entre los partidos políticos, la obligatoriedad del sistema de cuotas electorales de paridad incorporado a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el pronunciamiento sobre el encaje constitucional de las mismas (STC 12/2008, de 29 de enero) (Álvarez, 2012).

La democracia paritaria sigue siendo, sin embargo, un término recurrente en la agenda y la acción política en favor de la igualdad de género, así como un concepto con una proyección y vocación de futuro en cuanto a la investigación impulsada desde las diferentes disciplinas de las ciencias sociales y jurídicas, no exento, en cualquier caso, de significativos debates sobre su alcance conceptual y sus límites en cuanto a las estrategias de aplicación (Carmona, 2018). El logro de los objetivos cuantitativos (composición equilibrada) y cualitativos (pautas de liderazgo, calidad de los procesos democráticos) de la democracia paritaria dista todavía, sin embargo, de ser alcanzado, dada la persistencia de circunstancias que, de manera formal e informal, operan sobre el funcionamiento y el comportamiento de partidos políticos, parlamentos, gobiernos y Administraciones Públicas.

La expresión que, en el ámbito de la representación política y la democracia paritaria, mayor concreción ha adquirido, ha venido dada por las cuotas electorales de paridad, teniendo como propósito a largo plazo generar «un proceso de sensibilización entre las autoridades y aumentan de manera progresiva el número de mujeres candidatas y parlamentarias» (Martínez & Calvo, 2010).

No obstante, en el ámbito internacional son diferentes los escenarios que ponen en evidencia la necesidad de prestar atención al grado de obligatoriedad de las cuotas, los umbrales mínimos exigidos por éstas o los sistemas de sanciones en caso de incumplimiento. Incluso en las democracias con una tradición de mayor consolidación y trayectoria en la implementación de las cuotas continúa pendiente el análisis del impacto que las cuotas han tenido sobre la composición equilibrada de las instituciones y, concretamente, en la distribución vertical y horizontal de diputados y diputadas en el ejercicio y desempeño efectivo del cargo.

Por otro lado, los partidos políticos siguen siendo los actores esenciales para velar por el cumplimiento de la democracia paritaria en tanto que *gatekeepers* para el

acceso a las instituciones parlamentarias. Por ello, toda vez que instrumentos ligados a la demanda (cuotas) han sido implantados, resulta relevante avanzar en las acciones positivas asociadas a la oferta, mediante programas de capacitación y formación o medidas que favorezcan la conciliación igualitaria en el desempeño de las funciones orgánicas del partido por parte de mujeres y hombres.

Como resultado de todo lo señalado más arriba, la efectividad de las cuotas tiene que ver con una compleja relación de múltiples dimensiones, entre las que cabría destacar: 1. Variables sistémicas ligadas al sistema electoral y sus diferentes componentes (barrera electoral, magnitud del distrito, tipo de lista); 2. variables relacionadas con los procesos formales e informales que inciden en la selección y confección de candidaturas; y 3. variables normativas, en función de la plasmación legal y constitucional del principio de igualdad tanto en partidos políticos como en parlamentos (Verge, 2009).

## Bibliografía

- Aldeguer, B. (2016). *Democracia paritaria y cuotas electorales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Aldeguer, B y Pardo, G. (2019). Democracia paritaria y sistema electoral valenciano: alcance institucional y propuestas de reforma. En A. Fernández Hernández (dtor.), *Ética, transparencia, buen gobierno y sistema electoral valenciano: propuestas de mejora de la normativa valenciana* (pp. 315-335). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Rodríguez, I. (2017). Sobre la democracia paritaria. *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 20(1), 191-217.
- Álvarez, I. (2012). *Democracia paritaria versus democracia representativa*. Madrid, España: Congreso de los Diputados.
- Abellán, I. (2003). La modificación de las leyes electorales a la luz del principio de igualdad: las listas cremallera. *Revista de Estudios Autonómicos*, 2-3, 147-161.
- Aranda, E. (2010). La ley de igualdad y la paridad electoral. En M<sup>a</sup>. Á. Bengoechea (Ed.), *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Madrid, España: Dykinson.
- Carmona, E. (2018). Representación política y democracia paritaria. En B. Pendás (Dir.), *España constitucional (1975-2018): trayectorias y perspectivas* (pp. 2601-2615). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carroll, S. J. (Ed.) (2003). *Women and American Politics: New Questions New Directions*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Casado, E. (2003). La emergencia del género y su resignificación en tiempos de lo "post". *Foro interno: anuario de teoría política*, 3, pp. 41-66.
- Caul, M. (1999). Women's Representation in Parliament: the role of political parties. *Party Politics*, 5(1), pp. 79-98.
- Franceschet, S., Krook, M. L. y Tan, N. (Eds.) (2019). *The Palgrave Handbook of Women's Political Rights*. New York, EEUU: Palgrave MacMillan.
- Chappell, L. A. (2002). *Gendering Government. Feminist Engagement with the State in Australia and Canada*. Vancouver/Toronto, Canadá: UBC Press.
- Comisión Europea. (2008). *Women and men in decision-making 2007: Analysis of the situation and trends*. Bruselas, Bélgica: Comisión Europea.
- Connell, R. W. (1994). The State, Gender and Sexual Politics. En H. L. Radtke y J. S. Henderikus (Eds.), *Power/Gender. Social Relations in Theory and Practice*. Londres, Reino Unido: Sage.
- Dahlerup, D. y Freidenvall, L. (2008). *Electoral Gender quotes systems and their implementation in Europe*. Bruselas, Bélgica: Parlamento Europeo.

- Fishburne, J. (1974). Women in Politics. En M. Z. Rosaldo M. Z. y L. Lamphere (Eds.), *Women, Culture and Society*. Stanford, EEUU: Stanford University Press.
- Hughes, M. (2007). Windows of Political Opportunity: Institutional Instability and Gender In-equality in the World's National Legislatures. *International Journal of Sociology*, 37(4), pp. 26-51.
- James, S. (2003). Feminisms. En T. Ball y R. Bellamy (Eds.), *The Cambridge History of Political Thought*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Jones, K. B. y Jónasdóttir, A. G. (1988). *The political interest of gender. Developing Theory and Research with a Feminist Face*. Londres, Reino Unido: Sage.
- Kantola, J. (2003). *Feminists Theorize the State*. Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Kenny, M. y Verge, T. (2016). Opening Up the Black Box: Gender and Candidate Slection in a New Era. *Government and opposition: An international journal of comparative politics*, 2, pp. 351-369.
- Krook, M. L. y Childs, S. (2010). *Women, Gender, and politics. A reader*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Kunovich, S. (2003). The Representation of Polish and Czech Women in National Politics: Predicting Electoral List Position. *Comparative Politics*, 35(3), pp. 273-291.
- Lipset, S. M. et al. (1954). The psychology of voting: an analysis of Political Behaviour. En L. Gardner (Ed.), *Handbook of Social Psychology*. Cambridge, EEUU: Harvard University Press.
- Lois, M. (2007). Mujeres y toma de decisiones. Una aproximación a la literatura especializada. En I. Diz y M. Lois (Eds.), *Mujeres, instituciones y política* (pp. 17-46). Barcelona, España: Bellaterra.
- Lovenduski, J. y Hills, J. (1981). *The Politics of the second electorate: Women and public participation: Britain, USA, Canada, Australia, France, Spain, West Germany, Italy, Sweden, Finland, Eastern Europe, USSR, Japan*. Londres, Reino Unido: Routledge & Kegan Paul.
- Lovenduski, J. y Norris, P. (1993). *Gender and party politics*. Londres, Reino Unido: Sage.
- Lovenduski, J. (2005). *Feminizing politics*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press.
- Lovenduski, J., Baudino, C., Guadagnini, M., Meier, P., y Sainsbury, D. (2005). Conclusions: State feminism and political representation. En J. Lovenduski (Ed.), *State feminism and political representation* (pp. 260-293). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Mnasbridge, J. (1998). Women, government and the common good. En A. Phillips (Ed.), *Feminism and politics* (pp. 142-150). Nueva York, EE. UU.: Oxford University Press.
- Martínez, Á. y Calvo, K. (2010). *Un análisis del efecto de la Ley de igualdad en la representación electoral, parlamentaria y en el comportamiento electoral de las mujeres en las elecciones generales de 2008*. Madrid, España: Fundación Alternativas.
- Matland, R. (2005). Enhancing women's political participation: legislative recruitment and electoral systems. En J. Ballington y A. Karam (Eds.), *Women in Parliament: beyond numbers. A revised edition*. Estocolomo, Suecia: IDEA.
- Niven, D. (2010). Party Elites and Women Candidates. The Shape of Bias. En M. Krook y S. Childs (Eds.), *Women, Gender, and politics. A reader* (pp. 151-158). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Nohlen, D. (1998). *Sistemas electorales y partidos políticos*. Ciudad de México, México: FCE.
- Norris, P. & Inglehart, R. (2001). Cultural Obstacles to Equal Representation. *Journal of Democracy*, 12(3), pp. 126-140.

- Norris, P. (1997). Implicaciones de las diferencias de género en el comportamiento electoral. En E. Uriarte & A. Elizondo (Eds.), *Mujeres en Política*. Barcelona, España: Ariel.
- Oñate, P. (2011). Cuotas, cantidad y calidad de la representación de las mujeres en España. En I. Delgado (Ed.), *Alcanzando el equilibrio. El acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos* (pp. 117-136). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Pastor, R. (2011). *Género, élites políticas y representación parlamentaria en España*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Pastor, R. e Iglesias, M. (2014). La dimensión simbólica de la representación política en el Parlamento español. *Revista española de ciencia política*, 35, pp. 91-112.
- Paxton, P. y Hughes, M. (2007). *Women, Politics and Power. A Global Perspective*. Thousand Oaks, EEUU: Pine Forge Press.
- Phillips, A. (1998). *Feminism & Politics. Oxford Readings in Feminism*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Pitkin, H. F. (1967). *The Concept of Representation*. Berkeley, EEUU: University of California Press.
- Randall, V. (1987). *Women and Politics: an international perspective*. Londres, Reino Unido: Macmillan.
- Randall, V. (1998). Gender and power: Women engage the state. En V. Randall y G. Waylen (Eds), *Gender, Politics and the State* (pp. 185-205). Londres, Reino Unido: Routledge.
- Reynolds, A. (1999). Women in the Legislatures and Executives of the World: Knocking at the Highest Glass Ceiling. *World Politics*, 51(4), pp. 547-572.
- Sainsbury, D. (2010). Women's Political Representation in Sweden: Discursive Politics and Institutional Presence. En M. L. Krook y S. Childs (Eds.), *Women, Gender, and politics. A reader* (pp. 65-87). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Salazar, O. (2010). *Cartografías de la igualdad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Saldaña, M<sup>a</sup>. N. (2008). Transversalidad de la participación equilibrada de género en el marco internacional: su recepción en la ley de igualdad española. *Feminismos*, 12, pp. 79-134.
- Sánchez Medero, G. (2010). La estrategia del PP y PSOE para incorporar a las mujeres en la política nacional (1979-2008). *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 11, pp. 101-120.
- Sapiro, V. (1998). Feminist Studies and Political Science and Viceversa. En A. Phillips (Ed.), *Feminism & Politics* (pp. 291-310). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Sartori, G. (2005). *Elementos de teoría política*. Madrid, España: Alianza.
- Sartori, G. (2009). *¿Qué es la democracia?* Madrid, España: Taurus.
- Schmitter, P. C. (1998). Contemporary Democratization. The Prospects for Women. En J. S. Jaquette y S. L. Wolchik (Eds.), *Women and Democracy. Latin America and Central and Eastern Europe* (pp. 222-238). Baltimore, EEUU: Johns Hopkins University Press.
- Sevilla, J. (2004). *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Valencia, España: Universitat de València - Institut Universitari d'Estudis de la Dona.
- Shvedova, N. (2005). Obstacles to Women's Participation in Parliament. En J. Ballington y A. Karam (Eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers. Revised Edition*. Estocolmo, Suecia: International IDEA Publications office.
- Squires, J. (2007). *The New Politics of gender equality*. Nueva York, EE. UU.: Palgrave Macmillan.
- Toboso, P. (2009). Las mujeres en el siglo XXI: igualdad jurídica, discriminación cotidiana. En P. Pérez (Ed.), *De la democracia ateniense a la democracia paritaria* (pp. 209-228). Barcelona, España: Icaria Editorial.

- Towns, A. E. (2010). *Women and States: Norms and Hierarchies in International Society*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Valcárcel, A (1997). *La política de las mujeres*. Madrid, España: Cátedra.
- Ventura, A. (1999). Sistema electoral y género. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 8, pp. 379-404.
- Verge, T. (2009). *Dones a les institucions polítiques catalanes: el llarg camí cap a la igualtat (1977 – 2008)*. Barcelona, España: ICPS – UAB.
- Young, I. M. (1989). Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. *Ethics*, 99(2), pp. 250-274.
- Martínez, E. (2005). Hacia la plena ciudadanía. En T. Freixes y J. Sevilla, *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid, España: INAP – Ministerio de Administraciones Públicas.
- Rey, F. (2019). *Derecho Antidiscriminatorio*. Madrid, España: Aranzadi – Cizur Menor.

# Movilización legal

## Legal mobilization

Vincent Druliolle  
 Universidad de Deusto  
 ORCID ID 0000-0002-7772-7297  
[vincent.druliolle@deusto.es](mailto:vincent.druliolle@deusto.es)

Cita recomendada:

Druliolle, V. (2020). Movilización legal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 365-374.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5717>

Recibido / received: 24/10/2019  
 Aceptado / accepted: 24/08/2020

### Resumen

El artículo analiza la movilización legal, o las acciones de litigio llevadas a cabo por los movimientos sociales y, sobre todo, la medida en que el discurso de dichos actores se inspira en el Derecho. Tras explicar brevemente cómo el estudio de la movilización legal se ha desarrollado y sus conceptos clave, la tercera sección se centra en el estudio del encuadre legal (*legal framing*), un aspecto central de la movilización legal. La sección siguiente ilustra cómo la movilización legal puede ayudar a explicar la evolución de la lucha del movimiento por la recuperación de la memoria histórica en España. Por último, la conclusión ofrece algunas reflexiones sobre la movilización legal y su estudio.

### Palabras clave

Cambio social, derecho, discurso de los derechos, estudios socio-jurídicos, encuadre legal, movilización, movimiento para la recuperación de la memoria histórica, movimientos sociales.

### Abstract

*The article analyzes the phenomenon of legal mobilization, or the use of litigation by social movements and, above all, the extent to which their discourse draws on the law. After a brief introduction of the evolution of the study of legal mobilization and its main concepts, the third section focuses on the analysis of legal framing, a key aspect of legal mobilization. The following section illustrates how this theoretical framework can help us explain the evolution of the struggle of the movement for the recovery of historical memory in Spain. Finally, the conclusion outlines a few reflections about legal mobilization and its study.*

### Keywords

*Framing, law, mobilization, movement for the recovery of historical memory, social movements, rights discourse, social change, Socio-Legal Studies.*

SUMARIO. 1.Introducción. 2. Los movimientos sociales y el derecho. 3. El encuadre legal (*legal framing*). 4. La movilización legal. El ejemplo del movimiento para la recuperación de la memoria histórica en España. 5. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

Desde hace más de una década, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) defiende el derecho a la vivienda. Aunque la PAH es conocida por los escraches o sus acciones para impedir los desahucios, una de sus estrategias para conseguir sus objetivos ha sido acudir a los tribunales. El movimiento animalista también ha utilizado varios discursos y estrategias, y una de ellas ha consistido en buscar ante los tribunales la prohibición de las corridas de toros, varias fiestas locales o los experimentos con animales en la industria. Por su parte, los activistas en contra del aborto llevan años defendiendo los derechos de los no nacidos. El doctor Morín fue denunciado por una organización de la sociedad civil, *E-Cristians*, a finales de los años 2000. Lo que ha sido conocido posteriormente como el caso Morín tuvo una enorme repercusión social y animó al gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero a elaborar una ley de plazos que se aprobó en 2010.

Lo que los tres casos anteriores tienen en común es la manera de llevar a cabo una lucha social. Hoy en día, el derecho y los tribunales son unas herramientas muy utilizadas por los actores sociales. El fenómeno ilustrado por esos ejemplos, a los que se podrían añadir muchos otros, es la movilización legal. Dicho concepto «incluye las acciones de litigio y judicialización, pero también, de manera más general, el uso del lenguaje de los derechos por parte de los movimientos sociales y el encuadre de sus reclamos a través de marcos discursivos que incorporan e interpretan conceptos legales» (Ruibal, 2015, p. 182). Esta última idea es importante en la medida en que varios conceptos utilizados por los movimientos sociales y los individuos (por ejemplo, crimen, víctima o deuda) son conceptos cuyo significado es definido en gran parte por el derecho.

Aunque la importancia de la movilización legal depende de varios factores institucionales y socio-culturales propios a cada sociedad, se puede identificar unas tendencias que nos permiten hablar del auge de la movilización legal, por lo menos en los países occidentales. Hace ya tiempo que se habla de la judicialización de las relaciones sociales, es decir, la tendencia a recurrir a los tribunales para promover unas causas, ya sean progresistas o conservadoras (Ruibal, 2015), y para solucionar los conflictos sociales. El objetivo es el cambio social y legal, aunque independientemente del resultado de las acciones de litigio, la movilización legal sirve también para concienciar y movilizar a la ciudadanía. Además, es indudable que el contexto de desconfianza política ha sido un terreno fértil para la movilización legal (Rosanvallon, 2007). Por último, cabe destacar que esta es un fenómeno observable también al nivel transnacional (De Sousa Santos y Rodríguez-Garavito, 2005), en particular debido al protagonismo del discurso de los Derechos Humanos (Keck y Sikkink, 2000).

La movilización legal ha suscitado el interés de los académicos, aunque este tardó en desarrollar e institucionalizarse. En los países anglosajones, el movimiento para los derechos civiles fue clave para este desarrollo. Tras la sentencia histórica en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) que declaró inconstitucional la segregación racial en el ámbito educativo, numerosos movimientos sociales decidieron acudir a los tribunales para promover sus causas. Por otro lado, la contribución de un campo interdisciplinar relativamente reciente, los estudios socio-jurídicos, ha sido crucial para que varias disciplinas se acercaran y empezaran a tomar en serio la relación entre los movimientos sociales y el derecho (y los tribunales).

No obstante, al contrario de Estados Unidos, Francia y varios países latinoamericanos (García-Villegas, 2016), el estudio de la movilización legal ha tenido

un impacto relativamente limitado en España. Por tanto, la presente voz es un modesto intento de acercar los lectores a un tema aún relativamente desconocido. Y, dado que las Voces son unas breves presentaciones de los conceptos de la Cultura de la Legalidad, el presente artículo no pretende ser un estado de la cuestión exhaustivo. Más bien, se busca presentar las ideas claves con el objetivo de suscitar el interés del lector y hacerle reflexionar sobre el papel y las funciones del derecho en las luchas sociales y la vida política.

## 2. Los movimientos sociales y el Derecho

A pesar de la relación evidente entre los movimientos sociales y el derecho (en la gran mayoría de los casos, los primeros buscan cambiar el segundo), los campos que los estudian se acercaron muy paulatinamente<sup>1</sup>. En un primer momento, el estudio de la movilización legal se centró en una pregunta general: ¿Son el derecho y la ley unos recursos útiles para los movimientos sociales como herramientas de cambio social? Más tarde, a principios de los años 90, se abandonó este debate para empezar a analizar más en detalle cómo los actores sociales utilizan el derecho y con qué resultados (Levitsky, 2015).

Como se subraya en la introducción, la sentencia del caso *Brown v. Board of Education*, a mitad de los años 50, animó a varios movimientos sociales a acudir a los tribunales para cambiar la sociedad. No obstante, ya a finales de los años 1970, varios autores empezaban a poner en tela de juicio la idea de la movilización legal como estrategia emancipadora. Dichos autores, que formaron los estudios jurídicos críticos, afirmaban que es imposible recurrir a la ideología liberal de la justicia y los derechos para corregir varias formas de desigualdad y opresión, ya que la primera es, en gran parte, la causa de las segundas. En palabras de Gabel:

la gente no se da cuenta de que lo que está haciendo [al utilizar el discurso de los derechos] es redefinir los sentimientos reales que la llevó a politizarse, dentro de un marco ideológico que la coopta y la hace adoptar la misma conciencia que pretendía transformar (Gabel y Kennedy, 1984, p. 26).

Por tanto, varios/as autores/as afirman que en lugar de pedir que se *garanticen los derechos* de unos individuos postulados como seres abstractos, se debería reivindicar la *satisfacción de unas necesidades* de individuos y grupos «reales». Además, en la medida en que el Estado define e institucionaliza las leyes y los derechos, es poco probable que éstos puedan ser utilizados en su contra. Debido a la relación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las democracias liberales, los tribunales no gozan de un poder suficiente para que sus decisiones tengan un impacto directo y sustancial en la vida social (Rosenberg, 1991).

La respuesta a esas tesis, se basa en una concepción distinta –interpretativa– del derecho (McCann, 1996). Esta fue anticipada por Zemans (1983), quién la llamó perspectiva «interactiva». Según este artículo fundador, «se moviliza la ley cuando un deseo o una necesidad es traducido en una demanda en forma de afirmación de uno(s) derecho(s)» (Zemans, 1983, p. 700). Este aspecto es fundamental ya que «las manifestaciones simbólicas del derecho, como fuente de autoridad moral y amenaza de una posible intervención de afuera [el Estado], inviste al discurso de los derechos con su poder social más fundamental» (McCann, 2006, p. 30). Por tanto, se entiende el derecho como un conjunto de marcos interpretativos que constituyen la vida social. En palabras de Pedriana (2006, p. 1727), el derecho «construye y expresa ideas de conflicto social y su resolución». Se hace hincapié en «el poder intersubjetivo del

<sup>1</sup> Un análisis muy detallado de este proceso es Cummings (2017).

Derecho para crear significados» y en la medida en que estos se entrelazan con marcos ideológicos más amplios (McCann, 2006, p. 21). Dicho de otra manera, se «descentra» el derecho.

Como consecuencia de esta concepción del derecho, se dejó de lado el debate en torno a su valor instrumental como herramienta de cambio social, para analizar cómo los individuos y actores sociales utilizan el derecho y con qué resultados (McCann, 2006). Así pues, los estudios socio-jurídicos empezaron a hablar de la «conciencia legal», o la influencia del derecho y de la legalidad en la percepción de la vida cotidiana de los individuos, pero, también, las maneras en las que estos pueden redefinir la legalidad como marco interpretativo (Ewick y Silbey, 1991-1992). Para utilizar una idea de la sociología de Anthony Giddens, el derecho se entiende a la vez como restricción y recurso para los actores.

Por su parte, las ciencias sociales desarrollaron el concepto de «estructura de oportunidad legal» (Hilson, 2002) para explicar por qué la movilización legal es más importante en unas sociedades que en otras. El argumento es que el alcance de dicha movilización depende de varios factores «estructurales» (posibilidades y costes de acudir a los tribunales, grado de independencia del poder judicial, percepción de su legitimidad, etc...) que la convierten en una estrategia más o menos beneficiosa. Otra contribución teórica importante al análisis de la movilización legal es el concepto de encuadre legal (*legal framing*), analizado a continuación.

La concepción constitutiva del derecho es crucial para reorientar el análisis de la relación entre los movimientos sociales y el derecho. Permite analizar un aspecto fundamental de la actividad de los movimientos sociales, la utilización del derecho como recurso discursivo y la reivindicación de una serie de derechos. En muchos casos, dicha invocación es performativa, bien porque los derechos reivindicados son nuevos (nunca han sido nombrados antes o son importados de otros contextos; por ejemplo, el derecho a la desconexión digital), bien porque se busca redefinir el significado y/o el alcance de los derechos ya reconocidos (el derecho a un medioambiente sano). Como Silverstein argumenta en su estudio del movimiento animalista:

al utilizar el lenguaje de los derechos, el movimiento a favor de los derechos de los animales busca salir de la marginalidad recurriendo a unos valores y lenguajes establecidos. Pero al mismo tiempo el movimiento cuestiona la concepción dominante del significado legal y el concepto de derechos y busca ajustar y revisarlo de manera significativa. Al aplicar el concepto de derechos a seres no humanos, los activistas no solo extienden la idea a grupos previamente excluidos. Más que eso, cuestionan el significado convencional de los derechos (Silverstein, 1996, p. 18).

La concepción constitutiva del derecho permite también repensar el alcance de la movilización legal como estrategia. En su obra clásica, McCann (1994) explica que las acciones de litigio desempeñan un papel importante para convertir a los individuos en activistas, legitimar reivindicaciones formuladas en términos de derechos, fomentar la formulación de nuevas reivindicaciones, y crear una conciencia legal duradera que transforma la identidad de los activistas independientemente del resultado de las acciones de litigio.

Por último, el propio campo de estudio de los movimientos sociales no empezó a analizar el papel del derecho, sino hasta los años 1990. El interés por la dimensión simbólica o cultural de la actividad de los movimientos sociales, que en ese momento se añade a los enfoques tradicionales sobre la movilización de los recursos materiales

y la estructura de oportunidades políticas, permite tender puentes con los estudios socio-jurídicos (Pedriana, 2006, pp. 1720-1723).

Es importante subrayar que la movilización legal suele ser solo un elemento de campañas políticas más amplias y, su ventaja indudable, es que las acciones legales evitan el problema de la acción colectiva (Zemans, 1983). El derecho y los tribunales, son conceptualizados como unos recursos más para los activistas. Un buen ejemplo es la lucha del Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Houtzager (2005) explica que su estrategia ha incluido las ocupaciones de tierras, la presión internacional y las acciones legales a nivel local, y que gracias a estas los Sin Tierra han conseguido redefinir el régimen del derecho a la propiedad. Volviendo a la pregunta general que guio la primera fase del estudio de la movilización legal, De Sousa Santos y Rodríguez-Garavito (2005) argumentan que la perspectiva desde abajo, que caracteriza dicho campo de investigación, permite entender cómo el derecho puede empoderar a los actores locales en sus luchas contra-hegemónicas, en un contexto de globalización neoliberal.

### 3. El encuadre legal (*legal framing*)

La definición de la movilización legal tiene una afinidad clara con el concepto de encuadre (*framing*). Según la definición clásica de Entman, encuadrar consiste en:

seleccionar algunos aspectos de una realidad que se percibe y darles más prominencia en un contexto comunicativo, con el fin de promover una definición determinada del problema de interés, una interpretación causal, una evaluación moral y/o una recomendación de tratamiento para el asunto descrito (1993, p. 52).

Por tanto, encuadrar es un proceso socio-cultural y estratégico. Se trata de recurrir a elementos discursivos compartidos para definir y defender una causa con el fin de maximizar la resonancia del mensaje de los movimientos sociales (convencer a una audiencia y movilizar apoyos). Por tanto, es preciso adaptar los derechos generales y abstractos a los contextos socio-culturales en los que se utilizan, un proceso que Levitt y Merry (2009) llaman «vernacularización». Así pues, el estudio del encuadre legal reconcilia las concepciones constitutiva e instrumental del derecho (Silverstein, 1996).

El encuadre legal es una de las tácticas disponibles para los movimientos sociales. Definir una demanda en términos jurídicos puede resultar más eficiente que hacerlo en términos políticos (una acción o un proceso que afecta a los derechos de los/as ciudadanos/as vs. que busca imponer un programa ideológico perjudicial). La elección de un encuadre u otro depende de la interpretación de los colectivos que promueven esta demanda, pero también de la estrategia de dichos actores y de la resonancia cultural, social y política de su mensaje. Sin embargo, en la práctica los encuadres legales y políticos no son incompatibles, lo cual refleja el hecho de que el debate político se basa en parte en conceptos del derecho. Así pues, un encuadre muy común es la definición de problemas sociales como injusticias (Gamson, 1992).

La sección anterior se refiere al poder del lenguaje de los derechos, y es preciso subrayar la razón por la que dicho lenguaje resulta útil a los movimientos sociales para defender sus causas. Definir una demanda como la reivindicación de un derecho implica reivindicar algo que ya existe, que ha sido consagrado, y –esto es importante– que el Estado debe garantizar. En otras palabras, otorgar a una reivindicación el estatus de derecho hace más fácil legitimar esta. Es más, utilizar este lenguaje busca invertir la carga de la prueba. Ya no le correspondería al actor social justificar su demanda, sino que el Estado, o aquel actor presentado como el causante

de una situación de injusticia, se vería obligado a justificar por qué no se reconoce y/o protege un(os) derecho(s). Un buen ejemplo es la idea de derecho a la muerte digna, en la que el concepto de derecho refuerza la connotación positiva de la idea de muerte digna.

El estudio del encuadre legal hace hincapié en la agencia de los actores sociales. Pero los movimientos sociales no suelen diseñar y/o llevar a cabo su propia movilización legal. Unos actores clave de dicho proceso son los/as abogados/as que articulan y defienden las causas de los movimientos sociales. Los trabajos sobre la «abogacía de causas» (*cause lawyering*) analizan cómo los/as abogados/as redefinen su profesión y la relación entre el derecho y la política, y también la influencia mutua entre las prácticas y el lenguaje de los/as abogados/as y los/as activistas (Scheingold y Sarat, 2004; Sarat y Scheingold, 2006).

El encuadre legal es un elemento crucial de la movilización legal, a tal punto que Pedriana (2006) se refiere al derecho como un «*master frame*». Sin embargo, esta estrategia tiene consecuencias para aquellos actores que la utilizan. Estos deben adecuar sus actividades a su discurso, pues se corre el riesgo de perder credibilidad. El lenguaje de los derechos no es una simple retórica vacía. Al utilizarlo, varias actividades y demandas pueden parecer contradictorias o incompatibles con el discurso de un movimiento social. Así pues, McCann (2006, p. 28) afirma que la movilización legal puede tener como consecuencia a medio o largo plazo la «desradicalización» de los objetivos y métodos de los movimientos sociales, la cual puede incluso llevar a la cooptación de sus causas por el Estado.

Así pues, el estudio del encuadre legal y de la movilización legal en general no toma posición en el debate sobre el potencial del derecho como recurso emancipador. Al analizar en detalle cómo los actores sociales utilizan el derecho, esos trabajos hacen hincapié en las complejidades y las tensiones de sus luchas. Como McCann afirma:

la movilización legal no empodera o desempodera a la ciudadanía por naturaleza. La manera en la que el derecho importa depende de las dinámicas complejas, y a menudo cambiantes, del contexto en el que las luchas se desarrollan. Las relaciones legales, las instituciones y las normas suelen ser de doble filo, a la vez manteniendo la infraestructura más amplia del status quo y ofreciendo unas oportunidades limitadas para cuestionarlo ocasionalmente y llevar a cabo unos cambios dentro de ese orden imperante (2006, p. 19).

Tras introducir varios conceptos e ideas en las secciones 2 y 3, la sección siguiente ilustra la relevancia del marco teórico de la movilización legal para analizar la lucha del movimiento para la recuperación de la memoria histórica en España.

#### 4. La movilización legal. El ejemplo del movimiento para la recuperación de la memoria histórica en España

La lucha del movimiento para la recuperación de la memoria histórica ilustra las ideas presentadas en las secciones anteriores. Cabe subrayar que el nombre mismo de dicho movimiento no tiene ningún componente o ninguna connotación legal. Sin embargo, con el tiempo su lucha se ha transformado en la lucha por los derechos de las víctimas del franquismo y contra la impunidad de los crímenes de la dictadura —en realidad, la segunda idea no ha reemplazado la primera, sino que ambas coexisten—.

En su excelente artículo, Ferrándiz (2010) analiza este cambio. Su argumento es que el Auto del Juez Garzón, del 16 de octubre de 2008, ha implicado la

resignificación tanto de la represión franquista como de la lucha para enfrentarse a ella, incluso después de que –más bien, a pesar de que– el Tribunal Supremo se opusiera a la investigación de los crímenes del franquismo. Dicha resignificación se debe a la calificación de dichos crímenes como crímenes de lesa humanidad y a la utilización del concepto legal de desaparición importado de otros contextos a través de la legislación internacional. Este ya había sido utilizado por el movimiento para la recuperación de la memoria histórica, en particular, en el artículo fundacional de Emilio Silva publicado en octubre de 2010 en *La Crónica de León*, «Mi abuelo también fue un desaparecido», título que buscaba asimilar la represión franquista a otros crímenes y pasados violentos parecidos, específicamente, los de Argentina (Ferrándiz, 2010, p. 171). Con el tiempo, «las asociaciones [asumieron] la importancia estratégica del concepto y lo han colocado en el eje de sus reivindicaciones políticas y judiciales, así como el capital legal, político y simbólico transnacional que arrastra consigo», debido a su enorme potencial movilizador (*ídem*). El proceso de redefinición de la lucha por la apertura de las fosas en una reivindicación de derechos «ha supuesto un punto de inflexión no sólo en el tono nacional e internacional del debate o en los discursos de las asociaciones y colectivos de familiares de represaliados, sino también en la propia estructura y profundidad de sus reclamaciones de investigación y reparación» (Ferrándiz, 2010, p. 169). El concepto de desaparición «se ha engarzado tan profundamente con el llamado movimiento para la recuperación de la memoria histórica y con su percepción nacional e internacional que ya es un concepto y proceso inextricable» (*ídem*, p. 186).

Ferrándiz no habla de movilización legal en su artículo, y no cita esta literatura, sino que utiliza el concepto de «descarga legal» desarrollado por los antropólogos. No obstante, se trata de ideas muy similares, ya que la «descarga legal» se refiere a:

las diversas modalidades y canales de traslado y traducción de la legislación penal internacional a los contextos nacionales o locales en el marco de contextos de reclamación de derechos de distinta índole, pero también, de manera más literal, a las nuevas posibilidades que hay de acceso a esta legislación y a los organismos y organizaciones que la establecen y promocionan (Ferrándiz, 2010, p. 163).

Esta definición es muy parecida a la de la movilización legal. Además, en la medida en que se hace hincapié en la resonancia social y el potencial movilizador del concepto de desaparición y del lenguaje de los derechos humanos en general, el argumento ilustra la idea de encuadre legal. El concepto de estructura de oportunidad legal también está implícito, cuando se explica que las asociaciones acudieron a los tribunales al comprobar la tibieza de la llamada Ley de Memoria Histórica.

Así pues, cabe subrayar que el hecho mismo de empezar a hablar de las *víctimas del franquismo*, en vez de los *fusilados*, *paseados* o *vencidos*, o, incluso, de los luchadores antifascistas y/o por la democracia, refleja las consecuencias de la movilización legal del movimiento por la recuperación histórica. Al centrarse sobre todo en la utilización del concepto de desaparición<sup>2</sup>, Ferrándiz no hace hincapié en el hecho de que éste solo es un nudo de una red conceptual más amplia. Los desaparecidos de la represión franquista son las *víctimas* de unos *crímenes de lesa humanidad* cometidos por *criminales*. Esta terminología apenas se utilizaba hasta mitad de los años 2000. Como Baer y Sznajder (2017, p. 65) subrayan, al inspirarse en el caso argentino los activistas españoles han importado todo el lenguaje transnacional de los derechos humanos y la justicia transicional. La lucha por la memoria histórica es una lucha por la verdad, la memoria y la justicia y contra la

<sup>2</sup> Para un análisis muy detallado y crítico con la circulación transnacional de la categoría legal de desaparición forzada, véase el excelente trabajo de Gabriel Gatti (2017).

impunidad<sup>3</sup>. No obstante, este discurso despolitizado y ahistórico (justicia transicional y Nunca Más) no ha sustituido el marco predominante hasta los años 2000 (antifascismo, republicanism y No Pasarán), sino que ambos coexisten y a veces entran en conflicto (Baer y Sznajder, 2017, pp. 84-86).

La utilización del lenguaje de los derechos humanos se consolida con la Querrela Argentina<sup>4</sup>. Como consecuencia:

[se] acaba transformando la propia categoría de «víctima del franquismo», que se convierte en una mucho más flexible y englobante. De este modo, se va incluyendo todo el marco temporal y nuevos tipos delictivos: encontramos ahora ex-presos políticos de los años 70, tráfico de niños robados hasta los años 70, asesinados y torturados durante los últimos años de la dictadura, pero también víctimas del trabajo esclavo, mujeres víctimas de «crímenes de género», afectados por abusos infantiles en preventorios, familias condenadas al exilio, y un largo etcétera. [...] [La categoría de] víctima del franquismo [...] se expande a múltiples sujetos y reivindicaciones muy diferentes entre sí, todas pugnando por el mismo objeto en juego: poder ser reconocidos como víctimas del franquismo por parte de múltiples actores (las otras víctimas, los colectivos de memoria, el Estado español, la comunidad internacional...) (Montoto Ugarte, 2017, p. 13).

Todos estos procesos pueden ser analizados en más detalle con los recursos teóricos del marco de la movilización legal. En particular, ¿por qué el movimiento para la recuperación de la memoria histórico no acudió a los tribunales más pronto, durante la primera parte de los años 2000? También sería interesante entender por qué se han importado unos conceptos y no otros. Por ejemplo, el término genocidio apenas se utiliza en España. Al contrario, en Argentina la represión de la dictadura militar es comúnmente llamada genocidio, y para los activistas argentinos los perpetradores son «los genocidas». Dada la influencia del caso argentino, la no utilización del término en España puede sorprender. Además, el movimiento para la recuperación de la memoria histórica suele destacar que España es el segundo país con más fosas comunes y desaparecidos después de Camboya. Si la represión allí también es generalmente reconocida como un genocidio, ¿por qué no se utiliza el término en España? Más generalmente, varios aspectos del proceso de elaboración del *legal framing* de la lucha de los activistas por la memoria histórica en España no han sido analizados en detalle (por ejemplo, los actores desempeñaron un papel importante, los debates de los que el nuevo discurso es el producto, las percepciones de las propias víctimas no vinculadas a las asociaciones, etc.).

## 5. Reflexiones finales

El artículo ha explicado los orígenes y los argumentos más importantes del marco teórico de la movilización legal, en particular la medida en que el discurso de los movimientos sociales se inspira en el derecho. Se trata de una contribución muy importante al estudio de las formas de participación política de la ciudadanía y los movimientos sociales.

No obstante, el fenómeno de la movilización legal en general, y la utilización del lenguaje de los derechos en particular, plantea una pregunta muy importante más allá del debate inicial sobre el potencial del derecho como recurso emancipador, y

<sup>3</sup> El argumento de los autores va más allá. Para ellos, mediante la comparación con Argentina, se ha importado a España el marco interpretativo del Holocausto, un símbolo global que hasta entonces había tenido poca influencia en España.

<sup>4</sup> La llamada Querrela Argentina es la una demanda interpuesta ante los tribunales de justicia de la República Argentina el 14 de abril de 2010 a través de los marcos de la llamada Jurisdicción Universal, con el fin de que se investiguen y se juzguen los crímenes de la dictadura franquista.

sobre la cual tanto los/as activistas como la academia deberían enfocar el debate. Así pues, varios autores han hecho hincapié en las posibles implicaciones políticas negativas de la generalización del lenguaje de los derechos. Una de las críticas más conocidas es la de Glendon (1998). Para ella, dicho lenguaje empobrece la vida política en la medida en que «nuestro dialecto rígido y simple de los derechos desalienta los procesos de justificación, comunicación y deliberación públicas, de los cuales pende la vitalidad de un régimen democrático» (Glendon, 1998, p. 132). El problema es que cuando cada parte afirma defender un derecho que se le ha sido reconocido, la negociación resultante será más parecida a un juego de suma cero que a una negociación. Por tanto, «nuestro lenguaje sobre los derechos, con su carácter absolutista, estimula expectativas poco realistas, intensifica los conflictos sociales e inhibe el diálogo que podría conducir al consenso, al ajuste o al menos a encontrar un terreno común» (Glendon, 1998, p. 93).

Haciendo abstracción de la tesis comunitarista desarrollada por Glendon y de su romantización de las comunidades y sus culturas, el diagnóstico en el que Glendon basa su argumento llama la atención sobre unos temas fundamentales para el debate político y la participación en democracia.

## Bibliografía

- Baer, A. y Sznajder, N. (2017). *Memory and Forgetting in the Post-Holocaust Era. The Ethics of Never Again*. New York, Estados Unidos: Routledge.
- Cummings, S. L. (2017). Law and Social Movements: An Interdisciplinary Analysis. En C. Roggeband y B. Klandermans (eds.), *Handbook of Social Movements Across Disciplines, Second Edition* (pp. 233-270). Cham, Suiza: Springer.
- De Sousa Santos, B. y Rodríguez-Garavito, C. (eds.) (2005). *Globalization from below. Towards a cosmopolitan legitimacy*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Entman, R. M. (1993). Framing: Toward Clarification of a Fractured Paradigm. *Journal of Communication*, 43(4), pp. 51-58.
- Ewick, P., y Silbey, S. S. (1991-1992). Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness. *New England Law Review*, 26, pp. 731-749.
- Ferrándiz, F. (2010). De las fosas comunes a los derechos humanos: El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea. *Revista de Antropología Social*, 19, pp. 161-190.
- Gabel, P., y Kennedy, D. (1984). Roll Over Beethoven. *Stanford Law Review*, 36, pp. 1-55.
- Gamson, W. A. (1992). *Talking Politics*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- García-Villegas, M. (2016). A Comparison of Sociopolitical Legal Studies. *Annual Review of Law and Social Science*, 12, pp. 25-44.
- Gatti, G. (Ed.) (2017). *Desapariciones. Usos locales, circulaciones globales*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Glendon, M. A. (1998). El lenguaje de los derechos. *Estudios Públicos*, 70, pp. 77-150.
- Hilson, C. (2002). New social movements: The role of legal opportunity. *Journal of European Public Policy*, 9(2), pp. 238-255.
- Houtzager, P. P. (2005). The Movement of the Landless (MST), juridical field, and legal change in Brazil. En B. De Sousa Santos y C. Rodríguez-Garavito (Eds.), *Globalization from below. Towards a cosmopolitan legitimacy* (pp. 218-40). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

- Keck, M. E. y Sikkink, K. (2000). *Activistas sin fronteras: Redes de defensa en política internacional*. México D.F., México: Siglo XXI.
- Levitsky, S. R. (2015). Law and Social Movements: Old Debates and New Directions. En A. Sarat y P. Ewick (Eds.), *The Handbook of Law and Society* (pp. 382-398). Oxford, Reino Unido: Wiley-Blackwell.
- Levitt, P., y Merry, S. (2009). Vernacularization on the ground: Local uses of global women's rights in Peru, China, India and the United States. *Global Networks*, 9(4), pp. 441-461.
- McCann, M. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- McCann, M. (1996). Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...). *Law & Social Inquiry*, 21(2), pp. 457-482.
- McCann, M. (2006). Law and social movements: Contemporary perspectives. *Annual Review of Law and Social Science*, 2, pp. 17-38.
- Montoto Ugarte, M. (2017). Las víctimas del franquismo en "La Querrela Argentina": Luchas por el reconocimiento y nuevas desigualdades. *Papeles del CEIC*, 2017/1, pp. 1-25.
- Pedriana, N. (2006). From protective to equal treatment: Legal framing processes and transformation of the women's movement in the 1960s. *American Journal of Sociology*, 111(6), pp. 1718-1761.
- Rosanvallon, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- Rosenberg, G. N. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Ruibal, A. M. (2015). Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América latina. *Política y Gobierno*, 22(1), pp. 175-198.
- Scheingold, S. A., y Sarat, A. (2004). *Something to Believe In. Politics, Professionalism, and Cause Lawyering*. Stanford, Estados Unidos: Stanford University Press.
- Sarat, A., y Scheingold, S. A. (Eds) (2006). *Cause Lawyers and Social Movements*. Stanford, Estados Unidos: Stanford University Press.
- Silverstein, H. (1996). *Unleashing Rights. Law, Meaning, and the Animal Rights Movement*. Ann Arbor, Estados Unidos: University of Michigan Press.
- Zemans, F. K. (1983). Legal mobilization: The neglected role of the law in the political system. *American Political Science Review*, 77(3), pp. 690-703.

# Redes sociales (en las administraciones públicas)

## Social networking sites (in public administrations)

Julián Villodre

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-0468-8802

[julian.villodrede@uam.es](mailto:julian.villodrede@uam.es)

**Cita recomendada:**

Villodre, J. (2020). Redes sociales (en las administraciones públicas). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 375-390.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5718>

Recibido / received: 16/06/2020

Aceptado / accepted: 26/08/2020

### Resumen

Las redes sociales presentan singularidades en el sector público vinculadas a su potencial para generar oportunidades para innovar en la gestión pública. Esta voz se centra en estudiar el concepto de redes sociales en las administraciones públicas. Para ello, se estudia su definición, sus posibles impactos, y su relación con otros conceptos, como el gobierno abierto y el paradigma de la gobernanza pública inteligente. De la misma forma, la voz se aproxima a los procesos de adopción e institucionalización y a las estrategias de uso de redes sociales en el sector público. Finalmente, este trabajo señala las fortalezas y lagunas de la investigación sobre redes sociales y administración pública, especificando algunas vías de investigación futuras.

### Palabras clave

Redes sociales, medios sociales, gestión pública, comunicación pública, gobierno abierto, gobernanza pública inteligente.

### Abstract

*Social Networking Sites (SNS) present certain singularities in the public sector linked to their potential to generate opportunities for innovation in public management. This article focuses on studying the concept of SNS in public administrations. To do this, I study its definition, its impacts, and its relationship with other concepts such as the open government and the paradigm of smart governance. In the same way, this paper approaches SNS as a part of social media adoption and institutionalization theories, bearing in mind the main strategies of use. Finally, this work points out some research foci and gaps, specifying methodological and theoretical avenues for future research.*

### Keywords

*Social networking sites, social media, public management, public communication, open government, smart governance.*



SUMARIO. 1. Introducción: definiendo las redes sociales en el sector público. 2. Redes sociales, gobierno abierto y gobernanza pública inteligente. 3. Adopción e institucionalización. 4. Estrategias de uso. 5. Líneas de investigación y métodos. 6. Conclusiones.

## 1. Introducción: definiendo las redes sociales en el sector público

Si juntásemos en una misma habitación una muestra representativa de la población y la interrogásemos sobre qué es una red social, encontraríamos una gran variedad de respuestas. Algunas personas nos responderían con un simple ejemplo (Twitter, Facebook, YouTube...), otras con alguna palabra (web 2.0, plataforma digital...), y otras tantas especificando alguna de sus características. A algunas, muy avispadas, se les podría ocurrir mencionar su significado clásico, empleado fundamentalmente por la sociología. Muchas, por supuesto, podrían desconocer estas aplicaciones, bien por edad, o por encontrarse en áreas donde la implementación de la tecnología presente múltiples barreras. Pero, en general, nos daríamos cuenta de que nos encontramos ante un fenómeno con una evolución rápida y heterogénea. Vistas en números, las redes sociales (digitales) se vuelven todavía más apasionantes: en 2019<sup>1</sup>, por ejemplo, las redes sociales tenían como usuarios activos a un 45% de la población mundial, y sólo la red social Facebook aglutinaba a más de 2270 millones de usuarios activos. Pero las redes sociales no sólo están teniendo impacto sobre la sociedad: el mundo organizativo, y en particular el sector público, también ha recibido la influencia de estas tecnologías con consecuencias muy variadas, bajo la promesa de una mayor transparencia, participación y colaboración (Criado *et al.*, 2013). El objetivo de este artículo será repasar la singularidad de las redes sociales dentro del sector público a partir de su relación con otros conceptos como el gobierno abierto y la gobernanza pública inteligente, sus dinámicas de adopción e institucionalización en el sector público, las principales estrategias de uso y algunas vías de investigación actuales y futuras.

Pero primero, sería conveniente definir a qué nos referimos con red social. Hay casi tantas definiciones como artículos al respecto. Sin embargo, en todas ellas, hay un cierto consenso sobre la importancia de su dimensión social (Chun *et al.*, 2010), esto es, de entenderlas como espacios digitales que permiten a sus usuarios participar activamente en la creación, edición y compartición de contenido. Es por ello por lo que en este artículo las definiremos como un tipo de tecnología digital (en forma de sitios web, de *apps* u otros constructos tecnológicos) capaz de habilitar interacciones bidireccionales entre actores (Picazo-Vela *et al.*, 2012), de forma que estos participen activamente en la creación, edición y compartición de contenido (Chun *et al.*, 2010), siendo un objetivo habitual la generación de comunidades (Criado, 2016). Hay una gran variedad y tipos de redes sociales (Cumbie y Kar, 2015), según tengan una orientación generalista (Facebook, Twitter...), estén enfocadas en el multimedia (Instagram, Youtube, TikTok...), o incluso en las relaciones profesionales, ya sea de forma general (LinkedIn), o particularizada (por ejemplo, en el sector público podemos encontrar redes sociales centradas en fomentar la colaboración entre empleados públicos) (Criado y Villodre, 2018).

La definición anterior se enfoca en el aspecto tecnológico y social de las redes. Sin embargo, debe entenderse también que dentro del concepto es posible encontrar

<sup>1</sup> Cifras reportadas por *Hootsuite* y *We are social* en su informe global de 2019, accesible desde este enlace (en inglés): <https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>

otras dimensiones subyacentes de gran importancia y con las que inevitablemente interacciona esta definición. Aquí, la dimensión organizativa de las redes sociales probablemente sea muy relevante. Esta se encuentra estrechamente vinculada a un modelo económico y de negocio que ciertos autores no han dudado en catalogar como predador (Srnicek, 2016). Se trata de aquél en el que unas pocas organizaciones privadas encargadas del diseño y desarrollo de estas plataformas capturan la atención del usuario con sus productos y comercializan los datos que los ciudadanos generan (en general, de forma inconsciente) con su actividad (Srnicek, 2016). Este modelo choca con los ideales que, conforme a los principios de universalidad y satisfacción del interés general, deberían guiar la gestión pública. Pero, al mismo tiempo, pone de manifiesto la importancia que los datos generados en estas redes deberían tener para la gobernanza (Meijer y Potjer, 2018). Así, se hace cada vez más necesario avanzar hacia un modelo público de gestión de datos abiertos, en el que la concepción de los datos generados por el ciudadano se base en la consciencia, en la apertura y en la reutilización. Y en el que estos datos sean entendidos como un modo de colaboración, pero también de contestación a las estructuras de poder (Meijer y Potjer, 2018).

En este trabajo, el uso de las redes sociales se estudia en relación con su aplicación en el sector público. Esta acotación en el ámbito de estudio tiene sentido si atendemos a ciertas singularidades, que podemos vincular con oportunidades y desafíos, relacionados con el avance hacia una cultura de legalidad basada en la necesaria consolidación de aspectos como la transparencia, la legitimidad, la participación o la rendición de cuentas. En relación con las oportunidades, las redes sociales permiten de forma fácil y directa la comunicación e interacción de las administraciones públicas con otros actores (Bonsón *et al.*, 2015), consiguiendo niveles de difusión de la información nunca vistos (Chatfield *et al.*, 2013). Esto es así, en parte, porque este tipo de plataformas generan espacios abiertos que favorecen un acercamiento progresivo al ciudadano. Con ello, las redes sociales presentan una oportunidad para la mejora de la transparencia. La segunda deriva de los procesos de desintermediación que estas tecnologías provocan, fomentando la generación de mayores lazos horizontales entre prestadores y receptores de servicios públicos. Y que, por tanto, se puedan poner en marcha prácticas de coproducción y *crowdsourcing* (Linders, 2012) y las administraciones puedan beneficiarse de la inteligencia colectiva de los ciudadanos, con repercusiones sobre la calidad de las políticas y servicios públicos. Por último, las redes sociales presentan una nueva fuente de datos (*big data*) de donde las administraciones públicas pueden extraer conocimiento a partir de las actividades generadas por los ciudadanos (Meijer y Potjer, 2018; Mergel, 2016). Correctamente analizados, estos datos pueden repercutir positivamente en la mejora de la eficiencia de la organización, así como en la calidad y la confianza en los servicios prestados.

En relación con los desafíos, la utilización de redes sociales en el sector público no está exenta de riesgos que la hacen merecedora de estudio particular. En primer lugar, puesto que las redes sociales son aplicaciones creadas y mantenidas por terceros, al abrirse perfiles institucionales, las administraciones pueden acusar más que otro tipo de organizaciones la falta de control sobre su comunicación con el público. Esto es así por el peligro que supondría para la legitimidad de las instituciones el surgimiento de problemas vinculados, por ejemplo, a la privacidad y seguridad (Harrison y Johnson, 2019; Zheng, 2013). En segundo lugar, como comentábamos con anterioridad, hay que sumar la posibilidad de que los valores que impregnan la gestión de estas plataformas puedan entrar en conflicto con los deseables públicos. En ese sentido, deberíamos cuestionar qué está permitido dentro de cada plataforma, por qué un contenido es más visible que otro o cómo se estructuran las conversaciones. En tercer lugar, las lógicas disruptivas y los valores colaborativos

asociados a las plataformas digitales pueden chocar frontalmente con la cultura organizativa de ciertas administraciones públicas (Mergel, 2013a; Mergel y Bretschneider, 2013), con normas y procedimientos excesivamente inflexibles en comparación con organizaciones privadas. Finalmente, las administraciones públicas, en su extracción y utilización de datos generados por ciudadanos, corren el peligro de dar credibilidad a elementos que pueden estar sesgados o no tener una validez suficiente en ciertos contextos (Harrison y Johnson, 2019). El desarrollo de un ciberoptimismo excesivo podría llevar a las administraciones a tomar decisiones inapropiadas, e incluso injustas, si no establece pautas para verificar los datos y procesos.

Cuando nos acercamos al estudio de las redes sociales en el sector público, debe también tenerse en cuenta sobre qué dimensión (externa o interna) nos vamos a situar. Las administraciones habitualmente emplean las redes sociales hacia el exterior (dimensión externa), tratando de buscar nuevos vínculos con ciudadanos y con otras organizaciones, fomentando la difusión de información institucional y, en ciertos casos, la colaboración. Y, de hecho, la literatura académica se ha enfocado fundamentalmente en esta vertiente de estudio (Medaglia y Zheng, 2017). Sin embargo, el estudio de la dimensión interna, esto es, la que se dedica a analizar el empleo de las redes sociales para generar interacciones profesionales dentro de las organizaciones, de colaboración entre empleados públicos, ha quedado relegado a un segundo plano (Demircioglu y Chen, 2019; Criado *et al.*, 2019; Criado y Villodre, 2018). Aunque cuando en esta voz hablemos de redes sociales daremos cuenta fundamentalmente de la dimensión externa, es importante, como comentaremos más adelante, que investigaciones futuras continúen analizando esos usos internos.

Para analizar las particularidades de las redes sociales en las administraciones, el trabajo se estructura como sigue. A continuación, se repasa brevemente la relación entre el concepto de redes sociales y el de gobierno abierto, y su inclusión como una parte esencial del paradigma de la gobernanza pública inteligente. Posteriormente, se realiza un repaso teórico por las principales teorías de adopción e institucionalización de redes sociales en el sector público, y las estrategias de uso detectadas. Finalmente, el trabajo explora en qué aspectos se ha centrado la literatura académica sobre redes sociales en el sector público hasta ahora, y qué pasos debe dar para continuar madurando en el futuro.

## 2. Redes sociales, gobierno abierto y gobernanza pública inteligente

Una forma de comenzar a explorar la singularidad de las redes sociales en el sector público es comprendiendo mejor de dónde proviene el interés teórico y práctico por el uso de estas tecnologías. Las particularidades de las redes sociales comenzaron a resonar en la sociedad y sobre ciertas estructuras organizativas cuando se empezó a generalizar la web 2.0 (O'Reilly, 2007), y la filosofía y componentes que lo acompañaban, como la convergencia, la facilidad de uso, las capacidades participativas y colaborativas, la reusabilidad, o los datos sociales generados por estas nuevas plataformas, entre muchas otras. Sin embargo, no hay que olvidar las visiones más críticas que consideraron este concepto como el punto de partida de una mera campaña de relanzamiento de la tecnología web tras la burbuja de las «punto.com». En cualquier caso, es posible que esa visión optimista influyese en el conocido Memorandum sobre la Transparencia y el Gobierno Abierto<sup>2</sup>, primera medida del entonces presidente de EEUU Barack Obama en 2009, y que ha

---

<sup>2</sup> Puede encontrarse todavía como parte de los archivos de la Casa Blanca para el mandato de Barack Obama (en inglés): <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>

sido considerada por algunos académicos como un punto de inflexión a nivel internacional para que los gobiernos comenzasen a prestar más atención a la transparencia, participación y colaboración con la ciudadanía y otros agentes externos (Mergel, 2013a). En este memorándum se urgía, además, a las administraciones para dotarse de tecnologías más sociales capaces de impulsar esas dimensiones.

La relación entre gobierno abierto y plataformas digitales es, por tanto, estrecha, casi simbiótica. De hecho, es posible que los valores de colaboración y participación asociados a las redes sociales fuesen un factor importante en el redescubrimiento del gobierno abierto (término, por otro lado, ya empleado en la administración británica de los años 70-80 vinculado a la limitación del oscurantismo gubernamental), o que, al menos, coincidiesen con él (Criado, 2016). Aunque, por supuesto, deben considerarse desde la exploración de nuevas formas de legitimidad en el gobierno, la búsqueda de responsables de los malos rendimientos o del valor de las propias ideas como componente sustancial de esos discursos (Villoria, 2012). El gobierno abierto se ha definido recientemente como un modelo de interacción sociopolítica que enlaza los valores y principios de la transparencia, participación ciudadana, democracia, datos abiertos, rendición de cuentas y colaboración, apoyado por el potencial de las nuevas tecnologías (Ruvalcaba-Gomez, 2019). Entre esas tecnologías, las redes sociales pueden ser uno de los motores principales para el establecimiento del gobierno abierto (Grimmelikhuijsen y Meijer, 2015). Por ejemplo, en el modelo de madurez propuesto por Lee y Kwak (2012), las redes sociales y otras plataformas web 2.0 tienen un papel fundamental a partir de ciertos niveles. Así, en el nivel de madurez 2 (transparencia en los datos), las redes sociales sirven a las administraciones para la obtención de retroalimentación sobre la utilidad y accesibilidad de los datos, e incluso intentan buscar ciertos niveles de participación en torno a esta información. En el nivel de madurez 3 (participación abierta), la administración empieza a emplear las redes sociales para incentivar conversaciones espontáneas e informales, e incluso ciertas formas de *crowdsourcing* para capturar la inteligencia colectiva. A partir del nivel 4 (colaboración abierta), el uso de redes sociales se emplea en la generación de espacios abiertos para que la ciudadanía pueda participar en la resolución conjunta de tareas mucho más complejas que las previstas en niveles anteriores. Las redes sociales se convierten, por tanto, en un instrumento que puede ser útil para avanzar en la madurez del gobierno abierto.

El surgimiento reciente de nuevos paradigmas de gestión pública que han tratado de superar las ideas de la nueva gestión pública y de otros tipos ideales anteriores, han tomado en cuenta el modelo del gobierno abierto. Bajo el nombre de *smart governance* (traducido al español como gobernanza inteligente, o gobernanza pública inteligente) (Criado, 2016; Rodríguez-Bolívar y Meijer, 2015; Noveck, 2015), este nuevo enfoque ha tratado de dar respuesta a la necesidad de superar los modelos estatales sobredimensionados e inflexibles, sacando partido a las capacidades tecnológicas para favorecer el aprovechamiento de la inteligencia colectiva y emplearla en la resolución de problemas públicos complejos. Así, la gobernanza pública inteligente se basa en la filosofía colaborativa de la web 2.0, la economía colaborativa y de lo procomún, donde la idea fundamental pasa por generar valor público a través de la colaboración con la ciudadanía (Criado, 2016). Otros elementos de este modelo tipo son la transformación hacia un estado abierto y *lean*, la consideración de la administración en red y de la halocracia como diseño organizativo, la visión del ciudadano como productor y consumidor de servicios públicos y el papel del directivo público como experto en detección de nichos de valor público (Criado, 2016).

En la gobernanza pública inteligente, las redes sociales se convierten en un elemento técnico vertebrador. Las plataformas digitales adquieren la categoría de

instrumento para la solución de problemas públicos (Criado, 2016), siendo capaces de desplegar espacios para el desarrollo de iniciativas en las que ciudadanos y administraciones colaboran para la solución de problemas públicos complejos. Las administraciones no sólo se benefician de los productos de la participación y la colaboración ciudadana: los datos que generan esos ciudadanos constituyen un valor fundamental para la administración (Mergel, 2016), para la mejora de la eficiencia y de los servicios a través de un conocimiento más profundo de las necesidades y deseos de la ciudadanía. Por otra parte, las plataformas digitales pueden convertirse en nuevas intermediarias de la innovación pública (Villodre, 2019), siendo capaces de favorecer modelos de innovación abierta. El papel de estas tecnologías pasa, por tanto, del rol de apoyo en la nueva gestión pública, o del cambio organizativo de la gobernanza pública, a un rol transformador.

Sin embargo, resulta inevitable preguntarse si realmente la relación de este tipo de tecnologías con el gobierno abierto y la gobernanza pública inteligente sirven siempre a lo procomún, a la colaboración y al aprovechamiento de la inteligencia colectiva. Es posible que se genere una fuerte tensión con la optimización del marketing empresarial y el *engagement* fruto de la naturaleza comercial y privada de estas redes (Srnicsek, 2016) y de la «caja negra» de muchos de los algoritmos que se emplean para filtrar y seleccionar el contenido mostrado a sus usuarios. Por ello, es cada vez más necesario tomar en consideración en la reflexión conceptos como el de soberanía algorítmica (Reviglio y Agosti, 2020). La capacidad de los algoritmos presentes en las redes sociales para persuadir y modificar el comportamiento de los usuarios (Reviglio y Agosti, 2020) hace necesario que las instituciones públicas apuesten por el desarrollo de proyectos públicos y presionen junto a la ciudadanía para abrir las cajas negras y mitigar efectos no deseados.

### 3. Adopción e institucionalización

El proceso de adopción de las redes sociales en las administraciones públicas también está sujeto a ciertas singularidades. Las redes sociales en el sector público se han ido adoptando como parte de un proceso gradual de integración dentro de las estructuras y rutinas de cada organización. En términos generales, la incorporación de redes sociales en el sector público ha seguido pautas similares a las previstas por la literatura de gobierno electrónico en relación con otras TIC (Meijer y Torenlid, 2016; Mergel, 2013a). Sin embargo, es posible encontrar algunas diferencias importantes vinculadas a su contexto, desarrollo y extensión: por ejemplo, el hecho de que se trate de plataformas habitualmente creadas y mantenidas por terceros (fuera, por tanto, del control de las administraciones) y de que su utilización particular sea sencilla (cualquier integrante de la organización podría abrir un perfil de uso individual), han debilitado los roles tradicionales de los departamentos de informática y tecnología como garantes principales del proceso de adopción (Mergel y Bretschneider, 2013). En última instancia, es habitual encontrarse que una misma red social ha tenido diferentes patrones de adopción, con resultados y usos muy diversos dependiendo de la organización pública en la que se ha implementado (Sandoval-Almazán *et al.*, 2018; Criado *et al.*, 2018).

El resultado esperado del proceso de adopción es lo que conocemos como institucionalización de las redes sociales. La institucionalización se ha definido como la fase final de este proceso (Bretschneider y Parker, 2016; Mergel y Bretschneider, 2013), e implica la convergencia y establecimiento de un conjunto de rutinas y procedimientos, el alineamiento de prácticas innovadoras como parte de la misión y visión de la organización, así como la integración de estas plataformas digitales en el paradigma tecnológico y los estándares de comunicación pública de la organización (Mergel, 2016). A modo de ejemplo, uno de los signos de que se está produciendo la

institucionalización de redes sociales dentro de una administración es que la organización se haya dotado de guías de uso y estilo (Chen *et al.*, 2016), esto es, documentos que contienen criterios, normas, protocolos y recomendaciones que guían la gestión de las redes sociales dentro de las organizaciones públicas. Los beneficios de este tipo de documentos son claros: una reducción de los riesgos e incertidumbres que las plataformas digitales provocan en las administraciones públicas (Bretschneider y Parker, 2016). Sin embargo, debe también considerarse que los efectos de esa institucionalización pueden no ser siempre positivos. Si estas prácticas se estandarizan en exceso y no se da lugar a ciertos niveles de experimentación, pueden acabar provocando el conocido como *red tape effect* (en español, efecto de cinta roja o de balduque) (Bozeman y Feeney, 2011). En ese sentido, los documentos que un día sirvieron al propósito de abrir y formalizar en la administración el uso de las redes sociales se convierten en inflexibles hasta tal punto que impiden cualquier adaptación de estas tecnologías dentro de la organización a nuevos contextos y situaciones.

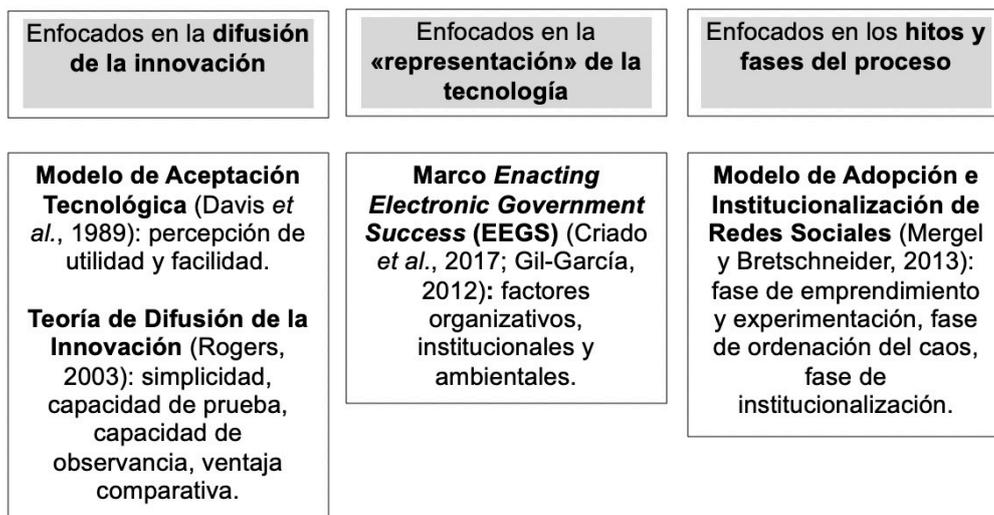


Figura 1. Algunas de las posibles aproximaciones al proceso de adopción de redes sociales en el sector público.

La aproximación al proceso de adopción de redes sociales en el sector público puede realizarse con diferentes enfoques, tal y como muestra la Figura 1. El primero engloba una serie de teorías sobre la adopción de una innovación, que pueden ayudarnos en el estudio de las redes sociales en las administraciones públicas si partimos de la consideración de estas plataformas digitales como innovaciones en sí mismas (Criado *et al.*, 2018). Por ejemplo, el conocido como *Technology Acceptance Model* (Modelo de Aceptación Tecnológica) (Davis *et al.*, 1989) podría servir en el estudio de las redes sociales dentro del sector público para entender cómo la percepción sobre la utilidad y sobre la facilidad de uso favorecen la adopción de este tipo de plataformas. Sin embargo, este modelo ha sido frecuentemente criticado como excesivamente trivial y poco explicativo. Más recientemente, las teorías sobre difusión de innovación desarrolladas por Rogers (2003) han tratado de explicar cómo ciertas características de una innovación facilitan su adopción en base a cuatro rasgos: a) su simplicidad, esto es, que los individuos no consideren como algo complejo el mantenimiento, la comprensión y el uso de la innovación; b) su capacidad de prueba, es decir, que cualquier individuo pueda testar la innovación antes de integrarla formalmente, manteniendo intacta la posibilidad de rechazarla; c) su capacidad de observancia, esto es, que los resultados que genera la innovación puedan ser fácilmente evaluables; y d) su ventaja comparativa, resultado de la comparación con otras innovaciones en función de sus costes y oportunidades.

En un segundo enfoque podemos agrupar un conjunto de teorías sobre tecnologías representadas. Este cuerpo teórico asume que la tecnología se vería marcada por arreglos institucionales, adaptándose y moldeándose a las necesidades concretas de la organización y sus usuarios (Fountain, 2001). El modelo *Enacting Electronic Government Success* (EEGS) (Gil-García, 2012), aplicado al ámbito de la adopción y uso de redes sociales (Criado *et al.*, 2017), ha intentado capturar la adopción exitosa de las redes sociales mediante una batería de indicadores basados en tres factores que estarían afectando a ese proceso: a) en primer lugar, factores organizativos, es decir, estructuras organizativas y estrategias de gestión (por ejemplo, la cantidad de personas que trabajan en la organización en relación a una tecnología, el acceso a la formación de los empleados públicos en esa tecnología...); b) en segundo lugar, factores institucionales, que aglutinarían todas aquellas regulaciones, procedimientos, controles y normas, formales e informales, que podrían afectar al proceso de adopción; c) y, en tercer lugar, factores ambientales, relativos al contexto que rodea a las organizaciones públicas (tanto tecnológico, como social, político y económico).

Finalmente, en un tercer enfoque, encontramos modelos basados en diferentes estadios o fases del proceso de adopción. En relación con esto, Mergel y Bretschneider (2013) han propuesto un modelo de adopción e institucionalización adaptado a las redes sociales, basado en tres estadios: a) el primero, conocido como «emprendimiento y experimentación», implica que una serie de emprendedores públicos que ya utilizaban las redes sociales en su ámbito personal las van incorporando y van experimentando con ellas dentro del ámbito organizativo; b) en el segundo estadio, conocido como «ordenar el caos», esos usos particulares comienzan a generar diferentes visiones sobre una misma plataforma digital dentro de la organización que, en algunos casos, podrían entrar en competencia, pudiendo llegar a producirse conflictos que requerirán la intervención de la dirección para evitar el desorden y poner en marcha una estrategia global; c) finalmente, el tercer estadio, conocido como «institucionalización», es consecuencia del apremio para reducir los riesgos asociados a esas visiones en competencia, y de la necesidad de aunar esfuerzos para coordinar y normalizar las prácticas de redes sociales a lo largo de toda la organización pública.

La adopción de redes sociales es un proceso complejo, con influencia de múltiples variables, lo que hace que debamos aproximarnos con cautela a cada caso. Por poner un ejemplo, en el caso español, las administraciones públicas parecen encontrarse a medio camino en el proceso de institucionalización. En una investigación reciente, Villodre y Criado (2020a) evaluaron el nivel de institucionalización de redes sociales en los ayuntamientos españoles en municipios de más de 50.000 habitantes a través de un índice de institucionalización específico y original. Los ayuntamientos evaluados (un total de 120 de 145 posibles) obtuvieron una puntuación media de 4.55 sobre una escala de 7, puntuando relativamente alto en indicadores como la presencia de compromisos con la transparencia y la provisión de información pública, pero mucho más bajo en otros, como la existencia de guías de uso y estilo. Descendiendo a características más concretas, el proceso de adopción ha sido coordinado fundamentalmente desde los departamentos de comunicación en los municipios, con un interés claro por tener presencia en redes sociales *mainstream* (fundamentalmente en Facebook y Twitter, aunque cada vez más en otras relacionadas con audiovisuales, como Instagram o Youtube) y focalizada en la mejora de la relación con la ciudadanía (dimensión externa), y no tanto en los usos colaborativos dentro de la administración (dimensión interna) (Criado *et al.*, 2018). Finalmente, en relación con los factores de éxito para la adopción y utilización de redes sociales en los municipios españoles, se ha destacado la presencia de un liderazgo efectivo, el tamaño de la organización, la existencia de

guías de uso y estilo, o el tamaño del municipio, entre otras, como variables significativas (Criado *et al.*, 2017).

#### 4. Estrategias de uso

Responder a la pregunta de cómo utilizan las administraciones públicas las redes sociales no es fácil. La razón es que, en muchas ocasiones, cada administración emplea estas plataformas de la forma que mejor sirve a sus objetivos, o como les resulta posible de acuerdo con sus circunstancias. Por ejemplo, algunas administraciones pueden considerar conveniente explotar únicamente los potenciales de difusión de información, mientras que otras procuran avanzar hacia usos más participativos y colaborativos (Meijer y Thaens, 2013). Sin embargo, el avance hacia esos usos más participativos podría depender de otros factores, en ocasiones ajenos a la propia organización, como la fragmentación política, la experiencia en la utilización de esas plataformas, o incluso la edad de la población (Faber *et al.*, 2020; Criado *et al.*, 2017). En cualquier caso, las redes sociales se presentan como una herramienta de inestimable ayuda, y la literatura académica sobre gestión pública ha tratado de dar cuenta de ello.

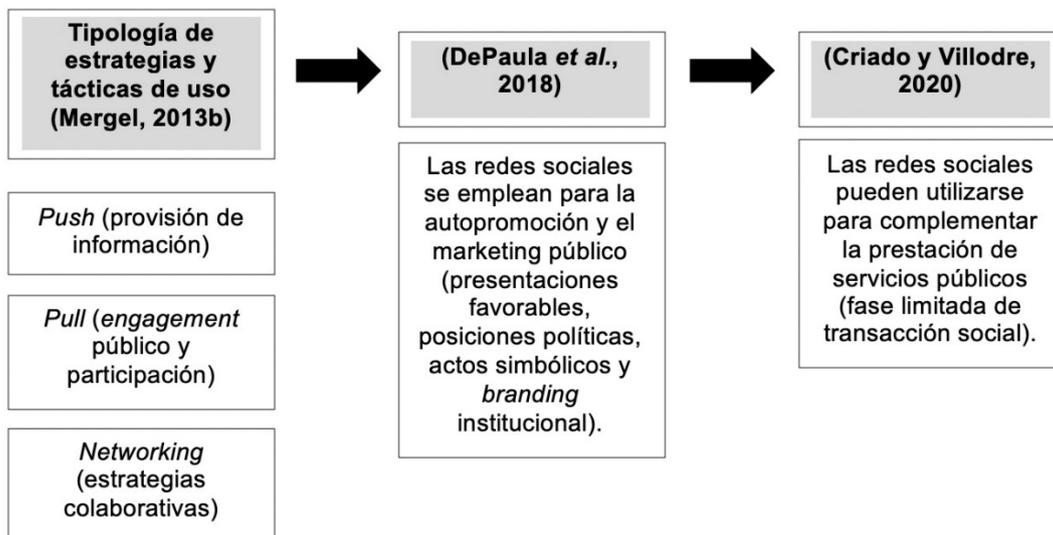


Figura 2. Evolución de tipologías sobre las estrategias y tácticas de uso de redes sociales en el sector público.

La Figura 2 nos presenta algunas de las estrategias habituales que emplean las administraciones públicas al utilizar redes sociales. Nuestra revisión parte de la aportación teórica y analítica de Mergel (2013b) y de las posteriores revisiones de esta tipología que otros investigadores han llevado a cabo. Mergel (2013b) clasificó los posibles usos de redes sociales en el sector público de acuerdo con tres categorías. La primera de ellas, conocida como *push*, implica que las redes sociales se aprovechan como un canal para difundir información. La administración busca estar representada en estas redes con el único propósito de posicionar mensajes sobre sus actividades, pero evitando cualquier interacción directa. La segunda de ellas, conocida como *pull*, busca obtener información del público, y para ello, trata de incentivar la participación de otros usuarios. La administración pública busca la interacción, aunque sea limitada. Finalmente, la tercera de ellas, conocida como *networking*, alude a la generación de intercambios abiertos con otros usuarios, así como la definición de estrategias colaborativas para el aprovechamiento de la inteligencia colectiva.

En revisiones posteriores, la tipología que inicialmente propuso Ines Mergel se ha vuelto a trabajar para acoger otras realidades de uso en el sector público. Una de esas revisiones ha sido la propuesta por DePaula *et al.* (2018). Estos autores han mantenido en cierta manera las categorías iniciales de Mergel (2013b), incorporando una categoría adicional que han denominado como «presentaciones simbólicas», y que alude al empleo de redes sociales para la autopromoción y el marketing público (Bonsón *et al.*, 2015). De esta forma, las administraciones públicas emplean las redes sociales para el siguiente tipo de comunicaciones: a) la provisión de información sobre servicios, operaciones y eventos de la organización; b) la búsqueda de *inputs*, fomentando la participación del ciudadano para obtener información útil para la administración; c) diálogo *online* e interacción *offline*, encaminado a la búsqueda de la colaboración con otros actores (discusión sobre medidas, búsqueda de voluntariado digital o presencial...); y d) presentaciones simbólicas, esto es, el uso de estas redes para realizar presentaciones favorables (dar una imagen positiva de la institución), posicionamientos políticos (tomar parte en un asunto de política), actos simbólicos (saludar, expresar gratitud...) y marketing público (atraer la atención sobre un servicio o medida pública).

Recientemente, una nueva revisión del marco ha surgido con el objetivo de explorar los usos que las administraciones públicas podrían estar haciendo de las redes sociales para complementar la prestación de ciertos servicios públicos. En ese sentido, Criado y Villodre (2020) han asumido parte de las categorías desarrolladas en la tipología original, pero han puesto el foco de atención en la posibilidad de que a través de las redes sociales pudiesen establecerse transacciones sociales (Khan, 2015) que ayudasen a complementar la prestación habitual de ciertos servicios. Así, los autores clasifican los usos de las redes sociales en tres categorías: a) la provisión de información, vinculada con la transparencia, y destinada a la difusión de información básica sobre actividades, eventos públicos, inauguraciones, o comunicados de prensa, entre otros, así como presentaciones e información simbólica, información sobre actividades políticas, autopromoción y marketing público; b) interacción ciudadana, donde las administraciones buscan la interacción con el ciudadano, respondiendo a sus mensajes en redes o solicitándole información; y c) la provisión de servicio público, habitualmente vinculada a la difusión de información relativa al estado de un servicio (por ejemplo, recomendaciones sobre salud, avisos sobre limpieza de las calles, alertas climáticas, alertas sobre el estado del tráfico, avisos sobre transporte público, llamadas a la planificación urbana, denuncias a la policía, etc.), llamadas a la acción para el voluntariado digital y presencial destinado a co-crear o coproducir un servicio, etc.

La utilización de redes sociales por parte de las administraciones públicas está teniendo impactos destacables en muchos servicios y sobre diferentes políticas públicas. Uno de los ámbitos más interesantes, y donde mejor se puede apreciar ese potencial comunicativo, participativo, colaborativo, e incluso su posible orientación hacia complementar servicios públicos, es en la gestión de emergencias. Por ejemplo, Chatfield *et al.* (2013), han puesto de manifiesto cómo gracias a que ciudadanos y otras organizaciones compartieron en Twitter las alertas de tsunami emitidas por la BMKG (Agencia Indonesia de Meteorología, Climatología y Geofísica) fue posible que esta agencia aumentase su eficiencia comunicando el riesgo de tsunami, más allá de lo que le hubiese sido posible realizar empleando sus propios recursos. Otro uso interesante durante este tipo de situaciones es la gestión de la rumorología. Puesto que las crisis son momentos de alta incertidumbre es fácil que aparezca desinformación. En ese sentido, las administraciones públicas pueden utilizar el potencial de difusión de las redes a su favor para clarificar la información (Wukich, 2016). A modo de ejemplo final, se puede destacar cómo durante el Huracán Sandy, y tras el colapso en las líneas telefónicas del 911 y 311 en Nueva York, el

Departamento de Bomberos de Nueva York empezó a comunicarse y atender las solicitudes de los ciudadanos en Twitter (Chatfield y Reddick, 2018). Todas estas experiencias cobran aún más valor bajo la crisis global del COVID19, donde el uso por parte de las administraciones de herramientas como las redes sociales pueden convertirse en una oportunidad para ayudar a frenar la propagación del virus (Meijer y Webster, 2020).

## 5. Líneas de investigación y métodos

La investigación sobre redes sociales en el sector público ha sido muy prolífica en los últimos años. Para entender mejor lo que se ha hecho hasta ahora, es interesante partir de la reciente revisión sistemática de literatura de Medaglia y Zheng (2017), de donde podemos extraer varias claves. Los trabajos sobre redes sociales y administración pública se han centrado fundamentalmente en estudiar cómo las administraciones gestionan las redes sociales (analizando los objetivos, riesgos, beneficios, niveles de interacción...), en revisar el nivel de presencia institucional en estas plataformas (contando el número de perfiles, generando índices...), en el estudio cuantitativo de la frecuencia de publicación de mensajes o de otras métricas globales, y en el análisis cualitativo en relación con el contenido de estos. También se ha generado una buena cantidad de conocimiento científico en torno a los contextos, vinculados al estudio de factores sociodemográficos que afectarían al uso y adopción (por ejemplo, el tamaño de municipio), factores económicos (como el PIB), o factores institucionales, legales y políticos (por ejemplo, la presencia de gobiernos de minoría frente a gobiernos de mayoría), entre otros. Sin embargo, la literatura ha prestado menos atención a las características de los usuarios de esas redes, al comportamiento de los usuarios en las plataformas sociales, a los efectos del uso que hacen de las redes sociales las administraciones, así como al estudio sobre los impactos de las características intrínsecas de las redes sociales sobre los procesos de gestión.

En general, la investigación sobre redes sociales en las administraciones deberá enfrentarse a ciertos desafíos para reducir algunas de sus lagunas. En primer lugar, los académicos deben comenzar a prestar más atención al estudio de los actores que se relacionan con las administraciones (Villodre y Criado, 2020b; Panagiotopoulos *et al.*, 2017). Sin mejorar la comprensión sobre quiénes son esos actores podemos tener dificultades para comprender cómo deben dirigirse los mensajes, y, en definitiva, para entender y mejorar la conformación de la identidad digital de cada administración. En ese sentido, analizar el comportamiento de esos actores puede ayudar a académicos y administraciones públicas a comprender mejor sus comunidades y cómo actúan ante ciertos eventos (Villodre y Criado, 2020b; Shwartz-Asher *et al.*, 2017). En segundo lugar, el gran interés que han suscitado los estudios centrados en la dimensión externa de las redes sociales ha eclipsado el desarrollo del conocimiento sobre el uso que hacen los empleados públicos de estas tecnologías para relacionarse profesionalmente (Criado *et al.*, 2019; Demircioglu y Chen, 2019; Criado y Villodre, 2018). Será necesaria mayor profundidad en el estudio de plataformas específicas para empleados públicos o de los usos colaborativos que estos hacen de redes generalistas. En tercer lugar, será cada vez más importante investigar en torno a las propiedades algorítmicas de estas plataformas (Reviglio y Agosti, 2020), y la soberanía que ciertas organizaciones ejercen en relación con el tratamiento de los datos, especialmente en un momento en el que se está produciendo una desaparición progresiva de la iniciativa de los Estados con cada iteración tecnológica (Acemoglu y Robinson, 2019).

Finalmente, una mención especial merece la escasez de estudios sobre los impactos de las propiedades de las plataformas digitales en la forma en que las

organizaciones públicas emplean las redes, y, en última instancia, sobre los procesos de gestión. Entre estas características encontramos, por ejemplo, la capacidad comunicativa, el potencial en términos de interactividad, la visibilidad que aportan a distintos actores, su capacidad colaborativa o el anonimato que permiten (Stamati *et al.*, 2015). Desconocemos, sin embargo, el alcance real de los impactos de estas características en el sector público, cómo pueden intermediar en la relación con otros actores o de qué manera pueden afectar a cuestiones tan relevantes como la creación de confianza o la transparencia. Además, deberán tenerse en cuenta estas propiedades más allá de sus posibilidades comunicativas, atendiendo al tipo de comunicación que permiten, qué comunidades favorecen y a la afectación del diseño de estas plataformas en los mecanismos de gestión de redes sociales desarrollados por las administraciones públicas.

Para poder acometer esos desafíos con garantías, será necesario desarrollar nuevas perspectivas metodológicas y técnicas. En el ámbito cuantitativo, una de las más prometedoras es el conocido como Análisis de Redes Sociales (ARS) (Hennig *et al.*, 2012). Aunque se trata de una técnica de investigación ya conocida, y que había sido muy utilizada previamente en la sociología, el interés por el ARS ha crecido por su potencial para estudiar y representar la complejidad de las interacciones entre actores en las plataformas digitales. Su uso seguirá siendo relevante si queremos comprender mejor las comunidades de actores que rodean a las administraciones. De la misma forma, será interesante aprovechar los avances de la inteligencia artificial para la clasificación y análisis de datos masivos extraídos de estas redes (Mergel *et al.*, 2016; Zavattaro *et al.*, 2015). Desde el ámbito cualitativo, será importante combinar estas técnicas basadas en análisis de redes con un análisis cualitativo que permita revelar la historia detrás de las conexiones de los actores. En cualquier caso, siempre que sea posible, optar por la triangulación debería ser una opción prioritaria. Finalmente, y ante la escasez de casos comparados en la actual literatura sobre redes sociales en el sector público (Criado y Villodre, 2020; Bonsón *et al.*, 2015), se deberá intentar adoptar una perspectiva comparada en este tipo de estudios para dotar de mayor solidez a los resultados y modelos generados.

## 6. Conclusiones

Las redes sociales han transformado nuestra forma de ver y de dirigirnos al mundo a lo largo de la última década. Y las administraciones públicas no han permanecido ajenas a esta transformación. Un gran número de organizaciones públicas emplea en la actualidad este tipo de plataformas para compartir información sobre sus actividades. Un número algo más reducido las utiliza para tratar de establecer vías de interacción directa, e incluso estrategias de colaboración y coproducción de servicios con la ciudadanía. Tanto en el día a día, como cuando nos encontramos ante eventos vitales, las redes sociales se convierten en un lugar de encuentro común, lleno de oportunidades para conectar y tejer redes de confianza. Aunque, al mismo tiempo, presentan desafíos vinculados a la falta de control de las administraciones sobre estas plataformas, el desconocimiento sobre la composición de las comunidades y las interacciones entre actores, las avalanchas de información (y de desinformación) capaces de saturar los procesos decisorios, así como las cámaras de eco que encapsulan muchas conversaciones que se llevan a cabo. En lo bueno y en lo malo, las redes sociales son una tecnología cada vez más asentada, y a la vez en constante evolución. Prueba de ello es el prolífico campo de conocimiento que han generado en el estudio del sector público, con un marcado carácter multidisciplinar.

Este artículo ha ofrecido algunas pinceladas para ayudar, tanto al investigador social como al empleado público, a entender mejor de qué hablamos cuando hacemos referencia al concepto de redes sociales en el sector público, cuál es el estado actual

de la investigación académica en relación con la adopción y uso de estas plataformas, y hacia dónde parece que navega esta literatura. Manteniendo siempre una perspectiva práctica, pues, al final, nos referimos a lo que hoy en día puede ser una utilidad más de gestión. Una herramienta capaz de generar oportunidades para innovar en la administración pública. Si bien los desarrollos futuros de estas plataformas son inciertos, será indispensable continuar observando de cerca su desarrollo y adaptación. En este punto, las posibles sinergias con las aplicaciones de la inteligencia artificial pueden abrir una ventana prometedora, siempre que se mantengan en los valores de universalidad, ética y servicio al interés general.

## Bibliografía

- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2019). *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Barcelona, España: Deusto.
- Bonsón, E., Royo, S. y Ratkai, M. (2015). Citizens' Engagement on Local Governments' Facebook Sites. An Empirical Analysis: The Impact of Different Media and Content Types in Western Europe. *Government Information Quarterly*, 32(1), pp. 52-62. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2014.11.001>
- Bozeman, B. y Feeney, M. K. (2011). *Rules and red tape: A prism for public administration theory and research*. New York, USA: Routledge.
- Bretschneider, S. y Parker, M. (2016). Organization formalization, sector and social media: Does increased standardization of policy broaden and deepen social media use in organizations? *Government Information Quarterly*, 33(4), pp. 614-628. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.09.005>
- Chatfield, A. T. y Reddick, G. (2018). All hands on deck to tweet #sandy: Networked governance of citizen coproduction in turbulent times. *Government Information Quarterly*, 35(2), pp. 259-272. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2017.09.004>
- Chatfield, A. T., Scholl, H. J. J. y Brajawidagda, U. (2013). Tsunami early warnings via Twitter in government: Net-savvy citizens' co-production of time-critical public information services. *Government Information Quarterly*, 30(4), pp. 377-386. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.05.021>
- Chen, Q., Xu, X., Cao, B. y Zhang, W. (2016). Social media policies as responses for social media affordances: The case of China. *Government Information Quarterly*, 33(2), pp. 313-324. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.04.008>
- Chun, S. A., Shulman, S., Sandoval, R., y Hovy, E. (2010). Government 2.0. Making connections between citizens, data and government. *Information Polity*, 15, pp. 1-9. doi: <https://doi.org/10.3233/IP-2010-0205>
- Criado, J. I. y Villodre, J. (2020). Delivering public services through social media in European local governments. An interpretative framework using semantic algorithms. *Local Government Studies*. doi: <https://doi.org/10.1080/03003930.2020.1729750>
- Criado, J. I., Herranz, C. y Villodre, J. (2019). Informal Virtual Learning in the Public Sector: Educating Public Servants in Digital Social Innovation Environments. En H. Sullivan, H. Dickinson y H. Henderson (eds.), *The Palgrave Handbook of the Public Servant* (pp. 1-18). Cham, Suiza: Palgrave Macmillan. doi: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-03008-7\\_46-1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-03008-7_46-1)
- Criado, J. I. y Villodre, J. (2018). Public employees in social media communities: Exploring factors for internal collaboration using social network analysis. *First Monday*, 23(4). doi: <https://doi.org/10.5210/fm.v23i4.8348>
- Criado, J. I., Pastor, V. y Villodre, J. (2018). Measuring Social Media Diffusion in Local Governments from a Longitudinal Perspective: Adoption, Barriers, and Perceptions. En M. H. Sobaci e I. Hatipoglu (eds.), *Sub-National Democracy and Politics Through Social Media* (pp. 3-27). Nueva York, USA: Springer.

- Criado, J. I., Rojas-Martín, F. y Gil-García, J. R. (2017). Enacting social media success in local public administrations: An empirical analysis of organizational, institutional, and contextual factors. *International Journal of Public Sector Management*, 30(1), pp. 31-47. doi: <https://doi.org/10.1108/IJPSM-03-2016-0053>
- Criado, J. I. (2016). Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública. *Revista de Estudios Políticos*, 173, pp. 245-275. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.173.07>
- Criado, J. I., Sandoval-Almazán, R. y Gil-García, R. (2013). Government Innovation through Social Media. *Government Information Quarterly*, 30(4), pp. 320-328. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.10.003>
- Cumbie, B. y Kar, B. (2015). The Role of Social Media in U.S. County Governments: The Strategic Value of Operational Aimlessness. *International Journal of Electronic Government Research*, 11(1), pp. 1-20. doi: 10.4018/IJEGR.2015010101
- Davis, F. D., Bagozzi, R. y Warshaw, P. R. (1989). User Acceptance of Computer Technology. *Management Science*, 35(8), pp. 982-1003.
- Demircioglu, M. A. y Chen, C. (2019). Public employees' use of social media: Its impact on need satisfaction and intrinsic work motivation. *Government Information Quarterly*, 36, pp. 51-60. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.11.008>
- DePaula, N., Dincelli, E. y Harrison, T. (2018). Toward a typology of government social media communication: Democratic goals, symbolic acts and self-presentation. *Government Information Quarterly*, 35, pp. 98-108. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2017.10.003>
- Faber, B., Budding, T. y Gradus, R. (2020). Assessing social media use in Dutch municipalities: Political, institutional, and socio-economic determinants. *Government Information Quarterly*, 37(3). doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101484>
- Fountain, J. E. (2001). *Building the virtual State: information technology and institutional change*. Washington, USA: Brooking Institution Press.
- Gil-García, J. R. (2012). *Enacting Electronic Government Success: An Integrative Study of Government-wide Websites, Organizational Capabilities and Institutions*. New York, USA: Springer.
- Grimmelikhuijsen, S. y Meijer, A. J. (2015). Does Twitter Increase Perceived Police Legitimacy? *Public Administration Review*, 75(4), pp. 598-607. doi: <https://doi.org/10.1111/puar.12378>
- Harrison, S. y Johnson, P. (2019). Challenges in the adoption of crisis crowdsourcing and social media in Canadian emergency management. *Government Information Quarterly*, 36(3), pp. 501-509. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2019.04.002>
- Hennig, M., Brandes, U., Pfeffer, J. y Mergel, I. (2012). *Studying Social Networks: A Guide to Empirical Research*. Frankfurt, Germany: Campus.
- Khan, G. F. (2015). The Government 2.0 Utilization Model and Implementation Scenarios. *Information Development*, 32(2), pp. 135-149. doi: <https://doi.org/10.1177%2F0266666913502061>
- Lee, G. y Kwak, Y. H. (2012). An open government maturity model for social media-based public engagement. *Government Information Quarterly*, 29(4), pp. 492-503. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2012.06.001>
- Linders, D. (2012). From E-government to We-government: Defining a Typology for Citizen Coproduction in the Age of Social Media. *Government Information Quarterly*, 29(4), pp. 446-454. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2012.06.003>

- Medaglia, R. y Zheng, L. (2017). Mapping government social media research and moving it forward: A framework and a research agenda. *Government Information Quarterly*, 34(3), pp. 496-510. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2017.06.001>
- Meijer, A. J. y Webster, W. R. (2020). The COVID-19-crisis and the information polity: An overview of responses and discussions in twenty-one countries from six continents. *Information Polity*. DOI: 10.3233/IP-200006
- Meijer, A. J. y S. Potjer. (2018). Citizen-generated Open Data: An Explorative Analysis of 25 Cases. *Government Information Quarterly*, 35(4), pp. 613-621. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.10.004>
- Meijer, A. J. y Torenvlied, R. (2016). Social media and the new organization of government communications: An empirical analysis of Twitter usage by the Dutch police. *The American Review of Public Administration*, 46(2), pp. 143-161. doi: <https://doi.org/10.1177%2F0275074014551381>
- Meijer, A. J. y Thaens, M. (2013). Social Media Strategies: Understanding the Differences between North American Police Departments. *Government Information Quarterly*, 30(4), pp. 343-350. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.05.023>
- Mergel, I., Rethemayer, R. K. y Isset, K. (2016). Big Data in Public Affairs. *Public Administration Review*, 76(6), pp. 928-937. doi: <https://doi.org/10.1111/puar.12625>
- Mergel, I. (2016). Social media institutionalization in the U.S. federal government. *Government Information Quarterly*, 33, pp. 142-148. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2015.09.002>
- Mergel, I. (2013a). A Framework for Interpreting Social Media Interactions in the Public Sector. *Government Information Quarterly*, 30(4), pp. 327-334. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.05.015>
- Mergel, I. (2013b). Social media adoption and resulting tactics in the U.S. federal government. *Government Information Quarterly*, 30(2), pp. 123-130. doi: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2012.12.004>
- Mergel, I. y Bretschneider, S. (2013). A three-stage adoption process for social media use in government. *Public Administration Review*, 73(3), pp. 390-400. doi: <https://doi.org/10.1111/puar.12021>
- Noveck, B. S. (2015). *Smart Citizens, Smarter State: The Technologies of Expertise and The Future of Governing*. Cambridge, USA: Harvard University Press.
- O'Reilly, T. (2007). What is Web 2.0: Design patterns and business models for the next generation of software. *Communications and strategies*, 65(1), pp. 17-37.
- Panagiotopoulos, P., Bowen, F. y Brooker, P. (2017). The value of social media data: Integrating crowd capabilities in evidence-based policy. *Government Information Quarterly*, 34(4), pp. 601-612. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2017.10.009>
- Picazo-Vela, S., Gutiérrez-Martínez, I. y Luna-Reyes, L. F. (2012). Understanding risks, benefits, and strategic alternatives of social media applications in the public sector. *Government Information Quarterly*, 29(4), pp. 504-511. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2012.07.002>
- Reviglio, U. y Agosti, C. (2020). Thinking Outside the Black-Box: The Case for "Algorithmic Sovereignty" in Social Media. *Social Media + Society*, 6(2). doi: <https://doi.org/10.1177%2F2056305120915613>
- Rogers, E. (2003). *Diffusion of innovations*. New York, USA: Free Press.
- Rodríguez-Bolívar, M. P. y Meijer, A. (2015). Smart Governance. Using a Literature Review and Empirical Analysis to Build a Research Model. *Social Science Computer Review*, 34(6), pp. 673-692. doi: <https://doi.org/10.1177%2F0894439315611088>

- Ruvalcaba-Gomez, E. (2019). Open Government and Citizen Participation: Perceptions between Civil Society Organizations and Government. *eJournal of eDemocracy & Open Government*, 11(2), pp. 1-13. doi: <https://doi.org/10.29379/jedem.v11i2.539>
- Sandoval-Almazan, R., Valle-Cruz, D. y Kavanaugh, A. (2018). The Diffusion of Social Media Among State Governments in Mexico. *International Journal of Public Administration in the Digital Age*, 5(1), pp. 63-81. doi: 10.4018/IJPADA.2018010104
- Shwartz-Asher, D., Chun, S. A. y Adam, N. R. (2017). Knowledge behavior model of e-government social media users. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 11(3), pp. 456-475. doi: <https://doi.org/10.1108/TG-02-2017-0014>
- Srnicek, N. (2016). *Platform Capitalism*. Cambridge, USA: Polity Press
- Stamati, T., Papadopoulos, T., y Anagnostopoulos, D. (2015). Social media for openness and accountability in the public sector: Cases in the Greek context. *Government Information Quarterly*, 32(1), pp. 12-29. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2014.11.004>
- Villodre, J. y Criado, J. I. (2020a). Analyzing social media institutionalization in public administration. The role of inhibitors in local governments. *Actas del Congreso dg.o 2020*. doi: <https://doi.org/10.1145/3396956.3396984>
- Villodre, J. y Criado, J. I. (2020b). User roles for emergency management in social media: Understanding actors' behavior during the 2018 Majorca Island flash floods. *Government Information Quarterly*, 37(4). doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101521>
- Villodre, J. (2019). Innovación Pública Abierta. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 314-327. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5036>
- Villoria, M. (2012). El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo. En A. Hofmann, A. Ramírez-Alujas y J. Bojórquez (Eds.), *La promesa del gobierno abierto*. Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Wukich, C. (2016). Government Social Media Messages across Disaster Phases. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 24(4), pp. 230-243. doi: <https://doi.org/10.1111/1468-5973.12119>
- Zavattaro, S. M., French, P. E. y Mohanty, S. D. (2015). A sentiment analysis of U.S. local government tweets: The connection between tone and citizen involvement. *Government Information Quarterly*, 32(3), pp. 333-341. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2015.03.003>
- Zheng, L. (2013). Social media in Chinese Government: Drivers, challenges and capabilities. *Government Information Quarterly*, 30(4), pp. 369-376. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.05.017>

# Releyendo a Piero Calamandrei y su defensa del Estado Democrático y Social de Derecho

## Revisiting Piero Calamandrei and his case for the Democratic and Social State

Agustín José Menéndez  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-2679-2080  
[agustin.menendez@uam.es](mailto:agustin.menendez@uam.es)

### Cita recomendada:

Menéndez, A. J. (2020). Releyendo a Piero Calamandrei y su defensa del Estado Democrático y Social de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 391-402.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5719>

Recibido / received: 31/07/2020  
 Aceptado / accepted: 21/08/2020

Piero Calamandrei (1889-1956) es bien conocido en España y en los países de habla hispana. Lo es por sus tratados y obras de derecho procesal (destacan entre ellas *La Casación Civil* (Calamandrei, 1920) e *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Calamandrei, 1941a), y lo es, quizás aún más, en tanto que «divulgador» jurídico, gracias a sus *Demasiados Abogados* (Calamandrei, 1921) y a su *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Calamandrei, 1935). Son estas últimas obras en las que se refleja su experiencia vital como destacadísimo práctico del derecho. Gracias a la labor de Silvia Calamandrei y de Perfecto Andrés Ibáñez, el lector en castellano ha vuelto a tomar conciencia de otras dimensiones fundamentales del pensamiento y la obra del profesor florentino. De su pluma literaria en *Inventario de la Casa de Campo* (Calamandrei, 1941b). De su profunda inquietud por la dimensión política y constitucional del derecho, especialmente intensa durante la Segunda Guerra Mundial y los primeros meses de la posguerra sucesiva, en las traducciones de *Fe en el Derecho* (Calamandrei, 2008), y sobre todo de *Sin Legalidad no hay Libertad* (Calamandrei, 2013), de *El Fascismo como Régimen de la Mentira* (Calamandrei, 2014), y de su fundamental introducción a *De los Delitos y de las Penas* de Cesare Beccaria (Calamandrei, 1945). Obras que arrojan luz sobre los profundos cambios en el pensamiento de Calamandrei que se decantan entonces, y que serán fuente de una

intensísima actividad política (como diputado del *Partito d'Azione*<sup>1</sup> en la *Consulta* [cámara de representación de partidos] previa a las primeras elecciones democráticas y en la Asamblea constituyente; y de *Unità Socialista* en la primera legislatura republicana), publicística (como infatigable director y autor de la fundamental revista *Il Ponte*, en tanto que defensor acérrimo de la memoria de la Resistencia, y como «maestro» de la Constitución de 1947) y académica (primer rector de la Universidad de Florencia tras la liberación, docente destacado de la facultad en la que seguirá impartiendo derecho procesal, y comenzará a enseñar una disciplina que en realidad nace en Italia tras la Constitución de 1947, el derecho constitucional, cf. Calamandrei, 1945b), sin descuidar en ningún momento la abogacía (no sólo incasable en su ejercicio profesional, sino desde 1944 presidente del *Consiglio Nazionale Forense*, el máximo órgano de los abogados italianos). De esta última etapa de la vida y la obra de Calamandrei, que podemos denominar «constituyente y constitucional» contamos ya, amén de las mencionadas traducciones de *Sin Legalidad no hay Libertad* y de *El Fascismo como Régimen de la Mentira*, con la edición en castellano de *La Constitución Inactuada* (Calamandrei, 1956a), precedida de una espléndida introducción<sup>2</sup>. Sin embargo, la mayor parte de la producción ensayística del autor de *Demasiados abogados* en el período clave 1944-1956 sólo puede consultarse en italiano (en algunos casos en libros no siempre fácilmente accesibles), pese a la relevancia que tiene no sólo desde una perspectiva comparada, sino también desde la propia constitucional española, en tanto que «humus» que hizo posible la germinación de algunos de los elementos centrales de nuestra ley fundamental, como el artículo 9.2 CE, clave de bóveda del Estado Democrático y Social de Derecho<sup>3</sup>. Algo que quizás justifica por sí mismo emprender ahora la traducción de cuatro breves pero fundamentales trabajos de Calamandrei<sup>4</sup>.

Tres son los hilos conductores de los trabajos que se reproducen tras esta introducción.

En primer lugar, la caracterización de los valores de la resistencia al fascismo como fuente última del constitucionalismo democrático. Hasta tal punto que los resistentes (y muy especialmente los caídos) se caracterizan como los genuinos «padres constituyentes».

La larga noche de opresión fascista, unida a la toma de partido contra el régimen mussoliniano primero, y después contra el invasor nazi, son vistas como experiencias que han permitido regenerar la creencia en los ideales ilustrados de libertad, igualdad y fraternidad<sup>5</sup>, despejando de un plumazo los escepticismos

<sup>1</sup> Partido antifascista fundado en 1942, en el que confluyeron buena parte de los intelectuales que habían militado clandestinamente contra el régimen de Mussolini (incluido el propio Calamandrei). Véase de Luna (2006).

<sup>2</sup> Que complementa el artículo de Alessandro Pace sobre los derechos de libertad y los derechos sociales en el pensamiento del profesor florentino, aparecido ya hace más de treinta años; cf. 'Pace (1989). Y el análisis, transido de emoción, de su más joven discípulo, Mauro Cappelletti, en Cappelletti (1956).

<sup>3</sup> Quizás la causa última de la falta de atención a la experiencia constitucional italiana radique no tanto en la germanofilia de nuestra academia jurídica, cuanto en la general desmemoria constitucional (cf. Rubio Llorente, 2007), que se extiende, claro está, al contexto europeo y global en el que se sitúa nuestra historia constitucional y nuestro constitucionalismo. Desde esta perspectiva, es poco sorprendente la falta de traducciones del pensamiento constitucional de Dossetti, Basso, Togliatti o incluso Mortati (del que sólo se ha traducido tardíamente *La Constitución en Sentido Material* (Mortati, 2001).

<sup>4</sup> La breve antología *Lo Stato Siamo Noi* (Calamandrei, 2011a), que recopila textos del último y más público Calamandrei, se ha convertido en un auténtico *best-seller*. En fechas más recientes, la Universidad Tor Vergata de Roma ha publicado, en formato digital y acceso libre, las obras jurídicas completas, preparadas en los años sesenta por Mauro Cappelletti. Accesibles en <https://www.fondazionecalamandrei.it/opere-giuridiche-piero-calamandrei/>.

<sup>5</sup> Romanelli subraya la cercanía de Calamandrei con el constitucionalismo revolucionario francés ( cf. Romanelli, 2007, p. 40) .

relativistas y las tendencias nihilistas. La experiencia de la resistencia se convierte así en el «ancla» normativa que sustituye, en un mundo secular, a las certezas metafísicas (Romanelli, 2007, p. 51 apoyándose en Calamandrei, 1947). Dicho en otros términos, la memoria directa e indirecta del período de entreguerras, de la caída de la democracia y la conversión de Europa en el «continente oscuro»<sup>6</sup>, se convierten en lecciones morales, y por ende, en manantial del que brota una nueva cultura política:

La trágicamente admonitoria experiencia fascista ha obligado sin embargo a superar esta crisis de confianza en los derechos de libertad y en su vitalidad histórica. A ningún socialista o comunista sensato le vendría hoy en mente sostener que los derechos de libertad son necesariamente instrumentos jurídicos del privilegio burgués. Incluso las masas de trabajadores han entendido, después de ver cuál es la suerte a la que están condenadas sin remisión en los regímenes en los que ha estado abolida la dignidad de la persona humana al negarse estos derechos, que la justicia social sólo puede concebirse en relación con las libertades individuales (Calamandrei, 1945c, pp. 175-6).

De ahí la tarea incesante de elaboración de la memoria de Calamandrei, que le lleva a cultivar un género excepcional, el de los epígrafes o inscripciones en las lápidas por los caídos, y que hoy no sólo pueden verse en tantos edificios públicos italianos, sino leerse en las páginas del conmovedor *Uomini e città della resistenza* (junto a los escritos y discursos de esa misma temática: Calamandrei, 1955a), de los que quiere ser muestra el epígrafe a Kesselring que aparece aquí traducido.

En tanto que «fundamento normativo último», sustento de la «fe» en la libertad, la igualdad y la fraternidad, la resistencia se convierte en poder constituyente (o quizás habría que decir en poder meta-constituyente), fundiéndose voz de la constitución y voz de la resistencia (Calamandrei, 1955b, p. 501). Así se refleja con enorme fuerza evocadora en el discurso ante la Asamblea Constituyente en el que Calamandrei pide en 1947 «claridad en la constitución»:

Me pregunto, honorables colegas, qué juicio merecerá a nuestros descendientes, dentro de cien años, esta nuestra Asamblea Constituyente: Si sentirán su altura y solemnidad como sentimos hoy alta y solemne la Constituyente Romana<sup>7</sup>, en la que hace un siglo se sentaba y hablaba Giuseppe Mazzini. Creo que sí: creo que dentro de un siglo nuestros descendientes sentirán más de lo que lo hacemos nosotros que de esta Constituyente ha nacido verdaderamente una nueva historia; e imaginarán, como siempre sucede cuando, con el paso de los siglos, la historia se convierte en leyenda, que en esta nuestra Asamblea, mientras se discutía la nueva Constitución Republicana, sentados en estos escaños no estábamos nosotros, hombres efímeros cuyos nombres serán borrados y olvidados, sino que lo estuvo todo un pueblo de muertos, de aquellos muertos, que nosotros conocemos uno a uno, caídos en nuestras filas, en las prisiones y en los patíbulos, en los montes y en las llanuras, en las estepas rusas y en las arenas africanas, en los mares y en los desiertos, de Matteotti<sup>8</sup> a

<sup>6</sup> Uso la agudísima expresión de Mazower (1998).

<sup>7</sup> Calamandrei hace aquí referencia a la brevísima República Romana, proclamada en febrero de 1849, tras meses intensos en los que Italia participó plenamente de las convulsiones asociadas a los movimientos revolucionarios que conmovieron a Europa en 1848 (cf. Monsagrati, 2014, especialmente capítulos 3 y 9).

<sup>8</sup> Diputado socialista italiano, anti-belicista, crítico constante y firme de la deriva autoritaria del sistema político italiano tras la marcha sobre Roma, en particular de las manipulaciones electorales de 1924, Matteotti fue secuestrado y asesinado el 11 de junio de 1924 por milicianos fascistas. Su muerte provocó una grave crisis política, en la que por un momento el poder de Mussolini pareció vacilar. Sin embargo, las protestas se revelaron en gran medida el canto del cisne de la oposición liberal a la fascistización del país transalpino.

Rosselli<sup>9</sup>, de Amendola<sup>10</sup> a Gramsci, incluidos los jóvenes partisanos, hasta el sacrificio de Anna Maria Enriques<sup>11</sup> y de Tina Lorenzoni<sup>12</sup>, en las que el heroísmo rozó la santidad (Calamandrei, 1947, pp. 501-502).

Hasta el punto de que en el *Discurso sobre la Constitución a los estudiantes de Milán*, los caídos son los verdaderos constituyentes, de modo que en realidad la Constitución no debe reputarse escrita en un palacio romano, sino allí donde cayeron los combatientes por las ideas que son el sustrato de la ley fundamental:

Si queréis ir en peregrinaje a los lugares en los que nació nuestra Constitución, id a las montañas en las que cayeron los partisanos, a las cárceles en las que fueron reclusos, a los campos donde fueron ahorcados. Allí donde murió un italiano para rescatar la libertad y la dignidad, id allí con vuestros pensamientos, ¡oh jóvenes!, porque allí nació nuestra Constitución (Calamandrei, 2011b, p. 26).

En segundo lugar, el aprendizaje del desastre de dos guerras mundiales y un período de entreguerras catastrófico exige no sólo redescubrir los derechos de libertad, sino también tomar conciencia de lo ilusorio que es el Estado de Derecho «sin adjetivos», es decir, el Estado de Derecho liberal decimonónico. Es cierto que ni al Calamandrei procesalista ni al Calamandrei abogado le fueron nunca ajenas ni la dimensión empírica del derecho ni una honda preocupación normativa<sup>13</sup>. Sin embargo, las complejas circunstancias biográficas en las que se encuentra a finales de los años treinta, conocido pero prudente anti-fascista que, sin embargo, acepta la invitación a participar en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo conducen quizá a una defensa exasperada del valor de la «forma del derecho» en su *Fe en el Derecho* (un texto que, conviene resaltarlo, permanecerá inédito por un período de tiempo más prolongado que las dudas que le genera su propia posición, reflejadas en su *Diario*, Calamandrei [1982]). Dicho con otras palabras, el autor de *Inventario de la Casa de Campo* no fue nunca un formalista al uso, pero no logró extraer todas las consecuencias implícitas en su propio pensamiento. Sólo las experiencias traumáticas de las dos largas décadas fascistas lo llevaron a la superación definitiva, plena y consciente de la legalidad formal en favor de una concepción en la que los

<sup>9</sup> Los hermanos Carlo y Nello Rosselli son quizás las figuras más destacadas del movimiento del socialismo liberal en sus diversas manifestaciones (Calamandrei cita en los textos aquí traducidos el libro de Carlo, *Socialismo liberale*, que contribuyó a forjar las señas de identidad del socialismo no marxista en la posguerra, véase Rosselli [1945]). Activistas antifascistas se vieron obligados a exiliarse en Francia, donde fueron asesinados, aparentemente por milicias fascistas francesas, siguiendo órdenes de Mussolini.

<sup>10</sup> Político liberal italiano y activo antifascista, desempeñó un papel fundamental en el debate político sucesivo al asesinato Matteotti, haciendo emerger a la luz pública documentos que implicaban directamente a Mussolini. Exiliado en Francia, fue asesinado por milicianos fascistas.

<sup>11</sup> Archivista, fue apartada de su puesto como funcionaria del Archivo de Estado en Florencia en aplicación de las leyes raciales fascistas y hubo de buscar refugio en la Biblioteca Vaticana. Dirigente del Movimiento Cristiano Social, tras la ocupación alemana de Italia organizó una red clandestina de apoyo a los antifascistas, partisanos y prisioneros aliados. Traicionada por una espía, fue arrestada por las SS el 15 de mayo de 1944. Torturada, no reveló el nombre de ninguno de sus compañeros. El 12 de junio fue asesinada junto a otros patriotas. Su hermano menor, discípulo de Calamandrei, fue uno de los miembros fundadores de *Il Ponte*.

<sup>12</sup> Enfermera de la cruz Roja y partisana florentina, entre cuyas misiones se encontraba la expatriación de ciudadanos italianos de origen hebreo. Encargada de cruzar las líneas para transmitir órdenes durante la batalla por la liberación de Florencia, fue detenida por una patrulla alemana y murió tratando de huir, al ser ametrallada por soldados germanos.

<sup>13</sup> Como bien resalta Morbidelli, Calamandrei se siente profundamente «abogado», y por tanto, portador de los valores más nobles del derecho en tanto que ocupado de la defensa de los derechos no en abstracto, sino en circunstancias empíricas bien concretas (Cf. Morbidelli, 2007, p. 13). Por su parte, Arturo Carlo Jemolo, en un emocionado recuerdo tras la muerte de Calamandrei, evocará la negativa del florentino a postularse como magistrado del Tribunal Constitucional, alegando precisamente que sería contrario a su propia «ontología» en tanto que abogado («*semel advocatus, semper advocatus*») (véase Jemolo, 1956, p. 51).

ideales reguladores de Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social deben ser reconciliados, no sin dificultades, no sin incertidumbres, en el «Estado Democrático y Social de Derecho», al que es propia una legalidad «materializada», plenamente consciente de las condiciones sociales en las que se aplica y «vive» el derecho<sup>14</sup>. Insisto: no se trata tanto de una ruptura, como quizá podría entenderse que apunta Bobbio<sup>15</sup>, cuanto de una plena toma de conciencia del compromiso normativo de Calamandrei, o si se quiere, de una clarificación forzada por la experiencia del desastre moral y material<sup>16</sup>. Un proceso del que Pace (1989) encuentra indicios múltiples en los diarios, que comienza a articular en *Appunti sul concetto de legalità* de 1944 (Calamandrei, 1944), y que atraviesan su relectura y lectura de tres libros sobre los que trabajará intensamente en los meses en los que se completa la liberación de Italia, primero en su exilio interior en Umbria, después en su amada Florencia: *De los Delitos y las Penas* de Beccaria (1945), *Los Derechos de Libertad* de Ruffini (1946) y *Socialismo Liberal* de Rosselli (1945). De ese modo, Calamandrei se hace plenamente consciente de que los derechos civiles no bastan; de que deben realizarse simultáneamente los derechos políticos y los derechos sociales. Sólo así será posible la justicia social, sólo entonces será el derecho un verdadero instrumento de integración social:

si se quiere captar la verdadera esencia del gobierno democrático, estas libertades individuales deben ser concebidas, antes que como limitación y contrapartida de la soberanía popular, como condiciones para que la soberanía popular pueda afirmarse de forma más profunda y más humana (Calamandrei, 1945c, p. 173).

una democracia vital sólo puede hacerse efectiva en la medida en la que la justicia social, antes que como ideal autónomo y absoluto, sea concebida como premisa necesaria y como factor de enriquecimiento gradual de la libertad individual (Calamandrei, 1945c, p. 176).

Calamandrei no logró, sin embargo, trascender completamente la posición contra la que argumentaba; en particular, se siguió valiendo de concepciones jurídicas ancladas en el constitucionalismo puramente liberal. Así, caracteriza a los derechos de libertad como puramente negativos, mientras que los derechos sociales son descritos como positivos. Sabemos hoy que se trata de una simplificación, porque todos los derechos, y no sólo los sociales, presuponen la existencia de estructuras institucionales que necesariamente tienen un coste, o lo que es lo mismo, gravan sobre los recursos de la comunidad política (Alexy 1993, pp. 419 y ss.; Holmes y Sunstein, 2000). Ello no es óbice para que la intuición última de Calamandrei sea acertada. Y es que si nos tomamos en serio el entrelazamiento de Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social, el derecho no puede ignorar cuál sea el sistema social y económico en el que operan las normas jurídicas. Si la comunidad política a través del estado se compromete a realizar a un mismo tiempo libertad, igualdad y fraternidad, «debe» necesariamente comenzarse por remodelar la estructura económica y social de modo que sean imaginables unos derechos sociales efectivos, no por escribir un catálogo de los mismos:

(...) [E]l problema, en realidad, es mucho más arduo y difícil que el institucional, que es el que concita toda la atención cuando se habla de constituyente, como si fuese la

<sup>14</sup> Sería interesante trazar las distintas vías por las que se llega a este ideal regulador en distintas tradiciones constitucionales, comparando por ejemplo la trayectoria de un Heller y un Calamandrei. Sobre el ideal regulador del Estado Democrático y Social de Derecho, sigue siendo fundamental la labor de síntesis de Manuel García Pelayo, apuntada en García Pelayo (1950) y completamente explicitada en García Pelayo (1977).

<sup>15</sup> Bobbio (1984, p. 110); el texto es quizás ahora más fácilmente accesible en Bobbio (2014).

<sup>16</sup> Como sostiene P. Andrés en la introducción a la traducción española de *Fe en el Derecho*, véase referencia bajo Calamandrei (2008).

llave mágica que abriese todas las puertas del futuro. En realidad, cuando se trata de precisar los derechos «sociales» que la nueva democracia italiana deberá garantizar a todos los ciudadanos para dar un contenido efectivo a sus libertades políticas, se pone en discusión toda la estructura económica de la sociedad ¿Podrá establecerse y garantizarse jurídicamente un derecho al trabajo sin que se acompañe, para todos los ciudadanos, de un deber de trabajar? ¿Podrá existir, y en ese caso dentro de qué límites, una propiedad privada que no sea fruto del trabajo? ¿Podrá existir, y nuevamente dentro de qué límites, un derecho a la sucesión en la riqueza, irreconciliable con la efectiva igualdad *de partida*, no sólo jurídica sino también económica, que sólo a los más dignos debería permitir acceder, en atención a sus méritos individuales, a los puestos de más alta responsabilidad? (Calamandrei 1945c, p. 178).

Es fundamental tener constantemente presente que Calamandrei «pretende» que se realicen simultáneamente derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales<sup>17</sup>. Por eso considera «imprescindible» que la constituyente no se limite «a proclamar una larga serie de derechos sociales, sino que tome las medidas necesarias para cambiar en profundidad la estructura socio-económica de modo que los derechos sociales puedan ser realmente efectivos»<sup>18</sup>. El modelo negativo en el que se mira Calamandrei, sin apenas mencionarlo, es, quien lo duda, la Alemania de Weimar, que a la altura de 1945 constituye el paradigma de proceso constituyente «fallido». El extenso elenco de derechos sociales recogido en la ley fundamental weimariana de 1919 no sólo quedó largamente inactuado, sino que se convirtió en papel mojado cuando al efecto depresivo de 1929 se unieron las políticas deflacionistas aplicadas por Brüning primero y Von Papen después<sup>19</sup>. Es por ello que Calamandrei pueda llegar a afirmar que es preferible seguir la vía rusa, o lo que es lo mismo, transformar primero la sociedad, y sólo después compilar un catálogo de derechos que corresponda a la realidad de la práctica social. Esta aseveración no demuestra la *faiblesse* del florentino por los métodos estalinistas (objeto de una fortísima crítica por parte de todos los socialistas liberales; de hecho, cabe leer el *Socialismo Liberal* de Rosselli en clave anti-staliniana). Más bien, amén de la natural admiración hacia el pueblo ruso en el peculiar contexto de la primavera de 1945, lo que se hace visible es la clara conciencia de los límites del derecho como factor de transformación social. A su juicio, el derecho cumple una función modesta, la de registrador, notario de los cambios, mientras que el motor de la transformación corresponde a la política y las relaciones sociales y económicas. Es por ello que no es aventurado afirmar que el verdadero arquetipo de Calamandrei lo constituye el Reino Unido. De ahí la referencia al informe Beveridge, que apunta a un programa de reformas sociales aún más ambicioso que el *New Deal* de rooseveltiana memoria, y que la victoria laborista en las elecciones generales de 1945 parece hacer posible (una apreciación en la que Calamandrei coincidía con la «izquierda» demócrata-cristiana liderada por Dossetti, véase Dossetti, 1945).

Será la frustración de estas expectativas de profundo cambio social, la renuncia a la transformación del modelo social y económico para reintegrarse en la economía internacional, bajo un fuerte vínculo externo económico y geoestratégico,

<sup>17</sup> De ahí que afirme en esos mismos meses que la reforma de los Códigos, incluido el Código Civil, sólo podrá tener lugar a Constitución aprobada: «sólo cuando sepamos que se mantiene de la propiedad privada, se podrá reformar el libro del código civil que regula los derechos reales; sólo cuando sepamos qué lugar corresponde al trabajo y al capital en la nueva economía y en la nueva conciencia social se podrá reformar de forma coherente el libro del Código Civil que regula las relaciones de trabajo» (la cita está tomada de Calamandrei, 1945d, p. 157).

<sup>18</sup> Por eso Calamandrei se oponía a la enervación de las funciones «ordinarias» de la Asamblea Constituyente, limitada en el mandato dado a la misma por la «constitución provisional» en forma de decretos a la elaboración de la constitución.

<sup>19</sup> Costantino Mortati escribió después de la Guerra una breve pero rica síntesis de la experiencia weimariana, parte de la labor ingente del Ministerio de la Constituyente (véase Mortati, 1946).

lo que lleva a Calamandrei a poner en duda que no sólo no baste, sino que sea una idea feliz, la «mera» enumeración de los derechos sociales en la constitución. No, como se insinuó ya entonces, porque el profesor florentino hubiese retrocedido a una concepción puramente liberal de la constitución, sino por el doble riesgo de confundir la proclamación formal con la realización material de los derechos, y al hacerlo, devaluar drásticamente el valor de la constitución.

Calamandrei insiste una y otra vez: la «proclamación» de los derechos no resuelve por sí sola los graves problemas sociales y económicos que aquejan a Italia. No es un argumento abstracto, sino bien concreto: los constituyentes viven en una Italia en la que los pacientes mueren en los hospitales porque no hay recursos para la calefacción de las habitaciones (Calamandrei, 1947, p. 488). Proclamar derechos sin afrontar cambios estructurales que los hagan posibles por decenas de años implica correr el riesgo de provocar el descrédito no sólo de esta o aquella norma de la ley fundamental, sino de la Constitución en su conjunto y del propio Estado de Derecho, al reducir las normas a meras proclamas formales. Y es que si se proclama el carácter plenamente jurídico de los derechos sociales, incluso cuando no se hace nada por crear las condiciones sociales y económicas en las que los mismos puedan ser plenamente tutelados, se corre el riesgo de fomentar la reducción todas las normas constitucionales a mero programa no vinculante, «desiderata» carentes de contenido sustantivo y de fuerza obligatoria (Romanelli, 2007, p. 47, apoyándose en Calamandrei, 1947, p. 479). Algo que recuerda al profesor florentino los peores vicios del fascismo (las leyes «semánticas») y las patologías sociales concomitantes, incluido el completo descreimiento social (Calamandrei, 1947, p. 489). Si, en contra de lo que propone por boca de Calamandrei el minoritario *Partito d'Azione*, se quiere posponer la reforma en profundidad del sistema social y económico italiano, entonces debe encontrarse una fórmula jurídica que reconozca el compromiso de la República con el Estado Social y Democrático de Derecho, pero que al mismo tiempo evite el riesgo de descrédito de una constitución carente de capacidad de efectiva transformación social. De ahí su propuesta de un preámbulo en el que se incluyan los derechos sociales, y donde se haga explícito que se trata de propósitos y de programas que deben vincular al legislador, pero que no son objeto de realización inmediata.

A Calamandrei se le objetaba no tanto la sustancia de su argumento, como la inflexibilidad del mismo, que le haría incapaz de apreciar la función positiva, «emancipadora», de la declaración de los derechos sociales incluso si «previa» a las reformas estructurales que hiciesen posible su realización efectiva. Togliatti, citando a Dante, paragonaba los derechos sociales que finalmente se incluyeron en la Constitución a una luz que ilumina no a quien abre la marcha, sino a los que vienen detrás (Calamandrei, 1947, p. 484).

Pese a ello, las dudas de Calamandrei persistían por la falta de suficiente claridad de los enunciados mediante los que se proponía constitucionalizar los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, la luz era tan tenue que podía llevar a confundir el camino.

La solución por la que se optó finalmente en la constituyente reflejó en cierta medida ambas inquietudes. Por una parte, en contra de lo propuesto por Calamandrei, la Constitución Italiana no sólo siguió la pista abierta por la Constitución de Weimar, sino que avanzó aún más en la positivización en la ley fundamental de los derechos sociales. Por otra parte, se incluyó en ella una norma fundamental, el Artículo 3.2 (decisivo a su vez en la redacción del Artículo 9.2 de la Constitución Española):

Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país<sup>20</sup>.

Tal norma refuerza el componente social del Estado Democrático y Social de Derecho, pero sirve al mismo tiempo de recordatorio de que la constitución se escribe en polémica con un presente que debe ser drásticamente reformado si se quiere que el «sueño constitucional» reflejado en la ley fundamental sea posible. Algo que expresa con gran fuerza el propio Calamandrei en el *Discurso* que aquí se traduce:

No se trata, sin embargo, de una constitución inmóvil que haya establecido un objetivo estacionario, sino de una constitución que abre caminos hacia el futuro. No quiero llamarla revolucionaria, porque en el lenguaje común por revolución se entiende algo que subvierte violentamente, sino antes al contrario renovadora, progresiva, orientada a la transformación de esta sociedad en la que puede suceder que, aunque existan, las libertades jurídicas y políticas pierdan su fuerza por las desigualdades económicas, en la medida en que muchos ciudadanos no puedan ser personas y darse cuenta de que en su interior hay una llama espiritual, que si se hubiesen desarrollado en un régimen de igualdad económica podrían haber contribuido también al progreso de la sociedad. Por tanto, polémica contra el presente en el que vivimos y empeño de hacer cuanto sea posible por transformar la situación en la que nos encontramos (Calamandrei, 2011b, p. 24).

A setenta años de distancia, y con décadas de experiencia constitucional italiana y europea a nuestras espaldas, la cuestión dista de estar cerrada. A corto plazo, los temores de Calamandrei se demostraron fundados. La persistente «inactuación» de la Constitución estuvo crucialmente ligada a su caracterización como un mero «programa político», que no tendría siquiera la fuerza de derogar todas las normas inconstitucionales del *ventennio* fascista (o anteriores) que formalmente seguían vigentes. De esta subversión de la ley fundamental da amplísima cuenta *La Constitución Inactuada*. Sólo con la (intencionalmente muy tardía) entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional<sup>21</sup> se comenzó a «tomar en serio» la «juridicidad» de la Constitución. A medio plazo, sin embargo, la «luz» de Togliatti coadyuvó a una progresiva actuación de la Constitución, especialmente de su parte social, con el cambio de orientación de la política social y económica ya perceptible a mediados de los años cincuenta, y claramente aplicada en los sesenta; un giro que quizás tuvo su apogeo en la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1970<sup>22</sup>. A largo plazo, sin embargo, la insistencia de Calamandrei en los límites del derecho frente a la fuerza de la realidad social y económica se demuestra de nuevo relevante. No en menor medida en tanto que no se ha reflexionado de forma suficientemente profunda y sosegada acerca de las consecuencias de abrir las constituciones democráticas nacionales a las normas que gobiernan la Unión Económica y Monetaria, y que han conducido a una radical transformación de la estructura socio-económica europea, alterando drásticamente los parámetros dentro de los cuales es posible aplicar políticas sociales y económicas que se orienten a la plena realización de los derechos sociales y económicos. Como bien entendieron los ordoliberales en Alemania (Röpke, 1942), o Guido Carli en Italia (Carli, 1993), las leyes fundamentales aplicables a la política monetaria y a la política económica tienen una gran capacidad de transformación social y económica, por lo que predeterminan en gran medida el espacio que queda para la política democrática. Por ello es un error verlas como normas puramente técnicas, y al hacerlo, renunciar a su control político. No hace falta

<sup>20</sup> Véase también Dogliani y Giorgi (2017).

<sup>21</sup> Calamandrei tuvo ocasión de acudir ante el Tribunal Constitucional italiano como abogado en el primer proceso dirimido ante el mismo. Véase Jemolo (1956).

<sup>22</sup> Rodotà utiliza la metáfora de «deshielo de la constitución». Véase Rodotà (2011, pp. 98 y ss.).

ser marxista, mucho menos marxista ortodoxo, para darse cuenta de que no basta con transformar las normas jurídicas, sino que es necesario que se esa transformación venga de la mano del cambio de la realidad social y económica. Pretender que la mera proclamación de derechos sociales sirva para alterar los perfiles de la estructura económico-social es, en el mejor de los casos, profundamente *naïve*. Tomar en serio los derechos sociales, como insistía Calamandrei, implica tomar en serio el diseño de la estructura económica y social.

En tercer lugar, Calamandrei subraya la importancia de las estructuras institucionales en la efectiva actuación de la Constitución. Hacer viva la ley fundamental es un empeño político, pero que requiere instrumentos institucionales. De ahí su batalla no sólo por la forma republicana, sino también por la plena constitucionalización de los partidos políticos, el Consejo Nacional de la Magistratura (en el que se inspiró nuestro Consejo General del Poder Judicial) y, con enorme denuedo y tesón, sus continuos alegatos en favor de dos órganos claves en la defensa del carácter rígido y programático de la Constitución democrática, el Tribunal Constitucional y el Presidente de la República.

El modelo negativo del profesor florentino es la práctica italiana desde la unidad del país. De ahí la batalla no sólo por la república frente a la monarquía, sino también por la plena constitucionalización de los partidos políticos, de modo que se asegure tanto que su «vida interna» es democrática, cuanto que desempeñan su función de correas de transmisión y formadores de la voluntad democrática. El empeño de Calamandrei no es sólo el de «racionalizar» el parlamentarismo, como el de asegurar la integración de la voluntad democrática parlamentaria con la superior voluntad democrática constituyente. En los términos ahora al uso, el gran jurista florentino aboga por una democracia dualista, en la que la plena independencia judicial es, huelga decirlo, imprescindible, y que se refleja aún hoy en la comparativamente extraordinaria independencia de magistrados y ministerios fiscales en el país transalpino.

La custodia de la Constitución es doble en el sistema constitucional italiano de 1947. La tarea corresponde ante todo al Tribunal Constitucional, que controla *ex post* la constitucionalidad de las leyes, pero también al Presidente de la República, que complementa la acción de los magistrados constitucionales con un control *ex ante*, para el que la ley fundamental asigna diversos poderes. En ambos casos, el poder viene conferido en función del carácter democrático, y por tanto rígido de la ley fundamental, pero también del carácter programático, finalista de la Constitución. Es evidente, leyendo a Calamandrei, que el propósito de la guarda de la constitución no es tanto el de introducir frenos y contrapesos a la acción del Parlamento como es característico en constituciones mixtas, cuanto el de asegurar la supremacía de la Constitución, norma jurídica dotada de la máxima legitimidad democrática posible. El Presidente de la República (y el Tribunal Constitucional) deben ser la *viva vox constitutionis*, hasta el punto de que el florentino parafrasea a Montesquieu y caracteriza al Presidente de la República como la boca por la que habla la Constitución (Calamandrei, 1955b, p. 599). Algo que es especialmente cierto en un contexto marcado por la sistemática inactuación y violación de la Constitución por los primeros gobiernos de la posguerra (Calamandrei, 1956a).

*Esta nuestra República* refleja de forma sintética pero vigorosa la íntima conexión entre constitucionalismo democrático y diseño institucional, al tiempo que pone de relieve la radical lejanía de la posición de Calamandrei de los postulados de quienes, arguyendo el caso de la V República Francesa, vienen pretendiendo en los últimos cuarenta años la transformación del sistema político italiano en un sentido presidencialista. A Calamandrei le preocupa, como no puede ser de otro modo, la

coherencia en la acción de gobierno, la existencia de un claro *indirizzo político*. Pero no en nombre y por amor de lo que ahora se denomina la «governabilidad», sino del ajuste pleno entre voluntad general democrática y acción del Estado. De ahí que en toda su obra, y sobre todo en aquellos textos que se ocupan del «incumplimiento» de la Constitución del 47, subyazca la asignación del papel último de defensa de la constitución a la cultura política y democrática, esa cultura política y democrática forjada por la Resistencia, y cuya memoria debe mantenerse viva.

A más de setenta años de su escritura, el proyecto político y cultural que animaba a la Constitución Italiana del 47, y que Calamandrei compartía con cristiano-demócratas como Dossetti, socialistas como Basso o comunistas como Togliatti, sigue inconcluso. Tantos lo han querido dar por enterrado, o se han resignado a su ocaso. Pese a ello, el Estado Democrático y Social de Derecho sigue siendo la más formidable ancla normativa de que disponemos si queremos intentar vivir en justicia y libertad.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993 [1986]). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Beccaria, C. (1945). *Dei Delitti e delle pene*. Florencia: Le Monnier. Edición castellana
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y las penas*. Madrid: Trotta
- Bobbio, N. (1984). Calamandrei, Scrittore Politico. En N. Bobbio, *Maestri e compagni* (pp. 103-148). Florencia: Passigli Editori.
- Bobbio, N. (2014). Calamandrei, Scrittore Politico. En M. Bovero (ed.), *Del fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche* (pp. 325-353). Milán: Baldini e Castoldi.
- Calamandrei, P. (1920). *La Cassazione Civile*, Turín: Fratelli Bocca. Edición castellana
- Calamandrei, P. (1945). *La casación civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.
- Calamandrei, P. (1921). *Troppi avvocati!*. Florencia: La Voce. Edición castellana
- Calamandrei, P. (1926). *Demasiados abogados*. Madrid: Victoriano Suárez.
- Calamandrei, P. (1935). *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1ª ed.). Florencia: Le Monnier. Edición castellana
- Calamandrei, P. (1936). *Elogio de los jueces por un abogado*. Madrid: Góngora y Calamandrei, P. (1956). *Elogio de los jueces por un abogado*. Buenos Aires: Ejea.
- Calamandrei, P. (1941a). *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. Padua : CEDAM. Edición castellana
- Calamandrei, P. (1943). *Instituciones de Derecho procesal civil: según el nuevo código*. Buenos Aires: Depalma.
- Calamandrei, P. (1941b). *Inventario della Casa di Campagna*. Florencia : Le Monnier. Edición castellana
- Calamandrei, P. (2012). *Inventario de la casa de campo*. Madrid: Trotta.
- Calamandrei, P. (1944). *Appunti sul concetto di legalità*. En P. Calamandrei, *Diritto costituzionale : appunti sul concetto di legalità*, Florencia: Editrice Universitaria. Nueva edición en Calamandrei, P. (1968). *Appunti sul concetto di legalità*. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 52-126). Nápoles: Morano.
- Calamandrei, P. (1945a). *Prólogo*. En C. Beccaria, *Dei Delitti e delle pene* (pp. 7-129), Firenze: Le Monnier.
- Calamandrei, P. (1945b). *Appunti di diritto costituzionale: il potere costituente, lo Stato italiano prefascista e la trasformazione da esso subita per opera del fascismo*. Florencia: Editrice Universitaria.
- Calamandrei, P. (1945c). *Costituzione e Questione Sociale, Il Ponte, I(5)*, pp. 368-379. Nueva edición
- Calamandrei, P. (1968). *Costituzione e Questione Sociale*. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 170-182). Nápoles : Morano y Calamandrei, P. (1968). *Costituzione e Questione*

- Sociale. En *Costruire la Democrazia. Premesse alla Costituente* (pp. 69-83). Montepulciano: Le Balze.
- Calamandrei, P. (1945d). Sulla Riforma dei Codici. *La Nuova Europa*, 4 y 11 de Marzo de 1945. Nueva edición Calamandrei, P. (1968). Sulla Riforma dei Codici. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 151-160). Nápoles: Morano y Calamandrei, P. (1968). Sulla Riforma dei Codici. En *Costruire la Democrazia. Premesse alla Costituente* (pp. 45-56). Montepulciano: Le Balze.
- Calamandrei, P. (1945e). *Costruire la Democrazia. Premesse alla Costituente* Florencia: Edizioni U. Reeditado Calamandrei, P. (2003). *Costruire la Democrazia. Premesse alla Costituente*. Montepulciano: Le Balze.
- Calamandrei, P. (1947). Chiarezza nella Costituzione. Discorso pronunciato all'Assamblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947. Roma: Tipografia della Camera dei deputati. Nueva edición Calamandrei, P. (1985). Chiarezza nella Costituzione. Discorso pronunciato all'Assamblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. X* (pp. 479-502). Nápoles: Morano.
- Calamandrei, P. (1949). *Cenni Introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*. Florencia: Barbera. Nueva edición Calamandrei, P. (1968). Cenni Introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 288-336). Nápoles: Morano.
- Calamandrei, P. (1955a). *Uomini e città della Resistenza*. Bari: Laterza. Nueva edición Calamandrei, P. (2006). *Uomini e città della Resistenza*. Bari: Laterza.
- Calamandrei, P. (1955b). Viva Vox Constitutionis. *Il Ponte*, 11(6), Junio, pp. 809-814. Nueva edición Calamandrei, P. (1968). Viva Vox Constitutionis. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 596-601). Nápoles: Morano.
- Calamandrei, P. (1956a). *La Costituzione Inattuata*. Milán-Roma: Avanti. Edición castellana Calamandrei, P. (2013). *La Constitución inactuada*. Madrid: Tecnos.
- Calamandrei, P. (1956b). Questa Nostra Repubblica, *Il Ponte*, 12(10), pp. 1633-1634. Calamandrei, P. (1968). Questa Nostra Repubblica. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 673-675). Nápoles: Morano.
- Calamandrei, P. (1982). *Diario 1939-1945 (Vol. I y II)*. Florencia: Nuova Italia.
- Calamandrei, P. (2008). *Fede nel Diritto*, Bari: Laterza. Edición castellana Calamandrei, P. (2009). *Fe en el Derecho*. Madrid : Marcial Pons.
- Calamandrei, P. (2011a). *Lo Stato Siamo Noi*. Milano: Chiarelettere.
- Calamandrei, P. (2011b). Discorso ai giovani sulla costituzione. En *Lo Stato Siamo Noi* (pp. 23-26). Milano: Chiarelettere.
- Calamandrei, P. (2013). *Non c'è libertà senza legalità*. Bari: Laterza. Edición castellana Edición castellana Calamandrei, P. (2016). *Sin legalidad no hay libertad*. Madrid: Trotta.
- Calamandrei, P. (2014). *Il Fascismo come regime della menzogna*. Bari: Laterza. Edición castellana Edición castellana Calamandrei, P. (2018). *El fascismo como régimen de la mentira*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Canfora, L. (2013). *La Trappola. Il vero volto del maggioritario*. Palermo: Sellerio.
- Cappelletti, M. (1956). Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 24, pp. 153-189.
- Carli, G. (1993). *Cinquant'anni di vita italiana*. Bari: Laterza.
- Dogliani, M y Giorgi C. (2017). *Art. 3 Costituzione Italiana*. Roma: Carocci.
- Dossetti, G. (31 julio, 1945). Triplice vittoria. *Reggio Democratica*, pp. xx-xx. Nueva edición Dossetti, G. (1995). Triplice vittoria. En *Scritti Politici 1943-1951* (pp. 30-32). Génova: Marietti y también en Dossetti, G. (2017). Triplice vittoria. En *Democrazia Sostanziale* (pp. 11-16). Marzabotto: Zikkarom.

- De Luna, G. (2006 [1982]). *Storia del Partito d'Azione*. Turín: UTET.
- Esprit (1944). Projet d'une déclaration des droits: des personnes et des collectivités. *Esprit*, 105(1), nueva serie, pp. 121-7. Disponible ahora en <https://www.jstor.org/stable/24268030>.
- García Pelayo, M. (1950). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente.
- García Pelayo, M. (1977). *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- Holmes, S. y Sunstein C. (2000). *The Cost of Rights: Why Liberty depends on taxes*, Nueva York: Norton. Edición castellana Holmes, S. y Sunstein C. (2011). *El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Imarasio, M. (23 abril, 2019). Quando l'Italia si scusò per le parole di Piero Calamandrei', *Corriere della Sera*. Recuperado de [https://www.corriere.it/politica/19\\_aprile\\_23/quando-l-italia-si-scuso-le-parole-piero-calamandrei-794f94d2-6601-11e9-8d28-170002d143ad.shtml](https://www.corriere.it/politica/19_aprile_23/quando-l-italia-si-scuso-le-parole-piero-calamandrei-794f94d2-6601-11e9-8d28-170002d143ad.shtml).
- Jemolo, A. C. (1956). Piero Calamandrei. *Belfagor*, 12, pp. 35-54.
- Mazower, M. (1998). *Dark Continent: Europe's Twentieth Century*, Londres: Penguin. Edición castellana Mazower, M. (2018). *La Europa Negra*, Valencia : Barlin.
- Monsagrati, G. (2014). *Roma senza il papa. La Repubblica romana del 1849*. Bari: Laterza.
- Morbidegli, G. (2007). Piero Calamandrei e i suoi allievi: di alcuni ricordi e di alcuni insegnamenti di Piero Calamandrei tramandati da Alberto Predieri. En S. Merlini (ed.), *Piero Calamandrei e la costituzione dello stato democratico* (pp. 8-14). Bari: Laterza.
- Mortati, C. (1946). *La Costituzione di Weimar*, Florencia: Sansoni. Reedición Mortati, C. (2019). *La Costituzione di Weimar*, Milano: Giuffrè. Edición castellana Mortati, C. (2010). La Constitución de Weimar. En J.L. Aja Sánchez (ed.), *La Constitución de Weimar* (pp. 17-76), Madrid: Tecnos.
- Mortati, C. (2001 [1940]). *La Constitución en Sentido Material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos.
- Pace, A. (1989). Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei. *Revista de Estudios Políticos*, 63, pp. 35-63.
- Romanelli, R. (2007). Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana. En S. Merlini (ed.), *Piero Calamandrei e la costituzione dello stato democratico* (pp. 27-55). Bari: Laterza.
- Röpke, W. (1942). *International Economic Disintegration*. Londres: William Hodge.
- Rodotà, S. (2011). *Diritti e Libertà nella Storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1816-2011*. Roma: Donzelli.
- Rosselli, C. (1945). *Socialismo Liberale*, Florencia: Ediciones U<sup>23</sup>.
- Rubio Llorente, F. (2014). Prólogo. En J. Varela Suanzes-Carpegna, *Política y Constitución en España* (pp. xxiii-xxviii). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (se cita por la segunda edición, aunque el prólogo ya aparece en la primera).
- Ruffini, F. (1946 [1926]). *I Diritti di Libertà* (2ª ed.). Florencia: La Nuova Italia.

<sup>23</sup> El original elaborado en el destierro en Lipari fue traducido al francés por Stefan Priacel, posteriormente uno de los traductores de los juicios de Nuremberg (Paris: Valois, 1930). Fue de nuevo impreso en edición crítica de John Rosselli en el primer volumen de las obras escogidas de Carlo Rosselli (Turín: Einaudi, 1973) y, simultáneamente, con introducción de Norberto Bobbio, en la colección *Nuova Universale Einaudi* (con sucesivas ediciones, incluidas varias en formato de bolsillo, aún en fondo vivo). Hay traducción al castellano del exiliado Diego Abad de Santillán, finalmente publicada en España en una edición hace tiempo agotada de la editorial Pablo Iglesias (Madrid: 1991).

# Justicia y libertad en la Constitución\*

## Justice and Freedom under the constitution

Piero Calamandrei

Cita recomendada:

Calamandrei, P. (2020). Justicia y libertad en la Constitución. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 403-421.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5720>

Recibido / received: 31/07/2020  
Aceptado / accepted: 21/08/2020

## La Asamblea Constituyente y la Cuestión Social (1945)<sup>1</sup>

### 1. Formas institucionales y sustancia económica

Al hablar de las causas judiciales, los abogados distinguen entre procedimiento y mérito; o lo que es lo mismo, entre el método formal que deben seguir los jueces para llegar a la sentencia y la sustancia de la controversia sobre la que deben pronunciarse.

Parece que algunos quieren aplicar una distinción análoga a la asamblea constituyente: la cual debería limitarse a la cuestión *institucional*, o lo que es lo mismo, a las formas y a los métodos constitucionales (el equivalente del procedimiento

\* Las traducciones son de Agustín José Menéndez, salvo la del último texto, *Esta nuestra república*, vertido al castellano por Santiago Sentís Melendo. Cuando la nota es de Calamandrei, se hace preceder de la leyenda "Nota de P.C.", es decir, nota de Piero Calamandrei. Se ha ajustado el formato de las notas de Calamandrei al estilo de la revista. El título "Justicia y Libertad bajo la Constitución" refleja el sentido unitario de los textos que se incluyen en esta breve antología.

El traductor quiere expresar su agradecimiento a Michelangelo Bovero, Edoardo Chiti, Ricardo Cueva, Stefano Giuboni, Massimo La Torre, Pietro Masala, Duccio Pasqui, Marcello Rossi y Silvana Sciarra. Y dar las gracias vivamente a Silvia Calamandrei por la cesión de los derechos de traducción al castellano de los escritos que aquí se reproducen y por su labor de divulgación de la obra de Piero Calamandrei.

<sup>1</sup> Terminado en Junio de 1945, en las horas en las que se formaba el gobierno liderado por el resistente Ferruccio Parri, «L'Assamblea Costituente e la Questione Sociale» vertebró el pensamiento de Calamandrei en lo que atañe a la estructura y contenido de la futura constitución democrática. El texto fue publicado originalmente en la recién creada *Il Ponte* (Calamandrei, 1945c) e inmediatamente republicado en la antología de los artículos del profesor florentino *Costruire la Democrazia. Premesse alla Costituente* (Calamandrei, 1945e). La versión que se traduce es la contenida en *Opere Giuridiche*, volumen III, páginas 170-182.

judicial), mientras que la cuestión *social*, es decir, el mérito constitucional, debería dejarse para un momento posterior, aquel en el que entrasen en funcionamiento las nuevas instituciones políticas creadas por la asamblea constituyente, afrontándose la misma mediante leyes ordinarias.

Ante todo, se dice, hace falta reconstruir a ritmo acelerado aquellos órganos constitucionales supremos, los que ocupan el vértice del Estado y desempeñan la función de «máquinas procedimentales» en el proceso de «fabricación» de las leyes; sólo una vez que este mecanismo haya sido puesto en condiciones de funcionar se podrán afrontar, a ritmo normal y con plazos más amplios, todos los problemas de orden económico, atinentes al trabajo y a la riqueza –la propiedad, la herencia, las relaciones entre quienes trabajan y quienes no lo hacen, entre quienes viven del propio trabajo y quienes lo hacen del trabajo de otros–, en suma, los asuntos que se componen por antonomasia la «cuestión social».

De acuerdo con esta concepción, la asamblea constituyente debería ser tan solo *una primera etapa*, destinada no tanto a resolver los problemas económicos concretos que sufrimos, cuanto a poner a punto un abstracto y hueco sistema de legalidad a través del cual podría atenderse, en un segundo momento, cualquier exigencia social. Sobre este programa meramente legalista de la asamblea constituyente todos los partidos deberían estar de acuerdo. Dicho en otros términos, se debería pensar ante todo en reconstruir las llamadas «instituciones liberales», o lo que es lo mismo, aquellas estructuras constitucionales que garantizan a cada ciudadano, a través del ejercicio del voto, poder concurrir en condiciones de igualdad a crear la mayoría de opinión en la que se concreta la soberanía popular; y solo una vez que las «instituciones liberales» hayan sido puestas en condiciones de ser operativas podrían comenzar a discutirse las diferentes opiniones de los distintos partidos políticos relativas a los postulados económico-sociales contenidos en sus programas.

Soy de la opinión que nos encontramos ante una ilusión peligrosa, que podría llevarnos a correr el riesgo de olvidar el día de mañana la gravedad y la amplitud de las tareas políticas a las que vamos a enfrentarnos con la asamblea constituyente. A quienes no aceptamos la visión materialista según la cual la sustancia económica es la causa única de toda forma institucional, no se nos oculta, sin embargo, que entre los factores que concurren en la determinación de la constitución política de un pueblo está en primerísima línea el factor económico; de modo que es inevitable que determinadas cuestiones económicas se presenten en sede constituyente en su *función constitucional*, o lo que es lo mismo, como cuestiones sobre las que hace falta plantearse y sobre las que es necesario resolver preliminarmente, dado que de la solución que se les dé depende la forma que se deberá imprimir a algunos de los elementos fundamentales de la constitución política del Estado. En particular, hay que estar prevenido contra la simplificación (o la duplicidad) de quien nos dice que las instituciones políticas son una forma vacía, dentro de la cual, y una vez transcurrido el período crítico de la constituyente, se podrá hacer en el momento oportuno la colada de prácticamente cualquier «metal» social: por ejemplo, de una «monarquía comunista» que, a juzgar por lo que se oye decir en los salones bien informados, sería el programa reconciliador de una princesa dispuesta a cualquier transacción con tal de salvar la corona del infante. Esta forma de pensar conduce a los expedientes habituales mediante los que se llega una vez más al compromiso institucional, y se impide que Italia se convierta en una verdadera democracia.

La verdad es que, apenas iniciada la constituyente, nos encontraremos, bajo la forma de la cuestión institucional, la cuestión social; incluso si el inmenso desastre económico que sufre Italia, la situación de subordinación internacional en que se

encuentra, el enorme sentido de las proporciones que siempre reaparece en los momentos más graves de nuestra historia, hagan que parezcan preferibles las soluciones graduales y progresivas a las súbitas y extremas, está fuera de duda que sobre ciertas premisas fundamentales de orden social, de las que dependerá desde un primer momento la estructura misma del Estado, no será posible reenvío alguno.

Para evitar la improvisación, es conveniente determinar con antelación los canales jurídicos a través de los cuales la cuestión social, o al menos un *mínimo de cuestión social*, se presentará a la constituyente en función del problema institucional.

## 2. Las libertades políticas, condición de la vida democrática

El terreno constitucional en el que la cuestión social se impone con gran fuerza, más que en cualquier otro, es en el propio de los «derechos de libertad».

En el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789 se encuentra una fórmula que aun hoy puede servir de sumario y de programa a cualquier constitución democrática: «*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*». [Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución]. Es necesario, pues, que toda constitución contenga al menos dos capítulos: el que trata de los derechos individuales, y el que se ocupa de la separación de poderes.

En este segundo, en el que debe ser regulada la repartición de poderes entre los varios órganos de la soberanía, es la *sedes materiae* de la cuestión institucional; pero, en el capítulo que regula las libertades individuales de los ciudadanos estará presente la cuestión social que, por mucho que se quiera postergar y posponer, reclama ser resuelta. Precisamente de ese modo uno se da cuenta de que cuando el problema de los derechos individuales se plantea en términos constitucionales como premisa de la reconstrucción jurídica del Estado, el problema de las libertades individuales y el problema de la justicia social son, *en términos jurídicos*, un único problema.

Es sabida cuál es la función y estructura jurídica de los derechos individuales constitucionalmente garantizados a cada ciudadano, que suelen denominarse *derechos de libertad política*, o simplemente, *libertades políticas*. Democracia quiere decir soberanía popular: o lo que es lo mismo, un poder legislativo confiado, a través de los mecanismos de la representación política, a la mayoría numérica de los ciudadanos; pero en la medida en que de este modo la voluntad y el interés de cada individuo correrían el riesgo de terminar aplastados bajo la tiranía de la mayoría, la cual es teóricamente omnipotente valiéndose del ejercicio del poder legislativo, la constitución se anticipa y reconoce, en el mismo momento en que establece los órganos mediante los cuales la soberanía popular podrá ejercitarse, una serie de derechos individuales que *ni siquiera esta soberanía podrá eliminar o mutilar*. Ello implica la obligación (preventiva e irrevocable) del Estado de permitir a cada ciudadano el libre ejercicio de ciertas actividades individuales, el ámbito de las cuales debe idealmente constituir en torno a cada persona una especie de «zona franca» reservada a sus iniciativas, dentro de la cual el Estado se empeña en no adentrarse. No se trata de *la libertad* en singular de los filósofos, sino de *las libertades* en plural de los juristas, o lo que es lo mismo, una serie de actividades prácticas específicamente determinadas, respecto de las cuales el Estado permite y garantiza al ciudadano su libre desarrollo. En el sentido preciso de que ninguna autoridad podrá legítimamente impedir al ciudadano desarrollar su libertad como quiera. Hablamos de la libertad de pensamiento, de culto, de palabra, de prensa, de asociación, y demás.

Podría parecer que estas libertades individuales sean una especie de correctivo de la democracia: una especie de compromiso entre dos principios en conflicto, la autoridad y la libertad, el interés colectivo y el individual. Pero en realidad, si se quiere captar la verdadera esencia del gobierno democrático, estas libertades individuales deben ser concebidas no tanto como limitación y contrapartida de la soberanía popular, cuanto como condiciones para que la soberanía popular pueda afirmarse de forma más profunda y más humana. Estas libertades individuales se llaman *políticas*, precisamente porque se orientan a hacer posible y fructífera la participación del individuo en la vida de la polis, de la comunidad: precisamente porque sólo donde la personalidad moral del individuo tiene modos de manifestarse y de afirmarse a través de ciertas posibilidades de desarrollo práctico, puede llevarse a la práctica la verdadera democracia que consiste en un continuo aflorar de las mejores fuerzas individuales, desde la base de la pirámide a su vértice, y que transforma la soberanía popular de mayoría mecánica del número en mayoría espiritual de los más dignos.

Las libertades políticas son por tanto no sólo como el reconocimiento y la garantía del respeto debido a la irreprimible dignidad moral de toda persona, sino también como condición fisiológica (a la par con la respiración en lo que hace al organismo de los hombres), de la vida política de la comunidad: aquel perpetuo recrearse y rejuvenecerse del grupo dirigente, que es el efecto más característico de la verdadera democracia, encuentra su presupuesto necesario en que todos vean protegida la libertad que debe permitirles ser un elemento activo de la comunidad y enriquecerla contribuyendo con sus iniciativas. Donde no existe la libertad individual tampoco cabe una vida colectiva vigorosa. Las libertades políticas son por tanto las válvulas de seguridad que impiden a la vida política estancarse y cristalizarse, la fuente fresca y renovadora que alimenta en el grupo dirigente el sentido de la responsabilidad y que le impide transformar las difíciles tareas del deber cívico en cómodos puestos de privilegio.

### 3. Carácter negativo de los derechos de libertad

Siendo esta la función política de los derechos clásicos de libertad se entiende fácilmente que quieren decir los juristas cuando afirman que tales derechos tienen, en lo que concierne a su estructura jurídica, contenido negativo. Son derechos que el individuo tiene frente al Estado; pero la obligación que el Estado asume correlativamente no consiste en algo positivo, que el Estado se obligue a hacer a favor del individuo. El Estado se compromete a no obstaculizar el desenvolvimiento de actividades, a no injerirse en la esfera de autonomía que le ha reconocido al individuo: si el ciudadano querrá y sabrá valerse de tales libertades, el Estado, dentro de los límites que se ha empeñado a respetar, *le dejará hacer*. Si el ciudadano logrará tener una opinión política, el Estado no le impedirá manifestarla; si encontrará un periódico dispuesto a publicar sus artículos de propaganda política o religiosa, el Estado no se lo prohibirá; si querrá estudiar y tendrá los medios con los que mantenerse mientras estudia, el Estado no le prohibirá acceder a la profesión hacia la que se inclina... De este modo, todos los ciudadanos serán *inicialmente* iguales; pero en la medida en la que los hombres, aunque iguales jurídicamente, son, gracias a Dios, naturalmente desiguales en sus cualidades y en sus actitudes intelectuales y morales, estas libertades políticas permitirán que cada uno pueda, ulteriormente, alcanzar el grado social que mejor corresponde a sus méritos y a sus fuerzas. *Faber est suae quisque fortunae* [Cada uno es artífice de su propio destino]: el Estado no ayuda, pero el Estado no pone obstáculos. Ésta sería, según algunos liberales, la sociedad ideal: sobre cuya virtud se han escrito hace años páginas dignas de ser leídas una y otra vez por uno de los moralistas más refinados que tuviese la Francia de antes de la guerra, Jacques Chardonne (¿es cierto, ¡ay de mí! que fue «colaboracionista?»),

exaltando el «capitalismo liberal», el dulce «*monde bourgeois*» [mundo burgués] del que es característica la «*chance offerte à chacun d'y prendre place selon ses dons et même sa fantaisie, car il y a place pour tous, pour le rapace et le rossignol*» [la oportunidad ofrecida a todos de ocupar su hueco de acuerdo con sus dones e incluso su fantasía, porque hay lugar para todos, para el ave rapaz y para el ruiseñor]<sup>2</sup>.

#### 4. La crisis de las libertades políticas

La experiencia acumulada durante más de un siglo ha demostrado que los derechos de libertad proclamados por la revolución francesa y transformados desde entonces en uno de los contenidos obligatorios de todas las cartas constitucionales constituyen un punto de apoyo bastante más confortable para los halcones que para los ruiseñores. Todos conocen la crítica demoledora, convertida en lugar común, que a estos derechos hace el socialismo y el descrédito que de este modo se ha abatido con fuerza sobre las llamadas «libertades burguesas». Sería pedante ponerse a citar aquí autores<sup>3</sup>. Será suficiente recordar que incluso en Inglaterra, la tierra por excelencia de las libertades políticas, se reconoce que tales derechos han perdido todo poder de atracción entre las masas trabajadoras. En ello encuentra Carr la razón de la radical transformación del proceso político acaecida durante el siglo XIX, que lleva a afirmar que «los derechos y los privilegios más importantes en la sociedad no son políticos sino económicos: la igualdad política carece de sentido cuando se enfrenta a una neta desigualdad económica, de igual modo que la libertad política tiene escaso valor frente al poder de los gigantescos intereses económicos»<sup>4</sup>.

Pese al carácter aparentemente abstracto de su formulación, los derechos de libertad implicaron, cuando fueron proclamados en la famosa declaración de 1789, la abolición, bien concreta en términos históricos, de una serie de privilegios odiosos y sonaron a modo de melodía de redención humana sobre las ruinas del apenas destruido absolutismo feudal<sup>5</sup>. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX parecen haber agotado su función histórica: de modo que en los últimos decenios las masas de trabajadores asistieron sin protesta a su supresión, consumada por los dictadores. Se contempló sin gran pesar el fin de estas libertades reservadas a los ricos, y que, según las doctrinas marxistas, eran solamente un instrumento refinado para hacer pasar por legal la servidumbre económica del cuarto estado. A los trabajadores oprimidos por la servidumbre económica, la proclamada igualdad de todos los ciudadanos ante la ley les parecía, con razón, una farsa: ¿De qué le sirve la libertad de prensa al pobre, visto que sólo los grandes capitalistas tienen a su disposición los medios necesarios para financiar los grandes periódicos sostenedores de sus intereses? ¿De qué le sirve a los pobres la teórica libertad de mandar a la escuela a sus hijos, cuando la necesidad aprieta y obliga a los que aún son infantes a ganarse el pan? La pretendida igualdad de oportunidades es una mentira: lo es porque con la propiedad y con la herencia los hijos de los ricos se encuentran, sin esfuerzo alguno, llevados en volandas hacia la meta. Decirle a un *caruso*<sup>6</sup> siciliano que si no está a gusto en la mina de azufre es libre de matricularse en la universidad y de escoger la profesión que prefiera «*selon ses dons et même selon sa fantaisie*» [según sus dones e incluso según su

<sup>2</sup> [Nota de P.C.] En su artículo *Politique*, Chardonne (1939 :209).

<sup>3</sup> [Nota de P.C.] Cfr. Rosselli (1945, pp. 90 y ss.), finalmente publicado en Italia (Ediciones U, 1945).

<sup>4</sup> [Nota de P.C.] Carr (1942), tomado del artículo de Routh (1945, p. 326).

<sup>5</sup> [Nota de P.C.] Véase Salvemini (1919, pp. 190 y ss.). [Addenda del traductor: En el texto original, Calamandrei cita la 4<sup>o</sup> edición, pero da como fecha de la misma 1912. La tercera, sin embargo, ve la luz en 1913, en los tipos de *Signorelli* de Milán; se cita por la cuarta, publicada por *La Voce* en Roma. La falta de ediciones digitalizadas de las ediciones, y las dificultades de acceso al préstamo interbibliotecario han hecho imposible determinar a ciencia cierta a qué edición del libro se refiere la cita; la diferencia no es baladí porque Salvemini introducía cambios notables en cada nueva edición].

<sup>6</sup> Literalmente, en dialecto siciliano, niño; la palabra quedó asociada desde el siglo XIX a los niños que trabajaban en las minas de azufre de Sicilia, en condiciones penosísimas.

imaginación], gracias al Estatuto [Albertino]<sup>7</sup>, es el tipo de discurso que recuerda a la famosa frase atribuida a María Antonieta, quien, al pueblo que pasaba hambre, aconsejaba nutrirse, a falta de pan, ¡con croissants!

## 5. Los Derechos Sociales

La trágicamente admonitoria experiencia fascista ha obligado, sin embargo, a superar esta crisis de confianza en los derechos de libertad y en su vitalidad histórica. A ningún socialista o comunista sensato le vendría hoy en mente sostener que los derechos de libertad son necesariamente instrumentos jurídicos del privilegio burgués. Incluso las masas de trabajadores han entendido, después de ver cuál es la suerte a la que están condenadas sin remisión en los regímenes en los que ha estado abolida la dignidad de la persona humana al negarse estos derechos, que la justicia social solo puede concebirse en relación con las libertades individuales. Han surgido de esta manera movimientos políticos que, en lugar de enfatizar la oposición entre la idea liberal y la idea socialista, han puesto en evidencia que una democracia vital solo puede hacerse efectiva en la medida en la que la justicia social, antes que como ideal autónomo y absoluto, sea concebida como premisa necesaria y como factor de enriquecimiento gradual de la libertad individual. Éste es el significado de las varias fórmulas con las que se ha dado expresión así mismo a la inescindible interdependencia de dos aspectos de un solo ideal: «socialismo liberal» de Rosselli<sup>8</sup>; «liberalsocialismo» de Calogero<sup>9</sup>; «justicia y libertad» del Partido de Acción<sup>10</sup>; «democracia progresiva» de los comunistas italianos<sup>11</sup>.

No me pronuncio, porque no me siento competente, sobre la legitimidad de yuxtaponer estos dos conceptos en el ámbito filosófico. Me enfrento al problema en tanto que político y jurista, y desde esta perspectiva práctica el significado de estas fórmulas me parece muy claro. Quiere decirse simplemente esto: que si la verdadera democracia solo puede existir allí donde cada ciudadano esté en condiciones de desarrollar sin obstáculos su personalidad, para poder de este modo contribuir activamente a la vida de la comunidad no basta entonces asegurar al individuo las libertades políticas teóricamente, sino que *hace falta ponerlo en condiciones de que pueda efectivamente servirse de las mismas*. Dado que la experiencia accesible a todos demuestra que la necesidad económica priva al pobre de la posibilidad práctica de valerse de las libertades políticas y de la proclamada igualdad jurídica, resulta de consecuencia que de verdadera libertad política podrá hablarse solo en un ordenamiento en el que ésta venga de la mano de la garantía de que todos podrán disfrutar de un mínimo de bienestar económico, sin el cual se hace imposible para quien se ve aplastado por la miseria toda posibilidad práctica de hacer uso de la facultad de participación activa en la vida de la comunidad que los derechos tradicionales de libertad le prometen. De este modo no se niega el valor político

<sup>7</sup> Referencia a la «carta otorgada» que contuvo las leyes fundamentales italianas desde 1848 al advenimiento del fascismo. Calamandrei, sostenía, a juicio de este traductor con argumentos convincentes, que el Estatuto Albertino había quedado reducido a mero ornamento con la llegada de Mussolini al poder, y que su vigencia no había sido reestablecida después de 1943, sino su función desempeñada por normas «constitucionales provisionales». Véase Calamandrei (1949).

<sup>8</sup> El ya referido *Socialismo Liberale* de Rosselli.

<sup>9</sup> Se refiere Calamandrei al filósofo Guido Calogero, que en el mismo año de 1945 publicó *Difesa del Liberal Socialismo*, (Calogero, 1945) y aglutinador de la corriente política del mismo nombre que confluyó en el *Partito d'Azione* (véase nota 2). Cf. Bobbio (2001).

<sup>10</sup> Véase nota 2.

<sup>11</sup> Visión estrechamente asociada a la de «partido nuevo» defendida por Palmiro Togliatti durante los últimos años de la guerra, y que permitió al Partido Comunista Italiano no sólo formar parte de los primeros gobiernos después de la liberación, dando continuidad a la unidad de acción de la resistencia, sino también modelar el sustrato sustantivo de la Constitución Italiana de 1947. De Togliatti, véase por ejemplo, Togliatti (1962) en el que el líder comunista ofrece una visión retrospectiva de la «novedad» del discurso y de la acción del PCI en la posguerra.

fundamental de los derechos de libertad: se pide solamente que devengan plenos y más sustanciosos; que dejen de ser esquemas jurídicos vacíos y se llenen de sustancia económica; o lo que es lo mismo, por volver a las fórmulas, que las libertades políticas se integren de un mínimo de justicia social, en tanto que condición necesaria para su efectividad, y cuya falta equivale para el indigente a su supresión jurídica.

Precisamente en estas consideraciones tiene su origen, en gran parte de las constituciones nominalmente democráticas adoptadas en muchos Estados europeos al final de la gran guerra, un fenómeno que no ha escapado a la atención de los constitucionalistas<sup>12</sup>: la ampliación de la lista de los derechos individuales del campo político al campo económico y social, de modo que se comprendan en ella, además de los derechos políticos tradicionales, los llamados «derechos sociales», destinados a asegurar (o al menos a prometer) a todos los ciudadanos las condiciones económicas indispensables para hacer efectiva su libertad política. De este modo, las nuevas constituciones posteriores a la primera guerra mundial no han renegado de los derechos de la revolución francesa, sino que han reconocido que el elenco tradicional de éstos, correspondiente a las exigencias históricas de aquel momento, debe ser integrado con nuevos derechos correspondientes a las exigencias sociales sobrevenidas. En términos sustantivos se trata de la exigencia de justicia social hecha condición de la libertad individual, que ya se había asomado en la Constitución francesa de 4 de Noviembre de 1848, y que encontró una formulación más explícita en el artículo 151 de la Constitución alemana de Weimar de 1919: «La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de justicia al fin de garantizar a todos una existencia digna del ser humano». La misma exigencia se ha hecho siempre más viva y consciente en estos últimos años (y no sólo en Italia) en los movimientos políticos de resistencia: bastará recordar que también en Francia aquel movimiento político que lidera la revista *Esprit* ha abierto la discusión sobre un proyecto de «declaración de derechos»<sup>13</sup>, elaborado en el período de la lucha clandestina, en el que puede leerse en su artículo 26: «Todo hombre que no se exima del trabajo debe disfrutar del mínimo de recursos necesarios para permitirle vivir, a él y a su familia, la vida digna del ser humano».

## 6. El problema práctico de la satisfacción de los derechos sociales

Estamos ya en condiciones de volver, para llegar a la conclusión de este trabajo, al punto de partida: o lo que es lo mismo, a las tareas que debe afrontar la próxima constituyente. ¿Deben estar garantizados en la constitución italiana los derechos de libertad a todos los ciudadanos? Además de los tradicionales derechos políticos, ¿debemos especificar los «derechos sociales» en otros tantos artículos? Ningún partido democrático podría, por lo que puede suponerse, responder negativamente a estas dos preguntas: negar estos derechos implicaría de hecho negar la democracia.

Pero entonces, si se responde afirmativamente a estas dos preguntas, la cuestión social, como afirmaba al principio, se presenta a puertas de la constituyente como la más importante y la más urgente de las cuestiones constitucionales: si verdaderamente se quiere fundar una democracia, a esta cuestión preliminar hay que darle una respuesta.

<sup>12</sup> [Nota de P.C.] Mirkin-Guetzevich (1928, pp. 35 y ss.).

<sup>13</sup> [Nota de P.C.] Traducción publicada en *Il Ponte*, 1(4), pp. 359 y ss. [Addenda del traductor: el original fue publicado en *Esprit* (1944)].

Y dar una respuesta a esta pregunta no es cosa de poca monta: el problema, en realidad, es mucho más arduo y difícil que el institucional, que es el que concita toda la atención cuando se habla de constituyente, como si fuese la llave mágica que abriese todas las puertas del futuro. En realidad, cuando se trata de precisar los derechos «sociales» que la nueva democracia italiana deberá garantizar a todos los ciudadanos para dar un contenido efectivo a sus libertades políticas, se pone en discusión toda la estructura económica de la sociedad. ¿Podrá establecerse, y garantizarse jurídicamente un derecho al trabajo sin que se acompañe, para todos los ciudadanos, de un deber de trabajar? ¿Podrá existir, y en ese caso dentro de qué límites, una propiedad privada que no sea fruto del trabajo? ¿Podrá existir, y nuevamente dentro de qué límites, un derecho a la sucesión en la riqueza, irreconciliable con la efectiva igualdad *de partida*, no sólo jurídica sino también económica, que sólo a los más dignos debería permitir acceder, en atención a sus méritos individuales, a los puestos de más alta responsabilidad?

Es cierto que si se quisiera preparar, a modo de ejercitación puramente escolástica, un esquema ideal de Constitución que se limite a determinar los fines y no se ocupe de los medios, no sería difícil preparar una lista de «derechos sociales» que pareciese responder a las exigencias de justicia más radicales: derecho al trabajo, derecho a la casa, derecho a la asistencia en caso de invalidez y durante la vejez, derecho al descanso, derecho a la educación gratuita incluidos los cursos más avanzados, en atención a las aptitudes de cada cual; y así sucesivamente.

Pero el verdadero problema no es el de enumerar estos derechos: el verdadero problema es el de disponer los medios prácticos para satisfacerlos, *encontrar el sistema económico que permita satisfacerlos*. En medio de tanta miseria como la que nos rodea, esta es la clave trágica de la reconstrucción social y política italiana.

Así, hace falta no perder de vista que el funcionamiento práctico, y por tanto también la estructura jurídica de estos llamados «derechos sociales», es fundamentalmente distinta del funcionamiento y la estructura de los tradicionales derechos de libertad; ello es así porque mientras estos últimos tienen, como queda dicho, un contenido negativo, en la medida en la que con ellos el Estado se compromete solamente a *no hacer*, es decir, a no obstaculizar la libertad individual, y por tanto con ellos no asume prestaciones positivas que graven el erario público, los «derechos sociales» se orientan a una ayuda positiva que el individuo espera del Estado, que se empeña con ellos a *hacer* algo, a dar algo que saque al individuo de la indigencia, a suministrar el trabajo, la casa, la asistencia, la educación o los medios económicos con los que procurarse todos estos bienes. Hay por tanto una diferencia entre los clásicos derechos de libertad política y estos nuevos derechos de libertad social, una diferencia que desde una perspectiva económica es esencial: mientras la satisfacción de los primeros *no cuesta nada al Estado*, no se puede decir lo mismo de los segundos, la realización de los cuales es para el Estado, antes que una cuestión política, una cuestión financiera. Si se atiende a su finalidad, es legítimo alinear estos nuevos «derechos sociales» junto a los tradicionales «derechos políticos» del ciudadano en una única categoría de «derechos de libertad»; lo es porque su proclamación deriva, como se ha visto, de haber reconocido que el obstáculo al libre desarrollo de la personal moral en la vida de la comunidad puede resultar no sólo de la tiranía política, sino también de la económica. De modo que los derechos que se orientan a liberar al hombre de estas dos tiranías se presentan como reivindicaciones de la libertad. Lo que no es óbice para que frente a estos dos tipos de derechos la posición del Estado, en condición de sujeto pasivo, es decir, en tanto que obligado, no sea profundamente distinta. Obligado a *no intervenir* cuando se trata de garantizar las viejas libertades políticas, obligado a *intervenir* cuando se trata de las nuevas

libertades sociales. También la Revolución francesa, al proclamar los derechos del hombre y del ciudadano, tomaba en consideración la propiedad y el trabajo (artículo 17 de la declaración de 1789; artículos 16 a 19 de la declaración de 1793); lo que demuestra que ya desde entonces la cuestión social se presentaba en términos de libertad política. Pero las constituciones revolucionarias se ocupaban de la propiedad y del trabajo únicamente para afirmar el empeño del Estado a no obstaculizar, en el ejercicio de la propiedad o en el trabajo, la iniciativa privada: «*nul genre de travail... ne peut être interdit*» [«ningún tipo de trabajo... puede ser prohibido»]; «*nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété*» [«nadie puede ser privado de la más mínima parte de su propiedad»]. Hoy la exigencia de justicia requiere del Estado todo lo contrario: el empeño de asegurar el trabajo a los desempleados; el empeño de destruir la esclavitud económica de quien no tiene propiedad. Por ello, si queremos colocar estos nuevos «derechos sociales» en las casillas sistemáticas con la ayuda de las cuales los constitucionalistas clasifican los derechos públicos del ciudadano, se observa que tales derechos, a causa de su estructura, no podrían clasificarse de igual modo que los tradicionales derechos de libertad de contenido negativo; más bien, deberían contarse entre los derechos «civiles», como denominan los juristas a los derechos que cada uno tiene, en su condición de *civis*, a una ayuda activa, a una prestación positiva de las autoridades públicas.

## 7. La prueba de fuego de la próxima constituyente

Y henos ante la prueba de fuego de la constituyente italiana: *hic Rhodus, hic salta* [Aquí está Rodas, salta aquí]<sup>14</sup>.

Cuando hayamos consagrado en artículos lapidarios, como programa mínimo de convivencia civil, aquellos «derechos sociales» sin los que todos estamos convencidos que no puede existir para el ciudadano verdadera y efectiva libertad política, tendremos la obligación de preguntarnos sinceramente cuál podrá ser el significado práctico de tal proclamación; de qué medios dispondrá la nueva democracia para traducirla en realidad; qué esperanzas no meramente ilusorias podrá el pobre fundar en aquellas promesas solemnes de redención social.

Otros pueblos han dado o están a punto de dar una respuesta completa a estas preguntas. Cuando leemos en la Constitución rusa de 1936 el capítulo *Derechos y deberes de los ciudadanos*, y encontramos, junto a los tradicionales derechos de libertad nacidos de la Revolución francesa (están todos, en los artículos 123 a 128: sólo falta la libertad de asociación política, que implica la pluralidad de partidos, y que a nosotros occidentales nos parece condición inseparable de toda verdadera democracia), los derechos «sociales», enunciados en términos categóricos (artículos 118 a 122), somos conscientes de cuál es el sistema económico con el que la Rusia soviética ha logrado transformar estos abstractos principios de justicia en realidad vivida. Y en cada uno de estos artículos podemos leer en cada párrafo, y con gran claridad, cuáles son las instituciones que garantizan la realización práctica del principio proclamado. Y cuando, mirando al lado opuesto del horizonte, llega a nuestro conocimiento que también en Inglaterra la exigencia de una mayor justicia social viene caracterizada como continuación de la lucha por los «derechos del hombre», iniciada pero no concluida con la revolución francesa<sup>15</sup>, sabemos bien que ya están dispuestos,

<sup>14</sup> Se hace referencia a la fábula de Esopo en la que un atleta fanfarrón sostiene haber realizado saltos prodigiosos en Rodas, y tener testigos de ello, a lo que se le replica que basta que repita el salto. La frase fue objeto de reelaboración por Hegel en su *Filosofía del Derecho*, a la que dio la vuelta (una vez más) Karl Marx en su *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*.

<sup>15</sup> [Nota de P.C.] Véase la magnífica conferencia del capitán E. D. Astley, *Sviluppo político e sociale dell'Inghilterra*, Florencia, 1944 [Addendum del traductor: No se ha encontrado en ningún catálogo o repertorio referencia alguna a la publicación de esta charla; aunque no cabe descartar que una búsqueda

mediante un sistema de seguro social que trae causa del famoso plan Beveridge<sup>16</sup>, los medios prácticos para convertir en realidad cotidiana tal exigencia; y esperamos con fe, ahora que el laborismo ha ganado las elecciones, este grandioso experimento de pacífica revolución social, que quiere lograrse mediante una planificación que no interrumpa bruscamente la economía liberal, alcance los mismos fines de justicia social concebida como condición de la libertad individual, hacia la que se ha puesto en camino, por vías distintas correspondientes a diversas condiciones históricas, la Rusia comunista.

Pero, ¿por qué vías podrá transitar Italia para llegar a la misma meta? ¿Cuáles serán, en esta aspiración común en la cual se sienten hermanados los trabajadores de todo el mundo, las posibilidades de realización práctica de la justicia social que le quedarán a nuestra desolada Italia en la situación de miseria universal a la que el fascismo la ha precipitado?

La experiencia de economía comunista que ha dado sus frutos en Rusia, la experiencia de economía planificada que quizá dará los suyos en Inglaterra, podrán servir para indicar a la próxima constituyente las metas de justicia social a las que deberá orientarse también Italia; pero, en lo que atañe a los medios (si el problema no se planteará en términos mundiales o al menos europeos: nuestra única esperanza) tendremos que hacer cuentas con los medios que tenemos a nuestra disposición: con los recursos destrozados y exhaustos de esta pobre casa en gran parte derruida.

Tales serán las jornadas decisivas de la constituyente: habrá días alegres, en los que enterraremos la monarquía y haremos pedazos, con la creación de las autonomías regionales, la tiranía del burocratismo centralizador. Pero cuando nos dispongamos a resolver el problema de la justicia social, quizá debamos, cabizbajos, admitir que sólo podremos sentar algunas premisas: formular en artículos promesas consoladoras, fijar metas que sirvan de faro al camino de hijos y nietos; y mientras tanto limitarnos a los primeros pasos, a pedir a quien sufre que siga sufriendo, quien sabe durante cuánto tiempo. Cuando nos vienen ganas de tomar como modelo para la formulación de los «derechos sociales» en la nueva Constitución italiana los artículos tan explícitos de la Constitución soviética, nos olvidamos que esta constitución fue redactada como codificación de una revolución *ya producida*: de una revolución ya materializada no sólo política, sino también *socialmente*. Pero en Italia, si la constituyente podrá, en lo que se refiere al problema institucional, limitarse a levantar acta de una revolución ya virtualmente materializada (porque, como es dado a todos entender, las instituciones monárquicas han quedado aplastadas bajo las ruinas del fascismo), nos encontraremos, en lo que atañe al problema social, ante una transformación que *debe aún iniciarse*. ¿Qué actitud podrá adoptar, frente a este problema, la Constitución italiana? Toda constitución, si quiere tener un significado jurídico, debe limitarse a registrar las competencias que ya tienen los órganos o los derechos que ya son tutelados; ¿Cómo podrá la constituyente italiana traducir en

---

en condiciones normales hubiese podido dar algún resultado, no es improbable que Calamandrei se refiera a una conferencia dictada por un miembro de las fuerzas inglesas destinada a Florencia tras la liberación de la ciudad].

<sup>16</sup> El informe Beveridge, que toma su nombre del político liberal William Beveridge, sentó las bases del Estado Social británico, no en menor medida de su sistema público de salud y de los seguros sociales (y entre ellos, de desempleo y de vejez). Fruto de una intensa preparación del mundo del mañana durante el conflicto bélico, la obra fue un enorme *best-seller* en el Reino Unido, la *Commonwealth* y Estados Unidos. Sirvió, además, como un arma de propaganda durante la guerra. Micklethwait y Wooldridge (2014, p. 68) dan cuenta de que fue traducido a veintidós idiomas, y dos copias del mismo fueron halladas en el búnker de Berlín en el que pasó Hitler sus últimos días.

normas legales lo que son meramente una serie de propósitos y de esperanzas? Deberá elaborar un elenco de tendencias, no de hechos consumados.

Tal me parece que es el problema central, no sólo político sino también técnico, de la constituyente: esta dura necesidad, impuesta por la situación en la que Italia se encuentra, de ser no el epílogo, cuanto el prólogo de la revolución social.

A los hombres que deberán redactar las leyes constitucionales de las cuales deberá partir el nuevo *risorgimento* italiano, se presentarán en forma de problemas técnicos las mismas preguntas llenas de dolor que se hacía hace setenta años el poeta:

«...¿Cuándo será el trabajo feliz?  
¿Cuándo será seguro el amor?  
Cuando una fuerte *plebs* de hombres libres  
Dirá, mirando al sol: -- Ilumina  
no los ocios y las guerras a los tiranos,  
sino la justicia pía del trabajo»<sup>17</sup>.

Temo, ¡ay de mí! que a esta angustiosa pregunta, la constituyente no podrá responder: --- ¡Hoy! –Pero ése no debe ser motivo para el desánimo: Nosotros, hombres que hemos vivido y estamos destinados a morir en esta trágica estación del dolor, debemos serenamente crear con la constituyente el instrumento con el que abrir a la justicia social las vías de un mañana que nosotros sólo podemos entrever.

---

<sup>17</sup> Calamandrei reproduce los versos finales de una popular oda de Giosué Carducci de 1877, parte del libro *Odi Barbare*, posteriormente incluida en (Carducci, 1906, p. 907).

## Epígrafe a Kesselring (1952)<sup>18</sup>

Lo tendrás  
camarada Kesselring  
el monumento que pretendes de nosotros italianos  
pero con qué piedra se construirá  
nos toca decidirlo a nosotros  
No con las piedras humeantes  
De los pueblos inermes desgarrados por tu exterminio  
No con la tierra de los cementerios  
Donde nuestros jóvenes compañeros  
Reposan serenos  
No con la nieve inviolada de las montañas  
Que durante dos inviernos te desafiaron  
No con la primavera de estos valles  
Que te vieron huir  
Solo con el silencio de los torturados  
Más duro que cualquier losa  
Solo con la roca de este pacto  
Jurado por hombres libres  
Que voluntariamente se reunieron  
Por dignidad y no por odio  
Decididos a liberarse  
De la vergüenza y el terror del mundo  
Si por estos caminos querrás volver  
En nuestros puestos nos encontrarás  
Muertos y vivos con el mismo empeño  
Un pueblo agrupado en torno al monumento  
Que se llama  
RESISTENCIA

---

<sup>18</sup> Albert Kesselring (1885-1960) fue comandante en jefe de las fuerzas de ocupación alemanas en Italia y responsable, en tanto que tal (y en sus mandos anteriores), de una larga lista de crímenes de guerra. Fue procesado y condenado a muerte en 1947 por un tribunal internacional que celebró sus sesiones en la véneta Mestre. La pena fue finalmente conmutada por la de cadena perpetua. El cambio de circunstancias geoestratégicas asociado a la guerra fría facilitó que en 1952 fuera liberado en atención a su «gravísimo estado de salud». A su regreso a Alemania no sólo fue recibido con gran entusiasmo por los círculos neonazis, sino que osó afirmar públicamente que consideraba que no tenía nada que reprocharse; antes al contrario, los italianos deberían erigirle un monumento, tanto habría hecho por el pueblo transalpino durante los dieciocho meses de ocupación. El 4 de diciembre de ese mismo año, con ocasión del octavo aniversario de la muerte del héroe partisano Duccio Galimberti, torturado y muerto a manos de los fascistas, Calamandrei escribió un epígrafe «*ad ignominia*», colocado desde entonces en el Palacio Municipal de Cúneo, que refleja la ira del pueblo italiano por la liberación del criminal de guerra y cuyos últimos versos forman parte de la memoria popular italiana. No es quizá irrelevante que la Embajada de Alemania presentase una protesta formal ante el gobierno transalpino. El Ministerio de Asuntos Exteriores, en ese momento guiado por el también primer ministro Alcide de Gasperi, calificó la lápida como «iniciativa autónoma» y temporizó, dando más peso a la *realpolitik* que a la defensa de los valores constitucionales (Imarisio, 2019). Publicada en Calamandrei, 1955, el texto se toma de la última edición de 2006 (noticia bibliográfica completa bajo Calamandrei, 1955, p. 239).

## Discurso sobre la Constitución a los estudiantes de Milán (1955)<sup>19</sup>

En el artículo 34 [de la Constitución Italiana] se dice que «Las personas con capacidad y méritos tendrán derecho, aun careciendo de medios, a alcanzar los grados más altos de la formación».

¡Eh! ¿Y si no tienen los medios?

En ese caso, nuestra Constitución contiene un artículo, el más importante de todos, el más importante de toda la Constitución, el más exigente, exigente para quienes tenemos una edad avanzada, pero sobre todo para vosotros los jóvenes que tenéis toda la vida por delante.

Dice así:

«Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que impiden el pleno desarrollo de la persona humana. O lo que es lo mismo, dar trabajo a todos, dar un salario justo a todos, hacer posible que todos puedan ir a la escuela. Dar a todos los hombres la dignidad propia del hombre. Solo cuando se logre todo esto se podrá afirmar que la fórmula afirmada en el artículo 1 «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» se corresponde con la realidad.

Y es que hasta que cada hombre no pueda trabajar y estudiar, y obtener de su trabajo los medios con los que llevar una vida digna de su condición humana, no sólo nuestra República no se podrá decir fundada en el trabajo, sino que tampoco se podrá proclamar democrática, porque una democracia en la que no haya igualdad de hecho, en la que la misma sea solo de derecho, será una democracia puramente formal. Solo será una democracia aquella comunidad en la que todos los ciudadanos sean puestos en condiciones de contribuir a la vida de la sociedad, de dar su mejor contribución a ella, en la que todas las fuerzas morales de todos los ciudadanos sean puestas al servicio de este objetivo, al progreso continuo de toda la sociedad; de este modo comprenderéis que nuestra Constitución es en parte una realidad, pero solamente en parte; en parte es aún un programa, un ideal, una esperanza, una exigencia, una tarea a la espera de ser llevada a cabo ¡A cuánto trabajo os enfrentáis! ¡Cuánto trabajo tenéis por delante!...

<sup>19</sup> Este discurso abrió un ciclo de siete conferencias sobre la constitución organizado por estudiantes universitarios y liceales de Milán, con el apoyo de la venerable Sociedad Humanitaria de la misma ciudad, que tuvo lugar el 26 de Febrero de 1955. Calamandrei sintetiza aquí su visión profundamente política de la constitución, como el más alto instrumento al servicio de la libertad y la justicia, y nacido literalmente de la lucha por las mismas. La fortuna del discurso fue peculiar. Fue «excluido» de las recopilaciones de textos de Calamandrei por él mismo y por compiladores sucesivos, incluido el propio Norberto Bobbio (teniéndolo quizá por una obra menor); al mismo tiempo, la grabación fue difundida en un disco, que no sólo tuvo un notabilísimo éxito tras su publicación en 1959, ya fallecido el autor, sino que ha permitido que la vivísima emoción con la que declamó Calamandrei llegue hasta nosotros. Ello explica que el texto fuese «recuperado» en la celebrada antología de las obras del procesalista florentino *Lo Stato Siamo Noi*, de donde se toma (Calamandrei, 2011b).

Se ha dicho con razón que las constituciones son también polémicas, que en los artículos de la constitución hay siempre, si bien disimulada bajo la formulación fría de sus disposiciones, una polémica. Esta polémica, generalmente, es una polémica contra el pasado, contra el pasado reciente, contra el régimen caído que ha dado paso al nuevo.

Si leéis la parte de la Constitución que se refiere a las relaciones civiles y políticas, a los derechos de libertad, sentiréis la polémica contra lo que precedió a la República, cuando todas estas libertades, que hoy se enumeran y se reafirman solemnemente, eran sistemáticamente negadas. Por tanto, polémica contra el pasado en la parte de los derechos del hombre y del ciudadano.

Pero hay una parte de nuestra Constitución que es una polémica contra el presente, contra la sociedad presente. Porque cuando en el artículo 3 se nos dice: «Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que impiden el pleno desarrollo de la persona humana», se reconoce que estos obstáculos existen a día de hoy, y que hace falta suprimirlos. Emite un juicio, la Constitución, un juicio polémico, un juicio negativo contra el orden social actual, que es necesario modificar mediante este instrumento de legalidad, de transformación gradual, que la Constitución ha puesto a disposición de todos los ciudadanos italianos.

No se trata, sin embargo, de una constitución inmóvil que haya establecido un objetivo estacionario, sino de una constitución que abre caminos hacia el futuro. No quiero llamarla revolucionaria, porque en el lenguaje común por revolución se entiende algo que subvierte violentamente, sino antes al contrario renovadora, progresiva, orientada a la transformación de esta sociedad en la que puede suceder que, aunque existan, las libertades jurídicas y políticas, pierdan su fuerza por las desigualdades económicas, en la medida en que muchos ciudadanos no puedan ser personas y darse cuenta de que en su interior hay una llama espiritual, que si se hubiesen desarrollado en un régimen de igualdad económica podrían haber contribuido también al progreso de la sociedad. Por tanto, polémica contra el presente en el que vivimos y empeño de hacer cuanto sea posible por transformar la situación en la que nos encontramos.

Tened además en cuenta que la Constitución no es una máquina que una vez puesta en marcha se mueve sola. La Constitución es un trozo de papel: si la dejas caer, no se mueve. Para que se mueva hace falta ponerle todos los días combustible, hace falta poner el empeño, el espíritu, la voluntad de cumplir con las promesas, por propia responsabilidad. Es por ello que una de las ofensas que se hacen a la Constitución es la indiferencia política, el indiferentismo político que es –no aquí, por fortuna, en este auditorio, pero frecuentemente entre amplios grupos de jóvenes– un padecimiento propio de jóvenes.

«La política es algo feo», «a mí qué me importa la política»: cuando escucho a alguien este tipo de discurso, me viene a la cabeza la anécdota, que alguno de vosotros conocerá, de dos emigrantes, dos campesinos, que atravesaban el océano en un trasatlántico inestable. Uno de los campesinos dormía en la bodega, mientras que el otro estaba en el puente, y gracias a ello se daba cuenta de que había una fuerte tormenta con olas altísimas, por lo que el barco oscilaba. Fue entonces cuando este campesino, lleno de miedo, le preguntó a un marinero: «¿Corremos peligro?», y éste le dijo: «Si el mar sigue en estas condiciones, el barco se hunde en media hora». Corre entonces a la bodega a despertar a su compañero y le dice: «Beppe, Beppe, Beppe, si el mar sigue en estas condiciones, el barco se hunde en media hora». Y aquél le responde: «A mí qué me importa, el barco no es mío». Esto es lo que significa el indiferentismo en política.

Tan bonito y tan cómodo: hay libertad. Se vive en régimen de libertad, y por tanto hay tantas cosas bellas que ver, que disfrutar, antes que ocuparse de la política. La política no es una cosa agradable. Pero la libertad es como el aire: nos damos cuenta de cuánto vale cuando nos empieza a faltar, cuando se siente la asfixia que las personas de mi generación hemos sentido durante veinte años, y que deseo que vosotros jóvenes no tengáis que sentir jamás, acordándoos cada día que sobre la libertad hay que ser vigilantes, dando la propia contribución a la vida política.

Tened en cuenta que la Constitución es la afirmación escrita en estos artículos, que del punto de vista literario no son bellos, pero es la afirmación solemne de la solidaridad social, de la solidaridad humana, del destino común: si se hunde, este barco se hunde para todos. Es la carta de la propia libertad, la carta que nos confiere a cada uno de nosotros la dignidad propia de la persona.

Me acuerdo de las primeras elecciones después de la caída del fascismo, el 2 de Junio de 1946, de la primera vez que este pueblo, que desde hacía veinticinco años no había gozado de libertades civiles y políticas, acudió a votar después de un período de horrores –el caos, la guerra civil, las luchas, la guerra, los incendios–. Me acuerdo –estaba en Florencia, pero lo mismo sucedió aquí– de las filas de gente disciplinada delante de las mesas electorales, disciplinada y contenta porque tenían la sensación de haber recobrado la propia dignidad del acto de votar, de dar la opinión propia para contribuir a crear la opinión de la comunidad, del ser señores de nosotros mismos, del propio país, de nuestra patria, de nuestra tierra, ser dueños de nuestra suerte, de la suerte de nuestro país.

Es por ello que vosotros jóvenes debéis dar a la constitución vuestro espíritu, vuestra juventud, lograr que viva, sentirla como algo vuestro, darle sentido cívico, conciencia cívica, daros cuenta –esta es una de las grandes alegrías en la vida– de que ninguno de nosotros está solo en el mundo, que somos muchos, que somos parte de un todo, dentro de los límites de Italia y del mundo.

Debéis daros cuenta –a mí me queda poco que decir– que dentro de esta Constitución, de la que sentiréis diversos comentarios en las próximas conferencias, está toda la historia, todo nuestro pasado. Todos nuestros dolores, todas nuestras desgracias, nuestras glorias todas han desembocado en estos artículos. Quien sepa escuchar, tras estos artículos sentirá voces lejanas.

Cuando leo en el artículo 2, «el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social», o cuando leo en el artículo 11: «Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos», la patria italiana entre las demás patrias, digo: esto es Mazzini; o cuando leo en el artículo 8: «Todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley», digo: esto es Cavour; cuando leo, en el artículo 5: «La República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales», digo: esto es Cattaneo; o cuando en el artículo 52 leo, a propósito de las fuerzas armadas: «El ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspirará en el espíritu democrático de la República», ejército del pueblo, digo: esto es Garibaldi; y cuando leo en el artículo 27: «No se admite la pena de muerte», digo: esto, estudiantes milaneses, esto es Beccaria. Grandes voces lejanas, grandes nombres lejanos.

Pero también hay voces humildes, voces recientes. ¡Cuánta sangre y cuánto dolor han hecho falta para llegar a esta Constitución! Tras cada artículo de esta Constitución, ¡oh, jóvenes! debéis ver jóvenes como vosotros, caídos combatiendo, fusilados, ahorcados, torturados, muertos de hambre en los campos de concentración, muertos en Rusia, muertos en África, muertos en las calles de Milán,

en las calles de Florencia, que dieron su vida para que la libertad y la justicia pudiesen ser escritas sobre esta carta. Por eso, cuando os he dicho que ésta no es una carta muerta, no, no lo es, esto es un testamento, el testamento de cien mil muertos.

Si queréis ir en peregrinaje a los lugares en los que nació nuestra Constitución, id a las montañas en las que cayeron los partisanos, a las cárceles en las que fueron recluidos, a los campos donde fueron ahorcados. Allí donde murió un italiano para rescatar la libertad y la dignidad, id allí con vuestros pensamientos, ¡oh jóvenes!, porque allí nació nuestra constitución.

## Esta Nuestra República (1956)<sup>20</sup>

En Francia, de tanto en tanto, se siente florecer de nuevo, frente a la inestabilidad de los gobiernos, la idea de la República presidencial como una salvación; y hay, no solamente en la derecha, quien auspicia una reforma constitucional en tal sentido. Entre nosotros, por el contrario, de tanto en tanto, el espectro de la República presidencial se lo agita como un peligro por quien permanece unido a la tradicional omnipotencia del Parlamento, canon de la República parlamentaria. En realidad, en materia constitucional más que en cualquiera otra materia, *omnis definitio periculosa* [toda definición es peligrosa]; cuando se ha dicho que en Italia tenemos una República parlamentaria no se ha dicho nada preciso: cada Constitución es un *unicum*, y en el marco de las formulas generales, lo que importa son las normas específicas, entendidas en el propio clima histórico del que no pueden ser separadas.

Indudablemente, la nuestra es una República parlamentaria, en la que el jefe del gobierno es distinto del jefe del Estado, y no puede gobernar sin la confianza del Parlamento. Pero quizá los ciudadanos italianos, y los partidos, no hayan valorado todavía de una manera plena lo que quiere decir y cuáles sean las esenciales novedades que haya introducido en los viejos esquemas del sistema parlamentario, el tener una Constitución, como dicen los constitucionalistas, rígida y programática. Rigidez de la Constitución (esto es, inmutabilidad de ella por medio de leyes ordinarias) quiere decir que ha quedado reducida la omnipotencia del Parlamento al legislar: el Parlamento (a menos que se reúna como Constituyente) no es ya libre de hacer las leyes que considere convenientes. La antigua expresión de que el Parlamento lo puede todo menos convertir el hombre en mujer no es ya una verdad: el Parlamento lo puede todo menos hacer leyes que estén en oposición con la Constitución.

Pero esto significa no solo limitación del poder legislativo en cuanto a hacer leyes en oposición con la Constitución, sino también limitación de los poderes del gobierno, el cual no puede proponer leyes en contraste con la Constitución: existe pues en la dirección política del gobierno una primera limitación negativa, que le deriva de los límites señalados por la Constitución: el gobierno no puede proponer una ley que niegue la libertad de prensa, la igualdad de todas las opiniones políticas:

---

<sup>20</sup> Antes de someterse a la intervención quirúrgica que no sobreviviría, Calamandrei dejó listo para su publicación en *Il Ponte* (Calamandrei, 1956b) un artículo en el que reivindica una vez más el valor jurídico y político de la Constitución. En el trasfondo del texto está sin duda la amarga experiencia con los primeros gobiernos post-constitucionales, liderados por el ala degasperiana de la Democracia Cristiana, que socavó la Constitución de 1947, bien optando por lo que el jurista florentino denunció como su no actuación (Calamandrei, 1956a), bien infringiendo su letra y su espíritu (piénsese en la ley «truffa», la ley electoral que concedía un premio de mayoría a la lista o coalición que superase el 50% de los votos: (Canfora, 2013).

La redacción de *Il Ponte* hizo preceder el texto de Calamandrei de la siguiente nota en su primera publicación:

«Éste es el último artículo de Piero Calamandrei: escrito inmediatamente antes de la operación, faltaban sólo los últimos retoques que al autor solía dar antes a la primera redacción de sus escritos. Por el mensaje que contiene y por la circunstancia en que fue escrito, nos parece que adquiere casi un valor simbólico; y como tal lo confiamos a la meditación y afecto de los lectores. Se incluyen entre corchetes adiciones que hemos creído oportuno insertar para hacer aún más inteligible un discurso que es de por sí clarísimo».

La traducción de este artículo es la de Santiago Sentís Melendo, y se toma del Boletín del Instituto de Derecho Procesal, Universidad Nacional del Litoral, volumen 7, pp. 17-19, consagrado en su totalidad a homenajear a Piero Calamandrei.

[estableciendo así] una discriminación de partidos. Si la propone, el Parlamento no puede aprobarla; si la aprueba, la ley es ineficaz.

Pero otras características típicas derivan del hecho de que nuestra Constitución es programática, esto es, contiene un verdadero y propio programa de transformación social de la sociedad, cuyos fundamentos son los del derecho al trabajo, de la efectiva participación de los trabajadores en el gobierno, del derecho al salario. Este programa es un propósito de reformas: el gobierno debe seguir la dirección política que conduzca a estas reformas. Hay, pues, una doble serie [de vínculos]: no puede hacer contra la Constitución; debe hacer según la Constitución; debe legislar y gobernar.

Para garantía de estas limitaciones existen dos órganos: el Tribunal Constitucional, que tiene el poder de anular las leyes contrarias; el presidente, que tiene el poder de garantizar la continuidad constitucional; y esto de tres modos: negándose a firmar los Proyectos de ley, remitiendo de nuevo al Parlamento las leyes contrarias, negándose a promulgarlas. Tiene, además, el poder positivo de recordar a los gobiernos la dirección programática; y de disolver las cámaras si el gobierno se apartase de este programa. No es irresponsable como el rey; es responsable por atentados a la Constitución. Por esto debe vigilar para que la dirección política del gobierno no sea contraria [a la Constitución].

Ésta es nuestra Constitución; la cual no es la traducción al lenguaje republicano del Estatuto Albertino, en el que el rey reina pero no gobierna. El rey era un poder diverso; pero el presidente de la República emana del pueblo; y, por consiguiente, él es el representante de este poder del pueblo de recordar a los otros órganos el compromiso contraído por el pueblo en la Constitución.

En este mecanismo existe una garantía jurídica de continuidad de directivas políticas que no existe en otras Constituciones: un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino de que se irá adelante. Quien quiera detenerse es contrario a la Constitución.

Esto puede desagradar a alguno que querría permanecer firme. Pero ésta es la Constitución: *hoc iure utimur* [hacemos uso de este derecho]. Éste es el programa sobre el cual los partidos democráticos pueden encontrarse de acuerdo: este es el espíritu según el cual la esperanza que animó a los caídos en la Resistencia se ha traducido en deber político.

## Bibliografía

- Bobbio, N. (2001). Il più giovane dei miei maestri. En G. Calogero, *Le Regole della democrazia e le ragioni del socialismo* (pp. 114-120). Reggio-Emilia: Diabasis.
- Calamandrei, P. (1949). *Cenni Introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*. Florencia: Barbera. Nueva edición Calamandrei, P. (1968). *Cenni Introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*. En P. Calamandrei, *Opere Giuridiche, vol. III: Diritto e Processo Costituzionale* (pp. 288-336). Nápoles: Morano.
- Calogero, G. (1945). *Difesa del Liberal Socialismo*. Roma: Atlantica.
- Carducci, G. (1906). *Poesie*. Bologna: Zanichelli.
- Carr, E. H. H. (1942). *Conditions of Peace*. Londres : MacMillan. Edición castellana Carr, E. H. H. (1944), *Condiciones de Paz*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Chardonne, J. (1939). Politique. *Nouvelle Revue Française*, 305, pp. 193-211.
- Micklethwait, J y A. Wooldridge (2014). *The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*. Londres: Penguin.
- Mirkin-Guetzevich, B. (1928). *Les constitutions de l'Europe nouvelle*. Paris : Delagrave. Edición castellana Mirkin-Guetzevich, B. (1931). *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, Madrid: Editorial España.
- Montanari, T. (9 abril, 2020). #loRestoaCasa e leggo un classico: Il discorso sulla Costituzione di Piero Calamandrei presentato da Tomaso Montanari. *Micromega*. Recuperado de <http://temi.repubblica.it/micromega-online/iorestoaCasa-e-leggo-un-classico-il-discorso-sulla-costituzione-di-piero-calamandrei-presentato-da-tomaso-montanari/>.
- Rosselli, C. (1945). *Socialismo Liberale*, Florencia : Ediciones U<sup>21</sup>.
- Routh, D.A. (1 febrero, 1945). L'Angleterre et la Révolution du XXe siècle. *Esprit*, 107(3), nueva serie, pp. 322-331. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/24249680>.
- Salvemini, G. (1919). *Rivoluzione Francese* (4ª ed). Roma: La Voce.
- Togliatti, P. (1962). Il Partito Comunista e il nuovo stato. En *Fascismo e antifascismo. Le testimonianze, vol. II, 1936-48* (pp. 635-646). Milán: Feltrinelli. Nueva edición Togliatti, P. (2014). Il Partito Comunista e il nuovo stato. En *La Politica nel Pensiero e nell'azione. Scritti e Discorsi 1917-1964* (pp. 1812-1828). Milano: Bompiani.

<sup>21</sup> El original elaborado en el destierro en Lipari fue traducido al francés por Stefan Priacel (posteriormente uno de los traductores de los juicios de Nuremberg, Paris: Valois, 1930; fue de nuevo impreso en edición crítica de John Rosselli en el primer volumen de las obras escogidas de Carlo Rosselli, Turín: Einaudi, 1973, y simultáneamente, con introducción de Norberto Bobbio, en la colección *Nuova Universale Einaudi* [con sucesivas ediciones, incluidas varias en formato de bolsillo, aún en fondo vivo]. Hay traducción al castellano del exiliado Diego Abad de Santillán, finalmente publicada en España en una edición hace tiempo agotada de la editorial Pablo Iglesias, Madrid: 1991.

# Sobre un derecho inexistente. A propósito de «Democracia y derecho a decidir» de Josep M. Vilajosana

## About a non-existent right. On «Democracy and the right to decide» by Josep M. Vilajosana

Manuel Atienza Rodríguez  
Universidad de Alicante  
ORCID ID 0000-0001-6569-1402  
[manuel.atienza@ua.es](mailto:manuel.atienza@ua.es)

Cita recomendada:

Atienza, M. (2020). Sobre un derecho inexistente. A propósito de "Democracia y derecho a decidir" de Josep M. Vilajosana. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 422-431.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5721>

Recibido / received: 20/07/2020

### Resumen

El autor considera que la tesis defendida en el trabajo de J. M. Vilajosana, *Democracia y derecho a decidir* es insostenible: el derecho a decidir (o sea, el derecho a la secesión) es incompatible con el Derecho español actual. Entre muchos otros defectos, la tesis de Vilajosana presupone una concepción del Derecho y de la interpretación en la que el texto de las normas (concretamente el de las normas constitucionales) resulta completamente irrelevante.

### Palabras clave

Democracia, derecho a decidir, autodeterminación, Constitución española, anticonstitucionalidad).

### Abstract

*The author considers that the thesis defended in the work of J. M. Vilajosana, Democracy and right to decide, is untenable: the right to decide (that is, the right to secession) is incompatible with current Spanish law. Among many other defects, Vilajosana's thesis presupposes a conception of law and interpretation in which the text of the norms (specifically that of the constitutional norms) is completely irrelevant.*

### Keywords

*Democracy, right to decide, right to self-determination, Spanish Constitution, unconstitutional.*



## 1.

No creo que tenga que pedir perdón por ello a Josep Maria Vilajosana, pero después de haber leído su artículo no he podido evitar pensar que había asistido a un ejercicio de prestidigitación, mal ejecutado... seguramente porque era imposible ejecutarlo bien. Quiero decir, entre el día y la noche hay zonas de transición, penumbrosas –el amanecer y el atardecer–, pero si a las doce del mediodía de un caluroso día de julio en Alicante y bajo un sol de justicia que le achicharra a uno el cráneo alguien se empeñara en convencerte de que en realidad es de noche y de que lo que brilla en el cielo y proyecta ese calor sofocante no es el sol, sino la luna, pues lo más probable es que no lo logre, a no ser que uno tenga alguna razón previa –del tipo que sea– para aceptar todo aquello que su interlocutor le proponga. No estoy en esa situación, pero quiero aclarar desde el comienzo que siento aprecio por Vilajosana aunque al mismo tiempo me sienta muy distante de lo que han sido sus posiciones políticas en los últimos tiempos. Digo esto para que se entienda que lo que voy a decir aquí no constituye ningún ataque personal, sino una crítica –radical– a ideas que me parecen simplemente equivocadas. El lector –y el propio Josep Maria– juzgará si es así y, por supuesto, entenderé perfectamente que lo haga(n) con la misma –o aún mayor– radicalidad que yo empleo. El debate racional impone por supuesto ciertos límites pero entre ellos –entre los límites fundados– no está el de renunciar a la sinceridad o a expresar con claridad las propias ideas simplemente por razones de conveniencia personal. Y como nos conocemos desde hace tiempo, creo que Vilajosana también pensará que lo que aquí voy a decir está completamente en línea con su propuesta de «generar un clima en el que se pueda discutir desapasionadamente [o sea, libremente] sobre las distintas cuestiones que han emergido del llamado proceso político catalán».

La razón fundamental que me lleva a pensar que el artículo que comento es un completo error es la siguiente. Vilajosana no pretende aquí defender el carácter moral o políticamente justificado del derecho a decidir, o sea, el derecho a la secesión (su legitimidad); esa puede considerarse como una cuestión abierta, sobre la que luego diré algo. Lo que él sostiene es que ese derecho a decidir es compatible con el ordenamiento jurídico español y, en particular, con lo que establece la Constitución. De manera que lo que él plantea es un problema de interpretación; según él, el Derecho español contendría –implícitamente– un «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 el marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente’». Y ese derecho (expresado en un enunciado como el anterior, o algún otro que tuviera un significado análogo) se extraería –según él– mediante un procedimiento de ponderación en el que se sopesara, por un lado, la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE) y la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE) y, por otro lado, el principio democrático (art. 1.1 CE) y el principio de participación política (art. 23.1 CE). Pues bien, el Derecho español no contiene semejante derecho, ni es posible extraerlo implícitamente de lo que cabría considerar como el material en bruto del Derecho, de sus enunciados explícitos. Empeñarse en lo contrario equivale, como digo, a confundir el día con la noche y supone, en mi opinión, un tipo de ceguera –de ceguera ideológica–, que no contribuye en nada a la búsqueda de una solución para un problema que evidentemente es real y es sumamente grave. Mis argumentos para pensar así –que la tesis de Vilajosana no está teóricamente fundamentada– son los siguientes.

## 2.

### 2.1.

El primero es de carácter general y se refiere a que Vilajosana parece haber abandonado algunos rasgos que, según creo, caracterizaban hasta hace poco su manera de entender la filosofía del Derecho: el uso del método analítico, la defensa del positivismo jurídico o la exigencia de tomarse el Derecho (y los derechos) en serio.

Así, un lector que no conociera los antecedentes teóricos de Vilajosana tendría la impresión, me parece, de que el artículo que comento no había sido escrito por un iusfilósofo analítico y, menos aún, por un positivista jurídico. No le reprocho exactamente ninguna de estas dos cosas, porque yo no me considero tampoco en muchos aspectos un iusanalítico y el positivismo jurídico lo considero, en cualquiera de sus versiones, una concepción equivocada del Derecho. Pero sigo pensando que los analíticos introdujeron una exigencia de rigor conceptual y, en general, de claridad, y una serie de herramientas para lograr esos objetivos, que sería equivocado dejar de lado. La crítica a la filosofía analítica no puede consistir en abandonar la tarea de clarificar conceptos y problemas y entregarse a la imprecisión –por no decir, obscuridad– conceptual y al uso de un lenguaje puramente emotivo, dirigido fundamentalmente a suscitar emociones. Como tampoco la crítica –fundada– al positivismo jurídico puede confundirse con el olvido del Derecho positivo, esto es, no puede llevar a desconocer que la práctica social en que consiste el Derecho tiene como límite ciertos materiales de carácter autoritativo: si no fuera así, simplemente no estaríamos ya situados en el tipo de actividad social en que consiste el Derecho.

### 2.2.

El trabajo de Vilajosana proporciona muchos ejemplos de oscuridad conceptual. Para empezar, ni siquiera queda muy claro qué hay que entender por «derecho a decidir». Antes he partido de una especie de definición que aparece en el texto (y que Vilajosana toma de otro autor), pero la misma exigiría un mínimo de desarrollo, de clarificación conceptual, para saber con alguna precisión en qué sentido se utiliza esa expresión. En lugar de eso, lo que nos dice Vilajosana es que ese derecho al parecer existiría –como derecho que forma parte del ordenamiento español– si es que la Constitución española permite que la *Generalitat* plantee una consulta a los catalanes sobre su futuro político. Pero esto, claro, no es decir mucho. Hay muchas formas de consultar a los catalanes (o a los asturianos, a los gallegos, a los españoles...) sobre su futuro político, sin que esa consulta suponga –imagino– un ejercicio del derecho a decidir en el que está pensando Vilajosana. Parecería que él se está refiriendo al «derecho a la secesión», pero evita utilizar esa expresión, seguramente para no incomodar a cierto tipo de lector. «Derecho a decidir» suena obviamente mucho mejor (¿quién no va a ser partidario de poder decidir?) y supone también una buena alternativa (en términos retóricos) al «derecho a la autodeterminación», dada la manifiesta imposibilidad de aplicar esa figura del Derecho internacional al caso catalán. Pero esas operaciones de marketing conceptual no dejan de plantear, claro está, problemas de coherencia. Si «la declaración unilateral de independencia por parte de la *Generalitat*» no tiene «cobertura constitucional», como afirma ahora Vilajosana, ¿por qué no lo reconoció y declaró así en su momento?, ¿por qué no afirmó entonces, en los momentos cruciales del *procés*, que aquello era justamente un golpe de Estado, aunque sin recurrir a medios violentos?

Tampoco, por cierto, hay forma de entender bien qué es lo que Vilajosana considera como permiso débil o fuerte. Aquí parte de una definición clara (la de von Wright), pero exactamente tres líneas después de enunciarla la abandona, al afirmar

(en nota a pie de página) que «por supuesto» cabe una «manera de argumentar de manera plausible» que la Constitución española permite *en sentido fuerte* realizar el tipo de consulta en que consistiría ese derecho a decidir. Ahora bien, si la existencia de un permiso en sentido fuerte supone que «en el sistema jurídico relevante (en el español) hay una norma de permisión», ¿en dónde está establecida esa norma?, ¿dónde dice la Constitución que está permitida esa conducta (recordemos la definición: «expresar y realizar [...] la voluntad de redefinir el estatus político [...] incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente»)?

Y así podríamos seguir, en realidad, con todos los conceptos que constituyen el armazón de la tesis de Vilajosana: ponderación, neoconstitucionalismo, interpretación evolutiva, concepción densa de la democracia... sobre algunos de ellos volveré en seguida, pero tampoco es que haya mucho que decir desde el punto de vista del análisis conceptual, puesto que el uso que de ellos hace Vilajosana es más bien persuasivo: aparecen en su texto seguramente porque le parecen palabras prestigiosas que podrían llevar al lector poco avisado a la aceptación de su tesis sin necesidad de someterla a ningún análisis crítico. Está claro que a todos nos gusta poder decidir, deseamos vivir en democracias plenamente desarrolladas, no queremos que las normas se interpreten de forma rígida y retrógrada, etc... pero también es obvio, me parece a mí, que no podemos decidir sobre cualquier cosa, que no es fácil tener ideas claras sobre lo que es una democracia desarrollada (densa) y sobre cuáles son los caminos para llegar a ella, que hay unas cuantas teorías de la interpretación que pugnan entre sí desde hace tiempo en relación con qué cabe entender por interpretar (cuándo se interpreta y cuándo, en lugar de interpretar, se está abandonando el Derecho), qué métodos interpretativos cabe usar y cuándo. Cuestiones, estas últimas, que Vilajosana no se plantea, sino que las da por resueltas, pero simplemente –en mi opinión– por razones ideológicas, porque le parece que la imprecisión conceptual es lo que mejor conviene a sus fines.

### 2.3.

Pasemos entonces a considerar la ponderación. Se trata de un procedimiento argumentativo (si se quiere, de un tipo de interpretación) que a mí me parece legítimo usar en ocasiones: pero tienen que darse esas ocasiones, y tiene que hacerse de acuerdo con ciertos criterios.

Cuando la ponderación la lleva a cabo un juez o un intérprete (o sea, cuando no hablamos de la ponderación que efectúa el legislador), el presupuesto es que exista una laguna en el nivel de las reglas. Según Vilajosana, aquí sí que existiría una laguna, porque no hay ninguna regla constitucional que regule el caso (si la Generalitat tiene competencia para convocar ese referéndum), de manera que a lo que él se estaría refiriendo sería a una laguna normativa, no a una laguna axiológica (cuando el caso está regulado, pero de manera equivocada, contraria a los principios o valores del sistema). Ahora bien, la definición comúnmente aceptada de laguna normativa supone no solo la existencia de un caso sin solución, sino de un caso que tendría que estar regulado por el sistema (según una cierta terminología, un caso que sea relevante para el sistema). Por ejemplo (un caso típico de ponderación), en la Constitución española (y en casi todas las constituciones) hay una laguna en relación con los supuestos en los que entran en conflicto el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad y al honor: para resolver esos casos, los jueces (los magistrados del Tribunal Constitucional) sólo disponen de principios y, por ello, tienen que ponderar. Pero en el Derecho español no existe ninguna laguna por el hecho de que no esté regulado a qué hora debemos desayunar, qué alimentos debemos tomar, etc. No lo está, porque esas circunstancias no son relevantes para el Derecho, en el sentido de que cada uno (al menos cada adulto en condiciones normales) puede

hacer al respecto lo que mejor le parezca, al margen del Derecho. Y, por razones semejantes, no está regulada tampoco la posibilidad de secesión y de plantear un referéndum sobre ello, pero en este caso no porque cada comunidad autónoma o cada porción del territorio estatal pueda hacer lo que quiera, sino porque es obvio que no puede (no tiene competencia para) hacerlo, de la misma manera que no podría declarar el estado de excepción o pedir el ingreso en la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Hay una infinidad de conductas no reguladas en el sistema y que obviamente no suponen ningún tipo de laguna.

Pero además, aunque aceptáramos la existencia de una laguna normativa (que no existe), la forma de ponderar que sugiere Vilajosana es obviamente inaceptable, como muy bien señala Moreso en su comentario. La indisolubilidad del art. 2 de la Constitución no es, efectivamente, una cláusula pétrea, puesto que podría cambiarse, como pueden cambiarse todos los artículos de la Constitución, pero mediante la reforma constitucional, y no mediante una ponderación de principios: «La indisolubilidad es como la definición de *tablero* en el juego del ajedrez, si lo cambiamos, cambiamos de juego». O, dicho quizás de otra manera: a Vilajosana parece haberse olvidado aquí un principio esencial en la argumentación jurídica y, por tanto, también en la ponderación: el principio de coherencia. ¿Quién puede pensar que es coherente con el texto y con los valores de la Constitución una norma que establece el derecho de uno de los territorios a la secesión?

#### 2.4.

Bueno, quizás pueda pensar así alguien partidario de una concepción del Derecho que suele denominarse «neoconstitucionalismo» y que, en mi opinión, resulta completamente rechazable. He escrito recientemente sobre ello (Atienza, 2017, cap. V), y no voy a repetirme aquí, pero sí quiero recoger algunas de las conclusiones a las que, en mi opinión, hay que llegar a propósito de esa concepción. La primera es que el uso de ese término –«neoconstitucionalismo»– es absolutamente confuso y, por ello, convendría reservarlo únicamente para los autores que se califican a sí mismos de «neoconstitucionalistas». La segunda es que lo que parecen sostener esos autores neoconstitucionalistas puede reducirse a estas tres tesis: la no distinción entre el Derecho y la moral; la caracterización del Derecho como un conjunto de principios; el activismo judicial (que sería la consecuencia de las dos tesis anteriores). Y la tercera conclusión es que ni Ferrajoli, ni Dworkin, ni Alexy, ni Nino (autores que Vilajosana parece tener muy en cuenta en su texto) tienen nada que ver con el neoconstitucionalismo, puesto que no defienden ninguna de las tres anteriores tesis.

Pues bien, como era de esperar, el uso que Vilajosana hace de «neoconstitucionalismo» es notablemente confuso, puesto que ni siquiera parece haber reparado en la ambigüedad del término, que puede designar tanto un fenómeno jurídico (un cambio que ha tenido lugar en los tiempos recientes en nuestros Derechos) como una concepción del Derecho. Pero, por lo demás, él sí que parece aceptar esa concepción en una versión particularmente extrema y yo creo que equivocada. Por un lado, identifica sin más –en el aspecto que aquí nos interesa– el Derecho y la moral y, en consecuencia, niega la posibilidad de que pueda existir Derecho ilegítimo, Derecho injusto: «no cabe distinguir entre legalidad y legitimidad substancial de las normas cuando estas establecen derechos humanos». Y si es así, por cierto, ¿para qué partir, como hace en su trabajo, de la distinción entre legalidad y legitimidad a propósito del derecho a decidir?, ¿dónde está la utilidad de la distinción? Por otro lado, el Derecho, al menos el Derecho de los derechos humanos, se reduce en su opinión a un conjunto de principios que, además, entiende como reglas ideales en el sentido de von Wright. O sea que, según él, la regulación jurídica de los derechos humanos estaría compuesta por normas que –son las expresiones

que emplea von Wright para caracterizarlas— «tienen más relación con ser que con hacer», y se hace referencia a ellas —a las reglas ideales— «cuando decimos que un hombre tiene que ser generoso, sincero, justo, ecuánime, etc.» (von Wright, 1971, p. 33). Y, en fin, si en eso consiste el Derecho, entonces parece claro que sus límites no es que sean fluidos, sino que tienden a ser inexistentes, de manera que se da cancha abierta al activismo judicial y, en general, al activismo de los intérpretes. El Derecho, en definitiva, dice lo que cada intérprete (de acuerdo con sus opiniones morales y políticas) dice que dice. Sólo así, efectivamente, se puede llegar a las conclusiones a las que llega Vilajosana.

Y sobre esto quisiera añadir algo. Muchos independentistas catalanes afirman que a lo que ellos aspiran es a hacer de Cataluña un país como Dinamarca que, por cierto, no es una república. Pero propuestas iusteóricas como la de Vilajosana a lo que acercarían la futura República catalana es a algún país (este, sí, de forma política republicana) como Bolivia. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia reconoce en efecto basarse en los principios del neoconstitucionalismo y su manera de entender la ponderación podría muy bien haber servido de inspiración a Vilajosana. Así, en una decisión de no hace demasiado tiempo y que seguramente el lector recordará, el Tribunal boliviano decidió que la Constitución del país permitía la reelección del entonces presidente, Evo Morales, a pesar de que había como una cincuentena de artículos constitucionales que decían lo contrario; pero lo fundamentaron apelando a un artículo de la Convención de San José que simplemente reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo y que los magistrados bolivianos consideraron «de preferente aplicación».

## 2.5.

Algo que resulta verdaderamente grotesco —y que me perdone Vilajosana por la expresión— es el intento de utilizar a Nino como argumento de autoridad en favor de su tesis de que la Constitución española permite la consulta a la ciudadanía catalana (no al conjunto de los españoles) sobre si desea constituir un Estado propio. Según Vilajosana, los principios en los que, de acuerdo con Nino, se fundamentan los derechos humanos —el de autonomía, el de inviolabilidad y el de dignidad— son definitorios de los «Estados liberales», de manera que, si se infringen, entonces lo que tendríamos es una perversión de la democracia (no el *principio* de la mayoría, sino el *dominio* de la mayoría). Y como, según él, esos tres principios apuntan a que el sujeto de la consulta sean los catalanes (esto es, a que haya que reconocer un derecho a la secesión), pues entonces no cabe otra que interpretar así la Constitución. Y si no se hiciera o, mejor, en la medida en que no se está haciendo, hay que concluir que la Constitución está vulnerando la autonomía, la inviolabilidad y la dignidad, pero no sólo de los catalanes, sino también —imagino— de todos aquellos ciudadanos que forman parte de «una minoría con contornos territoriales definidos y con lengua, cultura e instituciones propias», lo que quiere decir, de todos, o sea de cualquier individuo (quizás mejor, de cualquier ciudadano español) que resida en cualquiera de las Comunidades Autónomas, pues todas ellas parecen cumplir con esos requisitos.

En fin, para darse cuenta del disparate en que incurre Vilajosana, nada mejor, me parece, que acudir a los hechos. Dado que no parece haber ningún país (o ningún país supuestamente democrático) cuya Constitución permita lo que él sugiere, parece que no tendríamos otro remedio que aceptar que en el mundo no existen democracias (quizás la primera sería la española, interpretada a la manera de Vilajosana). Y para acreditar ese hecho me remito a la autoridad de un prestigioso constitucionalista catalán, Víctor Ferreres, que ha escrito recientemente que «los países democráticos que han experimentado pulsiones internas secesionistas no han dado el paso de reconocer en su ordenamiento jurídico-constitucional un derecho a decidir (en sentido

débil), ni siquiera de manera implícita» (Ferrerres, 2016, p. 469). Aclaro que Ferrerres entiende por derecho a decidir en sentido débil el derecho a ser oído sobre la secesión, mientras que el derecho en sentido fuerte supondría el derecho a decidir la secesión. Y que en el elenco de los países democráticos que han experimentado esas pulsiones internas secesionistas incluye a Gran Bretaña, a Canadá y a los Estados Unidos.

## 2.6.

Y vayamos ahora a la cuestión del referéndum, que vendría a ser la concreción del derecho a decidir que Vilajosana cree poder extraer de la Constitución española. Nadie discute, por cierto, que la Constitución permite la celebración de un referéndum en ciertos casos. Exactamente, la figura, como bien se sabe, está regulada así en el art. 92: «Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados». Y nadie parece albergar tampoco ninguna duda de que nuestra Constitución no contiene cláusulas pétreas, esto es, todos sus artículos pueden ser cambiados, pero de acuerdo con los procedimientos de reforma que establece la propia Constitución. Las dudas se refieren entonces a si es posible convocar un referéndum sobre una de esas decisiones políticas de especial trascendencia (como lo sería la secesión de un territorio) sin consultar a todos los ciudadanos, a todos los españoles, sino únicamente a una parte de ellos, en este caso, a los catalanes.

A mí me parece que no, que no es posible ese referéndum consultivo y que el Tribunal Constitucional español tiene razón al haberse pronunciado así en dos sentencias recientes (103/ 2008, de 11 de septiembre y 42/2014, de 25 de marzo). Y no sólo porque va patentemente en contra del tenor del antes mencionado art. 92, sino porque resultaría incoherente con la Constitución pues eso significaría, efectivamente, suplantar el proceso de reforma constitucional. Pero aunque no fueran así las cosas, esto es, aunque se pudiera constitucionalmente convocar ese referéndum consultivo dirigido a la ciudadanía catalana, parece evidente que ese no es el tipo de consulta que requiere el derecho a decidir interpretado a la manera de Vilajosana. Como ya varias veces he dicho, el texto que comento no se caracteriza precisamente por su claridad, pero lo que él defiende –en términos de Ferrerres– sería el derecho a decidir en sentido fuerte, lo que incluye también –pero simplemente como medio, como instrumento– el sentido débil. Repito de nuevo los dos términos que él emplea en lo que puede considerarse como la definición de derecho a decidir de la que parte: derecho a «expresar y realizar» la voluntad de constituir un Estado independiente.

## 2.7.

El comentario que Moreso hace del texto de Vilajosana coincide yo creo que en el fondo con las críticas que acabo de efectuar, pero Moreso se esfuerza (me parece que el uso de este último verbo es oportuno) por conceder al planteamiento de Vilajosana una pizca de razón: «el principio democrático exige al gobierno de España una negociación de buena fe, que incluye la posibilidad de convocar un referéndum. Si el referéndum acordado, en los términos que fuese, diese un resultado favorable a la secesión, entonces sólo se habría recorrido la mitad del camino [...] Quedaría todavía llevar a cabo un proceso de reforma constitucional, en los términos del art. 168 de la Carta magna, para alcanzar el final del trayecto».

Yo no participo, sin embargo, de esa opinión. Reconozco en ella –si es que se trata de una propuesta– un deseo muy elogiabile de encontrar puntos de acuerdo, de esforzarse por crear una salida razonable al problema catalán, pero creo que no resolvería nada sino que, más bien, contribuiría a complicar las cosas.

Por un lado, conviene no olvidar que si el derecho a la secesión en sentido débil no está incluido en ninguna Constitución de un país democrático, seguramente sea por algo. Y, por cierto, no deja de resultar extraño que ni Vilajosana ni Moreso hagan ninguna referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de enero de 2017 que negó el derecho del Land de Baviera a celebrar un referéndum de independencia alegando, entre otras cosas, que «no hay espacio bajo la Constitución para que los Estados individuales intenten separarse». Como se ve, un nuevo caso de Estado –me refiero al alemán– que, según Vilajosana, conculcaría los tres principios fundamentales de Nino y al que, en consecuencia, no podría considerarse como una verdadera democracia.

Por otro lado, un referéndum que (como todos los datos que tenemos nos llevan a pensar) no arrojava una mayoría clara ni en un sentido ni en otro sería, casi con total seguridad, una gran fuente de inestabilidad política y no solo para Cataluña. Los partidarios del referéndum consultivo suelen citar en apoyo de su tesis (así lo hace Moreso) un artículo de periódico de Rubio Llorente (8 octubre de 2012). Pero lo que este último dice es que, para ello, para poder convocar ese referéndum, se necesitaría una ley orgánica que regulase esa nueva modalidad de referéndum y a él le parece además obvio (y yo creo que a cualquier persona razonable) que «una decisión de esta naturaleza [la decisión de crear un nuevo Estado] requiere algo más que una mayoría simple; ha de ser una mayoría muy cualificada». Pues bien, ¿qué se imagina el lector que ocurriría si, en ese referéndum, triunfara el no a la secesión? ¿Se acabarían con ello las exigencias de los independentistas de convocar un nuevo referéndum? Imaginemos por el contrario que lo que triunfa, pero por un margen relativamente estrecho, fuera el sí, ¿aceptarían en tal caso los independentistas que la falta de una mayoría muy cualificada es suficiente para justificar la no secesión? ¿Se acabaría con ello el problema del independentismo catalán? Y, en fin, si Vilajosana y los que piensan como él tienen razón, ¿no habría que someter periódicamente a referéndum esa cuestión, puesto que parece obvio que las opiniones de la gente pueden cambiar y podrían, en consecuencia, querer cada cierto tiempo «expresar y realizar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad»? ¿Por qué será entonces que, al parecer, en ninguno de los proyectos de Constitución que se han propuesto para la República catalana aparece contenido ese derecho a decidir (ni en sentido débil ni en sentido fuerte)?

Y, en fin, los esfuerzos de Moreso por aproximarse de alguna manera a las tesis de Vilajosana me parecen, como he dicho, meritorios, pero no sé si también cabría aplicar a esta situación la frase atribuida a Ortega y Gasset: «los esfuerzos inútiles conducen a la melancolía». Lo digo porque Moreso traza una distinción entre dos nociones de lo que significa tener un derecho, siguiendo el conocido esquema de Hohfeld. Habría entonces derechos-pretensión (derechos en sentido fuerte) y derechos-libertad (derechos en sentido débil) y, en su opinión, el derecho a decidir (a su vez, en las dos versiones, débil y fuerte, distinguidas por Ferreres) sólo podría considerarse como un derecho perteneciente a esta última categoría: así, la ciudadanía catalana tendría, en la situación actual, derecho a que se convocase un referéndum, pero siempre y cuando se dieran ciertas condiciones (las del art. 92 y 150.2 de la Constitución española) cuyo cumplimiento dependería de la voluntad de otras instancias. O sea, es como si yo dijera que tengo derecho a recibir todos los

bienes de los que Vilajosana es propietario, simplemente porque él podría decidir donármelos. ¿Pero puede consistir en eso tener un derecho fundamental?

### 3.

La conclusión de todo lo anterior es obvia y yo creo que inapelable: el Derecho español (el vigente a día de hoy) no reconoce un derecho a la secesión, en ningún sentido comprensible de la expresión «tener un derecho». Pero otra cosa es si debiera reconocerlo, esto es, si se puede justificar, desde un punto de vista político-moral, el derecho a la secesión.

Sobre esto último, mi postura es completamente coincidente con la expresada por Moreso (en su comentario al trabajo de Vilajosana, pero también en un artículo de 2018 en el que había desarrollado ese tema con mayor extensión) y también por Ferreres. Ambos parten de la existencia de tres grandes teorías para tratar de justificar el derecho a la secesión: la que apela al principio democrático, la que se basa en el principio de las nacionalidades y la llamada «doctrina reparadora», según la cual lo que legitima la secesión es la existencia de injusticias graves que sufre una determinada comunidad concentrada en un territorio, por parte de la comunidad más amplia en la que se integra. Muestran las dificultades insalvables que plantean las dos primeras teorías. Aceptan en abstracto la tercera: la secesión es legítima cuando se basa en una justa causa. Y niegan que esa situación de injusticia grave se de en el caso de Cataluña. Me limito entonces a reproducir aquí las conclusiones (coincidentes entre sí) a las que llegan esos dos autores y que hago mías:

Ahora bien, en el caso concreto de Cataluña, esta tercera teoría no ofrece fundamentos para reconocer a los catalanes un derecho a la secesión. Por fundadas que puedan ser las quejas elevadas por una mayoría de ciudadanos de Cataluña con respecto al orden político vigente (en materia de nivel de autogobierno, reconocimiento de la pluralidad lingüística, sistema de financiación autonómica, política de inversiones públicas, por ejemplo), ninguna de ellas supera el umbral mínimo necesario para justificar el ejercicio, como último remedio, de un derecho a la secesión. (Ferreres, 2016, p. 465).

La conclusión principal es la siguiente: La estrategia reparadora justifica, cuando se da una de las *justas* causas, el derecho a la secesión. Pero ni siquiera en su versión extendida, sirve para el caso de Cataluña. Las dos estrategias primarias de justificación, la plebiscitaria y la nacionalista, tal vez puedan aplicarse a Cataluña, pero no son aptas para justificar un derecho unilateral a la secesión. (Moreso, 2018, p. 26).

Y si las cosas son así, entonces qué es lo que cabe contestar a la pregunta (pregunta retórica) con la que concluye el trabajo de Vilajosana. Según él, si no se acepta su tesis (o alguna otra semejante): «¿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?» Bueno, hay una tercera vía que no consiste ni en entregarse a la violencia ni al desorden conceptual, sino en apelar al discurso racional como medio de persuasión y en utilizar los procedimientos de reforma pacífica –legal– establecidos en la Constitución. Lo que no significa, por cierto, que yo piense que la Constitución española es un documento impecable y que solo contiene Derecho justo. Creo que tiene unos cuantos defectos y que consagra alguna que otra injusticia, aunque entre ellas no se encuentre la de no reconocer un derecho a la secesión. Pero sí que puede considerarse como un texto que supone una considerable aproximación a la justicia y

que debe ser respetado (lo que incluye la posibilidad de introducir reformas en él), simplemente porque no hay ninguna garantía (sino todo lo contrario) de que su vulneración pudiera llevarnos a una sociedad más justa en la que se garantizara una mayor satisfacción de los derechos de los individuos. Esta, por cierto, es una de las tesis más conocidas de las que defendió Carlos Nino (su modelo de racionalidad constitucional [Nino, 1992]) que se sitúa aproximadamente en las antípodas de lo sostenido por Vilajosana en su trabajo.

### Bibliografía

- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrerres, V. (2016). Cataluña y el derecho a decidir. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, 37, pp. 461-475.
- Moreso, J. J. (2020). Los *Shibolets* del *Procés*: Vilajosana sobre el derecho a decidir. *Eunomía*, 19, pp. 495-505.
- Moreso, J. J. (2018). *De secessione*. Los escondites de la vía catalana (inédito). Recuperado de <https://upf.academia.edu/Jos%C3%A9JuanMoreso>
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rubio Llorente, F. (8 de octubre de 2012). Un referéndum para Cataluña. *El País*.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía*, 18, pp. 375-391.
- Von Wright, G. H. (1971). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos.

# Las vueltas del camino. El derecho a decidir y los principios\*

## The turns of the road. The right to decide and the principles

Xacobe Bastida Freixedo  
Universidad de Oviedo  
ORCID ID 0000-0003-2127-6631  
[jbastida@uniovi.es](mailto:jbastida@uniovi.es)

Cita recomendada:

Bastida Freixedo, X. (2020). Las vueltas del camino. El derecho a decidir y los principios. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 432-458.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5722>

Recibido / received: 25/08/2020

### Resumen

Este trabajo explora las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico español en lo tocante al reconocimiento del derecho a decidir. A partir de una crítica al estudio de J. M<sup>a</sup> Vilajosana - «Democracia y Derecho a Decidir», publicado en esta revista- en el que se defiende la adecuación de ese derecho a los principios de la Constitución de 1978, se intenta mostrar, primero, que la reforma constitucional no es, en ningún caso, una vía apta para lograr la introducción del derecho a decidir; segundo, que el recurso al constitucionalismo como teoría capaz de integrar el derecho a decidir en el ordenamiento español -igual que acontece con cualquier otra vía jurídica- está destinado al fracaso, pues precisa de la voluntad política de los partidos mayoritarios que, según ellos mismos declaran, jamás existirá.

### Palabras clave

Constitución, reforma constitucional, constitucionalismo, nacionalismo, procés catalán, derecho a decidir, derecho de autodeterminación.

### Abstract

*This paper explores the possibilities offered by the Spanish legal system regarding the recognition to the Right to Decide. Beginning with a criticism to the report of J.M<sup>a</sup> Vilasojana- «Democracy and Right to Decide», published in this magazine- in which the adequacy of that right to the principles of the Constitution of 1978 is defended, I intend to prove, firstly, that the constitutional reform is not, in any case, a suitable way to achieve the introduction to the right to decide; secondly, using constitutionalism as a theory able to integrate the right to decide in the Spanish legal system – as it happens with any other legal route – is bounded to failure*

\* A todos los demócratas golpeados y vejados el 1 de octubre de 2017, a todos los demócratas represaliados del Procés.

*since it requires the political will of the majority parties which, as they have declared, it will never exist.*

### **Keywords**

*Constitution, constitutionalism, constitutional reform, nationalism, catalonian procés, the right to decide, right of self-determination.*

SUMARIO. 1. Preparando los bártulos. 2. Por aquí no. 2.1. Ruta de los bandoleros. 2.2 Ruta del cartógrafo narcisista. 3. Ruta de los principios: vienen turbulencias. 3.1. El constitucionalismo. 3.2. Los principios. 4. La elección de la ruta. 5. Al final del viaje.

Honor a aquellos que en sus vidas / custodian y defienden las Termópilas/ sin apartarse nunca del deber; / justos y rectos en todos sus actos, / pero también con piedad y clemencia, / generosos cuando son ricos, / y cuando son pobres, a su vez en lo pequeño generosos, / que ayudan igualmente en lo que pueden / que siempre dicen la verdad / aunque sin odio para los que mienten / y mayor honor les corresponde / cuando prevén (y muchos lo prevén) / que Efiates ha de aparecer al fin/ y que finalmente los persas pasarán.  
(C. Cavafis)

## **1. Preparando los bártulos**

El profesor Sauca me propuso participar en un debate sobre la cuestión catalana que tuviera como hilo conductor el artículo del profesor Josep María Vilajosana (2020). Acepté gustoso la invitación, en primer lugar, por provenir de Sauca, que es buen amigo y, en segundo lugar, porque conocía los trabajos de Vilajosana sobre el tema, y siempre me han parecido muy sugerentes y del mayor interés.

La tesis que sustenta el trabajo del profesor Vilajosana podría sintetizarse del siguiente modo: en el ordenamiento jurídico español, a través de un análisis ponderado de sus principios constitucionales, se contempla el llamado «derecho a decidir» de tal forma que, para resolver el problema catalán, se podría celebrar un referéndum sobre la independencia consultando solo a los ciudadanos catalanes.

Con esta tesis tengo acuerdos y desacuerdos, pero vaya por delante que es tanto lo común, y de tanta relevancia, que los desacuerdos teóricos –luego veremos que los hay y que no son menores–, se ven completamente relativizados. Comparto el modo de entender la democracia y la política –esto es lo verdaderamente importante– aunque no coincida en el modo de fundamentar ese entendimiento: hay acuerdo en lo fundamentado, pero no en la fundamentación. Decía Bobbio que el problema fundamental relativo a los derechos humanos «no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político» (1961, p. 61). Del mismo modo, cuando de lo que se trata es de reconocer un derecho que está atravesado por una gruesa vena democrática, lo relevante, más allá del modo en que lo justifiquemos, es el hecho mismo del reconocimiento.

Comencemos por los acuerdos. Comparto en lo absoluto la posición política de fondo de Vilajosana que, creo, se puede sustanciar en las siguientes tres ideas básicas. La primera mantiene que en Cataluña hay un problema que requiere una

solución distinta a la hasta ahora intentada, pero que puede encontrarse utilizando el ordenamiento jurídico vigente, sin necesidad de acudir a la reforma constitucional; la segunda defiende que la única vía democrática de solución de ese problema pasa por una votación en Cataluña acerca de su estatus político; la tercera sostiene que el resultado de esa votación debería respetarse implementando, en su caso, las medidas para hacer efectivo el resultado de esa votación. El hecho de que él hable de derecho a decidir y yo prefiera referirme al derecho de autodeterminación para aludir al derecho que subyace en la solución propuesta no me parece relevante. Creo que, en lo que toca al fundamento democrático de la demanda, nos referimos exactamente a lo mismo y, por ello, en este trabajo me referiré a ambos derechos indistintamente. Interesa ahora desarrollar y ver las implicaciones de estas tres ideas que, de hecho, pueden ser comprendidas en términos de viaje. El profesor Vilajosana y yo compartimos idéntico destino aunque no recorramos juntos todo el camino. Hay etapas, como la primera, en la que nos distanciamos momentáneamente, pero luego retomamos la ruta, juntos, hasta el final. A mí lo que me importa es eso, la meta. Si me asegurasen que la ruta de Vilajosana es la mejor vía –la más segura, la más rápida, la más eficaz– no dudaría ni un segundo en abandonar la mía. Por decirlo con una frase que solo más tarde adquirirá auténtico significado, para hacerle justicia a la democracia estaría dispuesto a hacerle injusticia a la Teoría del Derecho.

Pero ya está bien de preámbulos, vayamos, pues, de viaje.

Si por problema entendemos una anomalía en el funcionamiento ordinario de algo, sería absurdo negar que en Cataluña haya un problema. Existen un montón de indicadores que nos hablan de un conflicto permanente pero sobre todo hay uno, de carácter psico-social, que juzgo de la mayor importancia: para una mayoría de catalanes hay políticos encarcelados por realizar algo que esa mayoría aprueba y que había respaldado previamente en las urnas. Para un número de catalanes importantísimo, por el contrario, esos mismos actos se consideran un delito nefando. Nótese que el acto en sí es reconocido por las dos partes –una convocatoria y una votación–, lo que varía es la interpretación de ese acto al punto de alterar por completo la valoración de lo sucedido –bien el ejercicio de un derecho, bien la comisión de un crimen–. Cuando una sociedad se escinde de tal modo que llega a percibir un mismo acto o como un derecho o como un delito es que hay un serio problema. Se podría objetar que en ocasiones se da esta escisión y no hay inconveniente alguno. El aborto también divide a nuestra sociedad, se dirá, y sitúa a las personas en dos percepciones antagónicas (como derecho o como asesinato) basadas en hechos que ninguna de las partes niega, sin que por ello podamos hablar de un problema serio al respecto. Pero esto no es del todo cierto. La ausencia de problema nos habla en este caso de la falta de sinceridad, de la farsa representada por una de las partes. En efecto, si el movimiento antiabortista –fundamentalmente representado por sectores vinculados a la ortodoxia católica– percibiera la realidad del modo en el que dicen hacerlo –si vivieran el aborto como un asesinato– no se entendería su pasividad ante la comisión cotidiana de aberrantes delitos en centros públicos –¡de sanidad!–. La vida de cualquier persona decente se haría insoportable con esta visión y el activismo político más feroz y obstinado sería la consecuencia obligada. Y nada de esto sucede. Si su visión antagónica no representa un problema real es porque no es una verdadera percepción –no integra lo visto en un todo con sentido–, funciona como una *fe inerte*, que decía J. S. Mill, como algo que está presente en la ideología y ausente en la práctica realmente vivida. Con el aborto, el católico «ve» un problema –ideológico– y eso no le «representa» ningún problema –vital–. En el caso que nos ocupa sí encontramos una percepción antagónica que funda, de manera constitutiva, dos visiones «reales» –en el sentido de verdaderamente sentidas, no como la patraña católica que veíamos antes– e irreconciliables. Interesa destacar que esta bipolaridad derecho-delito no se debe a que una de las partes carezca de conocimientos jurídicos

y, en consecuencia, yerre en la tipificación de unos hechos. La escisión no deriva de una comprensión teórica deficiente o incorrecta, sino de la negación consciente y explícita de reproche alguno a una conducta aun a sabiendas de su carácter delictivo. El problema aparece cuando mucha gente, la mayoría en un territorio, se niega a ver en ciertos actos algo merecedor de un castigo penal, aun sabiendo que pueden y deben calificarse como delito. Quiero decir que cuando la frase «esto será delito pero yo lo apruebo» se convierte en mayoritaria, la existencia de un problema social no se puede soslayar.

Cuando en una sociedad se identifica un problema suele acudir a las normas jurídicas. Cualquier sistema jurídico moderno está diseñado para resolver de modo indubitado las disputas, las anomalías, los desajustes. Podemos discutir si el derecho incorpora o no contenidos de justicia, si está compuesto por normas o por hechos... pero hay algo que es consustancial al modo de existir del derecho y es su componente autoritativo para zanjar problemas. Por definición, en el mundo del derecho siempre hay una última palabra. Si el derecho es una técnica de orden, como decía Kelsen, necesita de este tipo de expedientes resolutivos. Por otro lado, lo jurídico tiene siempre algo totalizador: no hay nada que se le planteé que no pueda integrar y para lo que no tenga una respuesta. Cualquier dato, cualquier cuestión, tiene una traducción en el universo ordenado del jurista. La razón es idéntica a la anterior. Si queremos crear orden no podemos permitirnos desatender un problema y dejarlo irresuelto. La interdicción del *non liquet* es, en los ordenamientos modernos, el resultado de esta determinación. La fórmula latina *da mihi factum dabo tibi ius* condensa esto que estamos diciendo.

Si el derecho se considera legítimo y el funcionamiento de la norma en cuestión resulta satisfactorio; esto es, si cumple la función para la que fue creada y si resuelve el problema de una forma considerada adecuada, entonces estaremos hablando de un problema jurídico, de un problema que se puede solucionar acudiendo al sistema jurídico. Por regla general esto es lo que sucede en un Estado de derecho. Los ciudadanos tendemos a acudir al sistema jurídico como fuente legítima de decisiones. Pero cabe también que no se den alguna de las condiciones antedichas: que el derecho a aplicar no se considere legítimo o que, de algún modo, se muestre inadecuado para regular la situación. Puede que el derecho siempre ordene –en todos los sentidos– pero no siempre el orden resultante resulta satisfactorio.

Cuando localizamos un problema que no se puede solventar aplicando el derecho establecido estaremos hablando de un problema político. Quede claro que la catalogación de un problema como problema jurídico o político dependerá siempre de un juicio de valor. Si el derecho no se considera legítimo o correcto –este es el juicio de valor– los problemas que estaba llamado a resolver se transforman en políticos.

Ahora bien, esa posibilidad de valorar el derecho no es ni mucho menos libre. En el sistema jurídico hay órganos que, necesariamente, están adiestrados para concebir todo problema como un problema jurídico. El horizonte político les está vedado: son los representantes públicos encargados de la fase de la aplicación del derecho. La figura más característica sería la del juez, pero los funcionarios encargados del trabajo administrativo y, en general, toda la burocracia del Estado, funcionan con idénticos presupuestos. A partir de ahora me referiré a esta perspectiva como la del Jurista –lo decimos con mayúsculas porque nos referimos a un sujeto ideal-típico–. Para el Jurista el derecho funciona como un *prius*, como una guía que, de antemano, lo sitúa en una concreta percepción del problema y le apunta una solución. La visión personal del Jurista acerca del problema no puede traslucir en ningún caso. De algún modo el Jurista ha de representar lo impersonal, lo inhumano. Sus decisiones tendrán legitimidad en la medida en que su yo personal desaparezca

y se justifique en razones encontradas en las normas jurídicas. La subjetividad y la ideología personal deben eclipsarse en la motivación de unas decisiones que habrán de ser guiadas en todo momento por unos criterios y unas valoraciones objetivados en las normas.

Para el Jurista, propiamente, no existen los problemas, al menos de una forma duradera. Él actúa como una función impersonal –es un *funcionario*– que consiste, en lo fundamental, en la creación de un orden, en la adjudicación de responsabilidades y culpas. Cuando cumple ese cometido, y siempre puede cumplirlo –ya nos referimos a ese sesgo totalizador– el problema se desvanece. Para un Jurista no hay problemas grandes, hay cárceles pequeñas.

De un modo similar, si bien inverso, también existen órganos en todo sistema jurídico cuyo cometido principal es el de percibir, al menos tendencialmente, los problemas como políticos. Me refiero a los órganos encargados de la creación del derecho. En efecto, ellos son los únicos habilitados de forma directa para cambiar el ordenamiento. Por eso, cuando se detecta un problema, el Político –así llamaremos al sujeto ideal-típico que ejerce el poder legislativo, en un sentido amplio– ni parte del derecho, ni se ve completamente determinado por él. Su ocupación consiste en intentar solucionar aquel problema de una forma adecuada y justa. Los razonamientos mediante los cuales establece la pertinencia o no del derecho vigente no se ven constreñidos, al contrario que le acontecía al Jurista, por la tiranía de lo jurídico. Ello se debe a que, precisamente, la ocupación del Político estriba en discutir las normas vigentes, en cuestionarlas. Cabe que esas normas se consideren adecuadas, en cuyo caso se dejan intactas o se afianzan; pero cabe también que como resultado de ese cuestionamiento se encuentre que el derecho en vigor es inadecuado, ineficiente, injusto... Las razones que aparecen en esta controversia acerca de las normas jurídicas en ningún caso están sujetas a las propias normas, precisamente porque son estas últimas las que se discuten. El Político debe encontrar el fundamento de su crítica en normas ajenas al mundo del derecho.

Por lo que luego se verá, interesa destacar que, en lo que toca a la relación que media entre el derecho y la resolución de problemas, nos encontramos con dos vías de análisis radicalmente opuestas. En primer lugar, la secuencia temporal en la que el derecho aparece se invierte. En el caso del Político, las propuestas de resolución, las diferentes posibilidades de actuación, son previas al planteamiento jurídico. Por el contrario, el Jurista parte siempre de la estipulación prevista en las normas jurídicas antes de adentrarse en ninguna otra disquisición resolutoria. En segundo lugar, el papel que juega el derecho es también inverso. El Jurista ve en el derecho, por decirlo en este punto con la terminología de J. Raz (1985), razones excluyentes para la acción. Esto quiere decir que la conducta propuesta por la norma jurídica no sólo sirve para dar una razón que avale una acción, sino que se convierte en una razón que no admite competencia con otras razones concurrentes –de tipo moral, prudencial...–. La norma de derecho sirve de guía –de única guía– de comportamiento. El derecho es para el Jurista un límite *a priori*. El Político, en cambio, busca en el derecho no tanto un motivo para actuar del modo descrito por las normas, como una justificación de una actuación que ya ha decidido por otros medios. El Político necesita el derecho, pero solo como un marco en el que encuadrar su decisión, su toma de postura. A la percepción Política le incumbe lo que se hace, y por eso busca un poder jurídico para justificarlo. La genuina acción política enfatiza la responsabilidad del sujeto que decide: lo que importa es la acción, no el fundamento en el que se cifra lo hecho. El derecho es para el Político una justificación *a posteriori*. En cada instancia, lo que importa a la percepción del Jurista, en cambio, no es lo que se hizo, sino si había un poder jurídicamente establecido para hacerlo.

Si he establecido las distinciones entre los problemas jurídicos y los políticos, por un lado, y entre el método del Político y el del Jurista, por el otro, es porque servirán de soporte analítico para criticar dos de los caminos más frecuentes y desacertados que uno puede emprender para resolver esta cuestión. El primero consiste en utilizar de forma torticera el método del Jurista; el segundo en concebir el problema catalán como un problema político y, como tal, susceptible de ser resuelto mediante una reforma normativa. Por eso, antes de exponer mis desacuerdos con la visión de Vilajosana, considero indispensable dejar claro a futuros viajeros la señalización de estas dos rutas fatídicas. La primera está plagada de salteadores de caminos, la segunda está trazada por cartógrafos más preocupados por el preciosismo del mapa que por su utilidad y no conduce a ningún lado.

## 2. Por aquí no

### 2.1. Ruta de los bandoleros

Ya sabemos que la catalogación de un problema como jurídico o político supone un juicio de valor previo. La inmensa mayoría del espectro político español y de la intelectualidad académica se ven satisfechos con la regulación española acerca de la cuestión nacional. Su ideología al respecto –nos estamos refiriendo, ni más ni menos, a todos los partidos de la derecha española: Partido Popular, Vox y Ciudadanos, y también al PSOE– se ve colmada por la dicción constitucional de la indisoluble unidad de la única nación que es reconocida: la española (art. 2). España es única, indivisible e indisoluble. Para la derecha española, que es toda ella profundamente nacionalista, esta es su seña de identidad, su divisa, su matraca. Entre ellos compiten por ver quién extrema el celo contra aquellos que se atreven a cuestionar la «unindivisibilidad» –permítaseme la creación del palabro–, por ver quién enfatiza más las bondades de la nación española, permanentemente amenazada por la protervia nacionalista de la periferia.

En lo que toca al PSOE, es cierto que en su discurso político las proclamas unitarias no alcanzan ni la frecuencia ni el protagonismo que veíamos en la derecha, pero también lo es que, sin excepción, en los momentos determinantes en los que hubo de pronunciarse para dar cuenta de su posición en la «cuestión nacional», compartió absolutamente la visión de la derecha –española y españolista–. En suma, la ideología nacional del 80 % de los partidos representados en el Congreso defiende dos ideas principales y correlativas: en primer lugar, España es una única nación indivisible e indisoluble, en segundo lugar, las comunidades que la componen en ningún caso tienen carácter soberano y, en consecuencia, no pueden alterar la relación de subordinación respecto al Estado. Si esto es así, no resulta extraño que se encuentren a gusto con la regulación jurídica del Estado español y vean en ella un auténtico guante en el que encajar sus pretensiones. Por eso el problema catalán es para ellos algo jurídico: basta con que se apliquen las normas vigentes –así se ha hecho hasta ahora, con la decisiva intervención del Tribunal Constitucional– para que sus expectativas se vean colmadas.

Esto en principio no tiene nada de malo. Si tu ideología se ve recogida por el ordenamiento, estás de suerte. Ahora bien, una cosa es reconocer un problema como jurídico porque tu ideología concuerda con el derecho y otra negarse a argumentar las premisas de esa ideología, o, lo que es lo mismo, negarse a dar cuenta y razón de ese derecho que se aprueba. En eso consistía el método del jurista: su quehacer presupone la aceptación de unas normas que en ningún caso puede cuestionar por motivos ideológicos. Y así como antes vimos que un juez debía percibir todo, necesariamente, como problema jurídico, nos encontramos ahora con que existen personas que, de modo igualmente debido, han de enfrentar los problemas a través

del método del Político. Son, además de, obviamente, los políticos, los académicos – en cierto modo el académico suplanta la figura del político, finge su capacidad para modificar el derecho cuando sugiere, por ejemplo, una reforma legislativa–. El político puede estar de acuerdo con una regulación, puede percibir un problema como jurídico, pero, llegado el caso y a diferencia de un juez, debe dar las razones que lo llevan a apoyar ese derecho. Es legítimo que los políticos consideren un problema como jurídico, pero cuando se ven obligados a tratarlo desde la perspectiva política deben dar cuenta de por qué lo consideran de ese modo. En suma, la perspectiva política obliga a que los motivos de apoyo a una norma se hagan explícitos. No basta con decir que se está de acuerdo con el derecho: hay que justificar ese derecho con el que se concuerda. Muy concretamente, cuando hay una impugnación normativa, esto es, cuando se discute la pertinencia de una regulación y se dan razones que intentan mostrar su inadecuación –de cualquier tipo–, entonces aparece la obligación de adoptar la que antes llamé perspectiva del Político: se debe justificar la postura que te lleva a apoyar la norma en cuestión. Desde esta perspectiva –que es, insisto, obligada para el político o el académico–, hay que mostrar los argumentos que convierten al derecho que uno defiende en la solución más justa, más adecuada a los problemas. Cuando en el diálogo político se pone en cuestión el derecho que defiendes se hace preciso eso, defenderlo, argumentar de modo más convincente que el rival. Ahora ya no basta con ampararse, simplemente, en la existencia de una norma que avale tu parecer, de lo contrario estaríamos incurriendo en un grosero positivismo ideológico –en la derivación de lo justo a partir de lo jurídico–. Esto no quiere decir que en la argumentación política no puedan aparecer normas jurídicas que le sirvan de apoyo. Lo que sí implica es que las normas jurídicas invocadas habrán de ser justificadas, avaladas moralmente y compartidas en sus derivaciones ideológicas. Apelar al derecho libera, en cualquier caso, de la obligación de justificar una conducta adecuada a ese derecho, pero no puede liberar a los únicos capacitados para cambiar las normas de la necesidad de justificar la razón de ser de las mismas.

Si me he detenido en estas consideraciones es porque la completa totalidad de los políticos unionistas –llamo así a aquellos que defienden que España es una única nación indivisible e indisoluble– son partidarios de esta estrategia consistente en renunciar a la perspectiva política y atrincherarse en la percepción jurídica. Y esto, como sabemos, no es una opción: es un fraude. Veamos un ejemplo. Cuando los parlamentarios catalanes, en representación del Parlamento de Catalunya, pidieron en el Congreso la delegación puntual de la competencia para celebrar un referéndum, las fuerzas políticas españolistas que negaron la posibilidad de delegación competencial actuaron siguiendo arquetípicamente la argumentación del Jurista. En ningún momento argumentaron acerca de la pertinencia política y democrática que subyacía en la proposición de ley. El apoyo social y parlamentario que suscitó en Cataluña esa proposición se soslayó absolutamente. Su respuesta ante tal situación fue acudir a la ley –hasta aquí nada reprehensible– como argumento para refutar las pretensiones que se sustanciaban –y esto ya es motivo de reproche–. Cuando los representantes del Parlamento de Catalunya adujeron que la cesión de la competencia para celebrar un referéndum –ni vinculante, ni ejecutivo– era «una salida democrática, una salida política» que «permitía ajustar la legalidad a la realidad [porque] no hay problema práctico ni demanda democrática que no tenga solución jurídica» (Herrera Torres, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 192, p. 5); o cuando defendieron «la democracia, porque votar, aquí y en todo el mundo, es democracia (...) La consulta sobre el futuro político de Cataluña tiene cabida dentro de la Constitución. Si se quiere se puede» (Turull y Negre, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 192, pp. 6-7), plantearon la cuestión siguiendo el método argumentativo del Político: en asuntos genuinamente políticos la interpretación del derecho debe ir guiada por la defensa

previa de un derecho moral colectivamente justificado. Primero señalan la pertinencia moral de su expectativa; luego apuntan la posible solución jurídica.

Ante este planteamiento sólo obtuvieron como respuesta la remisión a las normas que es propia del Jurista (Rajoy Brey, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 192, p. 11):

No hay democracia sin ley (...) Las razones que expondré van más allá de “mi posición política”, de “mi programa” de gobierno, de “mis ideas”, de “mis opiniones” o de “mis conveniencias”. Se apoyan en el único terreno por el que en un asunto como este me está permitido transitar: la ley y el deber» (entrecomillado mío).

Este último argumento tendría sentido bien si el que lo enunciase fuese, que no es el caso, un juez o un funcionario –del que esperamos que no utilice «sus posiciones políticas», «sus ideas» o «sus opiniones» en la resolución de un problema–, bien si los representantes del Parlamento catalán hubiesen propuesto llevar a cabo algo abiertamente ilegal, aunque satisfactorio desde el punto de vista democrático. Y tampoco fue el caso. De lo que se trataba era, en primer lugar, de mostrar la legitimidad democrática de la propuesta y, en segundo término, de ampararla en una interpretación posible del art. 150.2 CE en el que se permite delegar facultades correspondientes a materias de titularidad estatal –como la convocatoria de referéndum–. El planteamiento de las fuerzas unionistas fue el inverso. Su punto de partida fue el de citar preceptos constitucionales –arts. 1º y 2º, o interpretaciones, también posibles, del art. 150. 2– que, ya de modo preliminar, sirvieron para evitar el debate de fondo. Decía Pérez Rubalcaba en el seno de este debate que «de ninguna manera estamos de acuerdo con el derecho de autodeterminación, como no estamos de acuerdo con la independencia de Cataluña. No voy a entrar a fondo en este asunto porque creo que no es el objeto de este debate (...)» (Pérez Rubalcaba, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 192, p. 20). El no estar de acuerdo con el derecho de autodeterminación puede ser legítimo, pero siempre que se aporten las razones de índole política que justifican ese juicio –y que deberán ser más fuertes que las razones que se invoquen en sentido contrario–. En ningún caso puede sustanciarse un debate como este apelando a razones jurídicas que sólo sirven, en última instancia, para exonerar del deber de justificar la opinión propia. Las razones que llevaron al señor Rubalcaba a negar el derecho de autodeterminación o la independencia de Catalunya fueron, propiamente, la esencia del debate y, sin embargo, se vieron sobreesidas. De hecho, el confucionismo es tan grande que llegó a identificar la negación de la pertinencia del derecho de autodeterminación con la decisión que su partido tomaría en un hipotético plebiscito –sería contrario a la independencia de Catalunya–. Lo primero exige dar razones, lo segundo no. En ningún caso son cuestiones de secuencia necesaria. Uno puede ser favorable al derecho de autodeterminación al considerarlo justificado por el principio democrático y, sin embargo, votar en contra de la independencia.

En suma, mientras unos fundamentaron el porqué político y luego se afanaron en buscar un cómo jurídicamente posible, otros apelaron directamente al cómo jurídico para eximirse de fundamentar el porqué político posible.

El Tribunal Constitucional, así lo ha hecho en reiteradas ocasiones, recurre al artículo 1º y al 2º CE para sustanciar cualquier impugnación de la indisoluble unidad de la Nación española. Nada que objetar: es su trabajo y utilizan su método, que es esencialmente formalista. Ahora bien, cuando el Político utiliza un precepto legal en su argumentación deberá siempre convenir con el sentido y la justificación de aquél. El Político tiene que respaldar con argumentos las normas que utiliza en el desarrollo de su argumentación, que es esencialmente material. Aquel que utilice el art. 2º CE

para oponerse a la posibilidad de una consulta autodeterminista –tal se hizo en numerosas ocasiones: desde el debate del Plan Ibarretxe hasta la discusión sobre la cesión de competencias que acabamos de comentar– es porque suscribe ya no la existencia, sino el contenido e implicaciones del citado artículo. Y hete aquí que, como es de sobra conocido, la génesis del artículo 2º CE se debe a una imposición militar<sup>1</sup> –Solé Tura (1985, p. 99); J. M. Colomer (1990, pp. 133-134); X. Bastida (1998, pp. 45 y ss.)...–. Cabe que los que citan el artículo 2º como clave de su argumentación no sepan esto. Si es así, que este trabajo contribuya a colmar esa laguna. Ahora ya lo saben y no tienen excusa<sup>2</sup>. Cuando los ponentes de la actual Constitución se encontraban discutiendo las enmiendas que la Comisión había presentado al texto del Anteproyecto de Constitución –cuya redacción decía: «La constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran»– un emisario, tras asegurar que «no se podía variar ni una coma» (Colomer, 1990, p. 133) pues respondía a un compromiso entre Presidencia del Gobierno y el Ejército, entregó un papel manuscrito en el que aparecía una nueva versión del artículo 2º. En él se recogían todas y cada una de las enmiendas que la derecha franquista, representada por Alianza Popular, había propuesto al texto del Anteproyecto (Bastida, 1998, p. 46). La redacción del artículo que proponía la nota se corresponde con el tenor literal del artículo 2º hoy vigente. De un artículo en el que hubiera cabido una interpretación compatible con el derecho de autodeterminación<sup>3</sup> se pasa a uno en el que, por imposición y en consonancia con las enmiendas del partido franquista –en las que se pedía que apareciese la palabra Nación para referirse a España, que se subrayase con la alusión a la patria, que la unidad de la que se hablaba fuese indisoluble...– se imposibilita por completo<sup>4</sup>. Por otra parte, el art. 1.2 CE, el otro gran protagonista a la hora de justificar la proscripción del derecho de autodeterminación, tuvo un ajuste paralelo al cambio abrupto del artículo 2º. Si en el Anteproyecto se decía «La

<sup>1</sup> Y no es el único, también la redacción del artículo 8º CE –Las fuerzas Armadas (...) tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional– “procede efectivamente de sectores del Estado mayor, que el presidente Suárez va a hacer suya y que así va a transmitir [a la ponencia]”, según reconoció el mismísimo M. Herrero de Miñón, a la sazón ponente constitucional (Vid Patraix, 2014).

<sup>2</sup> Hay incluso quien lo sabe y, lejos de denunciarlo, justifica la farsa en aras del más brutal realismo político: «Los juristas que reexponen una y otra vez la Constitución de 1978 subrayan, con gestos escandalizados, indignados o resignados, la circunstancia de que la parte del artículo primero (sic) en la que se proclama la unidad indivisible de España hubiera sido incluida en la redacción tras la recepción (...) de un billete procedente del ámbito militar. La hipersensibilidad jurídica de estos historiadores, en pleno delirio idealista, no les permite advertir que (...) si en la Constitución de 1978 prevaleció la definición de pueblo como pueblo español fue porque los poderes que tenía ese pueblo en aquel momento (...) eran más fuertes que los poderes con los que podían contar los pueblos fraccionarios” (Bueno, 2004, p. 297).

<sup>3</sup> Se podría pensar que la referencia a la unidad de España imposibilitaría el ejercicio del derecho de autodeterminación. Sin embargo, no es así. En el art. 70 de la Constitución de la antigua URSS se decía que «la URSS encarna la unidad estatal del pueblo soviético, agrupa a todas sus naciones y *narodnietj* con el fin de edificar conjuntamente el comunismo» a la par que en el art. 72 se reconocía «a cada República federada el derecho a separarse libremente de la URSS». Reconocimiento de unidad y reconocimiento del derecho de autodeterminación no son, entonces, incompatibles.

<sup>4</sup> Por continuar con la comparación anterior, en la Constitución soviética la unidad se predica del Estado –y a la par se reconoce la existencia de diferentes naciones que lo forman y que poseen el derecho de autodeterminación–. En la actual Constitución española la unidad se predica de la única nación reconocida –España– y no se habla de naciones que, por su concurso, conformen el Estado. Del Estado cabe predicar unidad de actuación sin que por ello exista contradicción a la hora de reconocer la posibilidad de secesión de sus partes nacionales. Cuando, por el contrario, se declara la unidad de la nación –y se habla, por cierto, de soberanía nacional en vez de soberanía popular, como sería lo lógico– la posibilidad de autodeterminación o de articular un derecho a decidir no existe. Si, estableciendo el paralelismo con la norma soviética (o con el primitivo texto del Anteproyecto), nuestro art. 2º dijese «la Constitución encarna la unidad estatal del pueblo español y agrupa a todas sus naciones con el fin de edificar conjuntamente la libertad y la igualdad», entonces la cosa sería muy otra. De hecho esta formulación se parece a la que propuso Letamendía para intentar acoger el derecho de autodeterminación en el seno de los debates constitucionales de 1978.

soberanía reside en el pueblo, que la ejerce de acuerdo con la Constitución», en el texto vigente se lee «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Muchos comentaristas se han extrañado de la peculiar fórmula de este precepto que relaciona la «soberanía nacional» con el «pueblo». Lo normal sería hablar de «soberanía popular», que es la fórmula acreditada en las democracias. Adjetivar a la soberanía como «nacional» obedeció al mismo espíritu tardofranquista que alentó la redacción del artículo 2º y sirvió para remachar la proscripción del derecho de autodeterminación. En efecto, tal y como subraya el Tribunal Constitucional (42/2014 FJ 3) en relación a la declaración soberanista del Parlamento catalán de 23 de enero de 2013,

el art 1.2 CE, que es la base de todo nuestro ordenamiento jurídico, atribuye, por tanto, con carácter exclusivo la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español (...) En el actual ordenamiento constitucional español solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible.

Un político, al contrario que le acontece a un magistrado, no puede ser ajeno a la génesis espuria y corrupta de estos artículos que son invocados para impedir el ejercicio del derecho de autodeterminación. Citarlos como justificación equivale a avalarlos en su contenido y en su proceso de formación. La Ley de Memoria Histórica propone de forma valiente un ajuste de cuentas con el pasado y una reivindicación de la otra historia, la de los perdedores. La Constitución de 1978, *mutatis mutandis*, pide a gritos una Ley de Memoria Jurídica que impida blandir preceptos impuestos por la fuerza y de corte falangista para acallar pretensiones derivadas del principio democrático.

Pero no acaba aquí la abdicación del deber político. Al percibir el problema con la perspectiva del jurista y, por consiguiente, al utilizar las normas jurídicas como argumentos de decisión –sin necesidad de justificarlas–, la respuesta de los unionistas ante cualquier impugnación normativa es: el derecho regula su propio cambio; si no te gusta el derecho puedes modificarlo siguiendo, por supuesto, las normas que el sistema establece para el cambio normativo. Esto, que parece tan sensato, tan coherente dentro de la lógica de un Estado democrático de derecho, encierra una trampa. El reconocimiento del derecho a decidir implica reformar, ni más ni menos, la indivisibilidad de la nación española y para ello se debe acudir al procedimiento agravado de reforma previsto en el artículo 168 CE. Este precepto dispone que siempre que la reforma propuesta afecte al Título preliminar –como es el caso de los artículos 1 y 2– tendrá que ser aprobada por mayoría de dos tercios de las dos Cámaras y, a continuación, se procederá a la disolución de las Cortes. Las nuevas Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y aprobar el nuevo texto por mayoría de dos tercios en ambas Cámaras. Una vez aprobada de este modo, el pueblo español deberá ratificar la reforma mediante referéndum. Pues bien, conseguir que dos tercios de ambas cámaras apoyen, siquiera preliminarmente, una reforma que contemple la mera posibilidad de que se independice una parte de España es absolutamente inimaginable. La unidad de la nación española no es un asunto más en la política del país. Muy al contrario, es el tema ideológico por antonomasia. Si uno lee con detenimiento el excelente trabajo de J. Álvarez Junco y G. de la Fuente (2017) se percata de que la unidad de la nación española junto con el catolicismo han sido los dos pilares sobre los que se asentaron la educación y la socialización en España desde hace más de cuatrocientos años. Esto explica que todo lo que tiene que ver con el cuestionamiento de esa unidad se viva con una intensidad identitaria muy potente. En la actualidad, el catolicismo sólo aúna ideológicamente a la derecha, sin embargo, la defensa a ultranza de la unidad nacional sigue siendo un emblema de la práctica totalidad del espectro político español. En los últimos tiempos estamos comprobando muestras quintaesenciadas de esta importancia nuclear que se le

concede a la unidad nacional: siempre que se precisa un pacto para crear gobierno, tanto el PP como el PSOE –que son los partidos mayoritarios que lideran la promoción de los pactos– insisten en que se puede negociar todo salvo una cosa: la única línea roja es la unidad nacional. Esto siempre ha sido un presupuesto de la vida política española, pero recientemente ha habido impugnaciones de esa visión unitaria –la más importante es la que desembocó en el *Procés*– que han propiciado que el discurso pannacionalista español se haga explícito. De hecho, en España, las muestras de lo que Billig (2014) denominaba nacionalismo banal –el nacionalismo que, en tanto que integrado en la realidad cotidiana, pasa desapercibido como tal–, equivaldrían en otras latitudes a un nacionalismo chauvinista insoportable. Cuando antes decíamos que la cuestión nacional –española– se había convertido en el tema ideológico por excelencia, nos referíamos a que, hoy en día, la opción que los partidos adoptan en lo tocante a esa cuestión es el elemento determinante –con frecuencia el único– que explica el voto a un partido u otro. La población española está fortísimamente ideologizada a este respecto –es muy nacionalista– y los partidos recogen este estímulo y lo acrecientan creando de este modo una espiral en continuo crecimiento.

Pues bien, recordemos que el procedimiento del 168 CE exige que, preliminarmente, dos terceras partes de las dos Cámaras acuerden la reforma propuesta. Teniendo en cuenta que la cuestión nacional –la nación española es única e indivisible– es la consigna ideológica permanente de los partidos mayoritarios – que en ningún momento de la historia han bajado del 80% de representación parlamentaria–, resulta absolutamente imposible que se pueda alcanzar, jamás, esa mayoría. Reformar la ideología que subyace en la Constitución española requeriría reformar la ideología de los grupos que son, propiamente, reconocidos y reconocibles por sustentar esa ideología –el unitarismo–. En los momentos clave, en aquellos en los que la indisoluble unidad de España se ponía en cuestión, la máxima «la unidad nacional de España no se discute» siempre ha sido lugar de confluencia y concordia para el unionismo de derechas –valga el pleonasma– y de izquierdas. Por eso, cuando de algún modo aparece una impugnación de la regulación constitucional española en lo tocante a la articulación nacional, el unionismo responde presto y de consuno: la Constitución impide el derecho que reclamáis, pero podéis intentar la reforma... La composición político-territorial de España les asegura un auténtico derecho de veto sobre una hipotética reforma que intentase modificar la indisoluble unidad nacional. Les basta con decir no. Para concluir la farsa, a todos aquellos que proponen el reconocimiento del derecho a decidir se les contesta con una remisión a los trámites de reforma constitucional. Esos trámites necesitan del concurso del unionismo, que debería cambiar su opinión y –esa es la parte sustancial de su programa, la que defienden con más patetismo, la que suscita más aplauso ciudadano...– anuncian que jamás cederán en eso, que siempre dirán que no a cualquier intento que ponga en entredicho la unidad nacional; en suma, que nunca cambiarán de opinión. El unionismo les responde a sus contradictores –en este caso a los que proponen un referéndum para resolver el problema catalán– lo mismo que rezaba el lema de aquel letrado de cantina: «Puede usted pedir prestado, nos negamos con mucha cortesía». Por si fuera poco, el referéndum obligatorio toma como sustrato a todo el territorio nacional –en el que es, por razones sociopolíticas, mayoría permanente una parte del *demos* nacional español con absoluto carácter unionista–, lo que garantiza más, si cabe, el fracaso de cualquier vía reformista. La reforma constitucional es, para el político unionista, una especie de habitación del pánico a la siempre pueden acudir para conjurar sus miedos. La seguridad que proporciona ese habitáculo es total no solo porque su eficacia esté garantizada, tal y como acabamos de ver, sino porque también incorpora una legitimación que la vuelve inatacable. El relato construido desde la óptica del Jurista se prevale de todas las ventajas de la legitimidad de la legalidad de la que hablaba Weber. «Esto es un Estado democrático de derecho y las normas están para cumplirlas», dicen. Por eso, solo cabe repudiar el cinismo

ventajista del político unionista cuando, en este punto, reta, no sin una buena dosis de arrogancia democrática, a todos aquellos que quieren cambiar las cosas a que recurran al derecho, a la reforma de la Constitución. Como decía M. Rajoy, «hay una puerta abierta de par en par para aquellos que no estén conformes con el actual estado de cosas: iniciar los trámites para una reforma de la Constitución» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 192, p. 15). Se comprende ahora de forma cabal el porqué del abandono de la vía del político y el recurso a la vía del jurista que utiliza el unionismo. Este método les absuelve de la labor de justificar su opinión —el derecho ya concuerda con esa opinión y ellos se remiten al cumplimiento del derecho como forma de pensamiento— y a la par la petrifica como dominante, pues la única manera de modificar el derecho concordante con su ideología exige el concurso de esa ideología que se declara irreformable. Hay que decir esto alto y claro: la propuesta de reforma constitucional como medio de resolución del problema catalán es, desde el punto de vista político, un timo. Ahora veremos cómo, desde la perspectiva académica, es además un absurdo teórico.

## 2.2. Ruta del cartógrafo narcisista

Hasta hace poco tiempo la mayor parte de los estudios sobre el tema eran partícipes del cinismo criticado más arriba cuando indicaban que, si se quería ejercer el derecho de a decidir —o derecho de autodeterminación o derecho de secesión, la terminología varía según el autor y aquí los utilizaré indistintamente— había que acudir a la reforma prevista en el art. 168 CE<sup>5</sup>. También para ellos era un problema meramente jurídico que no necesitaba mayor razonamiento ni justificación. A Solozábal incluso le parece que

la Constitución, en cuanto “sistema de reglas de juego limpio” —el entrecomillado y la sorprendida indignación son míos— es perfectamente compatible con el nacionalismo independentista. En nuestro marco (eso sí, de acuerdo con los procedimientos establecidos) es perfectamente posible el cuestionamiento nacionalista de la pertenencia al Estado español” (Solozábal, 2000).

Ahora, debido a la potencia insurreccional de las instituciones catalanas, nos encontramos ya con trabajos que abordan con propuestas concretas cómo debería regularse un hipotético derecho de secesión —valga por todos B. Aláez (2015)—. Aquí, al contrario que acontecía en anteriores elaboraciones, se concibe el problema catalán como problema político.

En cualquier caso, no nos detendremos ni un segundo a examinar estas propuestas pues todas adolecen del mismo defecto inhabilitante: pretenden construir el reconocimiento de un derecho a través de la negación de ese mismo derecho. Dicho de otro modo: traicionan la perspectiva política que predicán y de la que parten. En efecto, cuando se propone una regulación nueva para solucionar un problema —tal es el caso de los que disponen la constitucionalización de un derecho a la secesión— se está adoptando la perspectiva del político, es decir, se está evaluando una situación problemática y se decide, mediante un juicio de valor, que el derecho existente —por incorrecto, por injusto...— merece ser derogado y sustituido por otro que resulte más adecuado, más *a-justado* a la realidad. En el caso que nos ocupa, el juicio de valor que presuponen estos trabajos estima que una regulación que recoja el derecho de secesión es más justa que otra que lo niegue (de ahí que se proponga, *lege ferenda*, la incorporación de ese derecho). Pues bien, si esto es así, resulta contradictorio que para enmendar esa situación injusta —o menos justa— se proponga utilizar un medio (la reforma constitucional) que, como acabamos de ver, impide a

<sup>5</sup> Valgan como ejemplo R. Punset (2012, p. 12) o J. J. Solozábal (2000).

*radice* la consecución de un cambio de esas características. Si se concibe el derecho a decidir como algo justo, se debe concluir que la Constitución española es injusta, pues impide que se pueda acoger tal derecho –exigiría una reforma constitucional cuyos trámites anulan de facto la posibilidad de alcanzar ese resultado concebido como justo–. Así las cosas, esmerarse en delicuescencias jurídicas sobre cómo desarrollar constitucionalmente un derecho de secesión es, como mínimo, una pérdida de tiempo, un virtuosismo inútil, una exhibición narcisista de conocimientos. Sería ocioso realizar un trabajo sobre las implicaciones del derecho penal en un mundo en el que hubiera personas mutantes que nacieran con dos cabezas. Apasionante desde el punto de vista del desarrollo de hipótesis –cómo se desarrollaría la teoría de la imputación y de la culpabilidad, por ejemplo–, pero superfluo, irrelevante e inane como contribución al análisis de la realidad. Lo mismo acontece con los que plantean minuciosos y refinados trámites que desarrollarían un derecho a la secesión que, de un modo mucho más cierto y probable que la mutación bicéfala, jamás se producirá.

Por otro lado, estas doctrinas reformistas olvidan que el requisito del referéndum exigido por el artículo 168 resulta incompatible con los principios lógicos del derecho de secesión que ellos mismos defienden. Si partimos de que este derecho es defendible, y aún deseable –tal es su hipótesis de trabajo cuando proponen su constitucionalización–, no podemos admitir que el sujeto llamado a decidir sobre la autodeterminación de un territorio sea alguien distinto del pueblo que pretende autodeterminarse. En efecto, «un derecho a decidir si otro puede disfrutar de la autodeterminación ridiculizaría el concepto» (Philpott, 1995, p. 363) y convertiría todo el proceso en una heterodeterminación contradictoria con los principios que inspiran la libre determinación de los pueblos. Cualquier propuesta de un *demos* alternativo –tal pretende el derecho de autodeterminación, o de secesión– se verá envuelta en esa argucia. Acudir a la norma implica que la definición del «nosotros» dependa de «ellos». Todos los autores que, de un modo u otro, proponen la reforma constitucional como solución a la «cuestión nacional» en España incurren en este bucle: la Constitución de 1978 sólo reconoce una Nación –España– e imputa la soberanía nacional al pueblo español. Esto impide el ejercicio del derecho de secesión de cualquier parte del territorio español. Si se quiere reconocer ese derecho –que presupone la capacidad de que solo esa parte del territorio decida– habrá que reformar la Constitución; pero dependerá de ese sujeto constituyente –el pueblo español– el que prospere la reforma, con lo que negamos la capacidad de decidir que antes habíamos afirmado. El punto de partida tan neutral, tan benigno, tan democrático de «acudamos a la ley» es una toma de partido hacia una definición del «nosotros» que se convierte en irreversible. En la Constitución no sólo se impide el ejercicio actual del derecho a decidir, también se imposibilita pro-futuro.

Los reformistas parecen no ser conscientes de que la Nación española constitucionalizada en el artículo 2º institucionaliza su propia inatacabilidad a través de las normas de reforma que ellos invocan como trámite necesario. El sujeto constituyente ya no podrá ser puesto en cuestión. Los que apuestan por la fórmula reformista para acoger el derecho de secesión y se envuelven en la fraseología pseudo-democrática que reconoce que en el Estado democrático todo se puede cambiar, pero siempre siguiendo las normas del sistema, olvidan que el presupuesto del derecho de secesión es la negación de ese sujeto constituyente que de manera necesaria ha de intervenir para ratificar la reforma constitucional –el pueblo español–. En suma, la impugnación del sujeto constituyente es el objeto del derecho que se reclama y, en consecuencia, sería contradictorio que en el proceso de reconocimiento de un derecho se negase la virtualidad del derecho mismo. Es como si un profesor ofreciese sus servicios para enseñar a la gente a ser autodidacta.

### 3. Ruta de los principios: vienen turbulencias

Hagamos una breve retrospectiva para poder retomar la senda de un viaje que se había visto entorpecido porque, justo antes de emprender la marcha a las Ítacas, hube de entenderme a mamporros con lestrigones reformistas. De todo este larguísimo excursus se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, los defensores de la actual regulación constitucional están obligados a justificar los motivos en los que cifran su apoyo a esa regulación<sup>6</sup>. Cuando se enfrentan a argumentos que critican la regulación constitucional se les debe exigir que vayan más allá de la simple remisión a la norma como sustituto del razonamiento. En segundo lugar, la reforma constitucional es una vía sin salida que, además, resulta autocontradictoria para los que de buena fe perciben el problema catalán como político y pretenden, en consecuencia, un cambio constitucional que acoja el derecho a decidir. Esto da lugar a una paradoja: cuando se predica que algo constituye un problema político se presupone que el derecho actual no vale para solucionarlo y se propone otra regulación que, por definición, mejora y supera al derecho vigente. En este caso se considera que si la Constitución acogiese al derecho de secesión mejoraría su calidad democrática, y por eso se propone una reforma en ese sentido. Sin embargo, si nos tomamos en serio la valoración que acabamos de hacer y queremos ser consecuentes con ella, debemos desterrar la posibilidad de acudir a la reforma ya que imposibilita la realización de esa regulación más justa. Y si nuestro problema no se puede resolver mediante la reforma del derecho solo cabe concluir que no era un problema político, sino jurídico. Definir este problema como político desemboca en la contradicción más evidente.

Pero, seamos positivos, puede que el reformismo se equivoque con el método, pero al menos postula en su razonamiento que el reconocimiento del derecho a decidir constituiría una notable mejora democrática en la Constitución. A esto lo podemos llamar aliento reformista y me parece del mayor interés: consiste en la denuncia de un estado de cosas que debe ser superado. Si, como sabemos, no podemos recurrir a la reforma constitucional para materializar ese derecho y si seguimos manteniendo el aliento reformista, la única solución es intentar mostrar que el derecho a decidir ya existe en nuestro ordenamiento, que no es necesario reformar nada para acogerlo. Esto nos puede obligar a retorcer los argumentos o a forzar interpretaciones, pero conviene recordar que de lo que se trata es de mostrar una interpretación posible jurídicamente que sirva para materializar un derecho que se reconoce justo. Puede que ese intento sea baldío, luego se verá, y que nos encontremos con impedimentos de corte sociopolítico (con falta de voluntad política para llevarlo a cabo, principalmente), pero al menos no incurriremos en las contradicciones teóricas que son constitutivas del reformismo.

En este punto estamos y la interpretación de Vilajosana tiene la notable virtud de haber eludido la trampa reformista que acabo de comentar. Para él, en el ordenamiento español ya existe el derecho a decidir –el derecho a que los ciudadanos de una comunidad, mediante una consulta, redefinan su estatus político, incluyendo la posibilidad de independencia de esa comunidad–, no desde luego como una posibilidad expresamente contemplada, pero sí como el resultado de una doble consideración: en primer lugar, no existe ninguna prohibición expresa de tal derecho –habría, pues, una permisón en un sentido débil– y, en segundo lugar, a través de la ponderación de principios constitucionales –unos, como el principio de indisolubilidad del artículo 2º, se opondrían al reconocimiento del derecho a decidir, pero otros, como el principio democrático del 1.1, estarían a favor–, podríamos justificar la prevalencia del principio democrático que avalaría la posibilidad de la consulta. Comoquiera que,

<sup>6</sup> L. Payero ha tratado lúcidamente esta cuestión (2016, pp. 183 y ss.)

según esta interpretación, el derecho a decidir encuentra acomodo en la Constitución, la solución al problema catalán consistiría, simplemente, en aplicar el derecho.

### 3.1. El constitucionalismo

Esta manera de enfocar el problema se corresponde con el llamado paradigma constitucionalista. El constitucionalismo se percibe a sí mismo como una superación del positivismo jurídico e intenta dar cuenta de la realidad del Estado constitucional – en el que la constitución, compuesta por normas muy indeterminadas y abiertas, se concibe como verdadero derecho invocable ante los tribunales–. Para el constitucionalismo, el positivismo jurídico carece de los elementos adecuados para describir esta nueva realidad pues concibe el derecho únicamente como un agregado de reglas que surgen de una autoridad legitimada para crearlas. Si se quiere comprender el Estado constitucional, se dirá, hay que admitir que, junto a las reglas, existen otro tipo de normas, los principios, que permiten comprender la particular estructura y función de las normas constitucionales, muy concretamente de los derechos fundamentales. Estructuralmente las reglas configuran el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica derivada de un modo cerrado –se sabe qué prescribe la regla y en qué casos se aplica esa prescripción–; los principios, en cambio, configuran el supuesto de hecho de forma abierta, indeterminada, y por ello no dejan claro en qué casos es aplicable la prescripción. Funcionalmente, las reglas sirven para prescribir una decisión; por el contrario, los principios sirven para orientar la decisión proporcionando las razones que la avalan. Como dice Zagrebelsky, «las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones (...) los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que a priori parecen indeterminadas» (1995, p. 110). A las primeras se las obedece; a los segundos se les presta adhesión. Por otro lado, las reglas se aplican mediante el procedimiento de subsunción –si el caso en cuestión cae dentro del supuesto de hecho de la norma, se aplica la consecuencia jurídica–, mientras que los principios se aplican mediante ponderación, esto es, considerando el peso relativo de los principios que pueden entrar en disputa. Los principios tienen siempre un contenido moral, son exigencias de la justicia, de la equidad o de otra manifestación de la moralidad. La moral contenida en los principios tiene fuerza jurídica y lo que la convierte en derecho es su justicia para la resolución de un conflicto, en lugar de su simple origen autoritativo.

Sobre la caracterización del constitucionalismo se ha escrito mucho y se discute, ya de forma preliminar, sobre si es realmente un movimiento con una visión más o menos uniforme (Pozzolo, 1998, p. 339) o bien si se comete injusticia al querer aunar en una etiqueta a autores que se no se avienen bien a una reducción de ese calibre (Atienza, 2016). En cualquier caso, lo antedicho sobre los principios es una constante en todos los autores que pretenden una visión post-positivista del derecho (Atienza, 2012, p. 243) –una visión que, sin renunciar a ciertos postulados del positivismo (la tesis de las fuentes sociales del derecho, por ejemplo), intenta solucionar las carencias que derivarían de su método–. Desde luego cuadra perfectamente con la concepción de Vilajosana. Este autor, cuando condensa su postura constitucionalista –el habla de neoconstitucionalismo– se refiere a dos puntos (2020, p. 379). El primero trata del carácter jurídico de la normativa constitucional y su efecto irradiante en todo el ordenamiento. Este punto por cierto, no es exclusivo del constitucionalismo y cualquier positivista lo asumiría: el carácter plenamente jurídico de la constitución, con jerarquía superior a la Ley y con carácter rígido –con procedimiento agravado de reforma–, está hoy fuera de toda duda (Comanducci, 2003). El segundo punto es, en efecto, la relevancia que adquieren los principios, y no solo las reglas, en la interpretación del derecho –sobremanera en la interpretación

constitucional, habida cuenta de que los derechos fundamentales se formulan como principios—.

Por eso, para responder a la pregunta acerca de si existe un derecho a decidir contemplado en la Constitución, Vilajosana decide ponderar los principios constitucionales atinentes al caso. Por un lado, encuentra el principio de indisolubilidad del art. 2º que negaría el reconocimiento de un derecho semejante; por otro, localiza el principio democrático en el art. 1.1 que avalaría el reconocimiento del derecho a decidir. Los principios, ya lo vimos más arriba, pueden convivir en un mismo ordenamiento a pesar de justificar soluciones contradictorias a un problema ya que, a diferencia de las reglas, no estipulan propiamente una solución, sino que aportan razones para decidir. Para Vilajosana, como el derecho está impregnado de la moral que la Constitución destila, la conclusión de que algo es derecho implica la construcción de un razonamiento moral. Pues bien, a partir de aquí Vilajosana comienza a ponderar estos principios y concluye que el principio democrático, combinado con el principio de participación política del art. 23.1, tiene más peso, es más coherente con una interpretación evolutiva e irradiante de la democracia —una concepción «densa», la llama él— que el principio de indisolubilidad del art. 2. A mi modo de ver, la demostración de que el principio democrático goza de mayor virtualidad, de mayor peso moral que el principio de indisolubilidad, es absolutamente correcta. Lo que no puedo compartir es el marco teórico en el que encuadra este análisis, que no es otro que el del constitucionalismo basado en principios que estoy comentando.

Pero antes de comenzar esta crítica permítaseme un pequeño excursus sobre la concreta ponderación del art. 2. Los principios, dice Vilajosana siguiendo en esto a Dworkin (2020, p. 379), incorporan una carga político moral, por lo que no se puede establecer su contenido sin construir una teoría de tipo moral que los justifique. Me gustaría saber, una vez que nos hacemos cargo del origen del art. 2 que vimos más arriba, cuál es la «carga político-moral» que reside en un artículo impuesto por los militares de acuerdo con las fuerzas franquistas de las Cámaras constituyentes — Alianza Popular, que logró que todas y cada una de sus enmiendas al respecto fueran recogidas en el enunciado del texto que se impuso—; también me gustaría saber qué «teoría de tipo moral» puede justificarlo. Porque no creo que la cuestión del origen de un enunciado normativo pueda quedar ausente del discurso y de la justificación morales, como sí pueden, y deben, quedar ausentes del discurso jurídico. La conclusión debería ser que, dado que los principios tienen siempre una filiación moral y que el art. 2 es el resultado de una imposición inmoral que alteró de modo sustancial una redacción que hubiera dado un principio completamente diferente al actual<sup>7</sup>, no es posible extraer del art. 2 ningún principio. Si lo hacemos incurriremos en la paradoja que señaló Hart (1980, p. 12) cuando observó que, si la moral del sistema se deriva de los principios que se encuentran en las normas, como dice Dworkin, en los sistemas jurídicos inicuos se producirían principios igualmente inicuos —lo que invalida la definición de principio como norma con necesaria carga moral—. Aquí estamos hablando de una norma inicua. Vilajosana me dirá qué es lo que pretende ponderar a partir de ahí.

### 3.2. Los principios

Volvamos a nuestro hilo conductor. En efecto, el constitucionalismo arrastra a mi modo de ver dos graves defectos que están directamente ligados entre sí. El primero,

<sup>7</sup> Para empezar, no hablaríamos de principio de indisolubilidad, pues la palabra fue propuesta por enmiendas de López Rodó y Jarabo Payá, entre otros, y luego reproducida en la citada nota impuesta por el ejército.

de carácter ontológico, tiene que ver con la categoría misma de principio; el segundo, de carácter filosófico-político, consiste en el peligro que supone la normalización de la arbitrariedad judicial.

El constitucionalismo, así lo vimos, critica al positivismo por ser incapaz de comprender la nueva realidad del Estado constitucional. En él aparece una norma, la Constitución, que –a diferencia de etapas anteriores– goza de auténtico carácter jurídico y superioridad jerárquica frente a la Ley. Con el arsenal teórico del positivismo, se dice, no se puede entender la juridicidad de unas normas, las constitucionales, que se avienen mal a los esquemas jurídicos tradicionales. Las constituciones, históricamente, habían sido consideradas como documentos sin valor jurídico estricto, como postulados valorativos cuyo incumplimiento acarrea la crítica o el descrédito político pero que en ningún caso eran invocables directamente en los tribunales como derecho de directa aplicación. Con la formación del Estado constitucional se transmuta el valor de ese documento, la constitución, que pasa de ser un texto declarativo de intenciones a ser una verdadera norma jurídica. Ahora bien, aunque la consideración acerca del carácter de la constitución cambie, los enunciados constitucionales –por su naturaleza no puede ser de otro modo– siguen siendo del mismo tipo: esencialmente constitutivos de un orden ideológico, de un lado, y abiertos e indeterminados, de otro. A diferencia de las reglas convencionales, que se expresan mediante formulaciones lingüísticas autoevidentes, muchos de los enunciados constitucionales exigen un razonamiento político-moral sobre las palabras para hacerlos operativos. Este es el campo que explicaría la aparición de los principios como normas capaces de comprender esta nueva realidad jurídica. De hecho, como señala un constitucionalista egregio, «distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley» (Zagrebel'sky, 1995, p. 110).

Es innegable que las normas constitucionales incorporan un nivel de abstracción y una generalidad mayor que el de las reglas convencionales. También es cierto que, cuando se interpretan y aplican las normas constitucionales, de modo necesario se ha de acudir a razonamientos que son de índole moral. Sin embargo, esa mayor abstracción y generalidad no dan derecho a sustancializar una nueva categoría de normas que, además, lleva aparejada una técnica de interpretación distinta –la ponderación frente a la subsunción–, caracterizada por una libertad amplísima a la hora de considerar el peso relativo de los principios llamados a resolver un caso. Uno pudiera pensar que la distinción entre reglas y principios ha de ser bien clara estructuralmente habida cuenta de la importancia que posee el que una norma sea una cosa u otra. También se pudiera pensar por el mismo motivo que ha de ser posible la enumeración de los principios de un ordenamiento. Pero ni una cosa ni otra. Los principios, más allá de la aludida generalidad, carecen de una especificidad tal que los haga identificables de manera inequívoca frente a las reglas –¿cuánta generalidad se precisa para que una regla abierta se convierta en un principio?–. De otro lado, la lista de principios es prácticamente inagotable. Aunque los principios más relevantes encuentran su sede natural en la constitución, también los podemos hallar recogidos en leyes en distintos sectores del ordenamiento (derecho mercantil, penal...). Esto en lo que toca a los principios explícitamente recogidos, pero también existen principios que no están explícitamente formulados en las normas, ni constitucionales ni ordinarias, y que, por tanto, están implícitos en el sistema (Rodilla, 2013, p. 181). Si tenemos en cuenta que, debido a su carácter fundamental e informador, los principios no sólo se enfrentan a otros principios mediante la ponderación de razones, sino que –como todos los constitucionalistas admiten, con Alexy a la cabeza– pueden derrotar reglas válidas y plenamente vigentes en el ordenamiento, nos percataremos de la extraordinaria herramienta jurídica que posee el activismo judicial. Los constitucionalistas justifican su planteamiento aduciendo que, en realidad, su modelo es eminentemente explicativo: no pretenden tanto

postular un método de interpretación como describir una realidad. En palabras de M. A. Rodilla,

mi convicción es que un modelo de sistema jurídico que junto a las reglas da cabida a principios ofrece una explicación de la práctica judicial más satisfactoria que la concepción corriente del derecho (...) El modelo ha de ser juzgado, pues, por su capacidad explicativa y no, en primera instancia, por sus consecuencias (2013, p. 418).

Esto no parece convincente. La distinción entre descripción y valoración, que tan clara es en algunos ámbitos, no resulta satisfactoria en el campo de las ciencias humanas en las que la propia observación puede modificar –y suele hacerlo– el objeto descrito. La descripción, en este caso, se confunde con el espaldarazo. Además, aún en el supuesto de estar ante una descripción kelsenianamente pura, todavía tenemos que tratar acerca de la corrección de la práctica que estamos describiendo. Quiero decir con ello que los magistrados del constitucional pueden estar realizando una práctica espuria, viciada, interesada, etc. y entonces de la descripción se ha de pasar a la denuncia. Tal vez en una «primera instancia», como dice Rodilla, no se deban tratar las consecuencias de esta teoría explicativa. Transitada la primera reconozcamos ya, en segunda instancia, que la consecuencia más señera que se deriva de esta visión jurídica, ya se dijo más arriba, es la legitimación del activismo judicial, sobremanera el del Tribunal Constitucional. Tal vez haya que convenir en que el Estado constitucional no se caracteriza tanto por la búsqueda de la limitación del poder político como por el control de este a través de instancias no democráticas –los jueces–. El pluralismo político y partidista que es propio de los modernos regímenes parlamentarios desemboca muchas veces en una legislación de transacciones que no acaba de satisfacer los intereses de los partidos e ideologías dominantes. Por eso resulta preferible –en tanto que más sencillo y eficaz– dar poder a órganos a los que se puede controlar de forma más discreta y anónima. La actuación independiente del poder judicial, me refiero a las altas magistraturas, es un dogma que los creyentes en el Estado de Derecho repiten como un mantra pero que cualquier observador inteligente debe despreciar. El mero hecho de que se hable del «bloque conservador» y del «bloque progresista» en la composición de los tribunales y órganos judiciales es una buena muestra de la localización ideológica de las independientes señorías que luego dictarán independientes sentencias.

Por otro lado, en contra de lo postulado por Atienza, el que la teoría moral aparezca ligada con frecuencia a los razonamientos sobre normas constitucionales no permite deducir que para la identificación del derecho sea necesaria la moral (2012, p. 237), menos aún nos permite aventurar que exista un sistema moral constitucional compuesto por un orden de valores objetivo que puede ser conocido racionalmente. Este es el presupuesto teórico del constitucionalismo y es, a la vez, lo que le permite camuflar la actividad ideológica y subjetiva de los jueces como indagación jurídica objetiva. Más arriba comenté, concediendo parte de razón al constitucionalismo, que cuando se interpretan y aplican las normas constitucionales se acude necesariamente a razonamientos de índole moral. Lo que ya no comparto es que esa moral sea otra que la particular de cada magistrado, bien que disfrazada con las oportunas ponderaciones que dan cobertura jurídica a su arbitrio. La presuposición de que en el ordenamiento jurídico existe un sistema axiológico completo y coherente articulado por principios ponderados es la coartada perfecta para que los jueces introduzcan mediaciones ideológicas que, lejos de parecer intrusiones subjetivas, se nos aparezcan como derivaciones jurídicas deducidas con implacable lógica. El profesor J. A. García Amado ha tratado muy lúcidamente y por extenso estas cuestiones y a sus trabajos me remito (2005, 2007, 2012).

Con esto no estoy diciendo que el uso del método ponderativo equivalga a una aplicación ideológica o arbitraria del derecho. Sólo digo que, si se quiere realizar una interpretación ideológica o arbitraria del derecho, el método ponderativo es el candidato perfecto. El método ponderativo se aviene especialmente bien al birlibirloque en el que lo particular logra mutar en interés jurídico objetivo porque, en realidad, los principios no son tanto normas que uno encuentra como normas que uno recrea. Propiamente, los principios no pertenecen al mundo de las normas sino al mundo de la retórica, más aún, al de la erística: forman parte de un universo argumentativo especialmente apto para derrotar normas cuando ya no se encuentran más razones. La variedad de principios es tal que resulta difícil no encontrar un principio que avale el criterio de cada cual. Pero, si después de rebuscar, el intérprete principialista no ha encontrado ninguno que satisfaga su pretensión, está de suerte: el método le procura la posibilidad de encontrar cobijo en principios implícitos del ordenamiento. Solo se necesita la suficiente imaginación como para recrear una máxima razonable que acoja la pretensión requerida e imputársela luego al ordenamiento. En suma, no existe pretensión que no pueda ser acogida en un principio. Y una vez hallado el principio sólo resta atribuirle mayor peso que a los principios rivales en liza, si los hubiere. En este sentido, los principios son parecidos a las máximas de experiencia, a los refranes. Actúan *a posteriori* para explicar lo ya sucedido, lo ya decidido. Puede que se contradigan y a veces postulen la anticipación para ser ayudados por la divinidad –al que madruga dios le ayuda...–, al tiempo que otras nos inviten a no anticiparnos –no por mucho madrugar amanece más temprano...– pero no importa, porque siempre hay uno para cada situación, siempre son sensatos, siempre aciertan –precisamente porque actúan después de acontecido un suceso para explicarlo de forma justificada–. Al igual que ciertos sofistas, refranes y principios se las apañan muy bien para adivinar el pasado... Los refranes y los principios son múltiples y contienen multitudes, como decía W. Withman de sí mismo.

El razonamiento judicial en los casos difíciles –aquellos que suscitan discrepancias acerca de su resolución y que pueden ser argumentados seriamente en sentidos opuestos–, tal es mi parecer, en realidad sigue siempre el mismo esquema. Primero se llega, paradójicamente, al veredicto –a una solución basada en la ideología, en un sentido amplio, del juez–. Luego aparece la necesidad de justificar esa decisión apelando a las normas. En este sentido, interpretar es re–construir las normas del ordenamiento para que la pretensión inicial del intérprete se vea amparada en ellas. Conviene no dulcificar la crudeza de este esquema. Si lo que digo es cierto, los jueces funcionan, al menos en esos casos en los que se echa mano de los principios, como auténticos operadores ideológicos. Puede que eso sea inevitable, pero al menos debemos ser conscientes de esa determinación –la libertad es la conciencia de la necesidad, decía Espinosa y repetía Hegel– y, al tiempo, proponer ciertos límites. Con el uso del método ponderativo estamos proporcionando una herramienta formidable para disimular esa carga ideológica que inevitablemente van a tener las decisiones sobre casos difíciles, pues lo que produce es que la valoración personal se convierta en una operación objetiva derivada del contrapeso de razones jurídicas. En estas ocasiones el juez no debería poder ocultarse en el manto del derecho –no soy yo, es la ponderación que, objetivamente, conduce a esto...– y, muy al contrario, debería mostrar cuál es la ideología que ha elegido para decidir y por qué la ha elegido. Esto sí se puede discutir, sobre esto sí se puede discrepar. Resulta mucho más fácil disentir de un juez que decide algo amparándose explícitamente en una valoración que hacerlo de un juez que decide eso mismo amparándose en la aplicación objetiva de las normas –con su arte, con sus argumentos–. «Arte», en el sentido de profesión, de dominio de una técnica, y «artero» comparten una misma raíz –«la espada de la técnica es arma de dos filos y veinte intenciones» dice acertadamente A. Nieto, (1988, p. 152)–. «Argumento» y «argucia» también. En una democracia la posibilidad de estimular la actitud crítica, la que denuncia las malas

artes y las argucias, e incluso el disenso en las relaciones mediadas por la autoridad, me parece fundamental. Y los principios, si no me equivoco, constituyen todo un arsenal de arteras argucias. Los principios actúan como todo mito de origen y sirven para presuponer implícitamente aquello cuyo surgimiento quieren explicar.

Si hubiera de resumir los motivos de crítica al constitucionalismo que he expuesto diría que, en primer término, es una teoría que permite y legitima actuaciones *contra legem* a individuos que no están legitimados para ello —es una teoría, en este sentido, antidemocrática, en tanto que la ley, al menos de forma mediata, es imputable al pueblo—. Concede demasiado poder a los jueces en detrimento del poder legislativo. Sólo en situaciones en las que las normas tienen un componente antidemocrático muy fuerte —pensemos en el contexto en el que se desarrolló el uso alternativo del derecho— es justificable esta prerrogativa. En segundo término, oculta las relaciones de poder que se esconden en la ideología judicial al juridificar lo que no es más que valoración personal o interés de grupo. En tercer término, en sus orígenes el constitucionalismo se ha servido de los principios para convertir lo que era simple declaración de intenciones en norma jurídica, para transmutar la moral política en derecho. Pero la constitución ya no es sólo norma jurídica, también es norma jurídica suprema e irradiante, y esto significa que la puerta para la moralización del sistema ha sido abierta. El peligro es ahora el inverso al que tuvo que afrontar el constitucionalismo: corremos el riesgo de que el derecho formado por reglas se incline ante la consideración moral del sistema. Como señala Comanducci (2003), el constitucionalismo, al mantener una conexión necesaria entre el derecho y la moral, tiene el riesgo de incurrir en positivismo ideológico ya que cualquier decisión jurídica estaría justificada si deriva en última instancia de una norma moral y esto sería, de nuevo, contrario a los valores democráticos.

Pues bien, al principio de este trabajo decía que a pesar de mi discrepancia con el método ponderativo que defiende el prof. Vilajosana estaba dispuesto a asumir todas estas críticas y adoptar su visión a cambio de que fuera una vía más útil, más eficaz que la que yo mismo propongo. A tal punto me parece que debe maximizarse el fondo democrático que está en juego. Ahora es el momento de comparar las dos estrategias para ver cuál es más factible. Veamos una panorámica comparada.

#### 4. La elección de la ruta

Nuestras dos visiones parten de un punto valorativo común: ambos creemos que el derecho de autodeterminación o el derecho a decidir —la denominación no es en este punto relevante, en cualquier caso nos referimos al derecho de una comunidad a decidir libremente su futuro y por eso usaré los dos cuños indistintamente— es la solución más justa a un problema real que se presenta en Catalunya. Yo creo que es más justa porque entiendo que está mejor justificada moralmente (Bastida, 2016, p. 255). A su vez reconozco que, con una interpretación sólita del ordenamiento español, ese derecho no existe como tal. La combinación de los artículos 1.2 y 2 de la Constitución, tal y como han sido interpretados de forma unánime, continua y reiterada por el TC, lo impiden. Lo normal en estos casos sería propugnar una reforma que acogiese esa pretensión para convertirla en derecho, pero, como he intentado mostrar, acudir a la reforma constitucional como vía para introducir el derecho a decidir es, o bien una muestra de cinismo, o bien una demostración de ignorancia cómplice, o, en el peor de los casos, una conjunción de ambas. *Jamás* se podrá lograr esa reivindicación por medio de la reforma. Ante esto caben dos vías. La primera es la revolucionaria, la que intenta, sin implicar necesariamente la violencia, pero sin renunciar a ella, subvertir el orden actual apelando a un orden justo que es negado no solo en la actualidad, sino también pro-futuro —la anterior cursiva de *jamás* quería significar exactamente esto—. La segunda vía apelaría al derecho. Dado que la

reforma constitucional es una vía muerta, el único modo de transitar una senda jurídica para acoger al derecho a decidir sería forzar una interpretación del derecho vigente que, sin necesidad de modificarlo, diese acogida a un derecho semejante. O el derecho a decidir cabe en el ordenamiento español vigente o no podrá haber nunca.

Hasta aquí, si no me equivoco, puedo caminar al lado de Vilajosana. Tal vez con un matiz. Antes decía que había que «forzar» una interpretación. Con ello reconozco que, si nos acogemos a la interpretación del derecho –tanto interno como internacional– acostumbrada, normal, el derecho a decidir no encontraría acomodo en el ordenamiento español. Para que esto suceda se necesita violentar esos usos comunes y proponer una interpretación in-sólita (luego se verá). Pero aquí se trata precisamente de eso: de reconocer que, o se violentan esos usos o se renuncia a la vía jurídica para dar cabida a una pretensión, tal es mi tesis, justa. Es cierto que para que mi interpretación tenga visos de juridicidad hay que torturar al ordenamiento, aunque esto no debería sorprender a la magistratura española. También hubo que torturarlo para que las facturas falsas pudieran desgravar y así librar a la Infanta Cristina de Borbón de dar con sus regios huesos en la cárcel. Cuando se quiere, se puede. Nuestras señorías lo saben.

Para Vilajosana, por contra, no habría que hacer mayor esfuerzo interpretativo. Su propuesta es, de hecho y siguiendo la filiación dworkiniana del que su razonamiento trae causa, la única correcta a la que los magistrados del Tribunal Constitucional podrían llegar en el supuesto de que se planteasen la pertinencia constitucional del derecho a decidir. En efecto, para los constitucionalistas, la práctica jurisdiccional se asienta sobre ciertas presuposiciones de racionalidad en relación con el ordenamiento jurídico, entre las que se cuenta la de haber una respuesta correcta, y solo una, dentro del sistema. Es decir, para Vilajosana, lo más correcto –de hecho, lo único correcto– desde el punto de vista jurídico sería que los magistrados que se enfrentasen al caso que nos ocupa decidieran conforme a los razonamientos propuestos por él, con independencia de cuáles fueran los intereses ideológicos o la voluntad política de los magistrados. Bastaría con aplicar rectamente el derecho, no habría que forzarlo de ningún modo.

Más allá de este tropezón en el camino compartido, nos separa a partir de ahora la manera que tenemos de interpretar el derecho español de tal modo que pueda dar acogida al derecho a decidir. Para él, mediante una interpretación basada en la ponderación de los principios constitucionales relevantes para el caso, puede fundamentarse la legalidad de una consulta en Catalunya sobre su futuro político –incluyendo con esto la legalidad de las medidas que, en su caso, deban implementar el resultado de la consulta–. Es más, como acabo de indicar más arriba, para Vilajosana esa sería la única solución a la que podrían llegar los magistrados del Constitucional si ponderasen como es debido. Pero ¿es eso cierto? Yo creo que no.

Para empezar, en primer lugar, considero que con la posibilidad de recurrir a los principios como base de la argumentación se pueden dar razones más fuertes en contra que las que aporta Vilajosana en defensa del derecho a decidir. No es que yo crea esto: es que, como sabemos, todo aquel que va en busca de un principio que sustente el propio pensamiento, lo acaba encontrando. Y cuando se encuentra –esta sí que es una ley inexorable–, siempre acaba pesando más que el del rival. Vilajosana es partidario del derecho a decidir y por eso encuentra principios que lo avalan y que son de mayor peso que los principios opuestos. Si el profesor Vilajosana da con un filósofo del derecho español que sea constitucionalista –esto no le resultará difícil– y que al tiempo sea españolista –esto le resultará sencillísimo– se dará cuenta de que, indefectiblemente, el filósofo en cuestión encontrará principios que se oponen al derecho a decidir –la hipótesis trata de filósofos españolistas y esto significa que ex

*ante* ya han decidido lo que quieren buscar en el ordenamiento: el aseguramiento de la unidad nacional— y que son, por supuesto, de mayor peso que los de Vilajosana. Por ejemplo, le espetarán que, a la hora de ponderar, el artículo 1.2 que trata sobre la soberanía nacional del pueblo español —que para Vilajosana pesaba menos que el de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona (2015, p. 85)— es de mayor enjundia que los principios que lo infirman ya que, según reiterada jurisprudencia, el principio de soberanía nacional «es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (STC 6/81). Por definición, los argumentos propios siempre pesan más que los que se proponen *ex adverso*. Le propongo una apuesta amable al profesor de la Pompeu: si encuentra a un solo jurista o filósofo del derecho que, siendo españolista, reconozca el peso jurídico de la argumentación de Vilajosana y, en consecuencia, admita la infortunada existencia de ese derecho que denigra moralmente, entonces... como no soy un jugador de ventaja, dejo que sea él quien ponga los términos de una apuesta que, desde ya, ha de dar por perdida. El juicio jurídico del tipo: «este derecho está contemplado en el ordenamiento», cuando se apoya en una ponderación de principios, no es ni independiente a la opinión ideológica, ni anterior a ella.

De hecho, hay un momento en el escrito del profesor Vilajosana en el que, implícitamente, reconoce esto (2020, p. 377). En efecto, cuando trata acerca de la existencia o no del derecho a decidir en el ordenamiento español, Vilajosana clasifica las posiciones posibles en torno al doble eje legalidad-legitimidad. Así, encontramos a quienes opinan que ese supuesto derecho no es legal y tampoco legítimo —esta es la posición del españolismo de derechas y de izquierdas—; nos topamos también con quienes sostienen que no es legal, pero que sí es legítimo —la izquierda española (no españolista) y buena parte del nacionalismo periférico sustentarían esto—; reconoceríamos, en tercera instancia, a quienes creen que es legal y al tiempo legítimo —sería el caso del propio Vilajosana— y, por último, existiría un cuarto grupo formado por los que consideran que es legal pero ilegítimo: «alguno habrá» dice despectivamente Vilajosana, dando a entender que sería una rareza debida a la excentricidad ideológica encontrarse con alguien que se pudiera adscribir a este grupo; esto es, le parece anómalo que alguien con una ideología españolista —alguien que niegue legitimidad a la posibilidad de que los catalanes decidan su futuro político— pueda reconocer que, no obstante, ese derecho —infame— está contemplado en el ordenamiento.

Si, como Vilajosana admite, su interpretación ponderada de los principios es la que refleja «la mejor concepción político moral poseída en el momento» (2020, pp. 385-386) y es, a la vez, la única respuesta correcta que cabe encontrar en el ordenamiento, lejos de despertarle extrañeza, debería encontrar a multitud de juristas que reconociesen esta verdad de hecho —al menos alguno habrá lo suficientemente competente como para ver la única respuesta correcta que apunta Vilajosana— y, de entre ellos, seguro que encontrará otros tantos que, una vez reconocida su existencia objetiva e inapelable, critiquen amargamente la posibilidad de secesión que ofrece ese derecho que acaban de reconocer como existente. Por qué sorprenderse de algo tan normal como encontrar un jurista lo bastante desprejuiciado como para convenir con Vilajosana en que ese derecho cabe en el ordenamiento —que defienda, en suma, la legalidad y la pertinencia de un referéndum de carácter secesionista en Catalunya— pero que, al tiempo, denuncie la falta de legitimidad de esa posibilidad jurídica. En suma, que admita su existencia pero que deplora esa misma existencia. Con las reglas se da esta posibilidad. La pena de muerte es legal en Texas, aunque injusta, decimos muchos. No hay tal posibilidad cuando se trata de los principios porque la juridicidad de una expectativa es siempre el resultado de un juicio de valor previo. No se puede disociar la legitimidad de la legalidad: cuando algo se considera legítimo siempre puede encontrar fundamento en un principio del sistema y, con ello, devenir jurídico. Siempre hay un referendo en el ordenamiento constitucionalista para la opinión

que previamente se profesa. A la inversa, cuando algo se tiene por ilegítimo, no cuesta nada encontrar un principio que lo condene. En el caso de las reglas, según vimos, los derechos existen y pueden deplorarse; en el de los principios, los derechos, si se deploran, no existen. Por eso, la categoría de los que consideran el derecho a decidir como algo ilegítimo pero legal, está vacía –ningún intelectual, ninguna opción política la integran–. Por eso, para el propio Vilajosana, es una categoría absurda, excéntrica: «alguno habrá...».

Si la ideología es la que explica la posterior elección de los principios que luego son presentados como elementos motrices de la decisión, me parece arriesgado fiar el reconocimiento del derecho a decidir a la argumentación ponderada de principios porque la composición del Tribunal Constitucional depende de los partidos mayoritarios en España, que son inequívocamente españolistas. Conocemos la ideología del TC porque conocemos la ideología de los partidos que han elegido directa o mediatamente a sus miembros. Y si sabemos su ideología al respecto podemos ya anticipar el resultado de su ponderación.

En segundo lugar, la posibilidad para que el Tribunal Constitucional se decantase a este respecto y se pronunciase acerca de si existe o no el derecho a decidir ya se ha producido. En efecto, en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 42/14 se aborda de manera muy directa el tema cuando resuelve un recurso del Gobierno contra la Resolución del Parlamento de Catalunya de 23 de enero de 2013 por la que se aprobó la *Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya*. En esta sentencia, de manera inequívoca, se dice que el «derecho a decidir» no existe como tal derecho en la Constitución y que la única manera en que la mención del derecho a decidir del que habla la *Resolución* se puede ajustar a la Constitución es interpretándola no como una «atribución de soberanía no reconocida en ella», sino como una mera «aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional» (STC 42/14 FJ 3). Es decir, no existe derecho a decidir, pero sí se puede plantear una reforma constitucional que lo recoja: «el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que (...) el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (FJ 4). Y ya sabemos a qué conduce acudir a la reforma... No hace falta especular sobre cómo actuará el Constitucional cuando se enfrente al derecho a decidir. Ya lo hizo, y no encontró la única respuesta correcta. Lástima.

¿Qué valor tiene entonces la propuesta de Vilajosana? Para empezar elude la chufra reformista y plantea un camino posible, al menos intelectualmente –cosa que el reformismo no hace–, para dar por constitucionalizado el derecho a decidir. Si todo fuera sobre ruedas, la propuesta de Vilajosana se desarrollaría así (2020, p. 389): el presidente del Gobierno podría convocar directamente un referéndum en Catalunya, o bien podría delegar la competencia puntualmente mediante el 150 CE para que el presidente de la Generalitat lo convocase. Aquí cobra importancia el trabajo de Vilajosana porque da argumentos a aquellos que, como sucedió en el debate en el que fue discutida la posibilidad de delegación competencial del 150, alegaron una especie de imposibilidad de tipo jurídico: «el ordenamiento no lo permite, pero si lo permitiese...». Vilajosana muestra una posibilidad que admitiría la celebración de un referéndum sin que nadie se raje la toga. Si esto pasase, digo, es un decir, si esto pasase todavía quedaría librar el escollo de la más que previsible impugnación ante el constitucional de las fuerzas españolistas. De nuevo en un mundo ideal, la argumentación de Vilajosana podría ser utilizada por sus señorías para justificar la constitucionalidad de la convocatoria de referéndum o de la delegación competencial

para la celebración del referéndum. Más difícil sería justificar la constitucionalidad de las medidas para implementar un eventual triunfo de las fuerzas independentistas en el referéndum sin acudir a la reforma y aduciendo de nuevo la aplicación de principios. Aquí, la negociación de buena fe para hacer efectiva la independencia que invoca Vilajosana ya no creo que pueda saltarse la reforma constitucional. Qué demonios, claro que sí, estamos hablando de principios y el de buena fe seguro que pesa más que cualquier otro... Hablando en serio, yo, como partidario de un derecho de secesión, si imaginase una Constitución en la que se me reconociese el derecho a la separación con la misma claridad con la que la Constitución actual reconoce la indisoluble unidad de la nación española y luego alguien me dijese que en realidad no tengo ese derecho porque, ponderando principios, aparece el de unidad como más sólido, pesado y mejor argumentado, supongo que entraría en estado de cólera.

En suma, el derecho a decidir así planteado tiene valor como argumento ante aquellos, tanto políticos como jueces, que conceden valor a la pretensión pero niegan que se pueda realizar por motivos de técnica jurídica. Presupone siempre que exista una voluntad política que haya decidido que el derecho a decidir es algo que merece la pena. Esta voluntad, ya lo vimos al tratar del reformismo, no existe.

Vayamos ahora, sucintamente, por la vía que propongo (2016, pp. 233 y ss.). Para eludir la trampa reformista yo apelo a una interpretación del Derecho internacional posible –la que, según los pactos de 1966, concede derecho de autodeterminación a *todos los pueblos*, literalmente y sin más requisitos– y a la recepción de ese derecho internacional por parte del ordenamiento español –al ser anterior la firma de esos pactos (1977) a la vigencia de la Constitución de 1978 se aplicarían con preferencia a esta última, ateniéndonos al art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados–. Esta es la interpretación forzada a la que me refería más arriba. Es forzada porque no coincide con la interpretación dominante, pero muestra una vía posible. Tiene como virtud frente a la que propone Vilajosana que, de ser aplicada, el referéndum que se podría celebrar, bien por convocatoria directa del presidente del gobierno, bien por delegación competencial mediante el art. 150, podría ser entendido como inmediatamente ejecutivo habida cuenta de que el art. 27 del Convenio antes citado establece que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado», y el referéndum celebrado lo sería al amparo de los Pactos que reconocen indiscriminadamente el derecho de autodeterminación de los pueblos. El punto débil, ay, es idéntico al que también aquejaba a la teoría de Vilajosana. Mi propuesta solo tiene sentido para que pueda ser utilizada por personas –políticos, jueces– que muestren voluntad política de acoger ese derecho, esto es, personas que vean en ese derecho la forma más adecuada, justa y democrática de resolver un problema. Si esa voluntad existe, los medios son posibles. Pero esa voluntad, ya quedó dicho, ni existe, ni existirá.

Al principio de este trabajo señalé que, si la vía constitucionalista prometiese mejores resultados que la mía, estaría dispuesto a convertirme en convencido principialista y hacerle injusticia a la Teoría del Derecho para hacerle justicia a la democracia. Por fortuna, no ha sido necesario.

## 5. Al final del viaje

Solo queda hacer balance del periplo realizado. Si echamos mano del cuaderno de bitácora veremos que el viaje comenzó con una meta muy clara: intentar solucionar un problema, el catalán, de la forma más equilibrada, más justa. En la convocatoria de un referéndum entre los catalanes para que de este modo decidan su futuro político se encontró la respuesta y, a partir de aquí, el profesor Vilajosana propuso una vía

que permitía su consecución a través de la ponderación de principios constitucionales. Yo propuse otra, pero el problema acaba siendo el mismo: ambas vías presuponen que ciertos actores políticos y jurídicos estén dispuestos a interpretar las normas de tal manera que se pudiera encajar el derecho a decidir en el ordenamiento español. En concreto presupone que el presidente del Gobierno tenga la voluntad política de convocar un referéndum y que el Tribunal Constitucional no lo declare inconstitucional ante una más que previsible impugnación de esa convocatoria.

En la convocatoria de referéndum celebrado en Escocia –no en el Reino Unido, sino en Escocia– para decidir su independencia o la permanencia en el Estado Británico las cosas se plantearon del siguiente modo. Todavía recuerdo al presidente Cameron –líder de los conservadores, conviene no olvidarlo– cuando en un discurso previo a la convocatoria del referéndum, dijo que no había normas que obligasen al Reino Unido a celebrar la consulta que pedía mayoritariamente el parlamento escocés, pero que consideraba un «deber democrático elemental», tales fueron sus palabras, acceder a esa petición. Esto es, Escocia no tenía derecho –jurídico– a exigirlo, pero el Reino Unido sí tenía la obligación –moral, democrática– de aceptarlo. En un país Democrático –así, con mayúsculas– las cosas funcionan así. En Canadá, la conocida sentencia del Supremo no debatía la posibilidad del referéndum –esto lo daba por hecho, también son un país Democrático–, lo que hacía era poner las condiciones –claridad en la pregunta– y declarar cuáles serían sus efectos –no directamente ejecutivos–. La propuesta de Vilajosana –también la mía– presuponen que en España pueda suceder algo así: dan argumentos a los actores políticos –presidente del gobierno en este caso– para que justifiquen la convocatoria –o deleguen competencias para que el presidente de la Generalitat lo haga– y también proporcionan razones a los tribunales que pudieran encontrarse con una impugnación de esa convocatoria para que decidan a favor de su constitucionalidad. Lo que sucede es que esa presuposición es inverosímil. La voluntad política que opera como condición de posibilidad no se dará nunca. Las razones sociopolíticas fueron explicadas más arriba y no voy a insistir en ellas. Ningún presidente del Gobierno de España lo hará. Ninguna sentencia del Tribunal Constitucional lo consentirá. Lo único que cabe esperar de ambas instituciones es su apelación al Estado de Derecho, a la Ley, a la reforma de la Constitución; en suma, solo cabe esperar que activen la habitación del pánico... Así lo hizo el Parlamento español cuando se discutió la cesión de competencias para la celebración del referéndum catalán y así se confirmó en la STC 42/14 –siguiendo la doctrina de STC 103/2008– que exigía a los promotores del derecho a decidir que acudiesen a los trámites de reforma, «pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (FJ 4 c). Y ya sabemos a dónde conduce la vía reformista: a la autocontradicción teórica y a la imposibilidad material –por razones sociopolíticas– de consumir la reforma.

Da igual el método que se plantee para constitucionalizar el derecho a decidir: jamás se podrá conseguir apelando a ninguna vía jurídica. Tal vez convenga, cuanto antes, asimilar este pronóstico y comenzar a actuar en consecuencia. En este sentido podemos plantearnos qué estatus tiene nuestra ideología, la que plantea como un derecho moral el derecho a decidir de, en este caso, Catalunya. Como tal ideología, la STC 42 /14 es muy clara al respecto, está permitida como «aspiración política» legítima. Sin embargo, la misma sentencia especifica que la única manera de llevar a cabo el derecho a decidir es respetando los procedimientos de reforma previstos en la Constitución que, como vimos, cortocircuitan la posibilidad de acoger ese derecho porque el seguimiento de las normas de reforma proporciona un veto a las fuerzas contrarias a la reforma. En tanto en cuanto se impide materialmente su consecución, la ideología secesionista está prohibida, lo que sucede es que sostener esa ideología –si tenemos cuidado con lo que hacemos y con lo que decimos– carece de castigo. Así como Vilajosana utilizaba el cuño analítico de «permisión débil» para referirse a

la situación en la que un derecho no está explícitamente recogido –permisión fuerte– pero que tampoco está prohibido, aquí podemos crear la categoría de «prohibición débil» para referirnos a aquellas situaciones en las que no se impide la idea, pero sí se impide materialmente su realización. El ordenamiento jurídico español le dice a los partidarios del derecho a decidir: «no perdáis el tiempo, no tenéis nada que hacer aquí. No os prohibimos que penséis lo que pensáis (¡aquí no existen los delitos políticos!), pero que os quede claro que jamás vais a conseguir lo que pensáis». Curiosamente ese pensamiento de imposible realización no es, como pudiera pensarse, algo aberrante, denigrante moralmente o a todas luces monstruoso, sino que es una pretensión mejor fundada moralmente que la norma vigente –así lo creo yo–, o, como poco, tan digna de respeto como la pretensión antagónica que, *de facto*, protege la norma. Esta es la cruda realidad. El ordenamiento jurídico español trata a los nacionalistas como a lunáticos que exigen un imposible. No castiga su locura – porque de lo contrario se admitiría la existencia flagrante de un delito político– pero ataja los posibles efectos adversos de la demencia –enseguida aparecen los loqueros con la camisa de fuerza–. A efectos prácticos nosotros debemos considerar que nuestra ideología está prohibida y nuestro pensamiento también –siquiera débilmente...–. Al menos en este aspecto los presos del *Procés* son incuestionablemente políticos.

Al final del viaje miro atrás y compruebo, con desaliento, con desánimo, que las vías jurídicas no han conducido a ningún sitio. Ya sólo queda el recurso al boicot, al sabotaje político, a la deslealtad, a la desobediencia, al chantaje, al afeamiento, al odio.

## Bibliografía

- Aláez, B. (2015). Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España. *Revista d'estudis autònomicos i federals*, 22, pp. 136-183.
- Álvarez Junco, J y de la Fuente, G. (2017). *El relato nacional. Historia de la historia de España*. Madrid, España: Taurus.
- Atienza, M. (2012). Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. *Diálogos Jurídicos*, 1, pp. 229-255.
- Atienza, M. (2016). Ni positivismo jurídico ni neconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. En L. Peña y T. Ausín (coords.), *Conceptos y valores constitucionales* (pp. 29-58). Madrid, España: Plaza y Valdés.
- Barceló I Serramalera, M.; Corretja, M.; López, J.; González, A; Vilajosana, J. M. (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- Bastida Freixedo, X. (1988). *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona, España: Ariel.
- Bastida Freixedo, X. (2016). El derecho de autodeterminación como derecho moral: una apología de la libertad y del deber político. En J. Cagiao y Conde y G. Ferraiuolo (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico* (pp. 218-268). Madrid, España: Los libros de la catarata.
- Billig, M. (2014). *Nacionalismo banal*. Madrid, España: Capitán Swing Libros.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema.
- Bueno, G. (2004). *Panfleto contra la democracia realmente existente*. Madrid, España: Editorial La esfera de los libros.
- Cagiao y Conde, J. y Ferraiuolo, G. (coords.) (2016). *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Madrid, España: Los libros de la catarata.
- Carbonell, M. (ed.) (2003). *Neocostitucionalismo(s)*. Madrid, España: Trotta.

- Colomer, J. M. (1990). *El arte de la manipulación política. Votaciones y teoría de juegos en la política española*. Barcelona, España: Anagrama.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (ed.), *Neocostitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Madrid, España: Trotta.
- García Amado, J. A. (2005). Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares. *Estudios de Derecho*, 139, pp. 101-134.
- García Amado, J. A. (2007). El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En Ricardo García Manrique (coord.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 249-332). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, J. A. y Atienza, M. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis.
- García Manrique, R. (coord.) (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Hart, H. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, 36, pp. 3-18.
- Jiménez Cano, R. (2013). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). *Isonomía*, 39 (octubre), pp. 83-126.
- Nieto, A. y Fernández, T. R. (1988). *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Barcelona, España: Ariel.
- Patraix, L. (2014). Desmuntant les tres grans fal·làcies de l'unionisme espanyol [Mensaje en un blog]. Recuperado de [http://blocs.mesvilaweb.cat/Lluis\\_Patraix/?p=268195](http://blocs.mesvilaweb.cat/Lluis_Patraix/?p=268195)
- Payero, L. (2016). ¿Por qué Cataluña no puede autodeterminarse? Las razones del Estado español. En J. Cagiao y Conde y G. Ferraiuolo (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico* (pp. 183-217). Madrid, España: Los libros de la catarata.
- Philpott, D. (1995). In defense of Self-Determination. *Ethics*, 105(2), pp. 352-385.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21(II), pp. 339-354.
- Punset R. (2012). La reforma de la Constitución. Aporías del cambio constitucional en el derecho español. En *Lección inaugural del Curso Académico 2012/2013 de la Universidad de Oviedo*, 2012.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodilla, M. A. (2013). *Teoría del Derecho*. Madrid, España: Ratio Legis.
- Solé Tura, J. (1985). *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Solozábal J. J. (11 octubre, 2000): *Desgarros imaginarios. El País*. Recuperado de [https://elpais.com/diario/2000/10/11/opinion/971215205\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/10/11/opinion/971215205_850215.html)
- Vilajosana, J. M. (2015). Ponderación de principios y Derecho a decidir. En M. Barceló I Serramalera et al. (2015) *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (pp. 67-90). Barcelona: Atelier.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid, España: Trotta.

*El demos como Grundnorm.*  
Autodeterminación, derecho a decidir y  
constitución democrática\*  
*Demos as Grundnorm.*  
Self-determination, Right to Decide and  
Democratic Constitution

Joxerramon Bengoetxea  
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea  
ORCID ID 0000-0002-4511-4023  
[joxerramon.bengoetxea@ehu.eus](mailto:joxerramon.bengoetxea@ehu.eus)

Cita recomendada:

Bengoetxea, J. (2020). *El demos como Grundnorm. Autodeterminación, derecho a decidir y constitución democrática. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 459-471.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5723>

Recibido / received: 09/06/2020

**Resumen**

Esta contribución glosa el texto de Josep Maria Vilajosana, *Democracia y derecho a decidir*, entablando un diálogo crítico con el mismo y proponiendo reflexiones en torno al derecho a decidir y la autodeterminación en los conflictos territoriales de soberanía –como los existentes en Cataluña y en Euskadi respecto de España– hacia una concepción pluralista de *demos*. Propone recuperar el derecho a la autodeterminación, la afirmación propia de una comunidad política a quien le viene sistemáticamente negada la libertad de definir su status por vérsela negada y vetada, *ab initio* y *ad eternum*, su condición de pueblo (*demos*). La justificación profunda de la autodeterminación reside precisamente en la democracia –derecho a decidir– y en la relación entre soberanía popular, derecho y democracia.

**Palabras clave**

Autodeterminación, derecho a decidir, demos, constitución democrática, cultura constitucional en España, conflictos territoriales de soberanía, Unión Europea.

\* Grupo de Investigación (UPV/EHU) IT 1190-19 sobre derechos fundamentales y la UE, y proyecto de investigación DER 2015- 64599-P MINECO/FEDER UE *Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual*.

**Abstract**

*This contribution engages a conversation with Josep Maria Vilajosana's reference text on democracy and the right to decide, and makes some theoretical proposals favoring the right to self-determination in the peaceful solution of territorial sovereignty conflicts, such as can be found in Spain regarding Catalonia and the Basque Country. It advocates a constitutional pluralist concept of democracy and recovers the centrality of self-determination of peoples as the self-assertion of a political community that has been systematically denied the freedom to decide on its own status and its self-definition as a people, a demos. The deep justification of self-determination lies in democracy and the right to decide and in the close links between popular sovereignty, democracy and law (justice).*

**Keywords**

*Self-determination, right to decide, demos, democratic constitution, constitutional culture in Spain, territorial conflicts over sovereignty, European Union.*

SUMARIO. 1. El núcleo del argumento de Vilajosana. 2. Contrapuntos, apostillas y fugas sobre el derecho constitucional a decidir. 2.1. Las disciplinas. 2.2. Sobre el permiso débil. 2.3. Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación. 2.4. ¿El *demos* como *Grundnorm*? 2.5. El *demos* en la Constitución Española, ¿de qué es mayoría la mayoría? 2.6. ¿Por qué no el derecho a la autodeterminación? 3. Buscando alternativas: *demoicracia europea*.

Agradeciendo la iniciativa de Txema Sauca de abordar el espinoso tema del *procès* en la revista *Eunomia*, y agradeciendo también su invitación a formar parte del número especial de conversación con el interesante texto de Josep Maria Vilajosana, me complace formar parte de este intento de abordar por vía dialógica un tema que ha marcado profundamente la manera de entender el constitucionalismo español de la segunda década del S XXI. En este texto pretendo glosar el texto de Josep Maria, o los mensajes del mismo que más me han interpelado (I) para entrar, acto seguido, en una reacción crítica al mismo (II) y concluir con mis propias reflexiones en torno al derecho a decidir y la autodeterminación en los conflictos territoriales de soberanía, como los existentes en Cataluña y en Euskadi respecto de España (III). Para empezar quiero mostrar mi aprecio y admiración por el texto que estamos comentando, cuya calidad y credenciales ius-filosóficas me parecen incuestionables.

## 1. El núcleo del argumento de Vilajosana

Vilajosana discurre por los territorios de la filosofía del derecho, moral y política y se adentra en el derecho constitucional. Su texto se estructura en torno a un interrogante planteado en la apertura y en la clausura, que glosamos aquí a modo de pregunta y respuesta:

[P –] ¿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? [interrogante de apertura].

[R – Debe permitir la celebración de un referéndum:] en pleno siglo XXI [...] los sistemas democráticos pueden y deben tener una respuesta [...] que pasa 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 [interrogante de clausura].

Los presupuestos fácticos de la propuesta conciernen a la comunidad demandante e incluyen (1) una parte muy relevante de la población (2) de una comunidad interna (3) una reivindicación continuada, ordenada, pacífica y respetuosa (4) el derecho a decidir sobre su futuro político, (5) celebrando un referéndum (5) entre cuyas opciones se incluye la independencia.

La propuesta normativa, que concierne a la comunidad demandada, es que los sistemas democráticos (1) pueden articular la voluntad de los gobernados, (2) deben hacerlo y (3) permitir celebrar un referéndum. Como admite Vilajosana la aceptación de la propuesta depende del sentido y alcance que se dé al «derecho a decidir», que conviene distinguir del derecho a la autodeterminación. Estaríamos no ante un derecho de los pueblos sino ante un derecho individual de la ciudadanía de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada, que se ejerce colectivamente y cuya legalidad deriva del derecho estatal, y no del derecho internacional. Se trata del derecho a expresar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional de dicha comunidad, incluso su independencia.

La defensa principal de la propuesta –celebración de un referéndum– reside en la confluencia entre legalidad y legitimidad que caracteriza al constitucionalismo hermenéutico. Mientras que la legalidad se extendería hasta la legitimidad formal, la legitimidad substantiva se basaría en una moralidad crítica, en un reconocimiento de los derechos humanos. Legalidad y legitimidad coinciden en un sistema normativo, en la Constitución, entendida desde la relevancia de los principios que expresan derechos fundamentales. Estos principios son susceptibles de ponderación y para concretarlos es preciso entrar en una discusión político-moral, en un discurso de legitimidad.

La confluencia entre legalidad y legitimidad constitucional del derecho a decidir –la posibilidad de realizar una consulta a la ciudadanía catalana sobre su futuro político– la sitúa Vilajosana en una interpretación evolutiva o dinámica de la Constitución Española como documento vivo (*living instrument*). Esta sería su mejor concepción político-moral posible, pues maximizaría el principio democrático y evitaría que una mayoría de una comunidad territorial más grande, la demandada, asfixiase a la mayoría de una comunidad territorial menor, la demandante, incluida en la primera. Esta interpretación es además consonante con la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos contenida en el artículo 10(2) de la Constitución, y que exigiría adentrarse en el debate de la legitimidad material o sustantiva.

La *legalidad* del derecho a decidir se apoyaría en la ausencia (laguna) de una prohibición explícita del mismo, de la que se seguiría una permisiva débil en sentido deontológico. Para llegar a esta norma permisiva Vilajosana parte del vacío jurídico constitucional constatable desde un enfoque literal del texto constitucional, en el plano de sus disposiciones. La auto-integración del sistema se propone por vía *principal*, mediante la necesaria y deseable ponderación de principios, que exige entrar en el debate de la legitimidad material: la mejor interpretación posible desde la moralidad política. En la ponderación –*weighing and balancing*– no se admiten postulados absolutos, dogmas o premisas superiores que permitan la exclusión de otros

principios a ponderar. Según Vilajosana, en un platillo de la balanza están los principios de soberanía y de unidad (indisoluble e indivisible) de la nación (patria) española y en el otro platillo están el principio democrático y el principio de participación política. El principio democrático pivota sobre una concepción densa de democracia donde la mayoría decide, sin por ello dominar sobre la minoría. El principio de participación se fundamenta en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Estos principios deberían prevalecer sobre la soberanía y la unidad de la nación, pero sin llegar a negarlos. Consciente de haber arrinconado otras cuestiones interesantes del texto de Vilajosana, hasta aquí mi glosa.

## 2. Contrapuntos, apostillas y fugas sobre el derecho constitucional a decidir

### 2.1. Las disciplinas

Para empezar quisiera indicar que el interrogante que nos plantea Vilajosana –el análisis de la respuesta que puede y debe dar un Estado democrático de Derecho ante la reivindicación del derecho a decidir sobre su futuro por una parte muy relevante de la población de una comunidad interna– nos sitúa ante una cuestión primordialmente política que, sin embargo, en el contexto español, se pretende zanjar, y dar por zanjada, jurídicamente, encomendándola a un árbitro sospechoso, un Tribunal Constitucional, que no todas las partes implicadas consideran imparcial. Si la cuestión es política, el foro del debate debería ser político, no judicial, y las disciplinas llamadas a ilustrar dicho debate deberían comenzar por las ciencias políticas, la teoría y la filosofía políticas, pasando luego a la ética y a la filosofía del derecho, con la asistencia ancilar del derecho constitucional y derecho comparado. No podría prescindirse de los avanzados conocimientos del derecho internacional público o de la sociología jurídica, concretamente el enfoque de la cultura jurídica. Entre las teorías del derecho al uso, Vilajosana parece inclinarse por un postpositivismo dworkiniano. Nada que objetar, salvo para proponer una recuperación de las teorías realistas e institucionales del derecho, más cercanas a la sociología, complemento necesario de la filosofía práctica o crítica.

### 2.2. Sobre el permiso débil

De la ausencia de una prohibición expresa extrae Vilajosana un permiso débil, en la línea de la lógica deóntica desarrollada por von Wright. Un permiso fuerte debería ser explícito, pero no es el caso del derecho a decidir, que no aparece en la Constitución. Para contraste, conviene señalar que la Constitución sí contiene alguna permisión fuerte relativa al estatus político territorial, en relación con las modalidades de acceso a la autonomía, siendo la disposición transicional 4ª el ejemplo más llamativo de «permiso explícito fuerte» de cambio de status mediante un referéndum para el caso de una hipotética incorporación de Navarra al sistema autonómico vasco. Pero en ningún caso se hace mención del derecho a decidir en el texto constitucional ni para permitirlo, ni para prohibirlo, menos aún para imponerlo. Admitiendo que no cabría excluir una norma permisiva general en las constituciones liberales democráticas, un *favor libertatis*, este razonamiento nos llevaría a postular la existencia de una norma implícita permisiva general que podría perfectamente alcanzar también al derecho a la autodeterminación. En efecto, aunque no aparezca explícitamente autorizado, ningún precepto de la Constitución lo prohíbe, ni directa ni indirectamente. ¿Podríamos concluir que hay una permisión débil de la autodeterminación?

En el caso del derecho a decidir podría aducirse que en 1978 no se (re)conocía, o al menos no se había acuñado este hipotético derecho, por lo que su omisión sería comprensible, pues nadie sería consciente de que existiese omisión de algo que, a lo sumo, podría considerarse un *nasciturus* interpretativo. Por el contrario,

el derecho de autodeterminación era parte de las reivindicaciones políticas del momento de algunos partidos vascos y catalanes, de todo tipo de confesión y ámbito, incluido el estatal. El consenso mayoritario ubicaba a este principio en el derecho internacional y en el proceso de descolonización, lo que pudiera explicar la omisión consciente en el texto constitucional, al entender que podría estar recogido a través del artículo 10(2) pero no alcanzaría ninguno de los derechos fundamentales del Título I.

### 2. 3. Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación

Las dificultades prácticas y objeciones, que no impedimentos absolutos, para extender el derecho de autodeterminación a contextos ajenos a los procesos de colonización y descolonización, mediante una interpretación expansiva y evolutiva, han llevado a postular un «derecho a decidir» en los sistemas constitucionales modernos o liberales de estados compuestos y plurinacionales. La problemática que se aborda cuando se discute sobre el derecho a decidir coincide con la referida al derecho de autodeterminación de los pueblos: (1) la identificación de un sujeto activo, un pueblo, nación o ciudadanía titular del derecho, (2) la identificación de un sujeto pasivo sobre el que recae una expectativa de tolerancia, un Estado soberano interpelado o demandado, (3) la organización de un evento o proceso donde se manifieste una decisión o una voluntad, con verificación formal, para lo cual es necesario tener en cuenta el censo, la campaña, la pregunta, etcétera, y (4) las consecuencias de la voluntad así expresada y verificada.

Pero Vilajosana, que discurre por el derecho constitucional interno evitando adentrarse en el derecho internacional, pretende distinguir derecho a decidir y derecho a la autodeterminación, subrayando el carácter individual del primero. El derecho de los pueblos a la autodeterminación se contemplaría en el derecho de gentes mientras que el derecho a decidir sería un derecho fundamental constitucional de la persona. Este carácter individual quizá facilite su entroncamiento con los derechos fundamentales constitucionales, pero dificulta su tránsito hacia un referéndum colectivo sobre el status de una comunidad. ¿Cómo transitar del individuo al *demos*?

Partiendo de un análisis de los instrumentos relevantes del derecho internacional público constatamos que, a primera vista, no existe un instituto jurídico «derecho a decidir». El derecho internacional no lo regula, ni lo prevé, ni en su dimensión convencional ni en su dimensión consuetudinaria. Cabría la duda de si este hipotético «instituto» pudiera tener una existencia, y por ende una validez jurídica, como «principio general reconocido por las naciones civilizadas», en el sentido del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, la «regla de reconocimiento» comúnmente compartida. Pensemos en principios como *pacta sunt servanda*, o «nación más favorecida», o *rebus sic stantibus*, o *status quo ante*. Todos ellos orbitan en la galaxia de los conflictos territoriales de soberanía, característicos del derecho internacional público. Sin embargo, la búsqueda del «derecho a decidir» nos atrae, por su gravedad, al astro del derecho de autodeterminación, instituto jurídico del derecho internacional, elevado a la categoría de principio general. Este sí que es un *instituto o una institución* jurídica reconocida, con sus reglas *constitutivas* –es decir, las condiciones que deben cumplirse para considerar que este derecho existe o es válido, por ejemplo titular, objeto, consenso previo, reconocimiento internacional, formalismos– con sus reglas *consecutivas* –es decir las condiciones en que puede ejercitarse, las modalidades de ejercicio y las consecuencias que se siguen de dicho ejercicio, la claridad de la pregunta, los resultados necesarios, independencia o secesión, sucesión de estados, creación de un nuevo estado– y con sus reglas *terminativas* –aquellas que precisan en qué condiciones deja de tener

validez el derecho o qué ocurre una vez ejercitado— extinción, validez indefinida, posibilidad de nuevo planteamiento, evitar regresiones *ad infinitum*, el *neverendum quebequois*, o el caso de las ratificaciones de los Tratados. Este enfoque formalista (legalista formal) ha omitido la fundamentación normativa del derecho a la autodeterminación de los pueblos, las teorías de la justicia que lo fundamentan desde la filosofía práctica. No alcanzo a suponer que la fundamentación del derecho de los pueblos a la autodeterminación pueda prescindir de la idea de democracia. La democracia, la libertad y la participación política están en la base del derecho a decidir, la cual nos permite establecer una proximidad política y legitimadora entre ambos derechos, no solo un paralelismo práctico.

¿Estaremos entonces hablando de lo mismo, de un mismo derecho que se expresa de modo colectivo en el derecho internacional y de modo individual en el derecho doméstico? Si ello fuera así, el desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos en contextos coloniales sería un aspecto histórico contingente y se podría realizar la interpretación evolutiva, partiendo del principio democrático, adaptándolo a otros contextos de conflictos territoriales de soberanía. Indistintamente recurriríamos al derecho a decidir o al derecho a la autodeterminación, en una especie de bilingüismo normativo, según el contexto de uso en que nos moviéramos. Considero que es esta una elucubración con visos de plausibilidad.

Otra forma de relacionarlos sería fundamentar el derecho de autodeterminación en el derecho a decidir. El derecho a decidir, desde la filosofía práctica o el derecho natural, formaría entonces parte de la justificación del derecho de autodeterminación, derecho positivo. Es posible incluso que el derecho a decidir evolucione hacia una especie de principio general que inspire además a los sistemas constitucionales estatales, como parece sugerir Vilajosana. Tampoco veo objeciones serias a este planteamiento. Quizás esto haya ocurrido en buena medida en casos como la reunificación alemana, la desmembración de Checoslovaquia, la secesión de las repúblicas bálticas de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la desmembración de Yugoslavia, los acuerdos de Viernes Santo en Irlanda del Norte, la creación de Moldavia, la secesión de Kosovo, el plan de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para Chipre, el acuerdo de Edinburgo para posibilitar el referéndum escocés de 18 de Septiembre de 2014 sin recurrir al término «derecho a decidir» ni al concepto de «referéndum de autodeterminación», y hasta la anexión de Crimea a la Federación Rusa, episodio éste que no resulta amparado por las normas que regulan el derecho de autodeterminación, pero que, desde las teorías realistas de las relaciones internacionales y del derecho, cuenta con la fuerza implacable de los hechos consumados, *faits accomplis*, en detrimento de Ucrania. Quizás influyera en esta evolución la llamada a la claridad realizada por la Corte Suprema de Canadá (en *Re Secession of Quebec*, 1998)<sup>1</sup>.

Podría incluso entenderse que la Sentencia del Tribunal Constitucional español 42/2014<sup>2</sup> sobre la declaración del Parlament, se hiciera eco de esta evolución otorgando una tibia carta de naturaleza constitucional al derecho a decidir; esto es, a

<sup>1</sup> El derecho internacional reconoce a las minorías nacionales un derecho a la autodeterminación que puede extenderse, en ciertas circunstancias hasta un derecho a la secesión pero la Corte Suprema Canadiense descartó que esto pudiera aplicarse a Quebec, al disfrutar de un alto grado de autonomía interna y de representación política. Para la aplicación de esta doctrina a Escocia, *vid.* MacCorkindale y McHargh (2020).

<sup>2</sup> Pero las STC 31/2020 y 31/2015 cierran herméticamente la vía referendaria –consultas a la ciudadanía o cuerpo electoral de un ámbito territorial determinado a través del procedimiento electoral– a cualquier iniciativa que no venga aprobada por el Gobierno del Estado. Al Estado se reserva no solo la autorización sino la entera disciplina referendaria. Las consultas sectoriales no serían auténticos referendos sino sondeos, encuestas o mecanismos ingeniosos de participación ciudadana; en este sentido *vid.* López Rubio, D. (2019 y 2020).

decidir conforme lo prevea la Constitución, dentro de la tesis del único *demos*: «no como una atribución de soberanía [...] sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional» llegando a afirmar que el deber de lealtad constitucional obligaría al Parlamento del Estado a considerar con el debido respeto una posible propuesta de reforma constitucional planteada por el Parlament de Catalunya para reconocer un derecho a decidir en un sentido más soberanista.

## 2. 4. ¿El *demos* como *Grundnorm*?

Llegamos así al *quid* del interrogante que se plantea Vilajosana: esa «parte muy relevante de la población de una comunidad interna» que reivindica el derecho a decidir sobre su futuro político.

La comunidad o *demos* no es susceptible de una constatación empírica de las ciencias sociales ni de una convención semántica sobre sentido y referencia del concepto, de tal modo que, cumplida una serie de condiciones, pudiéramos concluir si un grupo humano forma un *demos* o no. Más bien, determinar el *demos* es una estipulación normativa. Eso es precisamente lo que hacen muchas constituciones: pre-determinan y definen el *demos*, lo estipulan en actos de habla performativos. Al mismo tiempo es el *demos* quien se auto-determina mediante la constitución. Hay un círculo vicioso entre *demos* y constitución. Un grupo humano puede auto-proclamarse como nación o como *demos* y acto seguido extraer propuestas normativas de dicha proclamación, pero nada garantiza que otras comunidades compartan su caracterización ni, menos aún, las consecuencias prácticas que extraen de la misma. Es una cuestión de autoridad y de consenso o reconocimiento, una convención en suma, que una comunidad sea o se constituya en *demos* y por lo tanto pueda decidir sobre su status y las consecuencias normativas subsiguientes. ¿Puede alguien decidir quién decide, un *Humpty Dumpty* para el *demos*?

Si la delimitación del *demos* está ya pre-definida, no es factible discutirla, al tratarse de un dato previo y transcendente sobre el que reposa toda la cadena de validez. El *demos* conforma el marco constitucional, por lo que no cabría su puesta en cuestión ni su ponderación con otros principios. Una vez dentro del marco entonces sí cabría ponderar democracia o libertad individual con soberanía, pero no para cuestionar la delimitación del *demos*. No es la soberanía ni la indisoluble unidad, sino que es el propio *demos* lo que escapa de la discusión, es el marco donde se pondera pero no es objeto de ponderación, no cabe la discusión sobre el *demos* único, es la *Grundnorm*<sup>3</sup>. El Tribunal Constitucional español y la cultura constitucional española rezuman esta teología constitucional iliberal del poder constituyente transcendente cuya auto-representación es su propio objeto de culto, dogma de fe (Barshack, 2006, pp. 185-222 y 192).

Para proponer la existencia de otro *demos* sería necesario un proceso constituyente mediante el cual el nuevo *demos* se dotaría de una Constitución y ésta lo «consagraría» como *demos*. La constitución sería el marco normativo dentro del cual se ponderarían los principios que proclamase, pero entre dichos principios no podría estar su propia configuración como *demos*, cuestión prístina de la que depende todo el sistema. Un *demos*, que se considerase como tal, podría lanzarse por la senda constituyente y autodeterminarse adoptando una constitución propia. Podría auto-proclamarse como *demos* también mediante una declaración unilateral, vía secesión,

<sup>3</sup> La presuposición kelseniana de la norma básica necesaria para interpretar la primera constitución como válida jurídicamente. Pero en vez de rezar «la Constitución es válida» diría algo como *ego sum Imperator, gratia Dei, noli me tangere*.

o mediante procesos negociados que abriesen un proceso constituyente pactado. La opción óptima en dichos conflictos de soberanías territoriales, entre *demos*, sería que fuese evolucionando la forma de entender el *demos* en las comunidades afectadas pasando a una concepción pluralista o plurinacional donde la *Grundnorm* y la teología constitucional mutasen hacia los *demos*. Esto sería una evolución de la *Grundnorm*, hacia el pluralismo, algo insólito, pero no imposible. De hecho, es posible que esto esté ocurriendo en la Unión Europea.

## 2. 5. El *demos* en la Constitución Española, ¿de qué es mayoría la mayoría?

Abordemos ahora la cuestión si esto sería posible en la Constitución. En mi opinión sería una evolución deseable, ¿pero sería posible? Vilajosana, sobre la base de la ponderación de principios constitucionales, donde ninguno es absoluto, considera que es una evolución posible. En mi opinión la cultura jurídica y constitucional dominantes en España consideran el *demos* único como algo no negociable, no ponderable: ni siquiera sería la Constitución la que «constituyera» a la nación española sino que sería la nación española quien se constituyese con la Constitución, eliminando así toda discusión sobre su ser, erigiéndose en dato previo, en dogma o norma sobre cuya validez reposa toda la Constitución. La Constitución es el producto de la transición y de la historia política previa, al menos desde el origen del constitucionalismo español y la cultura constitucional española no es plurinacional, es un nacionalismo español, transcendente, de único *demos*. Incluso el federalismo español postula el *demos* único, solo que no unitario. Las visiones de los nacionalismos periféricos en poco se distinguen en este sentido; comparten categorías, pero carecen del monopolio de la fuerza y del monopolio interpretativo del estado. ¿Podrían evolucionar los nacionalismos en España –el nacionalismo español y los periféricos– hacia una concepción pluralista de *demos*? Personalmente soy muy escéptico ante esta hipótesis.

Hay elementos en la Constitución de 1978 que, si se afianzasen en la cultura política española, podrían evolucionar interpretativamente hacia un *demos* múltiple: el reconocimiento de las nacionalidades, la co-oficialidad lingüística, la disposición adicional primera, la disposición transicional cuarta, la relativa descentralización de dos poderes del estado. Si la cultura jurídica y constitucional española evolucionase hacia este pluralismo interno y asumiese postulados de pluralismo constitucional hacia dentro y hacia Europa, ello podría generar una mayor confianza sistémica en los nacionalismos periféricos que podrían mutar hacia posiciones pluralistas y federalistas. Pero hay muchos elementos que hacen bascular la cultura constitucional española hacia el *demos* único y lamentablemente, con las composiciones y bloqueos en la renovación del Consejo General del Poder Judicial, encargado de los nombramientos a las más altas instancias judiciales, y del Tribunal Constitucional, la visión del *demos* que predomina es no sólo única, sino también uniforme o unitaria. Más allá del enfoque *ius-positivista*, es necesario tener en cuenta cómo piensan y actúan los custodios del sistema jurídico. La ponderación de los principios constitucionales que propone Vilajosana sólo la veo posible, hoy por hoy, dentro de la hipótesis de partida de *demos* único: se ponderan democracia, autogobierno, autonomía, nacionalidades, representación o participación políticas, pero también soberanía, unidad de mercado, leyes de bases, intervención de la autonomía (artículo 155), estados de alarma, excepción y sitio (116), leyes de armonización (150,3), solidaridad (158,2).

Para defender su tesis, creo que le hubiera sido más provechoso recurrir a una interpretación sistemática, apegada a la legalidad, más que evolutivo-principial, evocadora de la legitimidad. Vilajosana la esboza al final de su texto al tratar de las vías de articulación constitucional del derecho a decidir: el artículo 92 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 y el artículo 150.2 autorizaría al Estado a «transferir o delegar la facultad de convocar un referéndum a la comunidad autónoma. Ambas vías [...] 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». Por el momento, con la cultura constitucional de *demos* único que predomina en España estas opciones parecen ficticias, máxime cuando la hipotética ley de delegación puntual de convocatoria de referéndum fuese recurrida ante el Tribunal Constitucional, que previsiblemente la consideraría inconstitucional por vulnerar el dogma de único *demos*. En resumen, la vía doméstica española puede ser quimérica y no sería descabellado acudir al derecho internacional y europeo para reivindicar el derecho de autodeterminación/derecho a decidir.

## 2.6. ¿Por qué no el derecho a la autodeterminación?

A pesar de sus rasgos más rigurosos, por las condiciones para su reconocimiento, desde las situaciones semi-coloniales a la ausencia de democracia interna, considero preferible recuperar el derecho a la autodeterminación a través de la afirmación propia de una comunidad política a quien le viene sistemáticamente negada la libertad de definir su status por vérselo negada y vetada, *ab initio* y *ad eternum*, su condición de pueblo (*demos*). La justificación profunda reside precisamente en la democracia – derecho a decidir– y en la relación entre soberanía popular, derecho y democracia. Para comenzar a debatir en esta sede, debemos estar en presencia de una claridad indiscutible: una mayoría clara favorable a una reivindicación clara, con medios claros de contrastar ambos aspectos.

El escenario múltiple para formular una reivindicación justificable unilateral de post-soberanía, que implique autodeterminación, autogobierno y derecho a decidir es (i) claridad en la auto-definición de una comunidad como *demos* y en su voluntad mayoritaria de definir su status político; (ii) negación constante y sistemática de esa condición de pueblo, de *demos*, por parte de un Estado que predica el *demos* único; (iii) haber intentado utilizar por activa y por pasiva todos los cauces legales existentes; (iv) verse sometido a una situación de injusticia, incluso de coerción y en todo caso de negación sistemática de la posibilidad de formular las reivindicaciones por cauces legales; (v) negación contra la que se resiste civilmente, desde la no violencia; (vi) desde el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de los demás, con especial atención a las minorías internas que comparten la auto-definición como pueblo a quienes se reconocen cotas de autogobierno y co-decisión; y (vii) persistir en la voluntad de negociar hasta el último momento sin perder el respeto mutuo necesario para abordar todos los conflictos políticos. No entraré a debatir si todas estas condiciones se han dado o no en el *procès*, pues mi examen discurre por la vía teórico-analítica. Paso más bien a esbozar mi visión del interrogante que plantea Vilajosana.

## 3. Buscando alternativas: *demoicracia* europea

El derecho que asiste a aquellos pueblos o naciones que forman parte de Estados más amplios que pueden reconocer, o no, su estatus (nacional o subnacional) dentro del Estado (plurinacional), puede verse reconocido en algunos ordenamientos jurídicos, o ser negado por el derecho positivo y la práctica constitucional de un Estado concreto. Sin embargo, este dato, el hecho de que un ordenamiento jurídico de un Estado niegue, o sea interpretado como denegador del derecho que asiste a las naciones o pueblos que lo integran a la autodeterminación, no resolvería de modo definitivo la cuestión de si realmente les asiste dicho «derecho», solo sería un indicio

de una reafirmación de la mayoría auto-definitoria del *demos*, de posibles dificultades a la hora de obtener reconocimiento externo y de la negación del carácter de *demos* a una minoría que en su propio ámbito territorial puede ser mayoritaria.

Si aceptamos un concepto post-positivista y post-soberanista de derecho, podríamos adoptar una aproximación hermenéutica o interpretativa al derecho, concediendo prioridad conceptual al hecho de que las personas se guían por las normas en contextos institucionales generando un orden como resultado, recurriendo a métodos de resolución de conflictos consensuados cuando quiebra dicho orden, y no tanto al hecho de que un soberano legisle determinadas normas o se auto-constituya como único *demos*, un dato que tampoco se debe menospreciar, ya que esas normas constituyen importantes razones de autoridad. Pero al colocar el acento en la perspectiva de los usuarios de las normas, de la ciudadanía, podemos contemplar y admitir que existan normas de derecho natural que se consideren tan fundamentales que vengan interpretadas y reconocidas como parte necesaria de todo derecho que tenga pretensiones de validez y legitimidad y puedan mitigar o re-interpretar las razones de autoridad del legislador, dotado de representatividad política. En esta naturaleza dual, *alexiana*, del derecho entrarían en juego los derechos fundamentales, que pueden extenderse hasta comprender el derecho de las naciones y los pueblos a decidir su destino o, al menos, su status.

El derecho de autodeterminación o autogobierno forma parte de esa visión más amplia y coherente del derecho que informa al propio concepto interpretativo de derecho, como orden normativo institucional, donde la centralidad conceptual y normativa reside no en el legislador, sino en los usuarios de las normas; en la ciudadanía que se auto-gobierna, más que en los soberanos que la gobiernan, por muy representativos que sean. En un escenario de post-soberanía, esta visión encaja con una interpretación de la integración europea y de la comunidad de derecho que representa la UE donde los protagonistas del proyecto ya no son solo los Estados-miembro y sus gobiernos sino los pueblos y la ciudadanía. Formalmente, el hecho de ser los firmantes o contrayentes de los Tratados puede convertirlos en «señores de los tratados», pero tanto el proyecto que han puesto en marcha como la inspiración del mismo buscan una unión cada vez más estrecha entre los pueblos (*demos*) de Europa y crean un nuevo ordenamiento jurídico que redundará en beneficio de las personas, pasando a formar parte de su patrimonio normativo (*van Gend en Loos*).

Dando prioridad conceptual a los seres humanos podríamos entonces considerar que la *Grundnorm* del derecho internacional, en el fondo, tendría más que ver con el principio de la voluntad (personalidad) de los usuarios o actores internacionales, que a su vez son los representantes de las comunidades políticas (estatales) que agrupan a los pueblos y a la ciudadanía, en quienes reside la soberanía. Estos actores serían quienes se auto-gobernarían por el principio de respetar sus acuerdos, *pacta sunt servanda*. Aquí reside también la esencia del pacto o *foedus* del federalismo. La norma fundamental que aportaría coherencia en ese nuevo contexto pluralista internacional sería la dignidad de la persona humana, que se expresará e interpretará de distintas formas según las particularidades culturales. Partiendo de esa dignidad se articula el principio democrático que inspira al autogobierno y al derecho a decidir. Pero esta afirmación del derecho debe ser fruto de un consenso racional y discursivo y no una imposición unilateral, pues resulta necesario respetar la dignidad y la igualdad de todas las personas implicadas en una decisión.

Las versiones liberales, republicanas y federalistas de democracia son pluralistas y conciben las identidades nacionales como procesos democráticos de

participación y deliberación<sup>4</sup>. Los individuos no agotan el universo de sujetos del discurso político y moral, no son átomos aislados y siempre son individuos contextuales o sociales: están dotados de una identidad cultural que los convierte en únicos pero cuya unicidad comprende un mix singular de ingredientes colectivos y compartidos como las lenguas que utilizan, la socialización, el género, la enseñanza, las culturas en que se insertan, los procesos de relaciones familiares, afectivas y amistades, las creencias y experiencias religiosas, estéticas, sexuales y deportivas, las formas artísticas, literarias, musicales, plásticas, los contextos de relaciones laborales y profesionales, las asociaciones a las que pertenecen, incluyendo las políticas, los medios de comunicación que consumen, el ocio, las costumbres, los modos de vestir y de alimentarse, las relaciones con el entorno natural y el patrimonio cultural...

Muchos de estos elementos los comparten con personas que habitan el mismo territorio y con las que se relacionan habitualmente. Otros elementos los comparten con personas que pueden encontrarse geográficamente alejadas pero que, con las nuevas tecnologías de comunicación e información, pueden también crear conjuntamente comunidades virtuales, en las redes sociales de Internet, por ejemplo. La identidad colectiva se entiende desde una perspectiva pluralista, discursiva, deliberativa y crítica, y fruto de este proceso interactivo se va conformando un *demos* plural. Ni la identidad colectiva ni el *demos* están pre-determinados conforme a una esencia nacional o étnica reificada, como tampoco lo están las identidades o *demos* de territorios colindantes y colectividades vecinas en cuya contraposición o contraste se construyen.

La subsidiaridad supone la máxima proximidad al pueblo o a la ciudadanía a la hora de adoptar eficazmente las decisiones que les conciernen y les afectan. Implica, además, que las personas, las comunidades o los pueblos adoptan las decisiones y las normas por las que se guían en los ámbitos que les afectan y que dependen de ellos y sobre los que pueden decidir con eficacia y realismo, en consonancia con la idea del derecho entendido como orden normativo institucional (MacCormick, 2007) donde las normas parten de lo local, de los usuarios, de las personas (ciudadanas) y de sus haces de relaciones locales, con los vínculos de proximidad de la ciudadanía y la cohesión social que exige la gestión de los bienes comunes, para ir ascendiendo a los niveles superiores según se vayan trasladando los ámbitos de actuación eficaz acorde con la escala territorial (enfoque de abajo arriba, *bottom-up*).

Esta concepción de las normas basada en los usuarios (*norm-users*) relega la figura del legislador soberano (emisor de normas, *norm-giver*) a un nivel conceptual posterior. Su soberanía no es original sino derivada, otorgada por la ciudadanía que representa. Muta así la idea de soberanía para partir de lo local e ir ascendiendo en niveles o escalas de decisión donde se agrupa cooperativamente con otras representaciones de soberanía local, en cada una de las cuales podemos encontrar plasmaciones de esa soberanía, según el reparto de competencias y los principios de cooperación y lealtad federal multi-nivel vertical y horizontal (mutuo respeto). La soberanía nunca deja de manar de la escala local. La subsidiaridad supone también el respeto por esta idea de proximidad a la ciudadanía, por el carácter distintivo de las

<sup>4</sup> Cabría incluso, paradójicamente, defender un nacionalismo liberal, en la línea de Yael Tamir (1993), Neil MacCormick (1999), Will Kymlicka, (2001), Alain Gagnon (2001) y Wayne Norman (2006). Este podría relacionarse con el federalismo asimétrico, con el multi-culturalismo, con las políticas de reconocimiento y las políticas identitarias de la diferencia. Algo parecido ocurre con la subsidiaridad, que se suele ver como un mecanismo técnico cuando en realidad encierra toda una filosofía política.

instituciones colectivas cívicas, por las tradiciones jurídicas o normativas y las costumbres y culturas locales.

Operando de esta forma, trabajando desde abajo hacia arriba, es como se pueden ir gestando modelos cosmopolitas que, sin negar los intereses de las comunidades locales, regionales y nacionales conforme a la subsidiariedad, vayan trabajando en los intereses comunes y compartidos y creando espacios de solidaridad, cooperación y paz, en definitiva, de orden. Cada una de las comunidades, entendidas desde su pluralidad y compuestas de ciudadanas y ciudadanos autónomos, pueden constituir *demos*, sin que esto excluya la posibilidad de que emerjan otros *demos* complementarios en escalas geográficamente superiores como Estados plurinacionales (el Reino Unido, el Reino de España), y supranacionales (la Unión Europea) o incluso en las internacionales (Naciones Unidas), transnacionales.

Tampoco excluiría la posibilidad de que surjan nuevas comunidades normativas o culturales virtuales, no-territoriales, como las comunidades de fe o religiosas o redes sociales en el ciberespacio, con un gran impacto sobre las identidades colectivas. El riesgo de negar la subsidiariedad y de limitar el *demos* únicamente al plano nacional territorial o del Estado-nación y de negarlo en las escalas subestatales –locales, regionales, nacionales– implica que se impone por la fuerza la pertenencia al *demos* a comunidades que se conciben como soberanas, como *demos* propio y distinto y se puede perder su cooperación y su contribución voluntaria a proyectos de soberanía compartida. El riesgo de limitar el *demos* únicamente al plano nacional territorial o del Estado-nación y de negarlo en las escalas supra-estatales e internacionales supone que las decisiones importantes que se adoptan en esas escalas o niveles superiores –instituciones financieras, económicas, incluso militares– se libren del control político de la ciudadanía (*e/ demos*) residenciado únicamente en las instancias democráticas domésticas, mientras que las instancias que se encuentran por encima del Estado-nación se manejan como foros tecnocráticos, diplomáticos y burocráticos intergubernamentales, o en manos de agentes transnacionales informales que no representan a, ni responden ante los *demos*.

## Bibliografía

- Barshack, L. (2006). Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *University of Toronto Law Journal*, 56, pp. 185-222.
- Gagnon, A. (2001). The Moral Foundations of Asymmetrical Federalism: A normative exploration of the case of Quebec and Canada. En A. Gagnon y J. Tully. (Eds.), *Multinational Democracies* (pp. 319-337). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Kymlicka, W. (2001). Territorial Boundaries: A Liberal Egalitarian Perspective. En D. Miller y S. Hashmi. (Eds.), *Boundaries and Justice* (pp. 249-275). Princeton, US: Princeton University Press.
- López Rubio, D. (2020). Reflexiones constitucionales sobre la consulta popular pactada entre PSOE y ERC en el marco de la investidura de Pedro Sánchez. *Cuadernos Manuel Jimenez Abad*, 19, pp. 51-67.
- López Rubio, D. (2019). La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos. *RVAP*, 114, pp. 161-199.
- MacCorkindale, C. y McHargh, E. (10<sup>th</sup> February 2020) .The Scottish Referendum Argument. *Centre on Constitutional Change. University of Edinburgh*. Recuperado de <https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/scottish-referendum-argument>.

- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Norman, W. (2006). *Negotiating Nationalism*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Tamir, Y. (1993). *Liberal Nationalism*. Princeton, US: Princeton University Press.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.

# Desde la doctrina racialista al separatismo en Cataluña: algunas reflexiones

## From the doctrine of race to separatism in Catalonia: some reflections

Cristina Hermida del Llano  
Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0001-8213-3840  
[cristina.hermida@urjc.es](mailto:cristina.hermida@urjc.es)

Cita recomendada:

Hermida del Llano, C. (2020). Desde la doctrina racialista al separatismo en Cataluña: algunas reflexiones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 472-494.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5724>

Recibido / received: 23/08/2020

### Resumen

En este artículo, la autora debate sobre el derecho a decidir y más concretamente sobre si el referéndum en torno al futuro de Cataluña está prohibido en la Constitución española (CE). Se mantiene que sí que lo está en virtud del principio de indisolubilidad (art. 2.1. CE) y el de la soberanía nacional (art. 1.2. CE), sin olvidar los principios que caracterizan la democracia liberal española (arts. 1.1., 23.1, 9 y 10 CE). El artículo de Josep M. Vilajosana, titulado *Democracia y derecho a decidir* (2020) es tomado como base para el debate sobre esta cuestión. Se argumenta aquí cómo la interpretación evolutiva de los derechos democráticos vinculados a una concepción densa de la democracia no justifica la posibilidad de realizar un referéndum sobre la independencia de Cataluña, y todavía menos que puedan decidir unilateralmente los catalanes. Se destaca cómo la conciencia racial catalana ha servido de motor para el aumento del fervor secesionista, llegando a provocar, además de una contienda jurídica, una guerra de sentimientos y emociones.

### Palabras clave

Legalidad, legitimidad, principios, democracia, derecho a decidir, Constitución española, Cataluña.

### Abstract

*In this paper, the author engages the debate concerning the right to decide, specifically concerning whether the referendum on the future of Catalonia can be prohibited within the Spanish Constitution. It is maintained that the answer is yes, given the principle of indissolubility (art. 2.1 of the Spanish Constitution) and of national sovereignty (art. 1.2. of the Spanish*

*Constitution), while still affirming the principles that characterize Spain as a liberal democracy (arts. 1.1, 23.1, 9, and 10 of the Spanish Constitution). The article of Josep M. Vilajosana, entitled "Democracy and the right to decide" (2020) serves as the basis for the debate on this question. The argument here concerns how the evolutionary interpretation of democratic rights tied to a succinct conception of democracy does not justify the possibility of holding a referendum on the independence of Catalonia, and that, moreover, such a question cannot be decided unilaterally by the Catalan people. Here I highlight how the conscience of the Catalan race has served as motor to increase the secessionist fervor, which has unleashed, in addition to a legal dispute, a war of feelings and emotions.*

### **Keywords**

*Legality, legitimacy, principles, democracy, right to decide, Spanish Constitution, Catalonia.*

SUMARIO. 1. Introducción: la gestación de un proceso inconstitucional  
2. Algunas reflexiones en torno a la legitimidad y la legitimación, la moral crítica y la moral positiva. 3. El derecho a decidir de los ciudadanos sobre su futuro político. 4. ¿"Petrificación" de la Constitución española? 4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre. 4.2. Antinomia valorativa. 4.3. Elecciones y consultas. 5. El derecho de autodeterminación de los pueblos: un mal argumento jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017, de 17 de octubre de 2017. 6. ¿Hacia dónde vamos? Un ulterior examen de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017. 7. El respeto de las minorías y la doctrina racalista en Cataluña. 8. El separatismo: una guerra de sentimientos y emociones

## **1. Introducción: la gestación de un proceso inconstitucional**

Me gustaría comenzar agradeciendo al director de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, José María Sauca, su amable invitación a participar en el debate académico sobre el espinoso proceso político catalán que toma como base la sugerente y provocadora contribución en esta Revista de Josep M. Vilajosana, titulada *Democracia y derecho a decidir* (2020). En ella, con razón, se comienza reconociendo la transversalidad del tema que nos ocupa que, a mi modo de ver, por la complejidad que encierra, sobrepasaría las materias propias del Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho y la Filosofía jurídico-política, abarcando otras disciplinas como la Historia del Derecho, el Derecho Internacional Público o, más concretamente, el Derecho de la Unión Europea, tal y como trataré de demostrar aquí.

La primera advertencia que querría realizar es que, a mi modo de ver, no se trata tanto de preguntarse sobre cómo debería responder sino cómo debería responder concretamente España, partiendo del marco jurídico-constitucional y de las normas internacionales a las que se vincula como Estado miembro de la Unión Europea

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 (Vilajosana, 2020).

Precisamente el hecho de que España constituya un país plenamente soberano explicaría que los distintos poderes del Estado español puedan haber dado una respuesta completamente diferente a esta cuestión si se compara con la que hayan podido dar otros países democráticos en el mundo como Reino Unido o Canadá. Vaya por delante que la razón por la que creo que España no puede autorizar, delegar o simplemente tolerar un referéndum sobre la independencia de Cataluña es que la consulta se sitúa fuera del marco constitucional, esto es, la convocatoria de referéndum es inconstitucional tanto por razones sustantivas como competenciales, tal y como el propio Tribunal Constitucional proclamó en la STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017, en la que más adelante me detendré. A mi modo de ver, que ello fuera decidido de esta manera y no de otra, brinda seguridad jurídica al ciudadano español que felizmente constata cómo hay ciertos límites constitucionales que se salvaguardan por el alto tribunal y no se pueden traspasar.

El estallido del proceso político catalán, en el que aquí nos vamos a centrar, es resultado de convicciones arraigadas que han venido dando la cara a través de movimientos ciudadanos en los últimos años de nuestra historia más reciente. Recordemos que el 18 de febrero de 2006 se produjo una primera gran manifestación pública secesionista en las calles, con la afirmación «los catalanes somos una nación» y –se proclamaba– tenemos en consecuencia un «derecho a decidir». Ésta sería inmediatamente seguida por otra en diciembre de 2007 así como por una oleada de consultas cívicas a muchos ayuntamientos durante los años 2009, 2010 y 2011, basada en la iniciativa del ayuntamiento de un pueblo, Arenys de Munt, que había hecho una consulta a los vecinos sobre este asunto. Pronto se multiplicarían consultas municipales semejantes. A mi modo de ver, todas ellas tuvieron un éxito considerable como operaciones de movilización simbólica, cívica y transversal. La manifestación pública subsiguiente, de 2010, si recordamos, surgió por el hecho de que el pueblo había aprobado el proyecto de un nuevo Estatuto en 2006 y por la decisión del Tribunal Constitucional español que lo recortaba gravemente en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

Podría estar de acuerdo con Vilajosana en que el movimiento originado en Cataluña no supuso desde su inicio un ataque a la soberanía nacional; ahora bien, estudios sociológicos han avalado que durante el periodo de recesión económica más fuerte en España (2006-2014) el sentimiento independentista en Cataluña creció considerablemente a través de la creación de la Asamblea Nacional Catalana (ANC) en marzo de 2012, y de algunas asociaciones como Omnium Cultural, comprometidas con el fomento «cívico del soberanismo».

Tras la aprobación de la Ley del Referéndum sobre la Independencia de Cataluña por parte del Gobierno catalán la situación se fue tornando cada vez más compleja hasta límites insospechados, entre otras razones, porque se pretendía justificar lo injustificable. Tratemos de recordar aquí cómo se sucedieron los hechos porque éstos hablan verdaderamente por sí solos: primero, tras una intensa, tensa y además larga sesión en el *Parlament* por las fuertes diferencias entre la mayoría separatista de JxSí y la CUP y los grupos de la oposición, se aprobó el 6 de septiembre de 2017 la Ley del Referéndum, contando con los 72 votos de la mayoría independentista y las 11 abstenciones de *Catalunya SíQueEsPot* en un hemiciclo que se encontraba medio vacío. Ello quiere decir que el 6 de septiembre de 2017 el *Govern* en pleno había firmado el decreto de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña, programado para el día 1 de octubre de 2017.

Finalizada la votación, la presidenta de *Ciutadans*, Inés Arrimadas, anunció por sorpresa la presentación de una moción de censura contra Puigdemont, con el único compromiso de «convocar elecciones». Aunque Ciudadanos no contaba con

apoyos suficientes para sacar adelante una eventual moción de censura, con la presentación de la misma se pretendía paralizar todo el proceso parlamentario de tramitación del resto de leyes de desconexión, como era el caso de la Ley de Transitoriedad Jurídica. Por otra parte, en el ámbito legal la Fiscalía Superior de Catalunya anunciaba una querrela ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra los miembros de la Mesa que aprobaron la admisión a trámite de la Ley del Referéndum.

A partir de entonces, los hechos se suceden a gran velocidad. El pleno del *Parlament* elige el 7 de septiembre de 2017, a los cinco candidatos presentados por *Junts pel Sí* (JxSí) y la CUP como vocales de la Sindicatura Electoral, órgano con funciones similares a una Junta Electoral, en una votación en la que no participaron los diputados de Ciudadanos, PSC y PPC, de tal modo que los cinco vocales de la Sindicatura Electoral fueron elegidos únicamente con los votos de JxSí y la CUP y la abstención de *Catalunya Sí Que Es Pot*. Por otra parte, se lleva adelante la aprobación de la Ley 20/2017 de 8 de septiembre, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, la principal ley de desconexión con el Estado, impulsada por JxSí y la CUP, y con los votos a favor de los cuatro miembros de JxSí en la Mesa, incluida la presidenta del *Parlament*, Carme Forcadell, el voto contrario de los representantes de Ciudadanos y el PSC, y la abstención del representante de *Catalunya Sí Que Es Pot*. La ley de Transitoriedad establecería un periodo provisional para regular el tránsito entre la Cataluña autonómica y la independencia, para impedir que se produjera llegado el caso un vacío legal.

Ahora bien, estas actuaciones por parte del bloque independentista tendrían una rápida y contundente respuesta por parte de organismos catalanes que pusieron en duda la legalidad de la tramitación de las leyes de desconexión: por una parte, el *Consell de Garanties Estatutàries*, encargado de analizar la adecuación de las normas a la Constitución y el *Estatut*, dio la razón a los grupos del PSC y de *Ciutadans* al avalar en una resolución un dictamen sobre la tramitación exprés de la Ley del Referéndum; y, por otra parte, los letrados del *Parlament* advirtieron a la Mesa que tramitar la Ley del Referéndum y la de Transitoriedad Jurídica suponía desobedecer al Tribunal Constitucional.

Es entonces cuando además, el que fuera entonces presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, convocó un Consejo de Ministros extraordinario en aras de presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional para solicitar la nulidad de la Ley del Referéndum, aduciendo la necesidad de defender el principio de legalidad, la soberanía nacional, la dignidad de las instituciones y la propia legalidad autonómica de Cataluña. El fiscal general del Estado anunciaría también querrelas contra miembros de la Mesa del *Parlament* catalán y contra todos los miembros del *Govern* de la Generalitat.

En paralelo, el presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias, Abel Caballero, advertía a los ayuntamientos que no podían colocar urnas «bajo un mandato ilegítimo» y, en consecuencia, debían rehusar la carta remitida por Puigdemont y Junqueras a los alcaldes catalanes para que pusieran a disposición del *Govern* los locales en los que habitualmente se hubiesen venido celebrando elecciones.

En esta primera etapa, a mi juicio, emerge una tesis crucial para abarcar el problema desde la raíz y en su totalidad, defendida por Caballero a principios de septiembre de 2017: «se trata de un proceso anticonstitucional, y los ayuntamientos tienen que estar con la legalidad y defendiendo la ciudad». Tengamos en cuenta que a quien en última instancia va dirigido el Estado de Derecho es al propio Estado, es

decir, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, en el sentido de que todos ellos deben actuar con sometimiento a las normas jurídicas, conforme dictamina el imperio de la ley, el principio de legalidad, «en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional» (Díaz, 1966; Díaz, 1998).

El PSOE planteó desde muy pronto la creación de una comisión parlamentaria para la «evaluación y modernización del Estado autonómico» con el fin de mostrar su apoyo al proyecto del Partido Popular y a Ciudadanos, dejando así aparcada su iniciativa de reforma federal de la Constitución española. Según señalaban los diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Socialista en su escrito de 7 de septiembre de 2017 dirigido a la Mesa del Congreso, la Comisión

tendría por objeto analizar las necesidades actuales del modelo de organización territorial en España y realizar las propuestas que considere necesarias de mejora institucional, normativa y de todo tipo, en relación con el modelo y la política territorial, y específicamente para desbloquear el actual desencuentro en relación con la cuestión catalana y aportar soluciones satisfactorias que susciten el apoyo mayoritario en Catalunya y en el resto de España (Grupo Parlamentario Socialista, 2017, p. 3)

En realidad, no quedaba más remedio que luchar con las armas del Estado de Derecho para combatir esa escalada de autoritarismo, que había sido impulsado mediante la estrategia de poner las instituciones al servicio del independentismo. Buena prueba de que los independentistas catalanes habían cruzado la línea roja era, dicho de forma resumida, que en su desafío al Estado, el *Parlament* había aprobado la cuestionable Ley del Referéndum, sin los votos de *Ciutadans*, del PSC y del PPC, cuyos diputados se habían visto forzados a abandonar el hemiciclo por ir en contra de lo que proclamaba el *Estatut* y el *Consell de Garanties Estatutàries*. El recurso ante el Tribunal Constitucional tendría por objeto velar por defender la legalidad en Cataluña.

Aquí se vislumbra una segunda tesis fundamental para nuestro tema: no se puede defender la postura del independentismo o la ruptura de la soberanía nacional por encima de las normas democráticas constitucionales, que nos hemos dado todos los españoles.

## 2. Algunas reflexiones en torno a la legitimidad y la legitimación, la moral crítica y la moral positiva

Aunque las reivindicaciones provenientes de los partidarios del llamado «derecho a decidir», pudieran ser legítimas en una vertiente, en realidad, en ningún caso estaban amparadas por la legalidad, lo que me hace distanciarme de la opinión mantenida por Vilajosana (2020). Por el contrario, sí que estaría de acuerdo en que sobre la legitimidad pueden darse versiones muy distintas (Díaz, 1978; Díaz, 1984; Díaz, 1996) aunque, a decir verdad, siguiendo a Elías Díaz, creo que resulta mejor diferenciar dentro de ella estas dos dimensiones: por una parte, la legitimidad social o legitimación que adquiere una norma, una institución, una decisión, una persona o grupo de personas mediante el respaldo fáctico o la adhesión racional de hecho del grupo social. Según esta primera versión de la legitimidad, cuanto mayor sea en términos cuantitativos, es decir, sociológicos, la adhesión social del grupo que respalda la norma, la decisión, el ordenamiento jurídico, etc... podremos decir que cuenta con mayor dosis de legitimación o legitimidad social, siendo esto a lo que Vilajosana denomina legitimidad formal. Pero, junto a ella, por otra parte, estaría la legitimidad material (o en sentido substantivo) que efectivamente, –y ahí coincido con el autor– nos conduce a afirmar que una norma es legítima si no vulnera lo que dispone la moral.

Es obvio que, siguiendo la estela de Hart, deberíamos defender con ahínco la existencia de una moral crítica –y en ello comparto también la opinión de Vilajosana– frente a la moral social o positiva puesto que ésta solamente responde a la idea de una moral fáctica o de hecho (Laporta, 1993; Laporta, 1995). No olvidemos que frente al emotivismo de Devlin, que defendía que los enunciados éticos no son cognoscibles, Hart propuso, con acierto, que las verdades morales han de ser accesibles a través de la razón y que la moralidad positiva debe ser susceptible de cualquier tipo de crítica (Hart, 2007; Maccormick, 2010).

Patrick Devlin defendió en una conferencia impartida en 1958 que

las convicciones morales profundas compartidas por los miembros de una comunidad no son rasgos accidentales e históricos de esa comunidad, sino que forman parte, o son elementos estructurales, de su propia *identidad* como sociedad. De forma tal que si se alteran o traicionan esas convicciones morales la sociedad cambia de identidad, se desintegra como tal. Es decir, que una amenaza a los rasgos básicos de la moralidad positiva hace peligrar a la sociedad misma (Laporta, 1995, p. 49).

Justamente, estas tesis fueron las que le condujeron a Devlin a sostener que las leyes tienen la misión de defender coactivamente la pervivencia de esa moralidad, porque con ello conseguimos, a fin de cuentas, que se mantenga incólume la sociedad. A mi modo de ver, si estas ideas que amparan lo que se conoce como «moralismo legal», son completamente erróneas es porque, como ya sostuviera Hart, parece mucho más razonable pensar que las sociedades evolucionan al ritmo de cambios en la moral social colectiva, sin que por ello las sociedades perezcan o nazcan en un momento determinado.

En esta misma línea, el propio Dworkin ha afirmado, conforme explica Laporta, que

los prejuicios, las reacciones puramente emocionales (por ej. reacciones de asco), los errores de hecho o los argumentos de autoridad no eran ingredientes de una posición moral, sino elementos de una mentalidad tópica que no podían valer como criterios de moralidad. La moralidad, la 'posición moral', demandaba unos controles de racionalidad, universalizabilidad, etc. [...] Precisamente, Dworkin, al exigir a las posiciones morales una serie de controles de racionalidad, estaba implicando que hay límites morales que las leyes no deben traspasar *aunque* sean el producto de una decisión mayoritaria (Laporta, 1995, p. 51).

Desde este punto de vista, es obvio que existen razones morales para criticar, por ejemplo, la brutal y terrible práctica de la Mutilación Genital Femenina por violar derechos de la salud física y psíquica de la mujer, llegando a haber sido definida la ablación del clítoris como la «extirpación de la felicidad», tal y como dejé puesto de manifiesto en mi monografía titulada *La Mutilación Genital Femenina. El declive de los mitos de legitimación* (Hermida, 2017). Siguiendo estas ideas, sería necesario recurrir a criterios morales independientes sobre la corrección de contenido y límites del derecho positivo en aquellos países en los que la moral social es proclive a la Mutilación Genital Femenina. Si se me permite el inciso, por desgracia, son muy pocas las veces que la mujer tiene la potestad de decidir, incluso cuando se trata de cuestiones que le afectan directamente, en buena parte debido a que las sociedades están estructuradas en virtud de relaciones de poder, esto es, de relaciones de dominación y de subordinación (Weber, 1993, pp. 43-45), en las que la mujer generalmente se encuentra sometida, subordinada al varón, careciendo del principio de responsabilidad personal en el sentido dworkiano.

En definitiva, recapitulando, y conectándolo con la cuestión que aquí nos ocupa, los independentistas alegarían la legitimidad sociológica o legitimación fáctica para defender su derecho a decidir sobre el futuro político de Cataluña, olvidando que el Derecho no existe para reforzar la moral social del grupo. Quedémonos pues con la famosa distinción de Hart entre la moralidad positiva que es aquella «efectivamente aceptada y compartida por un grupo social dado» y la moralidad crítica que son «los principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales reales incluida la moralidad positiva» (Laporta, 1995, p. 52). En todo caso, como ya se ocuparon de resaltar grandes filósofos como Thomasius o Kant, a través de la distinción entre *forum* interno y externo, la moral crítica es autónoma, es decir, no heterónoma, lo que nos permite vincularla con la idea de la moral inherente a los derechos humanos.

Me gustaría matizar aquí que no se pueden confundir los derechos humanos con los derechos fundamentales porque la moral crítica pertenece al ámbito de los derechos humanos pero no necesariamente al de los derechos fundamentales ya que éstos finalmente son derechos humanos positivizados (Ferrajoli, 2001). Es más, la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales es lo que convierte a estos últimos dentro de la tradición democrático-liberal en el corazón intangible de las Constituciones, siendo el ingrediente principal que confiere identidad a los Estados (Tinnefeld y Schmale, 2010). En virtud de esta diferenciación, debería quedar claro que una cosa son los derechos morales y otra los derechos jurídico-positivos (Robles, 1988; Robles, 1992; Hermida, 2005). Por ello la Constitución española como norma fundamental del Estado no debería tampoco estar exenta de una mirada desde la moral crítica y, de hecho, por ello están establecidas normas constitucionales que estipulan los criterios que hacen posible la reforma de la Constitución llegado el caso.

### 3. El derecho a decidir de los ciudadanos sobre su futuro político

La primera cuestión que habría que aclarar es que el derecho a decidir no debería ser confundido con el derecho a la autodeterminación, como ha resaltado Vilajosana (2020). Ahora bien, a la pregunta sobre si la Constitución española permite que la *Generalitat* plantee una consulta a los catalanes sobre su futuro político «independentista», creo que habría que responder con un «no» rotundo. Precisamente, siguiendo a Von Wright (1971), cabría demostrar que la Constitución española no permite realizar una consulta a la ciudadanía de Cataluña sobre su futuro político independentista. De alguna manera podríamos decir que existen algo así como reglas definitorias o determinativas, en la terminología de Von Wright, que nos permiten movernos dentro del juego democrático constitucional y si cambiamos una de esas reglas que gozan de cierta rigidez, de raíz y unilateralmente, «el juego» constitucional aprobado en 1978 por todos los españoles cambia completamente o, por decirlo así, se transforma en otro distinto.

Desde mi punto de vista, una de esas reglas que nos hemos dado todos los españoles a través de la Constitución española (CE) y que regulan el caso planteado por la pregunta anterior sería el art. 2 CE, que recoge la indisoluble unidad de la nación española, o el art. 1.2 CE referido a la soberanía del pueblo español. Estas disposiciones no pueden entrar en discusión con el principio democrático establecido como pósito en el art. 1.1. CE, que se concreta en otras disposiciones de la Constitución española, como el de participación política del art. 23.1 CE. En definitiva, no cabe plantear una polémica entre estas disposiciones constitucionales, entre otras razones, porque la ponderación no puede implicar que uno de los principios en juego quede para siempre exterminado. Esto es lo que se pretende desde el separatismo independentista, que el art. 2 CE diga algo diferente de lo que en realidad dice o deje

de proclamar lo que claramente estipula saltándose el tenor literal de la norma constitucional. Con otras palabras: en virtud de la primacía absoluta del principio de indisolubilidad del art. 2 CE, efectivamente, no sería posible una consulta sobre la independencia de una parte del territorio estatal y, en consecuencia, no habría ninguna circunstancia concebible en que el principio democrático pudiera prevalecer frente a este precepto.

Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han venido admitiendo que no hay derechos ilimitados y que la herramienta de la ponderación entre principios serviría precisamente para no entender ninguno de ellos de forma absoluta (Alexy, 1993) pero ello es lo que precisamente hace que gane en la imaginaria contienda el art. 2 CE. Del mismo modo que no es posible realizar esta consulta bajo manto legal, tampoco reconoce la Constitución española un derecho a la autodeterminación. Según esto, parece, a todas luces, razonable la afirmación de Vilajosana (2020) de que «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».

#### 4. ¿«Petrificación» de la Constitución española?

Alegar el argumento de «la petrificación» de la Constitución española desde la postura independentista, a mi modo de ver, resulta tendencioso ya que induce maliciosamente a pensar que se pretende salvaguardar o santificar el inmovilismo jurídico-constitucional cuando en realidad de lo que se trata es de invocar un argumento de «respeto» al texto constitucional que nos hemos dado todos los españoles, tras un debate pacíficamente consensuado. Es por ello que, como ya señalé anteriormente, tratar de enfrentar el principio de indisolubilidad y el principio democrático (que, en realidad, encubiertamente encierra el derecho de autodeterminación) me parece un error y una estrategia astuta pero equivocada para los partidarios de la consulta sobre el futuro político independentista en Cataluña. Estaría de acuerdo en que la forma en que el constituyente entendió la democracia es la que hay y no puede ser alterada salvo, por supuesto, una modificación expresa del texto constitucional, como ya dije, siempre conforme a las normas constitucionales estipuladas a tal efecto en el art. 168 CE.

##### 4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre

Es cierto, y sobre ello creo que no se albergan dudas, que 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 Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950 (Prebensen, 2000, pp. 1123-1138). De hecho, también se ha utilizado este criterio interpretativo, entre otros, por el Tribunal Internacional de Justicia, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por la Corte inter-americana de Derechos Humanos o por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Estoy de acuerdo con Vilajosana en que buena muestra de la importancia de la interpretación evolutiva en nuestro entorno español, ha sido la decisión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre (BOE, 28 de noviembre de 2012) ya que el alto tribunal se sirvió de ella para demostrar el alejamiento de la voluntad de los constituyentes respecto de la institución matrimonial, admitiendo que la modificación del Código Civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, sea constitucional. Me hubiera parecido mucho más correcto, desde el punto

de vista jurídico, llegar a este mismo resultado del fallo pero argumentando de otra manera, es decir, haciendo uso de otros parámetros interpretativos. Como bien indica Vilajosana y en ello estaría también de acuerdo con él, el Tribunal Constitucional cometió el error en la sentencia STC 148/2012 de identificar la interpretación evolutiva con una mera constatación fáctica empírica de un supuesto cambio en los valores dominantes de la sociedad, ignorando la importancia de la moral crítica en su argumentación. Por otra parte, conforme destaca Ollero en el fallo, aunque es cierto que el criterio de la interpretación literal de las normas puede ser a veces insuficiente a la hora de precisar su sentido, ello no quita para que sea «siempre obligadamente el *primero* de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional cuya relevancia se apoya en su postulada rigidez» (*Ibid.*, p. 212).

Como ya he destacado en otros escritos (Hermida, 2015), la interpretación evolutiva ha venido ganando fuerza en los últimos años en España no sólo a la hora de redimensionar viejos derechos sino generando el nacimiento de derechos nuevos, es decir, convirtiéndose en la mejor aliada para gestar derechos hasta la fecha inexistentes. Buena prueba de ello es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha transformado «viejos derechos» en otros verdaderamente nuevos y bien distintos sirviéndose de esta herramienta interpretativa. Lo que sucede es que un mal uso de este criterio interpretativo, con claro fundamento en nuestro ordenamiento jurídico positivo (art. 3.1 Código Civil), en realidad, ha puesto los derechos fundamentales al servicio de la opinión de la mayoría social, desnaturalizando de algún modo la función para la que aquéllos fueron creados. Ello lo observamos con nitidez, como ya se ha resaltado, en la problemática sentencia del TC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

Me parece un error convertir al juez constitucional en sociólogo, reafirmando con ello la postura característica del realismo jurídico como concepción del Derecho que destaca por encima de todo la legitimidad socialmente eficaz. Veamos un par de párrafos de la sentencia:

La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución (*Ibid.*, p. 202)

o, como se precisa en otro lugar, la Constitución «a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», lo que da a entender que es la Constitución la que debe adaptarse a los vaivenes de la sociedad y no al revés (*Ibid.*, p. 213), dejando los derechos fundamentales en manos de la opinión coyuntural de la mayoría social.

De hecho, como se desprende de estos extractos de la sentencia del alto tribunal, lo que determina el contenido del derecho al matrimonio es, a fin de cuentas, la opinión que respecto al mismo alberga la mayoría de la sociedad, lo que, si lo pensamos dos veces, realmente induce al desconcierto, a la confusión y sobre todo a la inseguridad jurídica de los ciudadanos. Como ya dije en otro lugar,

los derechos fundamentales, a la luz de este fallo, parecen haber dejado de ser criterios de legitimidad y justicia, o la plataforma de la moral crítica, en palabras de Hart, para pasar a convertirse en herramientas que modela a su antojo la moral mayoritaria, interpretada ésta por una serie de magistrados del Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo: no se trata tanto de interpretar la Constitución sino de cómo colmar su contenido a partir de las opiniones de la moral mayoritaria. ¿Se

pueden cambiar instituciones por el mero hecho de que la moral dominante considere que ello es lo correcto? La respuesta es obvio que sí, como aquí se hizo, pero queda aún por contestar si ello es legítimo o no (Hermida, 2015).

Mejor no pudo responder a esta cuestión, a mi modo de ver, el magistrado Aragón Reyes en el fallo cuando resalta que

el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan (*Ibid.*, p. 204).

Esta aseveración de Aragón es relevante para nosotros porque advierte del peligro de que la legitimación formal o sociológica termine creando criterios de legitimidad material, lo que resulta, a mi modo de ver, a todas luces alarmante, si pensamos en los riesgos a los que puede conducir la tiranía de la mayoría social en términos morales.

Es más, en la sentencia citada daba la decepcionante impresión de que el Tribunal Constitucional se convertía en un órgano cuya como misión no era tanto velar por el respeto a la Constitución sino por el respeto de lo que la mayoría pudiera opinar coyunturalmente en términos morales. Como precisó el magistrado Rodríguez Arribas, al hacer esto no sólo se estaba desnaturalizando el matrimonio sino el órgano mismo del Tribunal Constitucional, al perder la función inherente al mismo (*Ibid.*, p. 204). En esta misma línea, el magistrado Ollero advertiría también que aceptar esta interpretación «equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas» (*Ibid.*, p. 213). Me parece más que razonable la postura que adopta este magistrado, filósofo del Derecho, alejándose de la corriente actual que concibe evolutivamente el concepto constitucional de *garantía institucional*, haciendo depender, en consecuencia, su contenido de la mudable y cambiante percepción social.

Si estas reflexiones son enjundiosas es porque además desde la perspectiva de Ollero claramente se rechaza la postura tanto de los que afirman que el contenido esencial de los derechos fundamentales emana de la misma naturaleza jurídica del precepto como la de aquellos que preguntan a la opinión pública para determinar su alcance, desligándolo de toda fundamentación metafísica-ética, actuando de alguna manera conforme a un modo paternalista.

Ollero no duda en reconocer abiertamente que el verdadero fundamento de los derechos en aras de que estén eficazmente protegidos nos traslada a una antropología necesaria que hay que desvelar puesto que en muchas ocasiones ésta queda ensombrecida por aquellos que intentan negar los derechos humanos y/o dejan los derechos a expensas de los vaivenes propios de la razón de Estado. Es por ello que para Ollero

el ajustamiento o delimitación jurídica, que debe realizar el juez en cada caso concreto, se produce a través de una cadena de juicios de valor que deberá tener en cuenta, en todo momento, las condiciones convivenciales en las que se desarrolla cada derecho, buscando luego fundamento en el marco consensual del ordenamiento para no romper la relación de simetría (Aparicio, 2013).

Creo que lo que, finalmente, Ollero trata de transmitir a través de su voto discrepante en esta sentencia es la confusión reinante entre lo que es Derecho y lo que es moral, a mi modo de ver, por cierto, una de las aportaciones o tesis principales de su pensamiento (Ollero y García Amado y Hermida del Llano, 2012). Recordemos que el Derecho debería ser entendido como «un mínimo ético indispensable para garantizar suficientemente una convivencia que merezca considerarse humana» (Ollero, 2013a), a sabiendas de que estas exigencias jurídicas por ser mínimas no por ello son menos importantes al constituir la «condición previa para el logro de cualquier maximalista aspiración moral» (Ollero, 2013a). Dicho de otro modo: el Derecho es ese mínimo ético tan indispensable que al final termina generando una obligación moral (Ollero, 2013b, p. 3).

De estas reflexiones iusfilosóficas de Ollero se deriva una tesis que me parece fundamental para el tema que nos ocupa, y es que no cabe identificar el Derecho con la voluntad del que manda porque a no ser que seamos defensores del positivismo jurídico ideológico (Bobbio, 1965, pp. 105-106), nadie suscribiría que el Derecho, entendido como órdenes respaldadas por el uso de la fuerza, puede generar obligaciones morales. Frente al Derecho concebido como instrumento coactivo al servicio de los poderes del Estado, parece más razonable pensar que lo que aquel propone es un conjunto de exigencias de cuyo respeto derivaría su propia legitimidad. De esta manera no es un criterio cuantitativo mayoritario el que determina el mínimo ético a garantizar en sociedad, sino «cualitativas exigencias jurídicas objetivas las que deben imponerse, incluso contra la mayoría» (Ollero, 2014).

#### 4.2. Antinomia valorativa

Al partir de la premisa principal que sostiene que el Derecho presenta una textura abierta donde hay lagunas y antinomias, alguien podría entender que el caso que debatimos constituye una incompatibilidad normativa no desde el punto de vista lógico ni empírico, sino desde una perspectiva axiológica (Ezquiaga, 2010, p. 21). Es por ello obligado recordar aquí que en caso de estar ante una antinomia valorativa de principios, la forma de solucionar dicha antinomia exigiría la ponderación de los principios o valores en conflicto en el caso concreto para que ninguno de los dos principios quedase anulado, cosa que como vemos ocurriría de optar por que Cataluña se separara del resto de España, al quedar anulado *ipso facto* el art. 2 CE. Insisto, con otras palabras: por ser el concepto de indisolubilidad de la nación un concepto constitucionalmente rígido y blindado, la interpretación evolutiva no puede amparar el separatismo de Cataluña o el derecho a decidir unilateralmente de los catalanes porque ello generaría una antinomia valorativa de principios inaceptable dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que no deberíamos dejarnos llevar por el espejismo que crea la Sentencia 198/2012, al haber puesto conceptos más o menos abiertos o redefinibles, incluso valores como el de la igualdad, al servicio de objetivos que terminan relativizando a los primeros cuando en realidad deberían servir de fundamento a la posible redefinición de derechos, al ser “exigencias éticas tan objetivas como racionalmente cognoscibles” (Ollero, 2013a).

#### 4.3. Elecciones y consultas

Estaría completamente de acuerdo con la apreciación de Vilajosana (2020) de que las elecciones y las consultas pueden convivir perfectamente en armonía constitucional por no tratarse de procedimientos excluyentes. Es más, efectivamente, ambos convierten nuestra democracia en una de más calidad, más «densa», lo que precisamente justifica la existencia del derecho fundamental del que gozan los ciudadanos a poder participar directamente en los asuntos públicos, tal y como se reconoce en el artículo 23.1 CE. Ahora bien, lo que debería quedar claro es que el

legislador autonómico no puede convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña de forma unilateral, poniendo en entredicho los arts. 1.2 y 2 CE, en relación con el art. 168 CE.

Si atendemos a posibles experimentos mentales, me parecería razonable pensar que el sujeto relevante de este tipo de consultas debería ser no solo el pueblo catalán sino la totalidad del pueblo español hasta el punto de que esa opinión mayoritaria valdría tanto para vetar la independencia como para validar la expulsión aun en contra de la posible opinión negativa de los propios catalanes. Estoy así de acuerdo con los que postulan que la democracia implica el principio de la mayoría pero, desde luego, sin impedir nunca que una determinada minoría pueda llegar a convertirse un día en mayoría desde el respeto escrupuloso al principio de legalidad. Esto es algo que no debería olvidarse.

Por otra parte, no me parece adecuado apelar al imperativo kantiano de que los seres humanos son fines en sí mismos para argumentar en favor del derecho a decidir sobre el futuro político de Cataluña. Tratar a las personas con la dignidad que merecen no supone tomarse siempre en serio todas sus creencias, sus opiniones, sus decisiones sean cuales sean éstas, sobre todo, cuando éstas contravienen normas elementales de convivencia dentro de un Estado democrático y perturban el orden social o el orden moral desde la perspectiva de la moral crítica. Esto sirve para lo que antes dijimos sobre la Mutilación Genital Femenina.

Sobran ejemplos que demuestran que es un riesgo inasumible amparar decisiones entre personas con igual dignidad, sin dar ningún valor a las razones por las que acaban decidiendo. Lo importante es lo que se vota para hablar de legitimidad porque el voto desnudo no legitima independientemente de las razones que cada uno tenga para emitirlo. En consecuencia, se trataría de averiguar si porque se impida la consulta independentista los catalanes pierden su capacidad de reflejar su juicio más profundo sobre cómo desempeñar su responsabilidad soberana por su propia vida y, por tanto, no disfrutan del denominado por Dworkin como «principio de la responsabilidad personal» (Dworkin, 2006; Dworkin, 2008, pp. 25, 33-37, 101 y 103).

Como ya hemos dicho, a diferencia de la moral, el Derecho no busca hacer al ciudadano, feliz, rico o santo, al limitarse a «mantener un marco normativo mínimo que le posibilite aspirar a esos o cualesquiera otros legítimos objetivos personales» (Ollero, 2013a), porque lo contrario sería caer en el paternalismo o en el totalitarismo, como ya puso de relieve Kant. Como Vidal con acierto ha resaltado:

el mayor riesgo que amenaza la autonomía moral y la libertad del sujeto para Kant no es tanto el Estado absoluto o totalitario cuanto el Estado paternalista, que anula la capacidad moral y la autonomía del sujeto y pone en peligro la dignidad del ser humano que más allá de las consabidas declaraciones retóricas al uso consiste específicamente ser el modelador y definidor de sí mismo, en que tenga la condición de ser aquello que quiera ser, en una línea de pensamiento que se reafirma en el Renacimiento y sobre todo en la Ilustración y en Kant y que todavía seguimos utilizando para adscribir la condición de ser persona: vivir nuestra vida de acuerdo con un plan, proponernos una identidad propia a través de nuestros propósitos, de lo que intentamos ser y hacer en la vida (Vidal, 1999, p. 166).

## 5. El derecho de autodeterminación de los pueblos: un mal argumento jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017, de 17 de octubre de 2017

Sobre esta cuestión resulta obligado volver la mirada a la sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017, de 17 de octubre de 2017, porque allí se deja patente la inexistencia de un supuesto derecho de secesión del pueblo catalán sobre la base del derecho de autodeterminación de los pueblos. No deja de resultar cuanto menos curioso que, como resalta la sentencia, el preámbulo de la Ley impugnada calificara el derecho de autodeterminación como «el primero de los derechos humanos», tratando de construir sobre el derecho Internacional y los Pactos sobre derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas una supuesta legitimidad democrática que fundamentara la decisión de aprobar esa Ley, que paradójicamente se vinculaba a las previsiones constitucionales sobre convenios internacionales.

El TC no dudó en reconocer, con sumo acierto, que ni del Derecho Constitucional ni del Derecho Internacional podía derivarse la existencia de este derecho. Observando el Derecho Comparado, se comprueba que apenas ninguna Constitución reconoce en la actualidad un derecho de secesión de una parte del territorio de un Estado. Es más, ni tan siquiera los Tribunales Supremos de los Estados federales con un mayor grado de descentralización territorial han aceptado una posible aspiración secesionista (caso *Texas vs. White*, de 1868, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y la declaración del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, que mantuvo que la secesión de Quebec solo sería factible si previamente se realizaba una reforma de la Constitución federal).

Aunque el preámbulo de la Ley cita los arts. 10.2 y 96 CE como base jurídica para fundamentar su contenido, a decir verdad, el Derecho Internacional no recoge un derecho a la autodeterminación en el seno de un Estado con un sistema constitucional íntegramente democrático como el español. En definitiva, en el ámbito del Derecho Internacional no se encuentra base alguna desde la que poder sostener la posibilidad de un derecho de secesión.

En el caso español, quedó más que confirmada la inexistencia de un derecho de secesión (arts. 1 y 2 CE) y, como criterio de interpretación teleológico, recordó la sentencia que durante los debates constituyentes se había bloqueado frontalmente una propuesta en favor de que se reconociera expresamente el derecho de autodeterminación de los pueblos del Estado. Por último, tampoco cabría hablar, en consecuencia, de un «derecho a decidir» en el sentido empleado por la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, de 23 de enero de 2013, conforme había ya establecido el Tribunal Constitucional con anterioridad (STC 42/2014).

Es más, del propio principio básico del Estado de derecho (*rule of law*) se sostiene que cualquier intento de creación de un Estado en violación del propio Derecho interno estatal constituye en sí mismo una conculcación del Derecho Internacional puesto que éste vela por que los ordenamientos jurídicos nacionales se respeten por sus ciudadanos. En este contexto, el Derecho Internacional contemporáneo salvaguarda el principio de integridad territorial y así de hecho lo ha reconocido la propia Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 50/6, de 9 de noviembre de 1995). La sentencia del TC cita también la Resolución de la misma Asamblea General, de 27 de marzo de 2014 («Integridad territorial de Ucrania»), referida a la invalidez del referéndum celebrado en la República Autónoma de Crimea y la Ciudad de Sebastopol el 16 de marzo de 2014. De todo ello, se deduce de forma coherente que puesto que el referéndum carece de validez jurídica interna, automáticamente carece de validez en el plano internacional.

De hecho, desde la perspectiva del Derecho Internacional, el derecho de autodeterminación (art. 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas) solo está permitido cuando concurren unos requisitos muy precisos y, en consecuencia, no se pueden aplicar al caso de Cataluña ni las citas que aparecen en el preámbulo de la Ley impugnada del art. 1 de los Pactos de Naciones Unidas de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), que recogen expresamente, el derecho de libre determinación de «todos los pueblos», ni de la Declaración sobre los Principios del derecho Internacional (Resolución 2625, de 24 de octubre de 1970), cuando ésta enuncia el principio de libre determinación de los pueblos.

Como ya se señaló anteriormente, es el proceso descolonizador el ámbito en el que ha de interpretarse el referido derecho de autodeterminación, lo que no cabe en el caso de Cataluña, por formar parte ésta de un Estado democrático, que tiene un gran nivel de descentralización y respeta el Estado de Derecho. Ello quiere decir que el proclamado derecho de separación solo tendría encaje «en supuestos de dominación colonial, pueblos anexionados por conquista, dominación extranjera u ocupación y pueblos oprimidos por violación masiva y flagrante de sus derechos» (STC 114/2017).

Por si esto fuera poco, la Ley objeto de recurso incumplía también los estándares fijados por la Comisión Europea para la democracia y el derecho, conocida como Comisión de Venecia. Como también indica la sentencia del TC, en las directrices de este órgano consultivo del Consejo de Europa sobre Democracia y Estado de derecho (Código de Buenas Prácticas sobre Referendos, de 16 de diciembre de 2006, complementado por la propia Comisión en su sesión del 16 y 17 de marzo de 2007) se establece que los efectos de los referendos jurídicamente vinculantes o consultivos deben estar claramente previstos en la Constitución o en la ley, no habiendo previsto como parece evidente que la Constitución española contemplara la posibilidad de celebración de un referéndum sobre la secesión de una parte del territorio nacional.

## 6. ¿Hacia dónde vamos? Un ulterior examen de la STC 114/2017

Lo primero que salta a la vista es que para los catalanes independentistas las opciones en juego han dejado de ser tres puesto que permanecer como una Comunidad más en el encaje constitucional actual parece desecharse de plano como opción de futuro. Por otra parte, las dos alternativas restantes podemos decir que se fusionan convirtiéndose en una debido a que la propuesta de que Cataluña mejore su condición mediante un «pacto blindado» con España a través de una reforma constitucional, solo sería plausible para los separatistas, en aras de lograr el verdadero fin, que no es otro que conseguir la independencia de Cataluña dentro de la Unión Europea.

El recurso ante el TC gozó por ello de una «extraordinaria relevancia constitucional», puesto que la Ley impugnada (como paso previo a la declaración de independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña) suponía una de las mayores afrentas a la Constitución española que por parte de un Parlamento autonómico puede concebirse en un Estado democrático y de derecho. Mediante esta Ley, el Parlamento de Cataluña, sobre la base de ejecutar una autoatribuida soberanía del pueblo catalán, se había colocado fuera del marco constitucional al convocar un referéndum que era inconstitucional tanto por razones sustantivas como competenciales. Como se recoge al comienzo de la sentencia:

La Ley parte de una pretendida soberanía del pueblo catalán (arts. 2 y 3.1) y atenta por ello contra el principio de soberanía nacional, la indisoluble unidad de la Nación

española y el sistema democrático y el Estado de derecho consagrados en la Constitución, estando ordenados todos y cada uno de sus preceptos a la regulación, convocatoria y celebración de un referéndum secesionista (Antecedentes, STC 114/2017).

A pesar de ser la ley inconstitucional en su totalidad y nula la Ley de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada del referéndum de autodeterminación, resultando innecesario ahondar en los defectos de inconstitucionalidad de las disposiciones, teniendo en cuenta que la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de una parte del Estado español implicaba por sí misma una vulneración constitucional de tal calibre que englobaba y absorbía cualquier otra vulneración de orden competencial, no se escatimó y se analizaron de forma individualizada cada uno de sus preceptos: violación frontal de los arts. 1.2 y 2 CE, en relación con el art. 168 CE, reiterándose la falta de competencia del legislador autonómico para convocar un referéndum.

Estaría de acuerdo en que la Ley objeto de recurso se hallaba viciada radicalmente de inconstitucionalidad al regular un referéndum para la eventual independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts.1, 4 y conexos) sobre la base de una pretendida soberanía del pueblo catalán (art. 2) de la que sería representante el propio Parlamento de la Comunidad Autónoma (art. 3.1). En virtud de ello, la Ley se presentaba sin disimulos como norma suprema (art. 3.2), situándose así fuera completamente de la legalidad constitucional. Todo ello conculcaba de manera frontal lo dispuesto, entre otros preceptos, en los arts. 1.2, 2 y 168 CE; relativos, respectivamente, a la soberanía nacional residenciada en el pueblo español, a la indisoluble unidad de la Nación española, proclamada junto al reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, y al procedimiento agravado o reforzado de revisión de la Constitución que se establece en el último de los preceptos citados.

Pero no solo esto sobre lo que hemos insistido una y otra vez. También se habían infringido los arts. 1 y 222 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Tengamos en cuenta que en el primero se proclama que «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica», en tanto que en el art. 222 se regula el procedimiento de reforma que afecta a los Títulos I y II del propio Estatuto.

Estima asimismo la demanda que, junto a esta «ruptura total y absoluta con el orden constitucional establecido», la Ley 19/2017 incurre en una inconstitucionalidad de carácter competencial, al desconocer las exclusivas competencias del Estado en orden a las consultas referendarias (art. 149.1.32 CE, en relación con los arts. 81.1 y 92 CE) y al pretender someter a una consulta de ese género cuestiones que afectan al fundamento mismo del orden constitucional; tales son las relativas a la identidad y unidad del sujeto soberano, que por ello no podrían ser encauzadas sino por el procedimiento de reforma previsto en el citado art. 168 CE. Los reproches de inconstitucionalidad de la demanda son también de orden procedimental, denunciando por ello el Abogado del Estado lo que denomina «simulacro» de procedimiento legislativo seguido en la tramitación de esta Ley.

Esta «vulneración flagrante y gravísima de nuestro sistema constitucional» resultaría también de la infracción por la Ley 19/2017 de los art. 1.3 y 168 CE, relativos, respectivamente, a la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español y al procedimiento para la revisión total de la propia Constitución o para la que pudiera afectar a partes determinadas de ella (Título Preliminar, Capítulo

II, Sección 1ª, del Título I o Título II); preceptos junto a los que se cita el art. 9.1 CE, de conformidad con el cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Del examen de la sentencia, me gustaría resaltar algunos aspectos importantes que allí se pusieron de manifiesto en relación con la extralimitación del parlamento autonómico:

- A) La supremacía de la Constitución. Ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental y, sin embargo, ello es lo que precisamente hizo el Parlamento autonómico, al haber señalado que esta Ley predica de sí misma que «prevalece jerárquicamente sobre todas las normas que puedan entrar en conflicto» con ella (art. 3.2).
- B) La primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. El legislador autonómico también ignoró este principio queriéndose situar por encima de las disposiciones de la Unión Europea, del Derecho Internacional general y de los tratados internacionales. De hecho, conforme a la disposición final primera de la Ley, se afirma abiertamente que las normas nacionales se «continúan aplicando en todo aquello que no la contravenga» (*sic.*), en tanto que las europeas e internacionales se aplicarían «de acuerdo con esta Ley». Como vemos, claramente se está vulnerando uno de los principios estructurales del Derecho de la Unión Europea: el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.
- C) La fuerza vinculante de la Constitución y la sujeción de los poderes constituidos, por supuesto, incluido el parlamento catalán. El legislador autonómico olvidó también «la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente [formalizado en la Constitución] y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidos por aquél» [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4; en análogos términos, SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 3, y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 8.a)].
- D) Autonomía no es sinónimo de soberanía (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, y múltiples pronunciamientos ulteriores de análogo tenor). Ello quiere decir que el autogobierno de Cataluña, constituida en Comunidad Autónoma, no puede realizarse más que «de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica»; de tal manera que los poderes de la Generalitat, que «emanan del pueblo de Cataluña», han de ejercerse también consecuentemente, «de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución» (arts. 1 y 2.4 EAC).
- E) Cataluña como España entera constituyen realidades socio-históricas anteriores a la Constitución de 1978, sin embargo, «desde el punto de vista jurídico-constitucional, el 'pueblo de Cataluña' [...] integra, sin embargo, un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del 'pueblo español' del que, conforme al art. 1.2 CE, emanan todos los poderes del Estado» (STC 42/2014, FJ 3).

Es por todo ello por lo que, a mi modo de ver, se puede considerar este fallo como un litigio estratégico con notable carácter pedagógico para los ciudadanos y absolutamente acertado en su argumentación, al declarar la inconstitucionalidad y

nulidad, en su integridad, de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, llamada «del referéndum de autodeterminación» (art. 39.1 LOTC).

## 7. El respeto de las minorías y la doctrina racalista en Cataluña

Vilajosana creo que se equivoca cuando se refiere a los Tratados de la Unión Europea (en mayúscula) para reforzar su posición y relaciona la cuestión del derecho a decidir de los catalanes con el respeto de las minorías, citando el art. 2, que reza así: «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».

Como ha resaltado Tobeña, es cierto que el independentismo catalán tiene algo de excepcional puesto que, por una parte, es la primera vez en la Unión Europea en que una región aprovecha el contexto democrático, sin recurrir al levantamiento violento, para conquistar la segregación. Y, por otra parte, también es especial porque viene impulsado por la *intelligentsia* catalana, esto es, por las élites con mejor posición económico-social y más cosmopolitas:

No surge por agravios económicos, pobreza o explotación, sino al revés, son las élites, las clases medias y profesionales más destacadas las que deciden que el marco en el que viven es una rémora y se lo montarían mejor solos» (Tobeña, 2017, p. 6).

Parece evidente que, como con acierto ha destacado Savater en el artículo en prensa *La agresión independentista* (14 de noviembre de 2017), recogido en su libro *Contra el separatismo* (2017), por el que citaremos, no cabe justificar la independencia alegando que la población catalana fuera o sea víctima de una represión brutal, criminal y exterminadora, que no respeta los derechos humanos, como la que tuvo lugar por el ejército serbio de Milosevic en Kosovo o el ejército chino en el Tíbet. Por el contrario, en Cataluña se respetan los derechos humanos y los derechos fundamentales y por eso esta vía de justificación se convierte en una alternativa ilusoria, inviable y absurda para los separatistas. Con palabras del propio Savater: «Los separatistas catalanes, con astucia diabólica (si no suena demasiado melodramático), intentan hacerse pasar por kosovares o tibetanos europeos, pacientes de una represión sin medida e indiscriminada» (Savater, 2017, p. 11). De ahí que, a su juicio, nos les falte razón a los que creen que nos encontramos instalados en la era de la postverdad.

Conviene dejar bien claro, siguiendo a Savater, que en lo que al proyecto separatista catalán se refiere, la legislación internacional no está de su lado, y así lo demuestra la declaración de la ONU sobre autodeterminación unilateral (1970), la cual sólo resulta comprensible en situaciones coloniales, como ya hemos dicho, pero nunca en casos en que el «pueblo» que quiere emanciparse forma parte de un espacio político «donde no se discrimina a nadie por su raza, credo o color». Más bien, podríamos afirmar que son los separatistas los que quieren discriminar al resto de la población por su raza, al exigir, por ejemplo, un adoctrinamiento educativo, el dominio de la lengua catalana para poder desarrollarse sin trabas en el territorio de Cataluña.

Estas reflexiones de Savater son especialmente importantes porque, desde mi punto de vista, frente a la visión habitual que atribuye al nacionalismo catalán una fundamentación meramente cultural o lingüística, debería tomarse en consideración la sugerente y provocadora tesis defendida por Francisco Caja en *La raza catalana* (2009), donde apoyándose en los propios textos fundacionales de los referentes e ideólogos del catalanismo trata de demostrar el carácter cientifista y racial de la

doctrina catalanista. Conforme a esta teoría, el núcleo de la doctrina catalanista es la doctrina de la raza, hasta el punto de poder llegar a afirmar que el nacionalismo es algo así como «una especie de racialismo».

El autor se sirve para apoyar sus tesis de las doctrinas defendidas por numerosas e importantes figuras, que merecerían un estudio a fondo y en las que ahora me resulta imposible detenerme con la profundidad que ello requeriría pero, entre otros, destacan Valentín Almirall (1841-1904) y Pompeu Gener (1848-1920). Lo que parece demostrable, a juzgar por esta obra de Caja, es que poco a poco, fue cristalizando el catalanismo a partir de la doctrina racial importada de Francia gracias a la labor que allí desarrollaron Jules Soury y la *Société d'Anthropologie de Paris* de Paul Broca. La raza se convierte así en un principio sustancial (Caja, 2009, p. 89), que según resaltaban con gran orgullo debería conducir a la humanidad (Caja, 2009, p. 92). No es que se rechazase el igualitarismo en la convivencia social sino que lo que se rechaza abiertamente es la igualdad.

El grupo de Gener se agrupó en torno a la Revista *Juventut*, donde publicará el manifiesto fundacional, llamado *Manifiesto de los supernacionales*. Si este grupo acuñó la expresión Supernacional frente a la de Internacional, ello se debió a que Internacional se consideraba una derivación lógica del principio fraternal cristiano, del principio igualitario democrático. A partir del cierre de la Revista *Juventut* (1906) la influencia de Gener irá decreciendo aunque «el catalanismo ya podría reclamarse moderno gracias al racialismo, a la función 'idealizadora' de la raza» (Caja, 2009, p. 113).

Almirall y Gener llegaron a difundir la doctrina de las dos razas hasta países como México, como prueban los célebres *Quaderns de l'exili* (1943-1947), Revista mensual publicada en Coyoacán y dirigida por el grupo formado por Joan Sales, Raimon Galí, Lluís Ferrán de Pol y J.M. Ametlla, entre otros. Respaldando a este grupo de exiliados en México tras la guerra civil, se encontraba también el que fuera rector de la Universidad Autónoma de Barcelona (1933-1939), consejero de Justicia del Gobierno de la Generalidad (1937) y arqueólogo y prehistoriador de renombre internacional, el eminente Pere Bosch-Gimpera (1891-1974). El tono de los escritos de este grupo no puede ser más contundente: «Las ambiciones características de una raza en marcha son el poder y la expansión sobre la tierra, aunque sea en perjuicio de otras» (Caja, 2009, p.117); «Cataluña es esa base étnica inmutable, indestructible; es ella y no los individuos la que actúa. Es ella la que determina las formas, incluso y sobre todo las políticas, específicas de Cataluña. La que crea el derecho, la lengua, la cultura», (Caja, 2009, pp-125-126). De ahí que se haya llegado a afirmar que Bosch-Gimpera se convierte en cierto sentido en el discípulo espiritual de Pompeu Gener.

Otro de los personajes sobre el que merecería la pena ahondar es el político y Doctor Bartomeu Robert (1842-1902), quien desde planteamientos científicos, impulsó el organicismo, como rasgo ideológico que impulsaría el catalanismo hacia el racialismo. Es en este momento cuando emergen las siguientes ideas: la nación orgánica, Cataluña, tiene alma: el *Volksgeist* o *Volksseele*; no solo los individuos son únicos, también lo son las naciones; la raza manda frente a la voluntad política que nada puede hacer.

El racialismo catalán se va así transformando paulatinamente en esa forma ideológica que naturaliza la desigualdad jurídico-política de los seres humanos, a través de las ideas de profesionales, vinculados al mundo de la política, como el médico Hermenegild Puig i Sais (1860-1941), el psiquiatra Domènec Martí i Julià (1861-1917) o el escritor Enric Prat de la Riba (1870-1917) quien expone de forma

clara sus ideas racialistas en la obra *Nacionalitat Catalana* (1906). Fichte se convertirá por ello en una pieza decisiva en esta defensa del catalanismo, erigiéndose como paradigma su trilogía raza-nación-lengua: «Todos los pueblos que hablan una misma lengua deben formar una misma nación, porque pertenecen a una misma raza» (Caja, 2009, p. 290).

Por último, en este recorrido un tanto apresurado de autores que defendieron la doctrina de la raza catalana, siguiendo la obra de Caja, deberían mencionarse también aunque sea someramente a dos más: el periodista y político Antoni Rovira i Virgili (1882-1949), por su intento persistente de conjugar el pensamiento de izquierdas y el nacionalismo, aunando el intento de apoyar el sentimiento separatista a partir del concepto de raza pero también a partir del concepto de alma; y el político Daniel Cardona i Civit (1890-1943), quien proclamaría abiertamente: «Y el nacionalismo, como expresión fiel de la raza, como obra inexorable de la naturaleza, llevará al triunfo definitivo. Es inútil oponerse a ello, porque ir contra el nacionalismo catalán, es ir contra natura. Porque la naturaleza no es sino expresión, ‘plasmación de las centurias que han formado la tierra catalana’» (Caja, 2009, pp. 338-339).

Podríamos seguir cronológicamente refiriéndonos a muchos más autores, siguiendo la interesante investigación realizada por Caja, hasta llegar a nuestros días, que han ido sembrando la doctrina racialista en aras de separar a Cataluña del resto de España. Sin embargo, este breve y rápido esbozo de nuestra historia quizás nos ayude a entender mejor dónde nos encontramos en el momento actual y cómo no tiene sentido alguno apelar a las normas internacionales para justificar una opción que conculca derechos y, por encima de todo, el valor de la igualdad.

## 8. El separatismo: una guerra de sentimientos y emociones

Creo que nadie duda a estas alturas que el debate sobre el denominado «encaje de Cataluña» o independencia se ha convertido en un asunto perenne y parece tornarse imparable. Verdaderamente, estamos ante una encrucijada histórica. Los independentistas radicales se retrotraen al Memorial de Agravios que se presentó al rey Carlos III en 1760, al segundo Memorial de Agravios de los catalanes, sometido a la consideración de Alfonso XII en 1885, al Proyecto de Estatuto de Autonomía de 1919 - que no llegó nunca a ser votado por las Cortes-, al de 1932 que sí que se aprobó por la República, con graves recortes, como también lo fue el de 1979. Y, por supuesto, al de 2006, que aunque fue aprobado por el Parlamento Catalán y las Cortes españolas, fue tumbado por el Tribunal Constitucional, en el fallo de julio de 2010. Asimismo, la petición de consulta popular convocada en 2014 para el 9 de noviembre de aquel año fue rechazada abiertamente por el Gobierno español por su inconstitucionalidad (Giner, 2015, p. 242).

Ahora bien, cuando uno reflexiona sobre los últimos acontecimientos vividos en Cataluña, llega a la conclusión de que lo que estamos viviendo es una verdadera guerra de sentimientos y emociones. No lo pudo decir más claro Mario Vargas Llosa en la marcha de Barcelona por la unidad de España, que convocó la Societat Civil Catalana a primeros de octubre de 2017: «Uno puede abominar del nacionalismo que ha ensangrentado Europa, (...) y sin embargo exhibir una bandera rojigualda con toda naturalidad» (Savater, 2017b, p. 9). También en esta misma línea Savater efectuó declaraciones contundentes tanto en su artículo en prensa, titulado *La agresión independentista* (2017a), como en su libro *Contra el separatismo* (2017b), ambos anteriormente citados:

Tenemos que dejar claro que lo que pretende imponerse en Cataluña no es simple nacionalismo, es decir, exaltación y apego a lo propio, aunque sea con desmesura; es

separatismo, es decir, aborrecimiento de lo español, odio feroz al no nacionalista y, sobre todo, exclusión práctica de quienes no comulgan con el dogma del sacrosanto pueblo catalán y subversión de cuanto representa al Estado español (Savater, 2017, p. 9).

Es por ello que me parece crucial en estos tiempos no confundir el nacionalismo con el separatismo porque éste, a fin de cuentas, es

una agresión deliberada, calculada y coordinada contra las instituciones democráticamente vigentes y contra los ciudadanos que las sienten como suyas sin dejar por ello de considerarse catalanes. No es un delirio más o menos grave sino un ataque en toda regla al núcleo más importante de nuestra garantía de ciudadanía, el Estado de derecho (Savater, 2017, p. 9).

El separatismo, a diferencia de lo que ocurre con los movimientos políticos, parece gozar de un «carácter maligno», desde un punto de vista mítico-religioso. Con palabras, sin tapujos, de Savater:

El diablo es, etimológicamente, el separador, *diabolum*, el que desune y rompe los lazos establecidos. La tarea diabólica es la fechoría antihumanista por excelencia, separar a los que conviven juntos y obligarlos a detestarse unos a otros, a alejarse: sembrar la discordia, el desgarrar de los corazones. Es de lo más desdichado que tantos separatismos pequeños y grandes encuentren terreno abonado en España, hasta el punto de que cualquier símbolo regional –y si es posible excluyente– sea visto como algo liberador, progresista, por la izquierda lerda y sus asimilados: es prueba de que tenemos un país de todos los diablos... (*Ibid.*, pp. 9-10).

Creo que cuando uno se plantea cuál o dónde está la raíz de este separatismo diabólico, debería tener en cuenta no un único factor sino varios simultáneamente porque, como con acierto se ha puesto de relieve,

la Cataluña de hoy es el resultado de varias corrientes históricas que, juntas, determinan su singularidad. Son, entre otras, los siguientes: un pasado remoto fuertemente feudal; una revolución burguesa autóctona, tanto la mercantil como la industrial; una casi permanente pertenencia del país, a lo largo de los tiempos, a unidades políticas más amplias; una tradición, interrumpida desde fuera, de autogobierno; una gran ciudad, Barcelona, como capital propia; un alto grado de conciencia étnica y nacional de los catalanes; una lengua propia; una sociedad civil muy sustancial; y, finalmente, una cultura muy característica (Giner, 2015, p. 15).

Dicho esto, y teniendo presente que cualquier análisis de la sociedad catalana exigiría no ignorar la interacción mutua de todos estos elementos, creo que un factor decisivo ha sido y es la conciencia racial catalana, alimentada por una doctrina racialisista perfectamente trabada durante siglos, que sirve de motor para la pasión y devoción secesionista porque no debe olvidarse que el movimiento independentista, gracias a la inteligencia del activismo que lo apoya, ha logrado «enamorar, seducir, persuadir a la mitad de los catalanes con un horizonte espléndido y para ello ha encendido todos los motores de la pasión victoriosa» (Tobeña, 2017, p. 6). Es por ello que conforme señala el Catedrático de Psiquiatría de la Universidad Autónoma de Barcelona, autor de *La pasión secesionista: psicobiología del independentismo* (2017b), más que ante

un desvarío, una sinrazón, un delirio, una locura, una obnubilación o una especie de hipnosis, es una pasión de un grupo que quiere conseguir la victoria y alcanzar el objetivo que se ha propuesto y para eso necesita motores pasionales a nivel colectivo (Tobeña, 4 de noviembre de 2017, p. 6).

Esta tesis encajaría a la perfección con la visión que aquí mantengo de que estamos inmersos en una guerra de sentimientos y emociones que con las reglas que imperan en el Estado de Derecho es necesario pacificar y al mismo tiempo racionalizar. Como recordaba Vargas Llosa en su discurso por la unidad de España «la pasión puede ser también destructiva y feroz cuando la mueven el fanatismo y el racismo». En todo caso –y termino– lo acontecido el 1 de octubre de 2017 en España es uno de los mayores golpes que han recibido las instituciones españolas en los últimos tiempos al pretenderse poner las instituciones al servicio del independentismo. Digamos por ello «no» al autoritarismo, tratando de recuperar el modelo ilustrado de Kant y el concepto de voluntad general de Rousseau para aproximarnos entre todos de una manera serena y racional a la verdad.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aparicio Aldana R. K. (2013). La interpretación jurídica del derecho a la intimidad. En A. Ollero (Ed.), *IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural*. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho - UCA.
- Bulygin, E. (1987). Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, pp. 79-84.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Italia: Edizioni di Comunità.
- Caja, F. (2009). *La raza catalana: El núcleo doctrinal del catalanismo*. Madrid, España: Ediciones Encuentro, S.A.
- Capella Hernández, J. R. (1992). Lo 'jurídicamente verdadero' es lo que la autoridad decide. En J. R. Capella Hernández. *Cuadernos Azul y Marrón. Tres lecciones de introducción al derecho*. Barcelona, Esplugues de Llobregat, España: Editorial Graf-Signo.
- Díaz, E. (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, España: Taurus.
- Díaz, E. (1996). De las funciones del Derecho: organización y cambio social. En J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (pp. 5444-5464). Madrid, España: Civitas.
- Díaz, E. (1984). *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, España: Debate.
- Díaz, E. (1978). *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid, España: Civitas.
- Díaz, E. (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, España: Cuadernos para el Diálogo.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, España: Paidós.
- Dworkin, R. (2006). *Is democracy possible here?* New Jersey, Estados Unidos: Princeton University Press.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights seriously*. Londres, Reino Unido: Gerald Duckworth & Co. Ltd.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2010). *Conflictos normativos e interpretación jurídica*. Michoacán, México: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Trotta.
- Giner, S. (2015). *Cataluña para Españoles*. Madrid, España: Catarata.
- Granado Hijelmo, I. (1997). *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis. Nuevo orden internacional, constitución europea y proceso autonómico español*. Barcelona, España: Ediciones Internacionales Universitarias.

- Hart, H.L.A. (2007). *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Madrid, España: Dykinson.
- Hermida del Llano, C. (2017). *La Mutilación Genital Femenina. El declive de los mitos de legitimación*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Hermida del Llano, C. (2015). El matrimonio: ¿Una antropología desnaturalizada?. En C. Hermida del Llano y J. A. Santos (Eds.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero* (pp. 2157-2172). Madrid, España: Congreso de los Diputados - Universidad Rey Juan Carlos.
- Hermida del Llano, C. (2012). Diálogo tras el debate. Andrés Ollero con Cristina Hermida del Llano. En A. Ollero y J. A. García Amado y C. Hermida del Llano (eds.), *Derecho y moral: una relación desnaturalizada* (pp. 265-325). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Hermida del Llano, C. (2005). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona, España: Anthropos.
- Laporta, F.J. (1995 [1993]). *Entre el Derecho y la Moral*. México D.F., México: Fontamara.
- Maccormick, N. (2010). *H.L.A. Hart*. Madrid-Barcelona, España, y Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.
- Ollero, A, García Amado, J.A y Hermida del Llano, C. (2012). *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ollero, A. (2014). En diálogo con Dworkin: Moralidad política y Derecho Natural. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 91, pp. 461-478.
- Ollero, A. (2013a). El matrimonio natural (Casatoria naturala). *Revista Romana de Drept Privat. Romanian Review of Private Law*, 3, pp. 357-371.
- Ollero, A. (16 agosto, 2013b). El eclipse del derecho. *ABC*, p. 3.
- Peces-Barba, G. (1991). *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Madrid, España: Eudema Universidad.
- Peces-Barba, G. (1973). *Derechos Fundamentales. I. Teoría general*. Madrid, España: Guadiana.
- Pérez Luño, A. E. (1984). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.
- Robles Morchón, G. (1992). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid, España: Cuadernos Civitas.
- Robles Morchón, G. (1988). *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*. Madrid, España: Ceura.
- Savater, F. (14 noviembre, 2017a). La agresión independentista. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/cultura/2017/11/13/actualidad/1510576109\\_231556.html](https://elpais.com/cultura/2017/11/13/actualidad/1510576109_231556.html)
- Savater, F. (2017b). *Contra el separatismo*. Barcelona, España: Ariel, Planeta. Versión en libro electrónico epub, noviembre de 2017.
- Tinnefeld, M., Schmale, W. (2010). Identität durch Grundrechte. *DuD*, 34, pp. 523-528.
- Tobeña, A. (4 noviembre, 2017). La pasión y la devoción secesionistas para lograr el paraíso es de raíz religiosa. *La voz de Galicia*, p. 6. Recuperado de [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2017/11/04/pasion-devocion-secesionistas-lograr-paraíso-raíz-religiosa/0003\\_201711G4P6991.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/espana/2017/11/04/pasion-devocion-secesionistas-lograr-paraíso-raíz-religiosa/0003_201711G4P6991.htm)
- Tobeña, A. (2017b). *La pasión secesionista: psicología del independentismo*. Barcelona: ED Libros.
- Vidal Gil, E.J. (1999). *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Valencia, España: Universitat de València-Tirant lo Blanch.

- Vilajosana, J.M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.
- Von Wright, G.H. (1971). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos.
- Weber, M. (1993 [1922]). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociedad comprensiva*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

# Los *shibolets* del *procés*: Vilajosana sobre el derecho a decidir

## The *shibolets* of the *procés*: Vilajosana on the right to decide

José Juan Moreso\*  
Universitat Pompeu Fabra  
ORCID ID 0000-0003-2702-569X  
[josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

Cita recomendada:

Moreso, J. J. (2020). Los *shibolets* del *procés*: Vilajosana sobre el derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 495-505.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5725>

Recibido / received: 30/04/2020

### Resumen

En este comentario se discute la articulada defensa de Vilajosana (2020) de un derecho a decidir la secesión de España por parte de los ciudadanos de Cataluña. Se argumenta que dicho derecho, entendido como un derecho (*claim*) que comporta deberes correlativos, no es legal conforme a la Constitución española, puesto que lo máximo que esta concede es un derecho (*liberty*), que está sometido a las exigencias que la Constitución dispone. Se arguye también que dicho derecho no es legítimo, desde el punto de vista de la filosofía política, porque no hay ningún modo conceptualmente plausible de atribuir dicho derecho a un subconjunto de ciudadanos de un Estado y no a otro, incluido el subconjunto formado por todos los ciudadanos del Estado, dado que todo conjunto es un subconjunto de sí mismo.

### Palabras clave

Vilajosana, Cataluña, secesión, derecho a decidir, estrategia plebiscitaria.

### Abstract

In this comment, the articulated defence by Vilajosana (2020) of a right to decide of the Catalan citizens for seceding from Spain is discussed. It is argued that such right, understood as a *claim-right*, which involves correlative duties, is not legal in accordance with the Spanish Constitution, because at most the Spanish Constitution authorize a *liberty-right*, subjected to the stipulated requirements by the Constitution. It is also defended that such right is not legitimate, from the political philosophy point of view, because there is no conceptually plausible way to attribute the right to a subset of citizens in one State and not to other subset, including the subset integrated by all the citizens of the State, given that every set is a subset of itself.

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

**Keywords**

Vilajosana, Catalonia, secession, right to decide, plebiscitary strategy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Un espacio para el acuerdo. 3. ¿Un derecho constitucional a decidir? 4. La legitimidad y la objeción Matrioska. 5. A modo de conclusión: el poder y el derecho

*Occupaveruntque Galaaditæ vada Jordanis, per quæ Ephraim reversurus erat. Cumque venisset ad ea de Ephraim numero, fugiens, atque dixisset: Obsecro ut me transire permittatis: dicebant ei Galaaditæ: Numquid Ephrathæus es? quo dicente: Non sum: interrogabant eum: Dic ergo Scibboleth, quod interpretatur Spica. Qui respondebat: Sibboleth: eadem littera spicam exprimere non valens. Statimque apprehensum jugulabant in ipso Jordanis transitu. Et ceciderunt in illo tempore de Ephraim quadraginta duo millia.*

(*Liber Iudicum, 12, 5-6, La Biblia Vulgata*)

Los Galaaditas tomaron los vados del Jordán á Ephraim; y era que, cuando alguno de los de Ephraim que había huído, decía, ¿pasaré? Los de Galaad le preguntaba: ¿eres tú Ephrateo?

Si él respondía, No; entonces le decían: Ahora pues, di, Shibolet. Y él decía, Siboleth; Porque no podía pronunciar de aquella suerte. Entonces le echaban mano, y le degollaban junto a los vados del Jordán. Y murieron entonces de los de Ephraim cuarenta y dos mil.

(*Libro de los Jueces, 12, 5-6, La Biblia Reina Valera (Biblia del Cántaro)*)

**1. Introducción**

He sido convocado, debido a la proverbial amabilidad del director de esta Revista, mi amigo José María Sauca, a participar en este debate comentando la relevante contribución de Vilajosana (2020) a pergeñar unos fundamentos para el denominado «derecho a decidir», en el contexto del proceso catalán. Josep M. Vilajosana es también un colega en la misma universidad, y un amigo.

No es la primera vez que Vilajosana se ocupa de esta cuestión (véase Vilajosana, 2014a, 2014b y 2019), pero en este texto consigue destilar sus tesis con meridiana claridad y de un modo especialmente perspicuo. Lo que facilita mucho la tarea de delimitar los acuerdos y, también, los desacuerdos.

Los acuerdos guardan relación con lo que podemos denominar la «doctrina canadiense», referida a la opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá (*Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R.*)<sup>1</sup>, con arreglo a la cual el principio democrático, en un contexto federal, requiere al gobierno de la Federación una negociación de buena fe con una provincia, el Québec en su caso, cuya población ha mostrado amplia y democráticamente la voluntad de separarse, una negociación para lograr una solución consensuada.

<sup>1</sup> En Moreso (2018) traté de aplicar dicha doctrina al caso catalán.

Los desacuerdos tienen que ver con lo siguiente, Vilajosana (2020, p. 377) afirma:

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.

Y, enfáticamente, añade: «En lo que sigue voy a defender esta última opción». Pues bien, si el derecho a decidir se entiende, como creo que lo entiende Vilajosana, como un derecho-pretensión –un *claim*– a un referéndum vinculante sobre la secesión de Cataluña, entonces creo que dicho derecho no es –insisto, en el sentido de un *claim*– ni legal, de acuerdo con la constitución española, ni legítimo con arreglo a la filosofía política más admisible.

Procederé del siguiente modo: en la sección segunda, trataré de hacer más explícitos mis acuerdos con Vilajosana. En la sección tercera, intentaré argumentar por qué no hay un derecho como *claim* en la constitución española. En la sección cuarta presentaré los argumentos contra la legitimidad de dicho derecho. Y en la sección quinta concluiré.

Pero antes de ello, deseo hacer la siguiente advertencia, *ex abundante cautela*. A menudo, en este debate (también Vilajosana, 2020, p. 385, nota 17) se hace referencia a los referéndums del Québec (1980 y 1995) y al de Escocia (en 2014), argumentando que las democracias canadiense y británica, respectivamente, autorizaron, o al menos toleraron, la celebración de un referéndum a lo que, hasta ahora, el gobierno de España siempre se ha negado. Esto es verdad. Pero también lo es, y esto se suele ocultar, que ni en Québec ni en Escocia sus Parlamentos y sus gobiernos se embarcaron en un proceso unilateral hacia la secesión. Recordemos los hechos: el día 1 de octubre de 2017 se celebró el referéndum para decidir acerca de la independencia de Cataluña –con la pregunta «¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de República?»–, convocado en virtud de una Ley aprobada por el Parlamento de esta comunidad autónoma, a la que se suma la denominada Ley de transitoriedad que, entre otras cosas, establece que si en la consulta resulta haber más respuestas afirmativas que negativas, el *Parlament* declarará la independencia de Cataluña<sup>2</sup>. Ambas leyes, como es sabido, fueron suspendidas cautelarmente por el Tribunal Constitucional, como consecuencia de la aceptación a trámite de sendos recursos del Gobierno de España y, en 2017, declaradas nulas por el Tribunal Constitucional<sup>3</sup>. Es cierto que la aprobación de ambas leyes fue un acto de suprema deslealtad constitucional. Aprobaron las dos leyes más relevantes de la historia de la Generalitat contemporánea, en sesiones en las que no aparecían previamente en el orden del día, ignorando el parecer de todos los letrados del *Parlament*, sin el preceptivo informe del *Consell de Garanties Estatutàries*, pretendiendo que dicho referéndum tiene, de modo unilateral, carácter vinculante. Ignoraron que, en una democracia constitucional, el derecho actúa como mediador de la política, de los objetivos políticos, y ello constituye el escudo de las libertades ciudadanas frente a

<sup>2</sup> Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació i Llei 20/201, del 8 de setembre, de transitorietat jurídica i fundacional de la República.

<sup>3</sup> Autos 123 y 124 del Tribunal Constitucional, de 19 de septiembre de 2017 (BOE de 22 de septiembre). Ambas leyes declaradas nulas e inconstitucionales por las sentencias STC 114/2017, de 17 de octubre y STC 124/2017 de 8 de noviembre.

las arbitrariedades del poder<sup>4</sup>. Decidieron ejercer el poder de modo arbitrario, el poder desnudo.

## 2. Un espacio para el acuerdo

Una de las tesis cruciales de Vilajosana (2020, p. 385) es la siguiente:

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 la 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.

Estoy de acuerdo en que la interpretación restrictiva del texto constitucional, que sostiene que nunca un referéndum, aún consultivo<sup>5</sup>, acerca de la voluntad de los catalanes de seguir formando parte de España, es posible, dado que ello suplantaría el proceso de reforma constitucional, es contraria a una consideración, que comparto, de la Constitución como un «árbol vivo» (*vid.*, por todos, Waluchow, 2007). Vilajosana y yo estamos plenamente de acuerdo con la siguiente afirmación de la Corte Suprema del Canadá, en su ya famosa opinión consultiva (*Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R.*, p. 273):

Resulta claramente de lo que precede que la secesión del Quebec del Canadá no puede ser considerada un acto legal si se lleva a cabo unilateralmente por la Asamblea nacional, la legislatura o el gobierno del Quebec, es decir sin previas negociaciones conforme a los principios. Cualquier proyecto de secesión de una provincia del Canadá que se lleve a cabo en desacuerdo con la Constitución del Canadá es también una violación del orden jurídico canadiense. Sin embargo, el orden constitucional canadiense no puede permanecer inmune en su existencia y su funcionamiento por la expresión no ambigua de una mayoría clara de quebequeses de no querer formar ya parte del Canadá. El principal medio de dar efecto a esta expresión es el deber constitucional de negociar conforme a los principios constitucionales que aquí hemos definido. Si las negociaciones se inician, nuestra Constitución, no menos que nuestra historia, apelarán a los participantes para esforzarse en reconciliar los derechos, las obligaciones y las aspiraciones legítimas de todos los canadienses en un marco que dará igual importancia a las responsabilidades y a los derechos constitucionales de cada uno.

Deseo advertir, sin embargo, que no me parece una estrategia adecuada la que usa Vilajosana para alcanzar dicha conclusión, consistente en una ponderación del principio democrático de nuestra Constitución con la indisolubilidad de España, establecida en el art. 2. No lo estoy porque creo que la indisolubilidad no es un principio, sino una de las reglas básicas de carácter «constitutivo» del ordenamiento español. La indisolubilidad no es ponderable. Podemos reformar la Constitución y establecer, con determinadas condiciones, el derecho a la secesión de uno de los

<sup>4</sup> En la mejor crónica jurídica del *procés*, un jurista íntegro –con simpatías nacionalistas declaradas– narra con estupor y tristeza estos hechos desde el privilegiado lugar de Letrado mayor del *Parlament* (Bayona, 2019).

<sup>5</sup> Esta, como es sabido, es la posición del Tribunal Constitucional, STC 103/2008, de 11 de septiembre y STC 42/2014, de 25 de marzo. Pero no hay acuerdo entre la doctrina constitucionalista. Véase una defensa autorizada de la posibilidad y, en ese momento, conveniencia de dicha consulta, en Rubio Llorente (2012), uno de los más prestigiosos constitucionalistas, anterior Vicepresidente del Tribunal, y también Queralt, Martí (2017). Para todo ello, Ferreres (2014, 2016), Fossas (2014), Tornos (2015).

territorios que ahora integran España. La indisolubilidad tampoco es lo que los constitucionalistas denominan una cláusula «pétrea». En la Constitución española no hay cláusulas de tal naturaleza. La indisolubilidad es como la definición del tablero en el juego del ajedrez, si lo cambiamos, cambiamos de juego. Es semejante a la «monarquía parlamentaria» como forma de gobierno, no está sujeta a ponderación ninguna, podemos cambiarla mediante la reforma constitucional, pero no ponderarla con, por ejemplo, el principio democrático.

Esto no conlleva que el principio democrático no pueda desplegar los efectos que Vilajosana desea. Podemos considerar que el principio democrático exige al gobierno de España una negociación de buena fe, que incluya la posibilidad de convocar un referéndum. Si el referéndum acordado, en los términos que fuese, diese un resultado favorable a la secesión, entonces sólo se habría recorrido la mitad del camino –esta es la posición de la Corte Suprema del Canadá en la famosa opinión consultiva–. Quedaría todavía llevar a cabo un proceso de reforma constitucional, en los términos del art. 168 de la Carta magna, para alcanzar el final del trayecto.

### 3. ¿Un derecho constitucional a decidir?

Los partidarios del derecho a decidir (Barceló, 2016; López, 2017; y también, claro, Vilajosana, 2014a, 2020) se encargan de distinguir este derecho del derecho de autodeterminación de los pueblos reconocido por el derecho internacional, pero sólo –pues fue pensado para articular la descolonización– para supuestos de grave vulneración de los derechos humanos de un grupo cultural determinado o, también, para casos en los que un Estado ocupa militarmente el territorio de otro Estado y lo anexiona a su territorio, si es entendido como autodeterminación «externa», es decir, como derecho unilateral a la secesión (vd., por todos, la autorizada posición de Cassese, 1995). Vilajosana resume en tres las diferencias entre ambos derechos, de este perspicuo modo (2020, p. 381):

- 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 caso, 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.

Ahora bien, ¿qué tipo de derecho es el derecho a decidir? Como es sabido en teoría jurídica, 'derecho' es una expresión ambigua que se usa en muchos sentidos diversos. El más reconocido de los enfoques sobre los diversos sentidos que la expresión «derecho» tiene en el ámbito jurídico y, en general, en el ámbito práctico, es el de W.N. Hohfeld (1919). Hohfeld distingue cuatro sentidos diferentes de la expresión «derecho»: derecho como libertad –«*liberty-right*» o también «*privilege-right*»–, derecho como pretensión –«*claim-right*»–, derecho como potestad –«*power-right*»– y derecho como inmunidad –«*immunity-right*»–. Aquí nos interesan los dos primeros, en el primer sentido, en el sentido de derecho como libertad, «tener derecho a X» significa algo como «hacer X no está prohibido». En este sentido, por ejemplo, yo

tengo el derecho como libertad a ir a cenar al *Celler de Can Roca* de Girona, tengo dicho derecho porque no hay norma alguna que me lo prohíba, ahora bien este derecho puede ser frustrado porque cuando trato de ir –como sucede a muchos a menudo– me dicen que no hay lugar ese día. En cambio, el segundo sentido de derecho, el derecho como una pretensión, comporta no sólo que me está permitido hacerlo, sino que los demás tienen el deber de no impedírmelo y, si se trata de una obligación a obtener algún servicio, que alguien tiene el deber de proporcionármelo. En este sentido, los derechos son correlativos a deberes. Así mi derecho a expresar mis ideas comporta que nadie puede impedírmelo y mi derecho a percibir mi salario que mi empleador tiene el deber de pagármelo<sup>6</sup>.

Vilajosana es bien consciente de esta distinción y se refiere a ella en otros términos, en los términos de von Wright (1963, p. 86. *Vid.* también Alchourrón-Bulygin, 1971, pp. 119-125) que distingue entre que un comportamiento esté permitido en sentido «débil», equivalente a la ausencia de una norma que lo prohíba y permitido en sentido «fuerte», es decir, un comportamiento que no está prohibido, pero está sometido a norma –es decir es o bien obligatorio o bien facultativo–. Y añade (Vilajosana, 2020, p. 381): «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».

Pero, obviamente, es muy relevante establecer si el derecho a realizar una consulta es un derecho como *liberty* o es un derecho como *claim*. Porque si es lo primero entonces la ciudadanía de Cataluña no dispone sin más de tal derecho para ejercerlo como desee. Es como si, por así decirlo, yo pretendiera que como no tengo prohibido cenar en el *Celler de Can Roca*, entonces sus propietarios tienen el deber de admitirme a cenar la noche en que lo solicito. Un formidable *non sequitur*, me temo. En cambio, si es lo segundo, entonces el gobierno de España tiene la obligación correlativa de autorizar la consulta.

El mismo Vilajosana (2020, p. 381) adecuadamente señala que se podría alcanzar una consulta de acuerdo con la constitución por dos vías:

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 [*sic.*, el artículo dice «El presidente del gobierno»] y con la 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.

Pero esto precisamente muestra que el derecho de la ciudadanía catalana no es un *claim-right*, porque han de darse otras condiciones –la activación de uno de estos dos artículos constitucionales– para tener el derecho en el sentido fuerte. Ahora, en la situación actual, la ciudadanía catalana tiene, conforme a esta interpretación de la constitución, permitido sólo en sentido débil dicha consulta. Es decir, el derecho a decidir no es un derecho que pueda ejercerse de manera «unilateral». *Quod erat demonstrandum*.

#### 4. La legitimidad y la objeción Matrioska

Podría ser, es claro, que la constitución no reconociera un derecho unilateral a decidir, pero por razones normativas «debiera» reconocerlo, fuese «legítimo» que lo hiciera de este modo.

<sup>6</sup> La importancia para el tema que nos ocupa de esta distinción en Buchanan (2004, pp. 334-337 y 2017).

En los últimos cuarenta años, en la literatura sobre la secesión se ha desarrollado una concepción, denominada «plebiscitaria», a veces también «democrática» (Beran, 1984, 1995; Philpott, 1995, Wellman, 1995). Esta es la posición que se halla, según creo, tras el denominado «derecho a decidir», y por eso vale la pena analizarla para averiguar si está en condiciones de legitimar un derecho unilateral a decidir.

La idea es muy simple: si una determinada mayoría de los ciudadanos de un territorio continuo que forma parte de un Estado, y dicho territorio es viable como nuevo Estado, tienen la voluntad de separarse del Estado matriz, entonces tienen el derecho –en el sentido de *claim-right*– de hacerlo.

Una de las ventajas que tiene esta posición, según sus defensores, es su simplicidad, sólo exige nuestra adhesión a los principios de autonomía de las personas y de democracia. De estos principios surge naturalmente el derecho de asociarse libremente con quien a uno le plazca.

Tiene, sin embargo, dificultades. Tiene dificultades de orden fáctico porque puede trastocar la estabilidad, ya frágil, del orden internacional y, también, de orden normativo, porque presupone la muy debatida doctrina del consentimiento como fundamento de la obligación política (*vid.*, para todo ello, Buchanan 2004, pp. 373-379).

No obstante, aquí voy a referirme a una dificultad más básica, una dificultad de carácter conceptual que denomino la objeción *Matrioska*, por razones que enseguida resultarán claras.

Supongamos que tenemos un conjunto A, cuyos miembros son: {v,w,x,y,z} y hemos de decidir cómo generar subconjuntos a partir de él. Los miembros de A son personas y pueden tomar decisiones. Para que un subconjunto de A sea elegible es precisa la voluntad de la mitad más uno de sus miembros. Supongamos, entonces que v y w desean generar el subconjunto B, con los siguientes miembros {v, w, z}, pero z no desea generar ese subconjunto. Entonces B es elegible. Pero supongamos el subconjunto también posible C: {v,w,z,y}, en donde ni z ni y quieren formar parte de él, entonces C no es elegible. Supongamos el conjunto D: {v,w,x,z,y} –todo conjunto es un subconjunto de sí mismo–, en donde v y w no quieren formar parte de él, pero x, y, z, si quieren. Entonces D es elegible. ¿Cuál es el criterio para elegir entre B y D, ambos elegibles? Es obvio que, si sólo disponemos del criterio de la voluntad de los miembros de cada subconjunto, el problema *Matrioska* es irresoluble.

Y aquí hay una diferencia con el derecho de asociación, porque el derecho de asociación no exige que tengamos que elegir entre los diversos conjuntos. Podemos considerarlos todos elegibles, si tienen una mayoría. Podemos exigir, como el derecho de asociación parece requerir, la unanimidad. Pero no hay dificultad alguna en que haya unanimidad para elegir un subconjunto determinado y también otro. Nada prohíbe asociarse a diversos grupos, algunos de los cuales son subconjuntos de los otros. Sin embargo, en el caso de la secesión, que involucra el poder soberano sobre un territorio, ello es imposible. No hay razones, dependientes únicamente de la voluntad de los miembros, para elegir entre el conjunto B y el conjunto D.

En acertadas palabras de Beitz (1979, p. 110):

La crucial diferencia, claro está, es que las asociaciones voluntarias no son grupos territoriales: usualmente no tienen que vivir juntos en un territorio separado o privar a otros del territorio en el que habitaban previamente. Mientras la creación de una

asociación voluntaria conlleva la partición de algunos grupos de personas, no conlleva la partición de territorio alguno.

Una consecuencia de todo ello está bien captada por Ferrajoli (2007, p. 575) al referirse al derecho de autodeterminación externa:

No es concebible, como derecho universal y por ello fundamental, ni siquiera en el plano teórico, al ser en este sentido lógicamente inconsistente y prácticamente autodestructivo. En la minoría que protagoniza la secesión habrá siempre otra minoría que, a su vez, querrá llevarla a cabo frente a la vieja minoría convertida en mayoría.

Vilajosana (2020, p. 386) es bien consciente de esta objeción:

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. Así se dirá que si los catalanes tienen ese derecho, qué impide que lo tengan los habitantes del área metropolitana de Barcelona; [...] 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.

Y esta es su respuesta a esta objeción (Vilajosana, 2020, p. 386):

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 sólo queda refugiarse en la defensa de lo existente.

En un punto lleva toda la razón Vilajosana: si el contraargumento *Matrioska* vale, vale contra todas las comunidades, también contra la que coincide con la estatal, ya decía que todo conjunto es un subconjunto de sí mismo. Sin embargo, ello no invalida el argumento, sólo dice que el derecho a decidir no es un modo adecuado de formular una pretensión de legitimidad, porque no determina nunca de manera unívoca su titular. Ahora bien, y este es el punto final de Vilajosana, ¿por qué hemos de defender el marco existente?

En primer lugar, la defensa del marco existente no se deriva de la objeción *Matrioska*, lo único que dice la objeción *Matrioska* es que concebir el derecho a la secesión como una extensión del derecho de asociación es un error, porque el derecho de asociación no comporta la reivindicación de la soberanía exclusiva y excluyente sobre un territorio y, entonces, no tiene el problema de la indeterminación de la elección de un subconjunto. Uno puede ser socio del Barça, miembro de *Amnistía Internacional*, miembro del club de lectura de la biblioteca del barrio, etc. No hay que elegir entre estas pertenencias. Nada más, pero nada menos.

En segundo lugar, aunque las fronteras son arbitrarias sin ninguna duda, hay argumentos para sostener que, como dice Dworkin (2011, p. 382): «las fronteras generadas por accidentes de la historia se mantienen por defecto». Esto no es cometer, como sugiere Vilajosana (2020, p. 387) ninguna falacia naturalista. Consideremos una analogía: la justificación de la familia (vid. Rawls, 1999, p. 488) y la sujeción de los hijos menores de edad a sus padres. Es obvio que el hecho de nacer de unos padres determinados es moralmente irrelevante y arbitrario. Sin

embargo, es susceptible de generar deberes y derechos a los padres y a los hijos. Hay razones, claro, para retirar la patria potestad a los padres cuando desatienden gravemente sus deberes. Pero son razones de reparación, son razones como «remedios». Por dicha razón, siguiendo con la analogía, el derecho unilateral a la secesión sólo emerge como consecuencia de injusticias previas, como una reparación, como quiere el autor que más ha pensado sobre todo ello contemporáneamente, me refiero a Buchanan (2004, p. 2017). Es decir, completando la frase de Dworkin, «en ausencia de *causas justas*, las fronteras se mantienen por defecto». No hay falacia naturalista alguna, hay una doctrina que exige determinados requisitos para conceder un derecho a la secesión unilateral, y los exige por razones normativas. En cambio, la vía del derecho a decidir no está en condiciones de ofrecer lo que promete, puesto que carece de recursos para delimitar el titular de ese derecho de manera unívoca.

Aunque Vilajosana nunca usa el otro argumento relevante en la teoría contemporánea a favor del derecho a la secesión unilateral, que es el argumento nacionalista (*vid*, por todos Margalit-Raz, 1990 y, entre nosotros, Payero López, 2016 y Torbisco, 2017), al menos en una ocasión usa esta idea también (Vilajosana, 2020, p. 387), cuando se refiere a las minorías dice: «en este caso una minoría con contornos territoriales definidos y con lengua, cultura e instituciones propias». Entonces, tal vez, podría argumentarse que el problema de la vía plebiscitaria podría resolverse mediante la adición de la vía nacionalista. Aunque aquí no puedo argumentarlo sin alargar en demasía este comentario, esto no resuelve el problema puesto que la vía plebiscitaria precisa de un modo externo a su razonamiento de delimitar el *demos* titular del derecho, y el nacionalismo no está en condiciones de proporcionárselo (Moreso ms.). Dicho ahora muy brevemente, no está en condiciones de proporcionárselo porque no hay modo de delimitar con precisión cuál es el territorio, y la secesión está intrínsecamente vinculada a la soberanía sobre un territorio, en donde habita una y sólo una comunidad cultural. Aprovechándome de una idea de Gowans (2019), elaborada para un tema en la vecindad de éste, el del relativismo cultural, el autor nos dice que las culturas no son como un cuadro del gran pintor Piet Mondrian, con límites precisos –cómo sí lo son los Estados–, sino que son más bien como un cuadro del no menos grande Jackson Pollock, en los cuales todo fluye y no hay forma de introducir límites precisos.

## 5. A modo de conclusión: el poder y el derecho

Cuando abandonemos el confinamiento al que la pandemia del COVID-19 nos ha sometido, será el momento de regresar al diálogo en el asunto catalán. Un diálogo en el cual, en mi opinión, el gobierno de España debe contemplar, de entrada, todas las posibilidades para el futuro de Cataluña, y el gobierno de la Generalitat debe abandonar la unilateralidad y recordar, como bien sostiene Vilajosana, que la unilateralidad no cabe en la Constitución, ni está justificada, la unilateralidad es, en este supuesto, ilegítima. Como he dicho en otra ocasión (Moreso, 2018), el diálogo no ha sido posible por el abandono de la política por el gobierno de Madrid, y el menosprecio del derecho por parte del gobierno catalán. Y como escribió Norberto Bobbio una vez (Bobbio, 1982): «*Il potere senza diritto è cieco, ma il diritto senza potere è vuoto*».

Si lo hacemos de este modo, y así desvelo el propósito con el que he seleccionado el pasaje del *Libro de los Jueces* que figura en el atrio de estos comentarios, seremos capaces tal vez de no exigir *shibolets*, que son una especie de santo y seña, a nuestros interlocutores y de prescindir de los *shibolets*, que son también nuestros dogmas, que nublan nuestra visión adecuada de las cosas.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems*. New York-Wien, Estados Unido: Springer.
- Barceló, M. (2017). El derecho a decidir como instrumento constitucional para la canalización de problemas territoriales. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9, pp. 361-391.
- Bayona, A. (2019). *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del 'procés'*. Barcelona, España: Península.
- Beitz, Ch. (1979). *Political Theory and International Relations*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press.
- Beran, H. (1984). A Liberal Theory of Secession. *Political Studies*, 32, pp. 21-31.
- Beran, H. (1995). A Democratic Theory of Political Self-Determination for a New World Order. En P. B. Lehning (ed.). *Theories of Secession* (pp. 33-61). Londres, Reino Unido: Routledge.
- Bobbio, N. (1982). Il potere e il diritto. *Nuova antología*, A. 117, vol. 549, fasc. 2142, pp. 68-80.
- Buchanan, A. (2004). *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Buchanan, A. (2017). Secession. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition, Edward N. Zalta [ed.]). Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/secession/>.
- Cassese, A. (1995). *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass., Estados Unidos: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democracia. Vol. 2*. Roma-Bari, Italia: Laterza.
- Ferreres, V. (2014). The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's Right to Decide (Comment on the Judgment 42/2014). *European Constitutional Law Review*, 10, pp. 571-590.
- Ferreres, V. (2016). Cataluña y el derecho a decidir. *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, pp. 461-475.
- Fossas, E. (2014). Interpretar la política: Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, pp. 287-289.
- Hohfeld, W.N. (1919). *Fundamental Legal Conception*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press.
- Gowans, C. (2019). Moral Relativism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition, Edward N. Zalta [ed.]). Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/moral-relativism/>.
- López, J. (2017). *El derecho a decidir. La vía catalana*. Tafalla, España: Txalaparta.
- Margalit, A. y Raz, J. (1990). National Self-Determination. *Journal of Philosophy*, 87(9), pp. 439-461.
- Moreso, J.J. (2018). Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo. En B. Pendás (dir.), E. González, R. Rubio (coords.), *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas*, Tomo II (pp. 1657-1673). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (s.f.). *De secesione. Lo escondites de la vía catalana*. Inédito. Recuperado de <https://upf.academia.edu/Jos%C3%A9JuanMoreso>
- Payero López, L. (2016). El derecho de autodeterminación en España: Breve explicación para extranjeros estupefactos y nacionales incautos. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 23, pp. 46-79.
- Philpott, D. (1995). A Defense of Self-Determination. *Ethics*, 105, pp. 352-85.

- Queralt, A. y Martí, J.L. (18 diciembre, 2017). Un referéndum para Cataluña. *Agenda Pública, El País*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/un-referendum-para-cataluna/>
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass. Estados Unidos: Harvard University Press.
- Rubio Llorente, F. (8 octubre, 2012): Un referéndum para Cataluña. *El País*. [https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731\\_659435.html](https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html)
- Torbisco, N. (2017). National Minorities, Self-determination and Human Rights: A Critique of the Dominant Paradigms in the Catalan Debat. En P. A. Kraus, J. Vergés (eds.). *The Catalan Process, Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century* (pp. 199-232). Barcelona, España: Generalitat de Catalunya-Institut d'Estudis de l'Autogovern.
- Tornos, J. (2015). *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*. Madrid, España: Iustel.
- Vilajosana, J. M. (2014a). Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 19, pp. 178-210.
- Vilajosana; J.M. (2014b). The democratic principle and constitutional justification of the right to decide. *Catalan Social Sciences Review*, 4, pp 57-80.
- Vilajosana, J.M. (2019). Laboratorio Cataluña. Legalidad, legitimidad y eficacia en el proceso político catalán. En I. Lasgabaster (coord.), *Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)* (pp. 75-99). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Vilajosana, J.M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, 18, pp. 375-391.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres, Reino Unido: Routledge & Kegan Paul.
- Waluchow, W.J. (2007). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Wellman, C. (1995). A Defense of Secession and Political Self-Determination. *Philosophy & Public Affairs*, 24, pp. 142-171.

# El derecho a decidir: breves apuntes acerca de su solidez teórica y conveniencia estratégica

## The right to decide: brief notes on its theoretical soundness and strategic convenience

Lucía Payero López  
Universidad de Oviedo  
ORCID ID 0000-0002-1011-5536  
[payerolucia@uniovi.es](mailto:payerolucia@uniovi.es)

Cita recomendada:

Payero López, L. (2020). El derecho a decidir: breves apuntes acerca de su solidez teórica y conveniencia estratégica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 506-520.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5726>

Recibido / received: 20/08/2020

### Resumen

Los partidarios del derecho a decidir insisten en resaltar las diferencias que lo separan de la autodeterminación nacional como una forma de evitar algunas de las críticas de las que esta última resulta acreedora. En este artículo se argumentará que, pese a que razones de estrategia política pudieran avalar esta opción, la solidez teórica del derecho de autodeterminación supera a la de las caracterizaciones del derecho a decidir que tratan de deslindarlo de aquélla. A esta debilidad teórica se une el hecho de que, en algunas ocasiones, las obras de los promotores del derecho a decidir dejan entrever rasgos que diluyen la tan reiterada diferenciación entre ambas figuras.

### Palabras clave

Constitución española de 1978, derecho a decidir, derecho de autodeterminación nacional, *procés* soberanista catalán.

### Abstract

*Supporters of the right to decide insist on highlighting the differences between this right and national self-determination with the aim of avoiding criticism addressed to the latter. This article will argue that the right of self-determination presents a more solid theoretical basis than those versions of the right to decide that are intended to separate both concepts, even though this distinction can be interesting in terms of political strategy. Moreover, it will be pointed out that*

*advocates of the right to decide sometimes characterise it with similar features to national self-determination, which blurs the lines between them.*

### **Keywords**

*Spanish Constitution of 1978, right to decide, right to national self-determination, Catalan sovereign process.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El derecho a decidir según sus partidarios. 2.1. Titularidad del derecho. 2.2 Ordenamiento que procede a la regulación del derecho. 2.3 Objeto del derecho. 3. Análisis crítico del derecho a decidir. 4. Acerca de la ponderación. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción**

En los últimos años el derecho a decidir se ha ido introduciendo en el debate sobre la cuestión territorial en España hasta llegar a convertirse en un ingrediente imprescindible del mismo. Una de sus primeras formulaciones normativas puede hallarse en el Preámbulo de la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi<sup>1</sup> –el popularmente conocido como Plan Ibarretxe–, y en Catalunya este derecho se ha erigido en el elemento nuclear de articulación de las demandas de mayor autogobierno que primero propugnaban la reforma estatutaria y, tras la STC 31/2010, de 21 de junio, sobre la constitucionalidad de la reforma del *Estatut* catalán, comenzaron a reclamar la celebración de un referéndum de independencia<sup>2</sup>.

Dentro de la Academia, el derecho a decidir ha suscitado cierto interés, tanto entre quienes se muestran partidarios de su aplicación y lo proponen como una vía de solución para el denominado *procés* catalán, como entre quienes lo rechazan. No obstante, del estudio del tema se han ocupado mayoritariamente politólogos y constitucionalistas, pero no filósofos del derecho. En este ámbito, seguramente sea

<sup>1</sup> Allí se decía lo siguiente: «el Pueblo Vasco tiene derecho a decidir su propio futuro, tal y como se aprobó por mayoría absoluta el 15 de febrero de 1990 en el Parlamento Vasco, y de conformidad con el derecho de autodeterminación de los pueblos, reconocido internacionalmente (...). El ejercicio del derecho del Pueblo Vasco a decidir su propio futuro se materializa desde el respeto al derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas de los diferentes ámbitos jurídico-políticos en los que actualmente se articula a ser consultados para decidir su propio futuro».

<sup>2</sup> Resulta de interés la interpretación que realiza Javier Pérez Royo acerca de la significación del referéndum en el *procés* catalán. De acuerdo con este autor (2011), la STC 31/2010 supuso la ruptura de la denominada Constitución territorial. La Constitución territorial se sustenta en una especie de pacto entre territorios que se materializa en el momento de la elaboración y reforma de los estatutos de autonomía que siguen el procedimiento establecido en el artículo 151 de la Constitución. Dicho procedimiento garantiza que la nacionalidad no puede imponer al Estado central un estatuto de autonomía con el que el Estado no esté de acuerdo, pero, a su vez, el Estado central no tiene la capacidad de obligar a la nacionalidad a adoptar una norma estatutaria que sea contraria a los intereses de ésta. De ahí que el proyecto de estatuto se apruebe primero en el Parlamento autonómico, después puedan modificarlo las Cortes Generales y, finalmente, haya de ser ratificado en referéndum por los ciudadanos de la comunidad autónoma respectiva. Ahora bien, la intervención del Tribunal Constitucional en 2010, un órgano carente de legitimidad democrática directa, alteró radicalmente esta lógica negociadora. La segunda de las garantías implícita en el pacto territorial –que el Estado no puede imponer a la nacionalidad un estatuto de autonomía que ésta no desee– ha saltado por los aires. Para resolver el problema ya no cabe recurrir a la Constitución vulnerada. Por ello, lo que antes se situaba al final del proceso (el referéndum) ahora se reclama al inicio. El «eje de la rebelión» contra la STC 31/2010 «ha sido el derecho a decidir» (2018, p. 271), en torno a cuya celebración ha girado la política catalana desde entonces.

Josep Maria Vilajosana quien se haya dedicado al asunto con mayor ahínco, encuadrándose dentro del grupo de valedores del derecho a decidir. Aplauzo encarecidamente la iniciativa del director de esta revista, José María Sauca, de promover un debate iusfilosófico sobre la cuestión al hilo del artículo del profesor Vilajosana titulado «Democracia y derecho a decidir», y le agradezco muy especialmente que me haya invitado a participar en el mismo. Vaya aquí mi modesta contribución a este diálogo.

Al inicio del artículo que sirve de base a la discusión, Vilajosana plantea una pregunta muy pertinente: «¿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?» (2020, p. 376). A mi juicio, esa respuesta debiera acercarse a la ofrecida por el Reino Unido o Canadá, sin que resulte aceptable el modo de proceder del Estado español. En esto me parece que coincido plenamente con Vilajosana. Ahora bien, considero que, desde un punto de vista teórico, la mejor forma de articular dicha respuesta en España no sería a través del derecho a decidir –al menos, no tal y como lo presentan sus principales defensores– y que, en materia territorial, la Constitución española no está a la altura democrática que resulta exigible en el siglo XXI. Para argumentar esta tesis, el presente artículo comenzará esbozando la caracterización del derecho a decidir de la mano de sus partidarios<sup>3</sup>, entre los que se encuentra el profesor Vilajosana. A continuación, se procederá a analizar de forma crítica dichos caracteres, señalando determinadas debilidades teóricas que pueden observarse. Finalmente, y entrando ya en la propuesta concreta de Vilajosana, se apuntarán algunos inconvenientes que, en mi opinión, contiene una fundamentación principialista del derecho a decidir que exige recurrir a la ponderación para determinar su contenido y alcance.

## 2. El derecho a decidir según sus partidarios

El derecho a decidir ha sido definido como

un derecho de encaje constitucional que posibilita a los miembros de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada 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).

Los patrocinadores del derecho a decidir suelen remarcar las diferencias que existen entre este derecho y el de autodeterminación de los pueblos<sup>4</sup>. Así lo hace, por ejemplo, Vilajosana en el artículo que nos ocupa (2020, pp. 380-381). De esta forma, se podría decir que el derecho a decidir presentaría los siguientes rasgos –por oposición al derecho de autodeterminación nacional–: su titularidad es individual, está regulado en el ordenamiento constitucional y va dirigido a realizar una consulta sobre el encaje territorial de una región dentro del conjunto del Estado. A continuación, se examinarán en detalle cada uno de estos caracteres y se compararán con los que acompañan al derecho de autodeterminación.

<sup>3</sup> La caracterización del derecho a decidir que se expondrá en este artículo toma como referencia básica la monografía titulada *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Barceló et al., 2015), uno de los mejores y más completos trabajos que se han publicado hasta la fecha sobre este asunto.

<sup>4</sup> El derecho de autodeterminación de los pueblos será aquí entendido como la capacidad que tiene un pueblo o nación para dotarse del régimen de gobierno que desee –lo que se conoce como la vertiente interna de la autodeterminación–, así como para determinar el tipo de relaciones que quiere mantener con otros grupos semejantes –lo cual ha dado en llamarse la vertiente externa de la autodeterminación– (Obieta, 1985).

## 2.1. Titularidad del derecho

En primer lugar, el derecho a decidir es un derecho de titularidad individual, aunque de ejercicio necesariamente colectivo. Como ha señalado Barceló, ello se debe a que los derechos que se «entrecruzan» en el contenido del derecho a decidir –a saber, la libertad de expresión y el derecho de participación política–, no pueden, de acuerdo con el sistema constitucional de derechos, «recaer en un sujeto colectivo, sino en cada sujeto individualmente considerado con condición política de ciudadano» (2016, p. 382). Ahora bien, en atención al bien jurídico protegido, el derecho a decidir debe ejercerse de manera colectiva «para dotar de significado cada voluntad individualmente considerada» (2016, p. 382).

El derecho de autodeterminación, en cambio, presenta un tenor colectivo, correspondiendo su ejercicio al pueblo o nación de que se trate. Un pueblo o una nación –ambos términos serán utilizados de forma indistinta– es un grupo humano que cree que forma una comunidad política singular y es reconocido como tal por otros grupos semejantes. La realidad de la nación es de tipo discursivo: se construye a partir de los discursos de afirmación nacional. Por tanto, se trata de una «comunidad imaginada», en palabras de Anderson (1993), que cumple la función de legitimar el poder político tras la desaparición del modelo monárquico-divino anterior. Además de que su titular es un sujeto colectivo, el contenido y modo de ejercicio de la autodeterminación también revisten un carácter colectivo. El contenido de la autodeterminación consiste en realizar la autonomía de la nación y proteger su identidad. Se trata en ambos casos de bienes colectivos de carácter participativo –según la terminología de Réaume (1988)–, esto es, se requiere la presencia del grupo nacional tanto para producir dichos bienes como para disfrutarlos. En este sentido, se puede afirmar que no es posible gozar de los beneficios que reporta la vida en una sociedad autónoma si no se ha participado en su creación. El modo de ejercicio del derecho de autodeterminación es igualmente colectivo y precisa de la existencia de representantes que actúen en nombre de la nación. Para que dichos representantes expresen verdaderamente la voluntad colectiva de la nación y velen por los intereses colectivos de la misma es necesaria una institucionalización democrática que convierta en legítima la representación.

## 2.2. Ordenamiento que procede a la regulación del derecho

En segundo lugar, el fundamento normativo del derecho a decidir se halla en el derecho constitucional español, por lo que se trataría de un derecho ya reconocido por el ordenamiento jurídico estatal. Dependiendo del autor analizado, el sustento constitucional puede variar ligeramente. En opinión de Barceló, la STC 42/2014, de 25 de marzo, habría reconocido el derecho a decidir como un derecho distinto al de autodeterminación, que se articularía en dos momentos: «el de formulación de la propuesta de modificación del orden constitucional, en este caso, territorial, y el de consecución efectiva de la propuesta que, según el Tribunal, requeriría una reforma constitucional» (2015, p. 104). Por su parte, Vilajosana hace derivar este derecho de la interpretación ponderada del principio democrático y el de unidad nacional (2014, 2015, 2020).

Por el contrario, el reconocimiento normativo del derecho de autodeterminación se encuentra en el ordenamiento jurídico internacional<sup>5</sup>, pero no

---

<sup>5</sup> Los textos básicos en materia autodeterminista elaborados en el seno de las Naciones Unidas son los siguientes: la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales,

en la Constitución española –que expresamente lo prohíbe–. Tal y como establece el artículo 2, «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española», que es la única nación que existe dentro de las fronteras del Estado.

Conviene advertir que la fundamentación del derecho de autodeterminación –según es entendido en este artículo– en el ordenamiento jurídico internacional requiere una interpretación del mismo alejada de la que predomina en ese ámbito del derecho. La doctrina internacionalista mayoritaria atribuye la titularidad del derecho de autodeterminación a los Estados ya sancionados y, excepcionalmente, también a algunos pueblos sin Estado: colonias, pueblos bajo ocupación militar extranjera y minorías gravemente discriminadas a manos del Estado en el que se hallan integradas. Y es que, al estar hecho por y para Estados, el derecho internacional otorga al principio de integridad territorial de los Estados una prioridad casi absoluta sobre el derecho de los pueblos a autodeterminarse libremente. Únicamente cuando el Estado atente contra los derechos humanos básicos (en supuestos de colonialismo o de graves violaciones de los derechos de las minorías) o no se conduzca de conformidad con los principios democráticos (si vulnera la dimensión interna de la autodeterminación) se concede a la minoría nacional un derecho de autodeterminación externa que le compense por los padecimientos sufridos. Es lo que en inglés se denomina *remedial right*.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina internacionalista interpreta la autodeterminación como un derecho *prima facie*<sup>6</sup> sobre la base de la dicción literal de los Pactos de Derechos Humanos de 1966 que, en su artículo 1.1, establecen: «“todos” los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural» (entrecomillado añadido)<sup>7</sup>. Quienes conciben la autodeterminación como un derecho *prima facie* lo fundamentan o bien en el derecho individual de asociación política –teorías plebiscitarias– o bien en el principio de autonomía colectiva del pueblo –teorías de la autonomía colectiva–. En ambos casos se exige que los individuos o el grupo que decide se hallen concentrados territorialmente. Si el derecho de autodeterminación se funda en el derecho individual de asociación política es posible, si se lleva el argumento al extremo, incurrir en una reducción absurda que en último término conduciría a admitir la reclamación autodeterminista efectuada por un individuo. Para evitar este inconveniente suele exigirse el requisito de la viabilidad, lo cual implica necesariamente la existencia de un grupo. Por ello parece más acertada la teoría que hace descansar el derecho de autodeterminación en la autonomía colectiva del grupo. En este artículo se entenderá la autodeterminación como un derecho *prima facie* fundado en la autonomía colectiva del pueblo titular del mismo.

### 2.3. Objeto del derecho

En tercer lugar, el objeto del derecho a decidir consistiría en la realización de una consulta sobre la integración de un territorio en el conjunto estatal, pero no para

---

también llamada Carta Magna de la Descolonización, aprobada por la Resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, de la Asamblea General; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; y la Declaración relativa a los Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada mediante la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General.

<sup>6</sup> Entender la autodeterminación como un derecho *prima facie* implica admitir que existe una presunción general en favor de la autodeterminación, incluso frente a un Estado que se conduzca conforme a los parámetros mínimos de justicia liberales.

<sup>7</sup> Para un desarrollo de esta interpretación, remito a Obieta (1985).

declarar la secesión de manera unilateral: en ese caso, el principio de indisolubilidad prevalecería sobre el democrático (Vilajosana, 2014, p. 3)<sup>8</sup>. Ahora bien, en caso de que el referéndum arrojase un resultado favorable a la independencia, ambas partes se hallarían obligadas a negociar de buena fe las condiciones de la secesión, como reconoció la Corte Suprema canadiense en 1998 (Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217). De acuerdo con Barceló, el contenido del derecho a decidir incluiría «un doble haz de facultades: (...) expresar mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales», así como «realizar esa voluntad si resulta ser expresión mayoritaria» (2016, p. 383). La primera facultad se traduciría en la celebración de un referéndum en el que participaría el *demos* de la comunidad política que plantea una impugnación o reformulación del orden territorial –no todo el *pueblo español*–. La segunda facultad resulta un poco más difícil de concretar. A juicio de Barceló, «generaría una obligación de toma en consideración de la voluntad democráticamente expresada en forma de consecución negociada» (2016, p. 384), en línea con el dictamen de la Corte Suprema canadiense, aunque de la STC 42/2014 se pueda extraer una solución alternativa: la apertura de un procedimiento de reforma constitucional.

El derecho de autodeterminación, en cambio, reconoce al pueblo la capacidad de decidir su destino político, siendo una opción posible la secesión –aunque no la única–. Una vez que se haya emitido esa opinión, habrá que negociar con el Estado las condiciones concretas en que se llevará a efecto. Si el pueblo elige la secesión, el resto del Estado no tiene nada que objetar; en cambio, si opta por modificar las relaciones que hasta ese momento se venían manteniendo, el resto del Estado también tendría derecho a opinar, aceptando o rechazando la propuesta puesto que, en ese caso, entraría en juego su propia autodeterminación. Si la declinase, la nación que propuso el cambio sólo tendría dos opciones: aceptar el *statu quo* o independizarse. El ejemplo del divorcio, que tantas veces se menciona, resulta muy ilustrativo al respecto (Payero, 2014).

### 3. Análisis crítico del derecho a decidir

Una vez que ha sido expuesta la caracterización del derecho a decidir que manejan sus promotores, se procederá al análisis crítico de la misma. Según se dijo anteriormente, cuando los partidarios del derecho a decidir lo definen prestan especial atención a delimitarlo con respecto al derecho de autodeterminación. Entiendo que ello obedece a razones de estrategia y viabilidad política: dada la aversión que despierta el derecho de autodeterminación, particularmente en España, cualquier reivindicación que se haga desde Catalunya con este fundamento estaría abocada al rechazo automático sin ni siquiera ser tomada en consideración. Incluso a nivel internacional, como ya se ha mencionado, ostenta un lugar hegemónico la interpretación del derecho de autodeterminación que reduce su aplicación a supuestos coloniales y de grave vulneración de derechos humanos –*remedial right*–. Pues bien, a continuación se tratará de argumentar que esta operación de deslinde entre el derecho de autodeterminación y el derecho a decidir, pese a que encuentre justificación desde un punto de vista estratégico, constituye la mayor debilidad teórica del derecho a decidir.

En primer lugar, el derecho a decidir se distingue del derecho de autodeterminación por su carácter individual. Se intenta evitar con ello las críticas

---

<sup>8</sup> Barceló también coincide en que la secesión unilateral no se halla amparada por un derecho a decidir compatible con la Constitución española. Ahora bien, según su argumentación, los principios relevantes serían el de constitucionalidad y el de primacía del derecho, los cuales requerirían necesariamente «la presencia del titular de la soberanía, de acuerdo con el art. 1.2 CE, (...) en este proceso» (2016, p. 386).

frecuentes que acompañan a los derechos colectivos. Por un lado, los derechos colectivos no se consideran auténticos derechos humanos debido a que su titular, un grupo, presenta un carácter particular, no universal<sup>9</sup>. Además, los derechos colectivos despiertan rechazo al entenderse que el grupo tiraniza a los individuos que lo integran<sup>10</sup> o a los que quedan fuera del mismo<sup>11</sup>. Muy brevemente, frente a la primera objeción cabe argumentar la posibilidad de predicar derechos universales de los pueblos siempre que «todos los pueblos sean [sus] titulares», tal y como dispone el artículo 1 de los Pactos de 1966, y que «cualquier individuo que lo desee pueda integrarse en –o separarse de– ese colectivo» (Payero, 2015, p. 103), circunstancia que se cumple cuando se hace predominar el paradigma subjetivo de construcción nacional<sup>12</sup>. Por lo que se refiere a la segunda crítica, resulta interesante tener en cuenta que los individuos son seres contextuales (Tamir, 1993a), productos sociales que aprenden a ser personas y adquieren su identidad y valores en el seno de la comunidad particular donde nacen y se desarrollan. La autonomía individual representa un valor digno de protección y respeto que únicamente puede alcanzarse en una sociedad igualmente autónoma. Por tanto, la atribución de derechos a los grupos en los que participan los individuos, incluido el de autodeterminación nacional, encuentra su justificación en la necesidad de implementar el principio de autonomía individual y de promocionar la identidad personal.

El principal problema de concebir el derecho a decidir con un tenor individual es el mismo que acompaña a las teorías plebiscitarias sobre la secesión –no en vano «el derecho a decidir puede considerarse una derivada jurídica de la perspectiva normativa sobre la que se asientan estas últimas» (López, 2015, p. 30)–: ¿cómo evitar incurrir en la reducción al absurdo? Y aquí los partidarios del derecho a decidir acuden a un argumento de tipo colectivo: el de la viabilidad del nuevo Estado –que aquí se suscribe–. En este sentido, «ninguna “comunidad política” [sujeto colectivo] debería poder apelar al derecho a decidir para secesionarse si no puede garantizar su existencia como estado independiente, o no garantiza los derechos liberales y el principio democrático, lo que la convertiría en un estado fallido» (2015, p. 40) –entrecorillado añadido–. En el fondo, configurar el derecho con un tenor colectivo o con un carácter individual que exija un ejercicio colectivo puede que no sea más que una cuestión de estilo –al menos desde un punto de vista filosófico-político; cuestión distinta es el diseño del derecho desde una perspectiva técnico-jurídica, puesto que las vías de defensa y los sujetos legitimados para ejercer las acciones varían–, pero resulta interesante constatar que la argumentación ofrecida desde uno u otro punto de vista adopta un tenor colectivo, ya que la existencia de un grupo es requisito indispensable para el ejercicio del poder político.

En segundo lugar, el derecho a decidir difiere del de autodeterminación en función del ordenamiento jurídico que procede al reconocimiento de uno y otro: el derecho constitucional español, en el primer caso, y el derecho internacional, en el segundo. Con ello se pretende dotar de mayor fuerza a la reivindicación, puesto que las razones que pudieran llevar a no aplicar el derecho internacional –por ejemplo,

<sup>9</sup> Un ejemplo de este razonamiento puede leerse en Pérez Luño, para quien los pueblos carecen de derechos humanos debido a que esta categoría jurídica requiere una titularidad individual de alcance universal (2001).

<sup>10</sup> En este sentido, por ejemplo, decía Peces-Barba: la autodeterminación nacional «supone la difuminación de los derechos individuales, aplastados por ese derecho colectivo que no tiene en cuenta a los miembros de esa entidad» (2010).

<sup>11</sup> De acuerdo con Farrell, «cuando se habla de derechos comunitarios lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos» (1995, p. 89), en concreto los de aquellos «individuos que no integran el grupo protegido» (1995, p. 90).

<sup>12</sup> Entendiendo la nación como una realidad discursiva, el paradigma subjetivo de construcción nacional es aquel que hace depender la pertenencia nacional de criterios electivos que pueden ser adquiridos o rechazados de forma voluntaria.

dudas interpretativas sobre el alcance de las normas o acerca de si las mismas son aplicables en España—, así como las inciertas consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su incumplimiento —debido a la carencia de fuerza propia del ordenamiento internacional— no resultan extrapolables al derecho constitucional. Las críticas a este rasgo distintivo y al siguiente se efectuarán conjuntamente, puesto que ambos se hallan relacionados.

En tercer lugar, derecho a decidir y autodeterminación se distinguen por su objeto: el derecho a decidir habilitaría para realizar una consulta sobre el encaje territorial de Catalunya en España, sin que quepa la declaración unilateral de secesión, mientras que la autodeterminación sí autorizaría a proclamar la independencia en el supuesto de que la misma resultase ser la opción vencedora en el referéndum. De este modo, se deja fuera de la reclamación el punto más controvertido —la secesión no pactada—, lo que suma más adeptos, particularmente dentro de Catalunya.

En mi opinión, sólo si se entiende que el derecho a decidir autoriza la celebración de un referéndum consultivo sobre el encaje constitucional de Catalunya en España se podría argumentar que el ordenamiento jurídico español ya lo regula. Así, a la pregunta que plantea Vilajosana, «¿la Constitución española permite que la *Generalitat* plantee una consulta a los catalanes sobre su futuro político?» (2020, p. 381), habría que responder afirmativamente. La competencia para convocar esa consulta pertenece al Estado (artículo 149.1, 32ª de la Constitución), por lo que debería ser delegada en favor de la *Generalitat* a través de una ley orgánica (artículo 150.2) y el resultado presentaría un carácter no vinculante (artículo 92.1), aunque tremendamente significativo desde el punto de vista político<sup>13</sup>.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que la interpretación del Tribunal Constitucional es contraria a la opinión aquí manifestada. La STC 103/2008, de 11 de septiembre —que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de consultas vasca de 2008<sup>14</sup>— establecía que ni siquiera el Estado central ostenta la capacidad de convocar el referéndum; la reforma constitucional, que debería seguir los cauces del procedimiento hiperagravado (artículo 168 de la Constitución), se presenta así como la única vía para replantear las relaciones entre una comunidad autónoma y el resto del Estado<sup>15</sup>. Pese al giro jurisprudencial experimentado en 2014 (STC 42/2014, de

<sup>13</sup> Es necesario poner de manifiesto que un sector dentro del constitucionalismo rechaza que un referéndum de independencia pactado resulte conforme con la Constitución —por ejemplo, Tajadura, para quien «un referéndum como el previsto en Escocia es absolutamente incompatible con nuestro ordenamiento jurídico; (...) sólo podría ser legal (...) si la Constitución se reformara para incluir en ella tal posibilidad» (2013, p. 235)—. En el ámbito catalán, se han ofrecido varias opciones para la celebración legal de la consulta, incluida la que aquí se sostiene —destaca el informe elaborado por el Institut d'Estudis Autònoms (IEA) donde se proponían cinco vías para canalizar la consulta de manera constitucionalmente adecuada (2013)—; resulta interesante constatar que algunas de ellas presentan un carácter unilateral, como la que abrió la Ley del *Parlament* de Catalunya 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

<sup>14</sup> Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

<sup>15</sup> En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional se pronunciaba en los siguientes términos: «la cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la comunidad autónoma del País Vasco afecta (artículo 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de este puede establecer entre el Estado y las comunidades autónomas) y por ello solo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 CE. La que aquí nos ocupa no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los

25 de marzo), donde a propósito de la Declaración de soberanía del pueblo de Catalunya<sup>16</sup> se reconoció que «con carácter previo al inicio del proceso de reforma constitucional [pudiera] consultarse, a través de un referéndum o de otro tipo de consulta no vinculante, a los ciudadanos de una comunidad autónoma» (Ridao, 2014, p. 96)<sup>17</sup>, el Tribunal Constitucional modificó nuevamente su doctrina poco después y volvió a la opinión expresada en 2008<sup>18</sup> (SsTC 31/2015, de 25 de febrero, y 138/2015, de 11 de junio), lo que supuso la «desactivación del referéndum consultivo» que contempla la Constitución en el artículo 92 CE (Barceló, 2015, p. 105).

Si el contenido del derecho a decidir coincide con el pronunciamiento de la Corte Suprema canadiense acerca de la secesión de Québec –Catalunya carece de un derecho de secesión unilateral, pero en caso de que la mayoría de los catalanes deseara la independencia y así lo manifestase indubitadamente en un referéndum los representantes políticos de Catalunya y España estarían obligados a negociar de buena fe un acuerdo que satisficiera a ambas partes–, entonces el encaje constitucional resulta más dudoso: no es que la Constitución prohíba dicha negociación, pero tampoco la regula expresamente. Utilizando la terminología empleada por Vilajosana, la permitiría «en sentido débil» (2020, p. 381). Planteado el asunto en estos términos, todo depende del sentido que se otorgue al principio democrático, pero de cualquier manera la obligación de negociar no presentaría un carácter jurídico, sino político. Y, una vez fuera del ámbito jurídico, la ponderación carecería de sentido o, mejor dicho, no sería necesaria. En el terreno de la política, la cuestión se resolvería mediante la negociación y, en ese campo, la clave reside en la voluntad de llegar a acuerdos. Cabría, incluso, que por la vía del diálogo se llegase a pactar la secesión de Catalunya, supuesto que hasta quienes conciben la secesión/autodeterminación como un derecho compensatorio (*remedial right*) admiten (Buchanan, 2013). Y es que, «allí donde hay voluntad (política), existe una vía (legal)» (Nicolaidis, 2014), puesto que la «voluntad de encontrar una solución, [conduce a que] ésta siempre sea conforme a Derecho» (Cagiao, 2015, p. 123). Pero, y aquí radica el quid de la cuestión, es imprescindible ese *animus* de alcanzar acuerdos, lo que implica una cesión mutua. Como esa voluntad política no existe, al menos en el lado del Estado central, y como las autoridades de ese Estado entienden que la Constitución de 1978 agota el principio democrático –una Constitución que, por

---

poderes constituidos (...). No caben actuaciones por otros cauces ni de las comunidades autónomas ni de cualquier otro órgano del Estado» (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4).

<sup>16</sup> Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya.

<sup>17</sup> Es por ello que determinados autores, entre los que destaca Mercè Barceló, fundamentaron en dicha sentencia un derecho a decidir, distinto al de autodeterminación, y articulado en dos momentos: en el primero se formularía la propuesta de modificación del orden territorial a través, por ejemplo, de un referéndum donde sólo votasen los ciudadanos de Catalunya, mientras que en el segundo se procedería a la realización efectiva de dicha propuesta. De acuerdo con el Tribunal Constitucional –en su jurisprudencia del 2014– ello requeriría necesariamente la apertura de una reforma constitucional, aunque, en opinión de Barceló, sería suficiente «una negociación de buena fe entre los poderes públicos implicados que podría concluir, con sus eventuales condiciones, en un potencial acto de secesión» (2015, p. 112).

<sup>18</sup> Quizá por ello la propia Barceló, en un artículo de 2016, ya no fundamenta el derecho a decidir en esa sentencia, sino que otorga mayor peso a la ponderación de principios constitucionales, tomando como referencia los procesos consultivos que tuvieron lugar en Canadá y Reino Unido.

otro lado, es excesivamente centralista<sup>19</sup> y que, además, el Tribunal Constitucional<sup>20</sup> y los principales partidos políticos interpretan de la manera más rígida posible—, todo aquello que no se contenga explícitamente en la norma —véase, la obligación de negociar de buena fe un acuerdo satisfactorio con los representantes de la ciudadanía catalana— parece imposible de alcanzar. Incluso, como se ha explicado, lo expresamente positivado no siempre se halla garantizado: según se dijo, el propio Tribunal Constitucional procedió a dejar sin efecto una institución tan inequívocamente constitucional como el referéndum consultivo para cuestiones territoriales (STC 103/2008).

Ahora bien, en ocasiones los partidarios del derecho a decidir parecen querer ampliar su contenido de manera que la distinción con el derecho de autodeterminación, tan subrayada anteriormente, se diluye. Ello sólo sirve, a mi juicio, para añadir confusión y restar solidez teórica a la construcción analizada. Vilajosana, por ejemplo, admite que el derecho a decidir presenta dos acepciones: «el derecho de los ciudadanos a ser consultados sobre su futuro político y el derecho a la autodeterminación» (2014, p. 6); igualmente, la definición del derecho a decidir que se toma como referencia en este artículo incluye expresamente la «posibilidad de constituir un estado independiente» como resultado del ejercicio del derecho a decidir (Barceló et al., 2015, p. 13). Más aún, pese a que el derecho de autodeterminación aparece ligado a los movimientos de descolonización en algunos trabajos sobre el derecho a decidir (López, 2011), también se reconoce la posibilidad de desvincularlo de su origen anti-colonial para aplicarlo a nuevos contextos democráticos (Vilajosana, 2014, p. 6): se hablaría así de un derecho de autodeterminación de tercera generación —«en el contexto de las democracias liberal-representativas cuyo sujeto serían las naciones sin estado»— y hasta de cuarta —«en el mismo contexto, el sujeto ya no tendría que ser necesariamente una nación»— (López, 2015, p. 28)<sup>21</sup>. Por consiguiente, si el derecho a decidir incluye la posibilidad de optar por la secesión y si el ejercicio de la autodeterminación no se asocia necesariamente a los procesos descolonizadores, parece que las únicas diferencias que presentan ambos residen en el sujeto titular (el pueblo o la nación en el caso del derecho de autodeterminación, con lo que se hablaría de un derecho colectivo, en contraposición al individuo, extremo que convierte al derecho a decidir en un derecho individual —de ejercicio colectivo,

<sup>19</sup> En este punto discrepo de la opinión de Barceló acerca de que «cualquier Estado, sea cual sea su organización territorial de base —federal, autonómica, regional—, es por definición unitario» y, por tanto, a toda Constitución le corresponde la misión principal de «preservar su existencia y, por lo tanto, su unidad» (2016, p. 374), con lo que sería suficiente realizar una interpretación constitucional flexible semejante a la efectuada en Canadá y el Reino Unido —también Estados unitarios— para permitir la celebración de referendos independentistas. Sin rechazar la necesidad de esa flexibilidad exegética, me parece justo reconocer que España diseñó una Constitución más centralista precisamente porque en ella se consagra la unidad indisoluble de la nación —no del Estado, extremo que Barceló confunde— española y se hace descansar sobre la misma todo el edificio constitucional, al que otorga fundamento. La Constitución del Reino Unido no se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación inglesa, patria común e indivisible de todos los ingleses, identificando los confines de la nación inglesa con las fronteras del Reino Unido o a los ingleses con todos los ciudadanos que ostenten pasaporte británico. Y tampoco la canadiense.

<sup>20</sup> En palabras de Clavero, «la Constitución territorial del Estado va a ser criatura más del Tribunal Constitucional que de la propia norma constituyente», un «proceso de (...) sustitución constitucional [que] arrancó mediante un procedimiento sospechoso» —un recurso interpuesto por senadores del PSOE, no frente a un estatuto de autonomía, sino para que el alto tribunal se pronunciase sobre unas disposiciones de la legislación de régimen local anteriores a la carta magna y que, por tanto, ya habían quedado derogadas con su entrada en vigor— «y una resolución discutible» —la STC 4/1981, de 2 de febrero, que entraba a determinar la relación de subordinación que ligaba a las comunidades autónomas con el Estado— (2019, p. 69).

<sup>21</sup> De acuerdo con López, «el derecho a la autodeterminación de primera generación (1918-1945) se centraría en el contexto de entre guerras y tendría como sujeto a los pueblos y naciones (en un sentido claramente étnico); el de segunda generación (1945-actualidad) se desarrollaría en un contexto de descolonización y tendría como sujeto a las colonias» (2015, p. 28).

eso sí<sup>22</sup>–) y, si acaso, la proscripción de la unilateralidad en supuestos de secesión. La similitud teórica entre estas figuras jurídicas aumentaría sustancialmente.

De cualquier modo, y desde un punto de vista estratégico, se entiende que se recurra al neologismo «derecho a decidir» para evitar que al proponente se le exija «un plus de argumentación y un punto de partida desventajoso que no hay buenas razones para aceptar» (Vilajosana, 2014, p. 5), teniendo en cuenta además que la doctrina internacional mayoritaria sigue vinculando autodeterminación y descolonización. Pero en ese caso, «derecho a decidir» debiera emplearse en la segunda acepción que propone Vilajosana (2014, p. 6).

Sea como fuere, en este artículo se prefiere que, ya se denomine «derecho de autodeterminación» o «derecho a decidir», el mismo se configure con los caracteres propios del primero, incluida su titularidad colectiva. Por otra parte, si se quiere defender la constitucionalidad del derecho a decidir, su contenido sólo podría incluir la celebración de una consulta no vinculante. Estimo necesaria su convocatoria, pero conviene advertir que con ello no se solucionaría el problema territorial completamente: a continuación, habría que implementar el resultado. Si esa implementación también se incorporase al contenido del derecho a decidir y la misma implicase la modificación del encaje territorial de Catalunya dentro de España o, incluso, la secesión, ya no podría defenderse el fundamento constitucional del derecho a decidir –el artículo 2 parece bastante más claro al prohibir la autodeterminación de las nacionalidades y, por supuesto, su secesión–.

#### 4. Acerca de la ponderación

Antes de finalizar, y al hilo de la propuesta de introducir el derecho a decidir en Catalunya a través de la ponderación de principios constitucionales, concretamente de los principios de unidad nacional (artículo 2) y soberanía del pueblo español (artículo 1.2) frente al principio democrático (artículo 1.1), quisiera exponer unas breves reflexiones.

Lo que plantea Vilajosana es una forma –entre otras posibles– de ponderar tales principios «razonable» (a su parecer) y «a la altura de lo que exige una democracia de calidad en el siglo XXI» (2020, p. 382). El resultado de este juicio ponderativo es el siguiente: «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» (2020, p. 385).

Estoy de acuerdo, pero estimo que para arribar a esta conclusión no es necesario hacer un viaje tan largo –el ponderativo–, recurriendo a un método argumentativo que, por un lado, es susceptible de generar rechazo en un amplio sector de la Academia –fundamentalmente, entre quienes se declaran iuspositivistas, críticos con la ponderación– y, por otro, dejaría la solución del contencioso catalán en manos de una estrategia bastante incierta como la de ponderar principios constitucionales. Porque, ¿en quién recaería la tarea de pesar dichos principios? Si el encargado fuese el actual Tribunal Constitucional, el resultado ponderativo

---

<sup>22</sup> No obstante, Vilajosana configura el derecho a decidir en la segunda acepción que propone como «un derecho colectivo cuyos titulares son los pueblos» (2015, p. 71). La similitud con el derecho de autodeterminación sería, en este caso, absoluta. Incluso es preciso advertir que existen algunos autores que caracterizan la autodeterminación como un derecho individual (Tamir, 1993b; Philpott, 1995), pese a que ésta no sea la opción seguida en este artículo.

seguramente sería muy distinto al que propone Vilajosana, y nada ventajoso para las pretensiones del nacionalismo catalán.

Por otro lado, en el supuesto de que coyunturalmente se hallase ese «tribunal» –sea un órgano judicial o político– ponderador que otorgase mayor peso al principio democrático que al unitario, la solución no sería más que transitoria, puesto que nada obstaría a que en el futuro otro «tribunal» –o, incluso, el mismo– ponderase de manera distinta. Y es que la solución a la que se arriba ponderando no es única, ni siquiera hay una sola ponderación «correcta».

En tercer lugar, para recurrir a la ponderación hay que considerar que no hay una norma que resuelva de manera inequívoca o aceptable el caso –de lo contrario se acudiría a la subsunción–. En el supuesto que nos ocupa, implicaría entender que el principio de unidad nacional, tal y como se recoge en el artículo 2 de la Constitución, no es absoluto y en ocasiones puede –y debe– ceder ante el principio democrático. Ahora bien, ello requeriría que el «tribunal» encargado de decidir sobre el caso no sostuviese un centralismo acérrimo –como ocurre con el Tribunal Constitucional actual, por ejemplo–. Pero, si se diese esa circunstancia, tampoco sería necesario recurrir a la ponderación: cabría, desde el punto de vista jurídico, proceder a la delegación de la competencia para convocar referendos en favor de las instituciones de la *Generalitat* (artículo 150.2) o, desde el punto de vista político, negociar un nuevo encaje territorial de Catalunya dentro del Estado. Sin olvidar la posibilidad, también jurídica, de modificar la Constitución, aunque la misma no fuese realmente viable –al menos, en el corto e, incluso, medio plazo– debido a los duros requisitos establecidos en el artículo 168, verdadero procedimiento diseñado para impedir, más que posibilitar, la reforma de la carta magna (Vega, 1985). Es más, en caso de que se llegase a ese alto grado de consenso exigido por el precepto, el primer acuerdo en ser materializado sería –casi con toda seguridad– la no utilización del mismo, ya fuere mediante el recurso doble al artículo 167<sup>23</sup> que han sugerido determinados autores<sup>24</sup> (Requejo Pagés, 1998; Laporta, 2004) o a través de alguna vía de hecho que forzase el marco constitucional y fuese tolerada a posteriori.

De cualquier modo, y pese a mi desacuerdo rotundo con el artículo 2 de la Constitución, no veo que su aplicación al caso catalán resulte dudosa: de las dos condiciones establecidas antes para recurrir a la ponderación –inexistencia de norma que resuelva de forma inequívoca o aceptable el supuesto–, únicamente creo que concurre la segunda. Si el derecho a decidir se entiende con un contenido amplio, es decir, en un sentido que ampare la secesión de Catalunya –cuestión distinta es que sólo se incluya en él la celebración de un referéndum consultivo–, la unidad de la Nación española, tal y como es concebida en la Constitución, se disolvería. Y, con ello, se atacaría el fundamento mismo de la carta magna. La ponderación que arrojarase ese resultado no sería conforme con la Constitución: quizá podría suponer una vía fáctica que sirviese para romper el corsé que la Constitución establece sobre el modelo territorial e, incluso, yo aplaudiría esta opción si resultase efectiva, puesto que ello significaría un avance positivo con respecto a la situación de bloqueo actual. Pero

<sup>23</sup> En cualquier caso, conviene tener en cuenta que, aunque se recurriese al procedimiento de reforma contenido en el artículo 167, lo más probable es que el resultado de la modificación no adoptase una forma plurinacional, dado que la mayoría decisoria seguiría reposando en los representantes políticos del pueblo español –las Cortes Generales– y, en última instancia, en el pueblo español –en caso de que se solicitase el referéndum potestativo–. Se trata de una situación que, a juicio de Norman, resulta poco equitativa porque la voluntad de la nación catalana, en este caso, no resultaría decisiva (2000): se produce así un déficit de acomodación o un reconocimiento insuficiente de las minorías nacionales.

<sup>24</sup> La opción consiste en reformar el artículo 168 a través del procedimiento establecido en el artículo 167, más liviano, sustrayendo de la protección del primero el contenido que se desee –los artículos 2 y 1.2, por ejemplo– y, a continuación, hacer nuevamente uso del artículo 167 para modificar dichos preceptos.

no considero que pueda afirmarse que la Constitución de 1978, adecuadamente ponderados sus principios, ya reconoce este derecho. Es más, me parece que debe denunciarse que no lo hace.

## 5. Conclusiones

Dado el cerrojo que supone el artículo 168 de la Constitución, así como el rechazo que suscita el derecho de autodeterminación en la mayoría de la doctrina y la clase política, la construcción teórica que entraña el derecho a decidir, ponderación mediante, puede parecer una opción estratégicamente interesante. Deslindando el derecho a decidir del derecho de autodeterminación –particularmente, de la posibilidad de secesión unilateral– y argumentando que ya se encuentra reconocido en la Constitución de 1978, se evita el farragoso trámite de la reforma constitucional que, tal y como se halla configurado, devendría ineficaz para lo pretendido: la resolución de la cuestión territorial. Ahora bien, la ponderación de principios constitucionales, para que sea útil a los efectos de abordar el problema territorial en España, no elude la necesidad de realizar una interpretación constitucional flexible que contradiga la que desde hace algunos años se ha impuesto en España y que incluye no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la mayoría parlamentaria y a un sector doctrinal mayoritario. Sin ese viraje exegético, que implica un cambio de mentalidad o de ideología, la ponderación no serviría de nada. Por consiguiente, seguiríamos más o menos en la casilla de salida.

Para solucionar el bloqueo en el que nos encontramos, resulta imprescindible, en cualquier caso, que en España un sector amplio tanto de la población como de la clase política, académica y judicial asuma que vive en un Estado que arrastra un déficit democrático serio. Tras convencerse de ello, el siguiente paso sería proceder a subsanar esa situación. Se trata de una cuestión de cultura política –o, quizá fuera más correcto decir, de falta de ella–, y no tanto de técnica jurídica. Porque –es necesario remarcarlo– los problemas de articulación territorial que aquejan a España deben ser situados en el ámbito de la política, no del derecho, para poder abordarlos de una forma adecuada: con medios políticos y no tanto jurídicos.

Por otro lado, desde la Academia –esto es, al margen de pretensiones partidistas o políticas, simplemente tratando de hacer «ciencia»– es preciso subrayar que el derecho a decidir equivale en gran medida al derecho de autodeterminación y que la Constitución española, no se diga ya la interpretación mayoritaria que se hace de la misma, prohíbe este derecho. Teniendo en cuenta lo anterior, una persona demócrata debiera propugnar la derogación del artículo 2 de la Constitución, en el mismo sentido en que resulta congruente con sus principios democráticos la abolición de la institución monárquica. Maquillar el terrible centralismo ínsito en nuestra carta magna no ayuda a realizar pedagogía democrática entre la población y tampoco parece una estrategia eficaz para lograr que las instituciones del Estado reconozcan la pluralidad interna de España y actúen en consecuencia.

## Bibliografía

- Anderson, B. (1993). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica.
- Barceló, M. (2015). Reconocimiento y construcción del derecho a decidir en el sistema constitucional español. En M. Barceló *et al.*, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (pp. 91-121). Barcelona, España: Atelier.
- Barceló, M. (2016). El derecho a decidir como instrumento constitucional para la

- canalización de problemas territoriales. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, 9, pp. 363-391.
- Barceló, M.; Corretja, M.; López, J.; González, A.; Vilajosana, J. M. (2015). *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, España: Atelier.
- Buchanan, A. (2013). Prólogo a la edición española. ¿Tiene Cataluña derecho a la secesión? En A. Buchanan, *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político* (pp. 11-21). Barcelona, España: Ariel.
- Cagiao, J. (2015). El federalismo ante la consulta catalana. Una lectura federal del derecho a decidir. En J. Cagiao y V. Martín (dirs.), *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán* (pp. 77-128). París, Francia: Le Manuscrit.
- Clavero, B. (2019). *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*. Barcelona, España: Ediciones de Pasado y Presente.
- Farrell, M.D. (1995). ¿Hay derechos comunitarios? *Doxa*, 17-18, pp. 69-94.
- IEA (2013). *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. Barcelona, España: IEA.
- Laporta, F. (2004). Las dos vías para la reforma de la Constitución. *Claves de Razón Práctica*, 145, pp. 14-23.
- López, J. (2011). From the right to self-determination to the right to decide: A possible paradigm shift in the struggle for the rights of stateless nations. *Quaderns de Recerca*, 4, pp. 19-35.
- López, J. (2015). El derecho a decidir: el principio democrático en el siglo XXI. En M. Barceló et al., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (pp. 19-40). Barcelona, España: Atelier.
- Nicolaidis, K. (2014). Scotland and the EU: Comment. *Verfassungsblog*, 9 de septiembre. Recuperado de: <https://verfassungsblog.de/scotland-eu-comment-kalypso-nicolaidis-2/>.
- Norman, W. (2000). Secesió i democràcia (constitucional). *Diàlegs: revista d'estudis polítics i socials*, 3(8), pp. 7-29.
- Obieta, J.A. de (1985). *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Madrid, España: Tecnos.
- Payero, L. (2014). *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis crítico del marco constitucional español desde la Filosofía jurídico-política* (Tesis doctoral, Universidad de Oviedo).
- Payero, L. (2015). El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32, pp. 93-110.
- Peces-Barba, G. (23 noviembre, 2010). Los nacionalismos en España. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/diario/2010/11/23/opinion/1290466804\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/11/23/opinion/1290466804_850215.html).
- Pérez Luño, A.E. (2001). Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. En F.J. Ansuátegui (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos* (pp. 259-269). Madrid, España: Dykinson.
- Pérez Royo, J. (2011). La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico. *Revista catalana de dret públic*, 43, pp. 121-149.
- Pérez Royo, J. (2018). Anexo. ¿Reforma constitucional o periodo constituyente? En A. Losada y J. Pérez Royo, *Constitución: la reforma inevitable. Monarquía, plurinacionalidad y otras batallas* (pp. 211-286). Barcelona, España: Roca Editorial.
- Philpott, D. (1995). In Defense of Self-Determination. *Ethics*, 105(2), pp. 352-385.
- Réaume, D. (1988). Individuals, Groups, and Rights to Public Goods. *The University of Toronto Law Journal*, 38(1), pp. 1-27.
- Requejo Pagés, J.L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Ridao, J. (2014). La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional". *UNED. Revista de Derecho Político*, 91, pp. 91-136.
- Tajadura, J. (2013). El «derecho a decidir», el Estado de Derecho y la democracia. *Cuadernos de Alzate*, 46-47, pp. 231-242.
- Tamir, Y. (1993a). *Liberal Nationalism*. Princeton, USA: Princeton University Press.
- Tamir, Y. (1993b). The Right to National Self-Determination as an Individual Right. *History of European Ideas*, 16(4-6), pp. 899-905.
- Vega, P. de (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, España: Tecnos.
- Vilajosana, J.M. (2014). Principio democrático y justificación constitucional del derecho a decidir. *REAF*, 19, pp. 1-27.
- Vilajosana, J.M. (2015). Ponderación de principios jurídicos y derecho a decidir. En M. Barceló et al., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (pp. 67-90). Barcelona, España: Atelier.
- Vilajosana, J.M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.

# De la objeción contramayoritaria a la paradoja del *demos*. Crítica al derecho a decidir según Josep Maria Vilajosana\*

## From the countermajoritarian objection to the paradox of the *demos*. The right to decide according to Josep Maria Vilajosana

Luis Rodríguez Abascal  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-7058-2411  
[luis.rodriguez@uam.es](mailto:luis.rodriguez@uam.es)

Cita recomendada:

Rodríguez Abascal, L. (2020). De la objeción contramayoritaria a la paradoja del *demos*. Crítica al derecho a decidir según Josep Maria Vilajosana. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 521-544.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5728>

Recibido / received: 17/09/2020

### Resumen

En este artículo el autor reflexiona críticamente sobre el artículo de Josep Maria Vilajosana, «Democracia y derecho a decidir», publicado en el número anterior de la revista, y más en general, sobre las razones a favor de la secesión de Cataluña y otras democracias contemporáneas. La tesis central del artículo es que el derecho a decidir, tal y como lo entienden Vilajosana y un sector del independentismo catalán, es conceptualmente confuso, la fundamentación que han ofrecido sus proponentes no lo justifican adecuadamente y lleva a consecuencias no deseables.

### Palabras clave

Vilajosana, Cataluña, secesión, derecho a decidir, autodeterminación, paradoja del *demos*.

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos*, DER2015-69217-C2-1-R.

**Abstract**

*In this article, the author critically examines Josep Maria Vilajosana's piece «Democracy and the Right to Decide», published in this journal's previous issue. More generally, this article explores the reasons in favor of secession as to applied to Catalonia and other contemporary democracies. The central thesis of this article holds that the right to decide, as understood by Vilajosana and part of the Catalan secessionist movement, is conceptually confusing, that the grounds put forward by its defenders, including Vilajosana, cannot sustain it properly, and its exercise would lead to undesirable consequences.*

**Keywords**

*Vilajosana, Catalonia, secession, right to decide, self-determination, demos paradox.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La objeción contramayoritaria. 3. Problemas conceptuales del derecho a decidir. 4. Los argumentos de los planes de vida garantizados y del Kant egoísta. 5. El argumento del principio de clausura y el permiso débil. 6. El argumento democrático a partir de la paradoja del demos: la seriedad de Tabarnia. 7. Problemas de la justificación procedimental pura. 8. Las razones y las consecuencias de la secesión importan. 9. Razones a favor de una rigidez razonable de las fronteras. 10. Cuándo y cómo tolerar secesiones justificadas por malas razones.

Nos volvemos hacia la filosofía política cuando nuestros comunes acuerdos [...] se quiebran, y también cuando nos sentimos nosotros mismos desgarrados.  
(John Rawls, *El liberalismo político*, pág.75)

Ya es gol; me paro con la pelota debajo de mi pie izquierdo, la aguanto y no la empujo. ¿Y qué? ¿Es gol o no es gol? Si me obligan, es gol; pero si yo tomo la decisión es gol para mí, aunque no suba al marcador. No acepto las reglas que me digan cuando es gol... Yo soy la regla que decide. Yo soy el gol (...) Y no soy diferente si la pelota entra o no entra.  
(Jorge Eines y José Ramón Fernández, *El Trinche: el mejor futbolista del mundo*)

**1. Introducción**

Este trabajo responde a la amable invitación del director de *Eunomía*, José María Sauca, a que reflexione sobre el artículo aparecido en el último número de la revista, «Democracia y derecho a decidir», de Josep Maria Vilajosana, un compañero al que aprecio en lo personal y con el que tengo muchas cosas importantes en común en lo político y en lo académico. En mi exposición haré lo posible por incorporar a la conversación a otros amigos y compañeros académicos catalanes que han escrito sobre esto mismo o sobre temas relacionados. Espero que sepan disculparme los que queden en el tintero o los que piensen que han aportado más ideas de las que haya sabido traer aquí.

En su artículo, Vilajosana ofrece una defensa del derecho a decidir, al que considera legítimo y legal. Tal y como él mismo indica, esas son ideas que podrían afirmarse de forma independiente, si bien su argumento jurídico se basa en gran medida de la posibilidad de vincularlas al interpretar el derecho. En adelante voy a centrar mi atención en lo primero, la legitimidad del derecho a decidir, aunque antes le dedicaré unas páginas a revisar la tesis que atribuye un papel decisivo o principal a la sentencia sobre el nuevo Estatuto de autonomía en el auge del independentismo en Cataluña y a exponer los problemas conceptuales que a mi juicio surgen de la formulación de Vilajosana de ese derecho. A pesar de mi aprecio por toda su obra académica, de la que he aprendido mucho, en esta ocasión tengo un desacuerdo prácticamente completo con él. A mi juicio su defensa del derecho a decidir tiene todos

los defectos de las concepciones plebiscitarias, electivas, asociativas o libertarias – como prefiera llamárselas– del derecho de autodeterminación, que lo hacen inevitablemente insatisfactorio.

No diré nada específico sobre la tesis de la legalidad del derecho a decidir, salvo que también estoy en desacuerdo con ella: incluso en sus propios términos, depende de poder justificar moralmente el derecho a decidir. En mi opinión, tal cosa no es posible. En este trabajo defenderé precisamente que no hay un derecho moral a decidir las fronteras políticas con las características que describe Vilajosana.

No obstante, a pesar de mi desacuerdo, me parece muy valioso que Vilajosana defienda el derecho a decidir con argumentos no nacionalistas. Solo en una ocasión, hacia el final del trabajo, se deja tentar por la justificación nacionalista, cuando dice que la democracia exige que la mayoría no domine sobre «una minoría con contornos territoriales definidos y con lengua y cultura e instituciones propias» (Vilajosana, 2020, p. 387). Esa ha sido precisamente la defensa última o subyacente de la secesión de otros filósofos políticos catalanes, tal y como ellos mismos han dicho expresamente, aunque la hayan reforzado con otros argumentos (por ejemplo, Vergés, 2013, p. 199; Torbisco, 2016, p. 51). En mis trabajos anteriores sobre esta cuestión (2000, 2004 y 2008) he sostenido que el nacionalismo es incompatible con la mejor democracia, la que se toma en serio el principio de igual consideración y respeto, o dicho con el vocabulario de la filosofía política contemporánea angloamericana, el nacionalismo es incompatible con el liberalismo político, en contra de lo que han venido sosteniendo Neil MacCormick, Yael Tamir, Will Kymlicka, Margaret Moore, Margaret Canovan, Joseph Raz, Avishai Margalit, David Miller y muchos otros partidarios del nacionalismo liberal. No es este el lugar oportuno para repetir el fundamento de esa tesis. Descartada la opción nacionalista, si la defensa del derecho a decidir tiene alguna posibilidad de prosperar debe estar fundamentada en razones no nacionalistas. Eso es precisamente lo que proporciona Josep Maria Vilajosana en el resto de su trabajo, la parte central y abrumadoramente mayoritaria de su propuesta. Pasemos pues a su análisis.

## 2. La objeción contramayoritaria

La defensa del derecho a decidir no nacionalista de Vilajosana comienza con la objeción contramayoritaria. En su opinión, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que se declaran inconstitucionales o se restringe la interpretación de algunos artículos, espoleó justificadamente el independentismo de la ciudadanía catalana, que en justa reacción decidió reivindicar el derecho a decidir para llegar a la independencia.

Los constitucionalistas y los filósofos del derecho sabemos que a cualquier sentencia de cualquier tribunal constitucional puede oponérsele la objeción contramayoritaria o democrática al control judicial de constitucionalidad. ¿Con qué legitimidad democrática puede prevalecer la voluntad de unos jueces que no han sido elegidos democráticamente sobre la voluntad del pueblo o de sus representantes?<sup>2</sup> En Cataluña, para algunos la objeción contra la sentencia sobre la reforma del estatuto de autonomía no solo fue contramayoritaria sino además nacionalista: ¿cómo se atreve un tribunal no catalán, constituido en su mayoría por jueces no catalanes, llevarle la contraria al pueblo de Cataluña? ¿Con qué legitimidad?

---

<sup>2</sup> Para una exposición de los debates sobre constitucionalismo y democracia véase, por todos, Ruiz Miguel (2004), Bayón (2004) y Moreso (2009).

No es este el momento de reflexionar sobre si la objeción contramayoritaria al control judicial de la ley es correcta en algún sentido. Lo único que deseo señalar ahora es que ese debate es muy importante para decidir el diseño de nuevas instituciones o la reforma de las actuales, pero no sirve de nada para valorar la actuación de instituciones que ya están diseñadas y ya han actuado según las normas que nos hemos dado entre todos. La objeción contramayoritaria en el sistema jurídico español no justifica reacciones independentistas como las que se han producido. Fuimos muchos, catalanes y no catalanes, los que nos escandalizamos de la decisión de quien había interpuesto un recurso constitucional contra el nuevo Estatuto, el Partido Popular, de bloquear la renovación de los miembros del tribunal mientras se resolvía el recurso, y de la decisión del mismo partido político de propiciar la aprobación de otros estatutos de autonomía con cláusulas similares a las recurridas. Esos y otros acontecimientos de aquellos años justificaban, sin duda, reacciones políticas de crítica y rechazo, pero de ahí a confundir a ese partido político con en conjunto de los españoles y justificar la afirmación del derecho a levantar una frontera alrededor de Cataluña va mucho trecho. Por otro lado, después de haber recordado los agravios del PP contra el reformado Estatuto de Cataluña, no está de más traer aquí también el oportuno recordatorio de Pau Luque de que el expresidente de Cataluña, «Artur Más (2010-2015), gobernó con el apoyo del PP hasta el día anterior a hacerse públicamente independentista» (Luque, 2018, p. 65).

En cuanto al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, podemos discrepar en algunos detalles de su motivación o de su fallo, pero esas discrepancias no serán muy diferentes de las que tenemos sobre las demás sentencias que emite el Tribunal Constitucional. Además, habida cuenta de la técnica de interpretación conforme con la Constitución utilizada por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la mayoría de los artículos que presentaban problemas de inconstitucionalidad en lugar de declararlos nulos, los demás estatutos con artículos similares han quedado afectados por esas interpretaciones.

Si la sentencia sobre la reforma del Estatuto no justifica el secesionismo que vino luego, tampoco lo explica del todo bien causalmente. El profesor catalán de la Universidad Pompeu Fabra, Félix Ovejero, ha explicado así por qué en su opinión no es correcto el mantra según el cual «la sentencia colmó el vaso»:

[...] en 2006, sólo un 6% de los catalanes quería reformar el Estatuto [...] éste apenas recibió el refrendo –sobre el censo– de un 35% de los catalanes [...] y la gota tardó en colmar el vaso: en las elecciones que siguieron a la sentencia del Estatuto el independentismo explícito no sólo no aumentó, sino que pasó del 16,59% al 7% del voto total. Sencillamente, es falso que hubiera reacción a una aspiración: ni había aspiración ni hubo reacción (Ovejero, 2016, p. 217).

Varios estudios de ciencia política (entre otros, los de Jeffery Miley y Enric Martínez Herrera, Sandra Bermúdez y Guillermo Cordero o Juan Rodríguez y Astrid Barrio) refuerzan la tesis de Ovejero y aportan datos y razones para creer que el movimiento independentista se ha generado desde arriba hacia abajo. Hace ya mucho tiempo que las élites políticas catalanas vienen manteniendo posturas relativamente discordantes con las de su electorado en lo relativo a la identidad y la independencia de Cataluña, posiciones más nacionalistas y secesionistas que las de sus votantes<sup>3</sup>. En 1999, el 68% de los representantes de CiU –para los lectores ajenos a la política española, CiU fue el partido que gobernó Cataluña durante un cuarto de siglo– se declaraban solo catalanes, por solo el 18% de sus votantes. En cuanto al PSC, en 1999, el 5% de sus parlamentarios se consideraban solo catalanes, aunque el 70% consideraba a Cataluña una nación, frente al 26% de sus votantes. En 2006,

<sup>3</sup> Aquí y en adelante, sigo la recolección de estudios sobre esta cuestión de Arza y Mari-Klose (2014).

solo un 36% de los catalanes valoraba positivamente que el Estatuto dijese que Cataluña es una nación. Por tanto, «los datos no avalan la idea de que los políticos hayan ido a remolque de una ciudadanía radicalizada, sino más bien lo contrario (*Ibid.*)». La hipótesis alternativa a la tesis de que la «sentencia sobre el Estatuto colmó el vaso», desde los datos que aporta la ciencia política, dice que «la clave del cambio que se produce en la política catalana hay que buscarla en las nuevas dinámicas de competición interpartidista que se plantean a partir de 1999, cuando el PSC empieza a disputarle a CiU la hegemonía política y consigue “abrir” un sistema de partidos que hasta entonces se había mostrado hermético a la alternancia» (Arza y Mari-Klose, 2014, p. 41, presentando la tesis de Juan Rodríguez y Astrid Barrio).

Por otra parte, estoy seguro de que a Josep Maria Vilajosana no se le escapa que entre 2008 y 2014, precisamente los años de auge del independentismo en Cataluña, hemos vivido la crisis económica más grave de la historia reciente de España, cuyas secuelas todavía arrastramos. El Gobierno de CiU, conservador en lo económico, aplicó una celosa política de austeridad que provocó fuertes protestas sociales, hasta el punto de que para votar el último paquete de recortes el entonces presidente de Cataluña, Artur Mas, tuvo que acceder en helicóptero al Parlamento de Cataluña, rodeado por manifestantes que trataban de impedirlo. Su gobierno reprimió con cargas de la policía autonómica una manifestación de «indignados» en la Plaza de Cataluña de Barcelona, con el saldo de 121 heridos, entre ellos 37 policías. Esas protestas sociales cesaron mágicamente cuando CiU giró hacia el independentismo, identificó a un enemigo exterior, el resto de España, y apuntó con el dedo hacia un horizonte esperanzador de independencia política y bonanza económica. «España nos roba», decían los líderes políticos catalanistas. «España es un lastre. Cuando seamos independientes seremos la Dinamarca del sur de Europa», aseguraban.

En otro orden de cosas, puede que alguna influencia haya tenido también en el golpe de timón de CiU, en su salto del *seny* autonómico a la *rauxa* independentista, el hecho de que se abriese un proceso judicial contra Jordi Pujol, presidente de CiU y de Cataluña durante 23 años, y contra su esposa e hijos, acusados de ser una organización criminal o asociación ilícita, blanquear capitales, de haber cometido delitos contra la Hacienda Pública y de falsedad documental. Además del de los Pujol, hay en la actualidad procesos judiciales abiertos contra una interminable sucesión de cargos políticos nombrados por CiU acusados de utilizar su posición en las instituciones políticas catalanas para enriquecerse personalmente y financiar ilegalmente a su partido, que además involucran a sus familiares y a empresarios catalanes importantes y a sus fortunas acumuladas en Andorra, Suiza y otros paraísos fiscales. En 2014, Jordi Pujol amenazó públicamente a propios y extraños en su comparecencia ante una comisión del Parlamento de Cataluña: «si se toca una rama del árbol caerán todas». Quizás esa amenaza tuviese también algún papel motivador en el giro de al menos una parte de las élites políticas de su partido hacia el independentismo. Todo eso es de sobra conocido entre nosotros, pero quizás el lector de otras latitudes agradezca la exposición de algunos de estos datos sobreentendidos en el trabajo de Vilajosana.

Tampoco hace falta recordar que en 2014 se celebró en Escocia un referéndum sobre la secesión del Reino Unido que quizás algo también contribuyese a animar la causa independentista catalana.

El constitucionalista catalán Francesc de Carreras seguramente tenga mucha razón cuando dice que la sentencia sobre la reforma del Estatuto de Autonomía es «la sentencia que nadie leyó». A las pocas horas de conocerse el fallo, pero no su contenido, el presidente Montilla convocó una manifestación que fue multitudinaria. La sentencia se publicó el 9 de julio de 2010, el día antes de la manifestación, cuando

ya estaba todo preparado para celebrarla. De Carreras concluye: «Ahí empezó todo, pero no fue la causa de todo. Las causas estaban en la política de construcción nacional que empezó en 1980, en el lema "España nos roba" de unos años antes y en el malestar social que provocó la crisis de 2008» (De Carreras, 2020).

No es necesario decir que resulta muy difícil establecer relaciones causales en las ciencias sociales. Quizás no haya acertado en algunas de las que he sugerido más arriba. Si así hubiera sido, no afectaría demasiado a la idea que trato de defender: a la explicación causal de Josep Maria Vilajosana del auge del independentismo en Cataluña centrada exclusivamente en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía, explicación que tantas personas han repetido tantas veces en tantos foros a lo largo de estos años, quizás cabría añadirle algo más de complejidad e introducir la responsabilidad de la clase política catalana, la que ha remado hacia la secesión y la que ha dejado hacer. Creo que seguramente de ese modo se ajustaría más a la realidad y perdería la muy escasa fuerza justificadora que pudiera tener.

### 3. Problemas conceptuales del derecho a decidir

Vilajosana define de este modo el derecho a decidir: «El derecho de una 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 constitucional fundamentales de dicha comunidad incluida la posibilidad de construir un estado independiente» (2020, p. 381).

A esa definición, Vilajosana le añade tres características que en su opinión lo distinguen del derecho de autodeterminación. Vilajosana aquí sigue acriticamente un profesor de ciencia política, Jaume López, que a mi juicio comete errores graves (López, 2011):

- a) el derecho a decidir es individual, aunque se ejerza colectivamente, mientras que el derecho de autodeterminación es colectivo, sus titulares son los pueblos;
- b) El derecho a decidir se ejerce celebrando una consulta, mientras que el de autodeterminación se ejerce mediante una declaración unilateral de independencia;
- c) La legalidad de referencia del derecho a decidir es el sistema jurídico estatal, mientras que la del derecho de autodeterminación es el sistema jurídico internacional.

A continuación voy a presentar objeciones a prácticamente todos los detalles esa caracterización, que me parece insostenible.

- i) Genera un conflicto irresoluble de derechos a decidir. El sujeto del derecho a decidir así definido es tan extraordinariamente amplio que equivale a una declaración de anarquismo asociativo. Obsérvese que reconoce el derecho de toda «comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada», es decir, que también reconoce entonces el derecho de España a decidir, de modo que habría al menos dos derechos a decidir en conflicto, el de España y el de Cataluña, aunque salta a la vista que en realidad el número potencial de conflictos irresolubles tiende al infinito. El argumento democrático (igual que le pasa a los argumentos nacionalistas) crea un problema que no tiene la capacidad de solucionar. No se ve por qué sería más democrático que la

decisión se adopte en el nivel superior o en el inferior, si en ambos casos el procedimiento sería idéntico y la justificación –el respeto por la autonomía de las personas– sería igualmente aplicable.

- ii) En el nombre de la democracia, da la posibilidad de que lo ejerza una minoría de los votantes. La vaguedad con la que está definido el derecho permite que la decisión se adopte por cualquier «procedimiento» democrático. En el otoño de 2017, una mayoría de diputados autonómicos que representaba a una minoría –aproximadamente el 48%– de quienes participaron en aquellas elecciones parlamentarias, que los secesionistas habían planteado como si fuesen plebiscitarias, votó a favor de la independencia de Cataluña. Sin duda, ese es un tipo de procedimiento democrático, pero que lo sea no justifica suficientemente esa decisión moralmente. Esa minoría de diputados dijo estar obedeciendo un mandato que en su opinión se derivaba del recuento de votos en un referéndum que había tenido una participación muy baja, de menos de 50% de los convocados a las urnas. Una vez más, ese es un tipo de procedimiento democrático, pero tampoco tiene la capacidad de justificar moralmente una secesión.
- iii) El contenido del derecho tal y como lo defiende Vilajosana es ambiguo. En su definición, Vilajosana dice que el derecho a decidir es un derecho a «expresar y realizar [...] la voluntad de redefinir el estatus político [...] incluida la posibilidad de construir un estado independiente». Por tanto, no es meramente una especificación de los derechos de participación política y de libertad de expresión, los derechos a participar en la formación de la opinión pública y a orientar, condicionar o presionar la acción de gobierno con nuestros actos y con nuestras palabras. «Expresar y *realizar*» indica el derecho a llevar a cabo lo decidido votando. Sin embargo, a lo largo de su artículo, Vilajosana no siempre es coherente con ese concepto del derecho a decidir. En otros pasajes parece que lo considera un derecho a ser consultado, a participar en un referéndum puramente testimonial. Por ejemplo, cuando titula el epígrafe 4 «Derecho a decidir como derecho de la ciudadanía *a ser consultada* sobre su futuro político (la cursiva es mía)». O cuando escribe: «[...] no alcanzo a comprender cómo *el hecho de celebrar* un referéndum por sí solo destruye la unidad territorial (Vilajosana, 2020: 381, la cursiva es mía)». En realidad, ese ir y venir entre los dos posibles contenidos del derecho a decidir, el consultivo y el vinculante, o dicho de otro modo un poco más técnico, hohfeldiano, y creo que también más iluminador, entre la afirmación de las posiciones jurídicas de pretensión y de libertad –en el sentido consultivo–, por un lado, y de un poder y una inmunidad –en el sentido vinculante–, por otro, es frecuente también en la política a pie de calle entre los líderes independentistas, que se han cansado de repetir «solo queremos votar» cuando parece claro que lo que quieren, literalmente, es «decidir mediante el voto», es decir, que quieren y dicen tener derecho a que lo votado, lo decidido, se lleve a efecto.
- iv) El derecho a decidir así entendido es un derecho de autodeterminación incondicional y de anarquismo asociativo. Si rompemos la ambigüedad y entendemos que se trata del derecho a «expresar y realizar» la voluntad de cambiar el marco político, incluida la posibilidad de independizarse, entonces no hay ninguna diferencia con el derecho de autodeterminación, al contrario de lo que sostienen López y Vilajosana. Bueno, en realidad sí hay dos diferencias, pero no las que señalan esos dos académicos: la ausencia absoluta de condiciones de aplicación y la indefinición del sujeto que ya se ha señalado más arriba, que amplían el campo de aplicación del derecho de autodeterminación enormemente respecto del reconocido en el derecho

internacional. Podríamos decir, si se me permite la metáfora, que el derecho a decidir es un derecho de autodeterminación en esteroides.

- v) Afirmar que el derecho de autodeterminación *solo* se ejerce mediante una declaración unilateral de independencia y nunca mediante un referéndum es un error jurídico e histórico. Solo es necesario un contraejemplo: el último referéndum de autodeterminación reconocido así por la comunidad internacional, que desembocó en la independencia de un nuevo país, se produjo en Sudán del Sur auspiciado por las Naciones Unidas en 2011.
- vi) No hay diferencia respecto de los ordenamientos jurídicos de referencia entre el derecho a decidir y el derecho de autodeterminación. Para ambos derechos «la legalidad» de referencia jurídica es doble: la estatal y la internacional. Veamos un ejemplo relativo al derecho de autodeterminación que Vilajosana valora positivamente en su artículo: el gobierno de Canadá le preguntó a su Tribunal Supremo si Quebec tiene derecho a la autodeterminación según el derecho canadiense y *también* según el derecho internacional, no dejó ninguno de los dos ámbitos fuera de la pregunta. El tribunal tampoco desestimó ninguna de las dos preguntas por impertinentes. Por supuesto, para el derecho a «expresar y realizar» la secesión, el reconocimiento internacional será el último paso de consolidación de la independencia. Si se ejerciese vulnerando el derecho internacional, tendría más difícil su reconocimiento. Decir que el derecho internacional no es uno de sus marcos de referencia jurídica relevantes resulta muy extraño. Quizá lo que esté ocurriendo aquí es que Vilajosana esté pensando solo en el derecho a «expresar» las preferencias mediante un referéndum consultivo. En ese caso, quizás el marco de referencia principal sea el derecho estatal, es cierto, aunque tendrá que admitir que el derecho internacional sería un marco de referencia secundario, que pasa desapercibido solo porque no regula la legalidad de los referendos en el nivel estatal. Si la regulase, Vilajosana lo estaría invocando a su favor y pasaría a ser un marco de referencia en primer plano. Eso nos dice que el derecho internacional no es irrelevante tampoco para el derecho a decidir entendido de ese otro modo.
- vii) La autodeterminación justificada moralmente también es un derecho individual de ejercicio colectivo: Tampoco me parece que la idea de que el derecho a decidir es un derecho individual de ejercicio colectivo sea una diferencia con el derecho de autodeterminación moralmente justificado. Esta no es una opinión que expongo ahora por primera vez al hilo de la lectura del artículo de Vilajosana. Hace veinte años escribí lo siguiente a este respecto:

Hay situaciones en las que es posible ofrecer buenas razones para defender el derecho a un referéndum de autodeterminación, es decir, un referéndum por el que una parte de la población decida si desea establecer un nuevo marco institucional para su vida política. Ese derecho tendrá las siguientes características: (i) *es un derecho individual que requiere un ejercicio colectivo*; (ii) surge cuando se está produciendo una vulneración grave de derechos básicos y el cambio de fronteras políticas de la comunidad política es una solución adecuada para poner fin a esa vulneración; (iii) su justificación instrumental delimita el contorno del grupo de personas al que el derecho es aplicable, es el único criterio para identificar a los titulares del derecho (Rodríguez Abascal, 2000, pp. 440-441).

La justificación moral del derecho de autodeterminación, cuando esa medida es la última ratio y la secesión es un remedio eficaz y proporcional a una vulneración grave y masiva de derechos, es la misma que han sostenido Anthony Birch (1984), Allen Buchanan (1991), Lea Brilmayer (1991) y Wayne Norman (1998), entre otros. De mi propio cuño era que los implicados o

potenciales beneficiarios de esa medida tuvieran derecho no solo a la autodeterminación, sino a un referéndum, y que ese derecho a un referéndum sea un derecho individual de ejercicio colectivo. Sigo considerando hoy que la celebración de un referéndum es una garantía para los supuestos beneficiarios de la medida, que podrían preferir luchar contra la vulneración grave y generalizada de los derechos humanos junto con los compatriotas que no la sufren y arrostrar el coste de sufrimiento que les supusiera esa lucha antes que levantar una frontera entre ellos. Por tanto, el derecho a un referéndum de autodeterminación en las secesiones justas impide la proclamación de la independencia decidida desde las oficinas de un organismo internacional o por uno de sus líderes políticos asomado a un balcón sin contar con el grupo cuyo nombre se invoca. En ese sentido, creo que tiene razón José Luis Martí, con los matices y ajustes que sean necesarios sobre los detalles, cuando defiende que se tiene derecho a un referéndum para decidir las cuestiones más importantes de naturaleza constitucional (Martí, 2016). Por supuesto, para que surja ese derecho, la consulta tiene que ser materialmente posible. Debe implicar que si la minoría está siendo bombardeada vale más que la ONU declare la independencia desde y más adelante la población la ratifique mediante un referéndum.

#### 4. Los argumentos de los planes de vida garantizados y del Kant egoísta

Vilajosana sostiene que el derecho a decidir es una exigencia del respeto por la autonomía de los independentistas. Lo razona con dos explicaciones que bifurcan esa exigencia de respeto por la autonomía en dos justificaciones distintas. Por un lado, sostiene que: «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» (Vilajosana, 2020, p. 388). Por otro, afirma que el derecho a decidir es una exigencia del principio kantiano de la inviolabilidad de la persona, que según Vilajosana «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».

Las dos ideas, además de contener concepciones de la autonomía muy distintas, me parecen difícilmente sostenibles. Llamémoslas el argumento de la defensa de los planes de vida de sectores amplios de la población y el egoísmo.

Cualquiera que sea el mérito del primer argumento, no puede servir para justificar ningún derecho a decidir levantar una frontera alrededor de Cataluña, porque exactamente el mismo argumento otorgaría también al también amplio sector de catalanes unionistas un derecho a mantener la unidad de España. ¿Acaso sus planes de vida no son tan dignos de respeto como los de los secesionistas? Una vez más, la tesis de Vilajosana produce un conflicto de derechos idénticos en el que no repara y para el que no parece haber solución.

Obsérvese que Vilajosana no limita ese principio a la cuestión del trazado de fronteras políticas. Lo enuncia de un modo muy amplio, con la forma de un principio universal. Pues bien, si lo aplicamos a otros asuntos, también es insostenible. Cada vez que se formase un grupo amplio de opinión sobre cualquier asunto importante para sus planes de vida, el respeto por la autonomía de esas personas, según Vilajosana, haría surgir un derecho a que se cumpliesen sus deseos, por ejemplo, el derecho a que gobierne siempre su partido político; el derecho a sentirse queridos; el derecho a tener amigos y relaciones sexuales satisfactorias con las personas por las que se sientan atraídas; el derecho a tener un ocio subjetivamente satisfactorio, etc.

Por supuesto, no hay tales derechos. Todos esos son bienes valiosos para llevar una vida buena, fundamentales para cualquier plan de vida: los valores morales y políticos propios, el amor, la amistad, el sexo, el ocio... Sin embargo, ningún gobierno en ninguna democracia tiene la obligación de garantizar su satisfacción ni ningún ciudadano tiene derecho a exigirla.

Por otra parte, nada de eso tiene que ver con el principio kantiano de la inviolabilidad de la persona. Mucho me temo que Vilajosana ha confundido a la segunda formulación del imperativo categórico con el egoísmo. Por un lado, conviene tener presente, tal y como señaló Rawls, que «[c]ualquier interés es un interés de un yo (agente), pero no cualquier interés va en beneficio del yo que lo tiene» (Rawls, 1993, p. 81). Por otra, hay que hacer hincapié en que el beneficio propio no es la vara de medir del principio kantiano del fin en sí mismo. Ese no es un modo correcto de entenderlo. Si lo fuera, entonces tendría razón Robert Nozick al invocarlo para sostener que los impuestos redistributivos lo vulneran, que usan a los ricos como medios para beneficiar a los pobres y, por lo tanto, que son un robo, pero no la tiene –por razones en las que ahora no me puedo detener– (Nozick, 1973). Esa es exactamente la invocación que hace Vilajosana cuando dice que no se pueden imponer a las personas contra su propia voluntad sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio. Por lo que lo conozco, quiero creer que no es esa la implicación deseada por Vilajosana. Sin embargo, es lo que se deriva de su forma, a mi juicio errónea, de explicar ese principio kantiano.

Por último, dejando a un lado la cuestión de si cabe entender a Kant de ese modo, Vilajosana con su formulación egoísta vuelve a producir una justificación que también generaría derechos en toda España, pues claramente la secesión, a los catalanes que no desean marcharse y a quienes se quedan en el resto de España, les impone «contra su propia voluntad sacrificios y privaciones que no redundan en su propio beneficio». Neus Torbisco, partidaria de la secesión de Cataluña, aunque crítica con algunas formas de defenderla, ya advirtió, a mi juicio con acierto, que las defensas que ella denomina «puramente libertarias» de ese derecho, basadas exclusivamente en el interés propio, no son satisfactorias porque no tienen en cuenta los efectos potenciales hacia terceros (Torbisco, 2016, p. 51).

## 5. El argumento del principio de clausura y el permiso débil

Vilajosana sostiene que la Constitución española de 1978 «permite, al menos en sentido débil, realizar una consulta a la ciudadanía de Cataluña sobre su futuro político» (Vilajosana, 2020, p. 381). Entiende, con Von Wright, que hay un permiso débil en un sistema jurídico cuando no hay ninguna norma que prohíba la conducta. (Von Wright, 1971, p. 13) La valoración que merece esa tesis de Vilajosana cambia según despejemos la ambigüedad del derecho a decidir. A continuación voy a entender que es el derecho a «expresar [la preferencia independentista] y realizar» la secesión de Cataluña.

Los independentistas quebequeses también alegaron para defender el derecho de Quebec a la autodeterminación unilateral que había un permiso débil, aunque lo afirmaron respecto del ordenamiento jurídico internacional en vez de en el sistema jurídico interno. Sostuvieron que el derecho internacional no prohíbe expresamente la secesión unilateral de un territorio como Quebec, y puesto que no la prohíbe, entonces la permite. La respuesta del Tribunal Supremo de Canadá fue doble. Por un lado, le recordó a los secesionistas quebequeses que la cláusula de defensa de la integridad territorial de los estados que figura a renglón seguido, de manera sistemática, en los instrumentos de derecho internacional en los que se declara el derecho de autodeterminación de los pueblos, sí prohíbe a secesión de

Quebec. Por otro, señaló que Quebec no encaja en ninguna de las excepciones a esa regla de integridad territorial de los estados, porque no es ningún pueblo oprimido, y se remitió a los poderes de autogobierno y a la participación de ciudadanos quebequeses en las principales instituciones del estado a lo largo de los años. Por tanto, el tribunal canadiense concluye: «La idea según la cual aquello que no está explícitamente prohibido está implícitamente permitido, tiene poca relevancia en el caso (como el que nos ocupa) en que el derecho internacional remita al derecho interno del Estado secesionista para la determinación de la legalidad de la secesión, y donde el derecho de ese Estado considere inconstitucional la secesión unilateral» (TS de Canadá, 1998, párr. 143). Aunque esa respuesta sea más que suficiente también para Cataluña, exactamente por las mismas razones por las que fue suficiente para Quebec, creo que hay algo más que se puede decir contra ese argumento del principio de clausura, quizá desde la teoría del derecho.

Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de establecer la cocapitalidad de España en Madrid y Barcelona. La Constitución española de 1978 no prohíbe que los ciudadanos voten una nueva capital, y por tanto, según Vilajosana, está permitido. Tampoco dice la Constitución que deba haber una sola capital en España. El artículo 5 dice que «La capital del estado es Madrid». A mí me parece una regla, –igual que me lo parece el artículo 2 de la Constitución Española, al que Vilajosana llama, sin embargo, el «principio de indisolubilidad» y propone aplicar ponderativamente– pero apliquémosle la estrategia de Vilajosana y llamémoslo «el principio de capitalidad». En ningún lugar el artículo 5 dice «exclusivamente Madrid», luego ese «principio» no excluye expresamente la posibilidad de que haya otra capital además de Madrid. Siguiendo el razonamiento de Josep Maria Vilajosana, entonces cabe inferir de la Constitución un permiso débil a que Barcelona también sea capital de España. Confieso que me parecería perfecto sustantivamente, pero dudo mucho que esa sea una inferencia correcta, constitucionalmente válida. El problema es que exactamente el mismo razonamiento nos lleva a inferir también un permiso débil para que Buenos Aires sea nombrada cocapital de España. Aquí deberían saltar las alarmas. Esa posibilidad debería llevarnos a pensar que hemos cometido algún error en nuestro razonamiento. Para complicarlo un poco más, si los gallegos decidiesen por mayoría que Buenos Aires fuese cocapital junto a Madrid y Barcelona, mientras que los gaditanos prefiriesen a La Habana, la otra tacita de plata, y los madrileños Edimburgo, tierra natal del chotis, entonces la ponderación entre el recién hallado «principio de capitalidad» y el de «democracia» nos daría un fabuloso cuadro de cocapitalidad selectiva. Ahora bien, como la Constitución no dice expresamente que todas las regiones de España deban tener la misma capital o capitales en común, entonces según Vilajosana estamos autorizados a inferir que está permitido constitucionalmente que cada comunidad autónoma tenga la combinación de cocapitales de España que se decida mayoritariamente. Dejo a un lado que según el derecho a decidir que defiende Vilajosana su titular es la «ciudadanía de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada», es decir, que están incluidos los ayuntamientos, las comunidades de vecinos o los clubes deportivos, y por tanto, con él nos ofrece un crisol de posibilidades mucho más rico que el que he dibujado de cocapitalidad en España. De hecho, nos ofrece una perspectiva de pluralismo jurídico francamente posmoderna, imagino que contra su voluntad. Steven Lukes le sacaría un gran partido si hiciera viajar al profesor Caritat por un mundo gobernado por el derecho a decidir así concebido.

Mucho me temo que el problema en ambos casos, el del derecho a decidir las fronteras y el del derecho a decidir la capital de España, es el mismo: quizá tuviera razón Von Wright al sostener que se puede inferir que en el ordenamiento jurídico de un estado de derecho está implícito el principio de clausura o norma general excluyente en lo que respecta a la libertad de los particulares para realizar u omitir

acciones —dejo a un lado los problemas teóricos que presenta también esa idea—, pero en contra de lo que parece pensar Vilajosana, no sirve para inferir competencias, como la competencia de declararse y constituirse en comunidad política independiente. En términos de Hohfeld, esa competencia implica el *poder* de gobernar a los catalanes ostentando el monopolio de la coacción sobre el territorio, y a su vez la *obligación correlativa de obedecer* esas órdenes, así como la *inmunidad* respecto de las órdenes que los catalanes reciben del gobierno de España, que implicaría el *no poder* del gobierno España sobre los catalanes. Hace falta algo más que un permiso débil para afirmar una competencia en un sistema jurídico. Naturalmente, sobre cada una de esas cuestiones cabe seguir profundizando mucho más, aunque para el propósito que nos ocupa, que es evaluar la fuerza del argumento, me parece que es suficiente con lo dicho.

## 6. El argumento democrático a partir de la paradoja del demos: la seriedad de Tabarnia

El problema subyacente en todo el asunto que ocupa estas páginas es la paradoja del *demos*, que supone sin duda un reto para la teoría de la democracia. No estoy seguro de quién la identificó por primera. Tal vez tenga razón Pau Luque cuando dice que «[f]ue quizás W. Ivor Jennings quien habló del problema por primera en 1956: “A primera vista, [el principio de autodeterminación] parecía razonable: dejar que el pueblo decida. Pero en realidad era ridículo porque el pueblo no puede decidir hasta que alguien decida quién es el pueblo”» (Jennings, 1956, citado en Luque, 2018, p. 98). Entre nosotros la señalaron hace mucho tiempo Murillo Ferrol (1978) y Alfonso Ruiz Miguel (1989). Esta es la paradoja del *demos* de la democracia: para que haya cualquier votación tiene que haber previamente un grupo de votantes preseleccionado y esa preselección no se puede hacer votando, porque para votar primero hace falta haber preseleccionado a un grupo, etc. La identificación de cualquier grupo de votantes no se puede hacer exclusivamente votando.

En publicaciones anteriores he propuesto un modo de entender al nacionalismo que pone en segundo plano los problemas identitarios y lo centra en esa paradoja (Rodríguez Abascal, 2000, esp. cap.XI). De ahí que valore tanto que Vilajosana adopte un enfoque similar para reflexionar sobre la secesión de Cataluña. He sostenido que el nacionalismo es una mala estrategia para resolver la paradoja del *demos*, igual que el creacionismo es una mala estrategia para explicar el origen del universo. Sin embargo, las preguntas a las que responden ambos, nacionalismo y creacionismo, son importantes. Durante la mayor parte de la historia de la humanidad no hemos tenido otra explicación que la creacionista para explicar el origen del universo. Ha sido la única, la solución por defecto. Del mismo modo, durante la mayor parte de la modernidad, cuando surge y se extiende la democracia moderna, no hemos tenido otro criterio para identificar el *demos* que el nacionalista. Ha sido la solución por defecto. Sin embargo, es una muy mala solución, tanto moral como conceptualmente. La solución del derecho a decidir es igual de mala.

También he sostenido que el mejor modo de abordar la paradoja del *demos*, es aceptarla, es decir, asumir la contingencia de las comunidades políticas. Efectivamente, las fronteras son siempre arbitrarias en alguna medida. Ese debe ser el punto de partida de cualquier teoría de la democracia. Y ahora que lo sabemos ¿qué hacemos? ¿Se debe desprender alguna consecuencia práctica de la constatación de ese hecho? La respuesta de Vilajosana es que sí, que se debe desprender el derecho a decidir. Me parece un error. Equivale a hacer un llamamiento mundial a rehacer las fronteras políticas. No sé si ha valorado lo que eso supondría para la estabilidad política mundial ni para la viabilidad de la democracia. El mundo al que daría lugar el derecho a decidir entendido de ese modo se caracterizaría por una

enorme inestabilidad y una gran fragmentación dinámica, características que hacen muy difícil la prosperidad económica y la protección de los derechos de los ciudadanos. Me parecen razones suficientes para no considerarlo deseable. No sé si ese es exactamente el mundo que quiere proponer Vilajosana o es una consecuencia no querida –me inclino a creer que es más bien lo segundo–, pero es el mundo que propone.

Cabe pensar el problema de otro modo, entender que nadie elige la comunidad política en la que nace, con las fronteras que la constituyen y los habitantes que la pueblan, y que es su responsabilidad sacarle el mayor partido a esa herencia, que está en su mano considerarla un tesoro o una maldición, y que de sus acciones y decisiones, individuales y colectivas, va a depender el bienestar de todos los que han aterrizado desde su nacimiento en esa empresa común no solicitada. El punto de partida inevitable es un hecho contingente, en efecto, pero eso no supone petrificarlo ni caer en la falacia naturalista. Simplemente, es una circunstancia de la justicia el hecho de que habitamos en comunidades políticas que no hemos elegido, que sus fronteras tienen siempre cierto grado de arbitrariedad y que su devenir es nuestra responsabilidad. Quienes ya las habitaban cuando nacimos en ellas, o cuando llegamos a ellas para habitarlas de forma estable, estaban unidos por las relaciones constituidas al amparo del ordenamiento jurídico y de los derechos que éste les reconocía, y han generado una densa red de relaciones y expectativas legítimas. Levantar una frontera entre ellos requiere de razones que como mínimo justifiquen el perjuicio de esas expectativas legítimas.

La paradoja del *demos* tiene consecuencias inevitables e indeseables para el derecho a decidir. Vilajosana no llega a plantearse su importancia, aunque sí toma en consideración una de sus manifestaciones, la objeción de las *matrioskas*, que describe y responde de este modo:

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. Si [...] se supone que es plausible [esa objeción], 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 [l]a[s] cuales por cierto la de los catalanes? (Vilajosana, 2020, p. 386).

A mi juicio no es correcto afirmar que la misma reducción al absurdo se produce respecto de España. Ni siquiera se produce respecto de Cataluña. La objeción de las *matrioskas* es una objeción contra el criterio de la voluntad para delimitar al *demos*, no va dirigida ni hacia España ni hacia Cataluña ni hacia ninguna otra entidad institucional o territorial. Lo que dice esa objeción es que las consecuencias lógicas de aplicar el criterio contenido en el derecho a decidir llevan a que se puedan independizar unidades mayores o menores de las que desearía quien lo propone, y que por tanto el criterio es inaceptable también para él. En eso consiste una reducción al absurdo, en enfrentar a quien presenta un razonamiento contra las consecuencias últimas de su propia lógica<sup>4</sup>.

Más adelante, Vilajosana plantea una situación hipotética en la que vuelve a dar la impresión de no ver la gravedad del problema que se alza contra su posición teórica. Supongamos, nos sugiere, que se celebra un referéndum de independencia de Cataluña, que además se vota por separado simultáneamente también en el resto

---

<sup>4</sup> Josep Joan Moreso ha sugerido llamar «la objeción Matrioska» a un problema relacionado (también se deriva de la paradoja del *demos*), pero diferente. Véase Moreso, 2020, p. 18.

de España, y que el resultado es «no» a la independencia de Cataluña en Cataluña y «sí» a la independencia de Cataluña en el resto de España. Vilajosana entonces pregunta: «¿[s]ería esta una buena razón para que la mayoría de españoles expulse a Cataluña de España, en contra de la voluntad de la mayoría de los catalanes? No parece razonable [esa] conclusión. Pero, si no lo es, entonces el colectivo relevante es el de los catalanes» (Vilajosana, 2020, p. 387). En mi opinión, ese extracto tiene varios problemas entrelazados. Deshacer el nudo requeriría de un tiempo del que no dispongo y nos apartaría de nuestro hilo argumental. Baste con señalar que toda secesión es simultáneamente una autodeterminación y también una heterodeterminación, lógicamente. La hipótesis que plantea Vilajosana, es simétrica a la de una secesión de Cataluña. Según sus propios presupuestos teóricos, tendrá que aceptar el derecho del resto de España a decidir independizarse de Cataluña. Por tanto, no sirve para identificar al *demos* relevante. Pero hay más. El problema es más profundo.

La paradoja del *demos* combinada con el derecho a decidir según lo entiende Josep Maria Vilajosana fuerza a tomarse muy en serio a Tabarnia y también a la posibilidad de que en una Cataluña independiente hubiera otros enclaves que fuesen parte de España a pesar de la discontinuidad territorial. Si España es divisible, Cataluña también lo es.

Los lectores de otras latitudes deben saber que Tabarnia es el nombre que Daniel de la Fuente, un vecino de Barcelona con mucho sentido del humor y una excelente comprensión, al menos intuitiva, de que la paradoja del *demos* es el flanco débil del secesionismo, le dio a la franja costera entre Barcelona y Tarragona, ambas ciudades incluidas, que es la zona de Cataluña donde se concentra el voto contrario al independentismo. Su creador inició una campaña de difusión de la idea en redes sociales en 2012 y hoy reúne a varias asociaciones catalanas que se oponen al independentismo<sup>5</sup>.

Tabarnia podría ser solo una broma que trata de poner ante el espejo al movimiento secesionista. Sin embargo, es más que eso: es una consecuencia muy real y muy seria del concepto de Vilajosana del derecho a decidir y de algunos de los argumentos más utilizados por el secesionismo catalán, en particular, el argumento democrático. La isla de Mayotte e Irlanda del Norte son Tabarnias que se han quedado en el estado matriz después de procesos de secesión.

Si tiene razón Vilajosana y el fundamento del derecho a levantar una frontera es exclusivamente el respeto por la autonomía de las personas, entonces cuantas más personas vean respetada su autonomía, su voluntad de vivir juntos, mejor será moralmente la división fronteriza. Por tanto, sería un deber moral optimizar las concentraciones territoriales de personas que desearan vivir en una misma comunidad política. En el caso de una hipotética secesión de Cataluña, habría que crear enclaves no solo en Tabarnia, sino allí donde el independentismo no estuviera apoyado por una mayoría suficiente. Al fin y al cabo, Cataluña no es ajena a la figura del enclave en otra comunidad política: desde 1660 mantiene bajo su jurisdicción, rodeado por territorio francés, el enclave de Llívia.

Por lo tanto, si esa fuese la voluntad de sus habitantes, Tabarnia y otros enclaves permanecerían en España y el eslogan satírico de los tabarneses (*Barcelona is not Catalonia*, que responde al eslogan independentista *Catalonia is not Spain*) pasaría a ser un hecho institucional: Barcelona dejaría de formar parte de Cataluña. ¿De verdad defienden Josep Maria Vilajosana y buena parte del

---

<sup>5</sup> Véase [www.tabarnia.org](http://www.tabarnia.org)

independentismo catalán un principio político que lleva a esa consecuencia práctica? Si la insurrección popular del secesionismo catalán llegase a tal extremo que hubiese que permitir una secesión que desmembrase tanto España como Cataluña y poblase el territorio catalán de enclaves españoles, difícilmente podríamos decir que ese resultado sería valioso, deseable o satisfactorio para nadie.

## 7. Problemas de la justificación procedimental pura

Voy a centrar ahora mi interés en una pregunta que plantea Vilajosana y en la solución que propone. La pregunta dice: «¿qué respuesta debe dar un estado democrático de derecho en el siglo XXI a una petición continuada y pacífica de una parte muy relevante de la población que reivindica el derecho a decidir sobre su futuro político, incluyendo la posibilidad de independizarse?» (Vilajosana, 2020, p. 376; una pregunta muy similar puede encontrarse también en Rodríguez Abascal, 2000, pp. 443).

En la respuesta que da Vilajosana a esa pregunta, a saber, el derecho a decidir, las razones por las que se desea la secesión no importan y sus consecuencias previsibles también son irrelevantes. De hecho, no ofrece ninguna razón sustantiva o de primer orden en todo su artículo para justificar la secesión de Cataluña. En ese sentido, Josep Maria Vilajosana parece considerar el derecho a decidir un caso de justicia procedimental pura: si el procedimiento que se considera justo se ha seguido correctamente, entonces cualquiera que sea el resultado se considera justo (Rawls, 1971, pp. 85-86). Planteado de ese modo, estaría justificando el derecho a decidir la secesión por razones frívolas, triviales o por malas razones, incluso si la razón fuese que se desea establecer la esclavitud o una dictadura o si las consecuencias fuesen el grave empobrecimiento del resto de España y de Cataluña, muy en particular de los más desfavorecidos.

El independentismo catalán no planea establecer una dictadura ni la esclavitud, por supuesto que no. Sin embargo, quienes nos oponemos a él por razones no nacionalistas lo hacemos porque pensamos que lo mueven razones que carecen de la capacidad de justificarlo, es decir, malas razones. Centrarse exclusivamente en un argumento numérico, como hace Vilajosana, no es suficiente para justificar una secesión. «Tenemos razón porque somos muchos» nunca ha sido un argumento atendible, sino una forma errónea de argumentar, una variedad de la falacia *ad populum*. La relevancia del debate sustantivo sobre las razones del secesionismo se hace patente cuando pensamos en la pregunta fundamental que planteaba Vilajosana al comienzo de su trabajo, porque si las razones del secesionismo careciesen de la capacidad de justificarlo, entonces la pregunta relevante cambiaría, y pasaría a ser otra muy diferente: ¿Debería un estado democrático en el siglo XXI permitir una secesión que se exige por malas razones? Habría que tener una razón muy poderosa de segundo grado para permitir una acción justificada por malas razones de primer grado que además produce perjuicios graves a terceros.

Hay estrategias de justicia procedimental pura válidas para justificar derechos, por ejemplo, la teoría de la justicia de John Rawls. Pau Bossacoma, para justificar el derecho a decidir, ha adaptado precisamente la estrategia rawlsiana. No es este el lugar adecuado para abordar a fondo el trabajo de Bossacoma. Me limito a señalar el que considero su principal problema: la sustitución de los individuos en la posición originaria por naciones no es justificable, y no es necesario entrar en los detalles de la teoría rawlsiana para explicarlo. Hay una razón previa: las naciones de las que habla Bossacoma, es decir, las naciones del nacionalismo, no son unidades sociales identificables objetivamente por un observador imparcial. «Cataluña es una nación»

no es un enunciado descriptivo, sino normativo<sup>6</sup>. Por tanto, carece de sentido ponerlas a dialogar en la posición originaria ni plantearse la posibilidad de un «contrato multinacional hipotético». El segundo problema, que no es menor que el primero, es que si Bossacoma preguntase a las personas –y no a las naciones– en la posición originaria rawlsiana si habría que reconocer un derecho incondicional a decidir la secesión de Cataluña, la respuesta sería negativa si supieran tras el velo de ignorancia que perjudicará económicamente más a los más desfavorecidos, que es precisamente lo que ocurriría. Si además supieran que el nacionalismo discrimina con su discurso y con frecuencia también con sus acciones de gobierno a quienes no considera auténticos miembros de la nación, desde detrás del velo de ignorancia la secesión por razones nacionalistas también sería inaceptable.

## 8. Las razones y las consecuencias de la secesión importan

«Más vale que nos deis la razón, porque somos muchos» quizá sea un argumento más atendible que «Tenemos la razón porque somos muchos». No hay que negar que esa es una razón pragmática o prudencial importante que contribuye a justificar la democracia. Votando y haciendo lo que dice la mayoría se gana mucha paz social, que es imprescindible para la vida en sociedad y que cualquier forma de gobierno sea funcional.

Gobernar contra minorías amplias territorialmente concentradas que se resisten a la autoridad del estado de forma activa y sostenida en el tiempo causa mucho sufrimiento a la población reprimida, inestabilidad política y económica a todos, y solo está justificado cuando las razones de la resistencia de ese grupo son malas razones en la zona roja –que incurren en una inmoralidad de especial gravedad–, los bienes protegidos por el estado tienen la suficiente importancia para compensar el sufrimiento causado y no hay una alternativa menos mala que la represión por la fuerza. Por ejemplo, estaría plenamente justificado que una región que mayoritariamente apoyase la esclavitud o el establecimiento de una dictadura y exigiese la secesión fuese gobernada desde el estado contra su voluntad a pesar del coste de reprimir por la fuerza los deseos mayoritarios de la población. La justificación puramente procedimental para exigir una votación, «Solo queremos votar», o después de haber votado, «Tenemos derecho a decidir porque somos muchos», no sería suficiente para justificar esa secesión. Sin embargo, el derecho a decidir lo formula Vilajosana con tanta amplitud que permitiría una secesión por esas malas razones.

No estoy diciendo que el independentismo catalán se plantee establecer una dictadura ni la esclavitud. Mi propósito al conjeturar esa posibilidad ha sido hacer ver que las razones y las consecuencias de la secesión importan, que no son irrelevantes para saber si está moralmente justificado impedirla por la fuerza, y por tanto, que la justificación de la secesión que apela simplemente a la decisión por mayorías no es suficiente. La cuestión entonces es dónde trazar la línea roja, el límite que divide a las secesiones que a pesar de contar con un apoyo mayoritario tenemos razones morales sólidas para impedir por la fuerza de aquellas que deben ser permitidas o toleradas a pesar de estar apoyadas solo por malas razones.

Seguramente no haya una forma sencilla de dibujar esa línea. John Rawls intentó distinguir las fuentes de desacuerdos razonables, que deben ser admitidas en toda democracia y dan lugar al pluralismo razonable, de las fuentes de desacuerdos no razonables. En palabras de Rawls: «[...] las personas razonables pensarán que [no es razonable] usar el poder político que puedan llegar a poseer para reprimir

---

<sup>6</sup> Mi primera presentación y defensa de esa idea puede encontrarse en Rodríguez Abascal (2000, pp. 119 y ss.).

concepciones [integrales] que no son razonables, por mucho que difieran de la propia» (Rawls, 1993, p. 91). En cambio, sostuvo que el prejuicio, el sesgo y el egoísmo individual y colectivo son fuentes de desacuerdos no razonables, y por tanto, está justificado reprimirlos mediante el poder político (Rawls, 1993, pp. 88-91). Quizá no sea posible afinar más. Ahora no voy a profundizar en esa cuestión fundamental. Para poder seguir reflexionando sin tener una teoría completa sobre el límite de la tolerancia democrática, voy a suspender el juicio. En adelante, daré por supuesto que el movimiento secesionista en la Cataluña actual, compuesto por agentes muy variados con motivaciones muy distintas, no rebasa la línea roja de la inmoralidad intolerable.

Mi suspensión del juicio no me impide ver que muchas de las malas razones del secesionismo catalán claramente no rebasan la línea roja y pueden considerarse parte del «pluralismo razonable» rawlsiano, o más bien, del pluralismo que debemos tolerar los demócratas razonables. Por ejemplo, el narcisismo colectivo; la euforia que de creer que se está haciendo historia; la confusión del fútbol con la política; el error de pensar que todos somos nacionalistas y que quien critica al nacionalismo catalán es necesariamente un nacionalista español; la creencia inverosímil en que los españoles son franquistas malencarados y los catalanes demócratas sonrientes; el prejuicio de que los españoles son autoritarios, ignorantes, vagos, desorganizados e improductivos y los catalanes dialogantes, ilustrados, trabajadores, organizados e industriales; el temor infundado a que el idioma catalán esté en peligro de extinción si Cataluña continúa en España; la creencia en que España roba a Cataluña, equivocada e insolidaria; la convicción errónea de que el único o el mejor modo de obtener mejores infraestructuras es mediante la independencia; la idea de que los ciudadanos catalanes tienen una posición permanente de inferioridad y una desigualdad estructural en las instituciones del estado como si desde otras comunidades autónomas nos se pudiese afirmar lo mismo con más razón y como si el único o mejor modo de corregirlo en caso de tener algo de verdad fuese la secesión, etc.

De todas las malas razones posibles para desear la independencia de Cataluña, las que me ofrecen más dudas teóricas son las razones nacionalistas liberales, que combinan la defensa de una supuesta nación, el grupo secesionista, con el respeto por los derechos individuales de todos los que pasen a formar parte de la nueva comunidad política. Me producen dudas porque en el nuevo estado liberal habrá discriminación nacionalista inevitablemente en la vida cotidiana igual que la hay hoy en la Cataluña liberal contemporánea. Si el nacionalismo es hegemónico social y políticamente, habrá inevitable y constantemente «microdiscriminaciones» nacionalistas, y de vez en cuando, también «macrodiscriminaciones» que quizá las instituciones lamentarán en comunicados públicos profundos y sinceramente pero habrán alimentado con su discurso político, por más impecablemente liberal que sea el nuevo ordenamiento jurídico. Aquí no voy a profundizar en esa cuestión. Lo he tratado en otros lugares. A pesar de mis dudas, para poder seguir reflexionando suspendo el juicio y doy por supuesto que el nacionalismo liberal no está en la zona roja, sino que forma parte del pluralismo razonable.

## 9. Razones a favor de una rigidez razonable de las fronteras

Acabamos de ver que aunque las razones de los secesionistas y las consecuencias de las secesiones importan para saber si estaría justificado impedir las por la fuerza, cabe la posibilidad de que esa imposición por la fuerza no esté justificada en algunas situaciones: cuando se forma una mayoría muy amplia y las razones de los secesionistas no están claramente en la zona roja, es decir, no son razones como la

defensa de la esclavitud o una dictadura, que justificarían el gobierno por la fuerza de ese grupo o esa sección del territorio del estado.

Ahora vamos a ver el otro lado de la moneda. Vamos a ver, dibujadas con trazo bastante grueso, algunas razones que justifican que a las secesiones se les interpongan obstáculos o pruebas de fuerza antes de permitir las o tolerarlas.

Primero, tal y como ya he explicado, la estabilidad de las fronteras supone también la estabilidad del alcance del sistema jurídico y de los ciudadanos protegidos por los derechos que éste reconoce. Un primer requisito para cualquier secesión, que Vilajosana no contempla –no creo que por desacuerdo con esta idea, sino seguramente porque lo da por supuesto–, es que la nueva comunidad política garantice la continuidad de los derechos que sus ciudadanos disfrutaban en el estado matriz. Por otra parte, el principio que regule los cambios de fronteras debe procurar no incentivar las secesiones, porque la mera incertidumbre sobre la continuidad de los propios derechos y expectativas derivables de su ejercicio produce disfunciones personales –dificulta extraordinariamente la posibilidad misma de esbozar un plan de vida–, económicas y políticas y graves.

Segundo, la estabilidad de las fronteras garantiza las expectativas legítimas surgidas mediante el ejercicio de los derechos que le reconoce el sistema jurídico a sus ciudadanos. La ruptura de la comunidad política quiebra esas expectativas a ambos lados de la nueva frontera. Ese perjuicio debe ser compensado a quienes lo sufren contra su voluntad (véase Buchanan, 1991, pp. 114-124 y Gauthier, 1994, pp. 363-366). Sin duda, cabe llegar a un acuerdo económico de compensación con el remanente del estado recién fracturado, que será necesariamente imperfecto e impersonal y difícilmente llegará uno por uno a cada uno de individuos perjudicados, pero los ciudadanos del nuevo estado secesionista que hayan sido perjudicados contra su voluntad difícilmente serán compensados ni tan siquiera colectivamente. Aquí es imprescindible tener en cuenta un factor tan consabido y aparentemente trivial que con frecuencia se pasa por alto: las vidas de los ciudadanos son finitas y muy cortas comparadas con la vida de las comunidades políticas. Tomarlas en serio exige comprender que la estabilidad de sus derechos y de sus expectativas legítimas, que les permiten hacer planes de vida y entablar compromisos a medio y largo plazo, la necesitan garantizada aquí y ahora, no en un futuro incierto del que quizá no lleguen a disfrutar (Rodríguez Abascal, 2000, pp. 438-439). Por eso la fractura de las fronteras políticas y del ordenamiento jurídico que las constituye solo está justificada cuando la protección de los derechos básicos de una parte de la ciudadanía geográficamente concentrada se encuentre gravemente amenazada y levantar una frontera sea el medio más eficaz para impedirlo. Esa es la justificación y el uso de último remedio del derecho de autodeterminación. Solo entonces el argumento resulta plenamente coherente: la misma razón que justifica la estabilidad de los estados justifica también su división: la protección efectiva de los derechos básicos aquí y ahora.

Tercero, un estado que admitiese fácilmente la secesión dejaría su deliberación democrática a merced de las amenazas de secesión. El derecho a decidir tal y como lo plantea Vilajosana distorsiona la democracia en tanto que procedimiento de adopción de decisiones mediante deliberación y la formación de mayorías (Sunstein, 1998, pp. 648-649 y 2001, p. 351). En el mismo sentido, Félix Ovejero ha escrito que «la democracia resulta imposible si una minoría, en desacuerdo con las decisiones de la mayoría, amenaza con marcharse con 'su' territorio. Entonces la política rompe su vínculo con las decisiones justas y se convierte en un juego de amenazas» (Ovejero, 2016, p. 99). O también: «Si se contempla la posibilidad de que unos puedan amenazar con disponer de lo que es de todos, del territorio político, porque no están de acuerdo con lo adoptado, sustraerse de decisiones democráticas,

el chantaje, el interés de parte y la fuerza sustituyen a la razón, el interés general y la deliberación. La simple posibilidad de esa amenaza hace imposible el funcionamiento de la democracia» (Ovejero, 2016, p. 53). Buchanan lo explica acudiendo a una tesis del sociólogo político Albert O. Hirschmann: «allí donde la salida de la asociación no tiene virtualmente ningún coste, hay muy pocos incentivos para ejercer la opción de la voz: el uso del diálogo crítico dentro de la asociación para mejorar la calidad de su funcionamiento» (Hirschmann, 1970, pp. 33-43, citado en Buchanan, 1991, p. 134).

Además de lo que señalan Buchanan y Ovejero, la experiencia en la España de las últimas décadas nos debe llevar a temer que si los secesionistas tuviesen las manos libres, tal y como propone Vilajosana con su formulación del derecho a decidir, las amenazas puramente estratégicas de secesión, que buscan obtener ventajas negociadoras, distorsionarían aún más de lo que lo hacen ahora la deliberación y la vida política del país e inclinarían la balanza más todavía a favor del grupo o los partidos políticos que estuvieran en condiciones y dispuestos a utilizarlas, y se incrementaría además la competencia por su uso que ya vivimos en la actualidad, con el coste de inestabilidad individual, social, económica y política expuesto más arriba.

Cuarto, Félix Ovejero ha sostenido, a mi juicio con acierto, que una comunidad política democrática es una «unidad de justicia y decisión» y «un espacio de igualdad» (Ovejero, 2016, p. 89). Así pues, para quienes tenemos la convicción de que la justicia exige ciudadanos libres e iguales y políticas redistributivas entre ellos, de modo que todos contribuyan progresiva y proporcionalmente al bienestar común, es más fácil de justificar una ampliación del ámbito de la justicia, es decir, la eliminación de fronteras, «en aras de ampliar la comunidad de ciudadanos libres e iguales» (Ovejero, 2016, p. 92), que su fragmentación, es decir, el levantamiento de fronteras que separen y reduzcan los ámbitos de la justicia. Por lo tanto, en mi opinión aquí surge un principio de conservación de las fronteras políticas salvo que haya razones muy poderosas para modificarlas. Ahora bien, Félix Ovejero no defiende exactamente esa posición. Va un paso más allá y defiende que «el territorio político es un proindiviso, no la suma de parcelas de propietarios», de modo que los secesionistas «se marchan con lo que no es suyo, sino que es de todos» (Ovejero, 2016, pp. 88 y 99). En ningún caso, bajo ninguna condición, considera que un estado democrático deba tolerar o permitir una secesión.

Quinto, las secesiones son decisiones que tienen una difícil marcha atrás. Habida cuenta de los costes mencionados más arriba, es imprescindible que el diseño constitucional les interponga obstáculos que garanticen que no se toman a la ligera.

## 10. Cuándo y cómo tolerar secesiones justificadas por malas razones

Un punto de referencia excelente para reflexionar sobre cuándo y con qué requisitos un estado democrático podría acabar tolerando una secesión la ofrece el dictamen consultivo sobre Quebec emitido por el Tribunal Supremo de Canadá. Josep Joan Moreso sostiene, a mi juicio acertadamente, que los mimbres de la Constitución canadiense y la española son lo suficientemente parecidos como para que debamos llegar a conclusiones muy similares *mutatis mutandis* respecto del lugar que ocupa en ellas derecho de autodeterminación (Moreso, 2018 y Rodríguez Abascal, 2000, pp. 456 y ss.). Ambos pensamos, además, que Cataluña no tiene un derecho ni jurídico ni moral a celebrar un referéndum de autodeterminación y, sin embargo, también pensamos que no es una opción que deba ser descartada de antemano.

No obstante, sobre la posición de Moreso me gustaría añadir dos ideas. En primer lugar, me parece importante recordar que el tribunal canadiense establece que el Gobierno de Canadá debe negociar solo si hay una mayoría clara que expresa

claramente el deseo de independencia. Dos años después de ese dictamen, el gobierno de Canadá aprobó la Ley de Claridad, que otorgó al Parlamento de Canadá la competencia para valorar si la pregunta de los referendos de autodeterminación y la mayoría obtenida eran lo suficientemente claras para dar lugar a la obligación de negociar que había establecido el Tribunal Supremo. Moreso creo que lo pasa por alto cuando sostiene que el Gobierno de España tenía y tiene la obligación de negociar con el gobierno de Cataluña por las razones enunciadas por el tribunal canadiense. (Moreso, 2018, p. 1667) En Cataluña no hay una mayoría clara a favor de la independencia que haga surgir esa obligación.

En segundo lugar, creo que hay una lección canadiense importante para nuestra reflexión desde España que el Tribunal Supremo de Canadá deja implícita y ni Moreso ni yo hemos hecho explícita en nuestras publicaciones hasta ahora. Según el Tribunal Supremo de Canadá, el último paso para llevar a término una secesión en Canadá es darle validez jurídica mediante una reforma de la constitución. En eso, el dictamen es explícito. Lo que no dice, porque se sobreentiende en el contexto canadiense, es que cualquier reforma constitucional debe ser aprobada por el conjunto del país. Aunque hay debate jurídico en Canadá acerca de cuál sería exactamente el procedimiento y qué tipo de mayoría sería necesario, no hay de ninguna duda de que la última palabra para enmendar la Constitución la tendría el conjunto de Canadá. Una vez más, si Vilajosana y en general el independentismo catalán quieren usar a su favor el ejemplo canadiense, deben utilizarlo completo y no selectivamente.

Pues bien, de lo dicho hasta aquí se derivan varias condiciones para toda secesión antes de que pueda esperar ser tolerada en una democracia. *A contrario*, estará justificado moralmente impedir por la fuerza toda secesión que no las cumpla.

En primer lugar, debe estar apoyada por una mayoría clara expresada claramente, es decir, una mayoría superior a la mitad más uno. Las mismas razones que favorecen la estabilidad de la democracia justifican ese requisito. No se trata ni de un requisito conservador ni de un modo tramposo de impedir secesiones. El futuro estado secesionista tendrá el mismo interés en su propia estabilidad, en protegerse del uso estratégico y distorsionador de la democracia de las amenazas de secesión en su interior, que ahora tiene el estado matriz. Para eso debe asegurarse de que hay razones para creer que la decisión de levantar una frontera será estable. Los costes de levantarla y volver a tirarla son demasiado altos para realizar esa operación con ligereza o frivolidad.

En segundo lugar, si tomamos en serio la justificación voluntarista, electiva, asociativa o plebiscitaria basada en el la exigencia del consentimiento de los gobernados, el derecho de asociación, la autonomía individual, el derecho de participación política o alguna combinación entre ellos, y nos tomamos también en serio que estamos ante un derecho individual que se ejercita colectivamente bajo la paradoja del *demos*, entonces después de celebrado el referéndum habrá que fragmentar el territorio secesionista agrupando geográficamente el voto tanto como sea posible para optimizar la autonomía, el consentimiento, la voluntad o la participación efectiva de los consultados que desean vivir en común. El mismo requisito de mayorías cualificadas habrá que aplicarlo al hacer esa parcelación del territorio por concentración de voto, para establecer quién se queda y quién se va.

Ya he dejado claro más arriba que llegar a ese extremo me parece un desatino, una muy mala solución para un problema mal planteado. Sin embargo, si no hubiera más remedio que tolerar la secesión, la conclusión lógica del argumento plebiscitario sería esa. Naturalmente, los agentes políticos podrían pactar otras formas de hacer

el recuento de votos y la distribución territorial de la secesión. Por ejemplo, quizás habría que repreguntar a los futuros enclaves si después del primer referéndum, a sabiendas de que pasarían a ser enclaves españoles en una Cataluña independiente, mantienen su voto contrario a la secesión. Constatada la respuesta afirmativa donde se produjese, seguramente habría que repreguntar a los territorios donde hubiese vencido el independentismo si a sabiendas de que esos enclaves, por ejemplo, las áreas metropolitanas de Barcelona y Tarragona y buena parte de la costa que las une, han ratificado su decisión de permanecer en España, desean seguir adelante con la secesión o unirse a ellas. Etcétera. Sólo son ejemplos. No me comprometo con ninguna fórmula concreta, sino con los principios que deben gobernarlas. Hay muchas las fórmulas posibles para garantizar que realmente se optimice la voluntad de los consultados y que la decisión final sea estable.

En tercer lugar, ya hemos visto que si el cambio de fronteras causa perjuicios deben ser compensados. No estaría justificado que los secesionistas mejorasen su situación a costa de empeorar la de los que se quedan en lo que reste del estado matriz sin tener buenas razones que lo justifiquen y sin asumir su compensación.

En cuarto lugar, se deben garantizar los derechos básicos de todos los ciudadanos del nuevo estado secesionista en condiciones de igualdad, incluidos muy especialmente los de aquellos ciudadanos que se hubieran opuesto pública o privadamente a la secesión. Ya he dicho más arriba que esta cuestión me produce muchas dudas y suspendo el juicio para abordar la tolerancia de una secesión *como si* no hubiera más remedio que asumir que se producirán discriminaciones en el futuro estado secesionista, o como si esas desigualdades, faltas de respeto cotidianas, aislamiento social, etc., fuesen parte del desacuerdo que los demócratas razonables tuvieran que tolerar (*como si* formasen parte del «desacuerdo razonable» rawlsiano). En realidad, esas discriminaciones ya están ocurriendo sin que Cataluña se haya independizado. Que el futuro estado secesionista garantice que reconocerá y respetará de forma efectiva los derechos básicos de todos es una condición necesaria para permitir la secesión, pero si lo que ocurre en el presente nos ofrece una buena razón para predecir lo que ocurrirá en el futuro, entonces debemos presumir que ningún reconocimiento constitucional de derechos básicos será suficiente para garantizar la igualdad de trato efectiva de quienes se opusieron a la secesión o de quienes por otros motivos el independentismo triunfante no los considere verdaderos miembros de la nación catalana. Ese será el coste moral mínimo de la consecución de la independencia. Incluso si políticamente no hubiera más remedio que asumirlo después de haber considerado todas las razones relevantes en juego, moralmente es a todas luces inaceptable y una razón más, de mucho peso, para que los secesionistas reconsideren su posición y para que quienes nos oponemos a ella hagamos lo posible por evitarla.

Si mi razonamiento ha sido correcto hasta aquí, entonces no hay lugar para un derecho moral a la secesión unilateral ni tampoco un derecho a la secesión del territorio completo que la reclama, salvo que el gobierno del estado pactase otra cosa a cambio quizá de una mayoría aún más cualificada para el conjunto del territorio o alguna otra garantía adicional para garantizar la estabilidad del resultado. Las cesiones del estado respecto de estos requisitos deberán estar informadas por las mismas razones que los justifican. Obsérvese además que el gobierno del estado trataría con el respeto debido a los ciudadanos secesionistas –o a los principios que protegen la democracia, el federalismo, el estado de derecho y las minorías– si ofreciera otras alternativas institucionales (un nuevo pacto fiscal, un grado de autonomía aún mayor, una configuración federal o confederal, etc.) y las sometiese a referéndum sin sentarse a negociar.

¿Y si el 100% de los catalanes deseara la independencia, tampoco tendría derecho a hacerlo en un estado democrático y liberal?, pregunta Vilajosana. No lo tendría, pero el precio moral de impedirlo por la fuerza sería demasiado alto si lo pidieran pacíficamente, no constase el deseo de cometer inmoralidades políticamente intolerables en el nuevo estado, se hubieran agotado las demás alternativas y estuvieran dispuestos después de una negociación a llegar de buena fe a un acuerdo. Eso incluye la posibilidad de que quienes promueven la secesión estén movidos por cualquier tipo de malas razones que no traspasen la línea roja moral.

Por ejemplo, supongamos que entre la población de Cataluña se hubiera extendido hasta alcanzar proporciones extraordinarias la creencia terraplanista y que la exigencia de la independencia respondiera al deseo de tener pleno control sobre el sistema educativo, las instituciones científicas, los aeropuertos, el tráfico marítimo, internet y cualquier otro área relacionada directa o indirectamente con la forma de la superficie terrestre, de modo que así pudieran aislarse de la conspiración que difunde el bulo de que la tierra es imperfectamente esférica y proteger su creencia en que la tierra es plana. Si se desea considerar que habida cuenta del alto porcentaje de terraplanismo concentrado sobre un mismo territorio, la obligación *prima facie* del gobierno a negociar con los secesionistas terraplanistas agotadas todas las demás alternativas hace surgir un derecho a la secesión, entonces sería un derecho a hacer el mal, a equivocarse moralmente, a *right to do wrong*<sup>7</sup>. A pesar de eso, la secesión no estaría moralmente justificada, igual que no está moralmente justificado votar al azar en unas elecciones, aunque se tenga un derecho moral a ello. Dicho en palabras de Waldron: "Aceptar el enunciado por el que alguien sostiene tener derecho a algo no implica admitir que haya razones para obrar de ese modo." (Waldron, 1981, p.71)

Si las malas razones que llevasen al 100% de los catalanes o a una mayoría muy amplia a desear la secesión fuesen predominantemente identitarias o nacionalistas, como en la actualidad, en vez de terraplanistas, tampoco habría nada que celebrar. Si el gobierno de España no tuviera más remedio que negociar con sus representantes la independencia, es decir, las condiciones para permitirles hacer el mal o equivocarse moralmente, supondría el reconocimiento de una derrota moral y habría que tolerarlo con la tristeza que nos lleva a la melancolía, que es como ha confesado Josep Joan Moreso que se sintió el día antes del referéndum ilegal de autodeterminación del 1 de octubre de 2017 (Moreso, 2018). Quienes hemos defendido la necesidad de propiciar una Cataluña plural en una España plural, quienes estamos convencidos de que la comunidad política común que tejemos cotidianamente entre todos vale la pena, mejora nuestras vidas, nos aporta diversidad, nos dinamiza en la rivalidad, nos iguala en la libertad, los derechos y la atención de las necesidades de quienes están peor, nos ofrece un contexto de contrastes y coincidencias que nos enriquece y amplía significativamente nuestras opciones vitales, con el bolígrafo en la boca o el teclado entre los dedos nos preguntaríamos en qué nos habíamos equivocado, qué dejamos de decir o de hacer para permitir que el autobús del secesionismo llegase tan lejos, hasta el borde del precipicio y más allá, con el depósito vacío del combustible de las buenas razones.

## Bibliografía

Arza, J. y Mari-Klose, P. (2014). ¿La voluntad de un pueblo? En J. Arza y J. Coll (eds.), *Cataluña. El mito de la secesión* (pp. 25-53). Córdoba, España: Almuzara.

<sup>7</sup> Sobre la posibilidad de ese tipo de derechos, véase Waldron (1981).

- Bayón Mohino, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo (pp. 67-138). En J. Betegón, F.J. Laporta, Luis Prieto y J. R. de Páramo (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Birch, A. (1984). Another liberal theory of secession. *Political Studies*, 32, pp. 316-323.
- Bossacoma i Busquets, P. (2015). *Justícia i legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional des de Catalunya*. Barcelona, España: Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos.
- Brilmayer, L. (1992). Secession and self-determination: a territorial interpretation. *Yale Journal of International Law*, 25, pp. 555-563.
- Buchanan, A. (1991). *Secession. The morality of political divorce from Fort Sumpter to Quebec*. Boulder, Colorado, Estados Unidos: Westview.
- De Carreras, F. (6 julio, 2020). La sentencia que nadie leyó. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-07-06/la-sentencia-que-nadie-leyo.html>
- De Carreras, F. (20 septiembre, 2012). ¿Un referéndum? *La Vanguardia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120920/54350587199/frances-c-de-carreras-un-referendum.html>
- Ferreres, V., Ramoneda, J., Bisbal, J., Casas, R., Pareja, C. y Viladés, C. (7 octubre, 2005). Discutamos el Estatuto. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/diario/2005/10/07/opinion/1128636006\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/10/07/opinion/1128636006_850215.html)
- Gauthier, D. (1994). Breaking up: an essay on secession. *Canadian Journal of Philosophy*, 24/3, pp. 357-372.
- Hirschmann, A. O. (1970). *Exit, voice and loyalty*. Cambridge, Mass., Estados Unidos: Harvard University Press.
- Luque, P. (2018). *La secesión en los dominios del lobo*. Madrid, España: Los libros de la Catarata.
- Martí, J. L. (11 diciembre, 2016). Tres confusiones sobre los referéndums. *Agenda Pública*. Recuperado de <http://agendapublica.elpais.com/tres-confusiones-sobre-los-referendums/>
- Moreso, J. J. (2020). *De secesione*. Los escondites de la vía catalana. *Las Torres de Lucca* (en prensa).
- Moreso, J. J. (2018). Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo. En B. Pendás (ed.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (pp. 1657-1673). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. J. (16 septiembre, 2015). Comprender a los que callan. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2015/08/26/opinion/1440581222\\_504158.html](https://elpais.com/elpais/2015/08/26/opinion/1440581222_504158.html)
- Moreso, J. J. (2009). *Constitución: modelo para armar*. Madrid. Marcial Pons.
- Murillo, F. (1978). La nación y el ámbito de la democracia. *Sistema*, 26, pp. 3-19.
- Norman, W. (1998). The ethics of secession as the regulation of secessionist politics. En M. Moore (ed.), *National self-determination and secession* (pp. 34-61). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Nozick, R. (1973). *Anarchy, state and utopia*. Cambridge, Mass.: Estados Unidos, Harvard University Press.
- Ovejero, F. (2014). Trampas y contradicciones del pensamiento nacionalista. En J. Arza y J. Coll (eds.), *Cataluña. El mito de la secesión* (pp. 279-299). Córdoba, España: Almuzara.
- Ovejero, F. (2016). *La seducción de la frontera. Nacionalismo e izquierda reaccionaria*. Barcelona, España: Ediciones de Intervención Cultural/Montesinos.
- Ovejero, F. (2011). *La trama estéril. Izquierda y nacionalismo*. Barcelona, España: Ediciones de Intervención Cultural/Montesinos.
- Ovejero, F. (2006). *Contra Cromagnon. Nacionalismo, ciudadanía, democracia*. Barcelona, España: Ediciones de Intervención Cultural/Montesinos.

- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1996 [1993]). *El liberalismo Político*. Barcelona, España: Crítica.
- Rubio Llorente, F. (8 octubre, 2012). Un referéndum para Cataluña. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731\\_659435.html](https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html)
- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía*, 21, octubre.
- Ruiz Miguel, A. (1989). Problemas de ámbito de la democracia. *Doxa*, 6, pp. 97-120.
- Sunstein, C. (2001). Should constitutions protect the right to secede? A reply to Weinstock. *The Journal of Political Philosophy*, 9/3, pp. 350-355.
- Sunstein, C. (1991). Constitutionalism and secession. *University of Chicago Law Review*, 58, pp. 633-670.
- Torbisco, N. (2016). Autodeterminació, secessió i drets humans: una crítica dels paradigmes dominants en el debat català. *Idees: Revista de temes contemporanis*, 42, pp. 28-55.
- Tribunal Supremo de Canadá (1998). *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R.
- Vergés, J. (2013). *La nació necessària*. Barcelona, España: Angle Editorial.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.
- Waldron, J. (1981). A right to do wrong. *Ethics*, 92, pp. 21-39. Se cita por la recopilación de J. Waldron (ed.), *Liberal rights*, Cambridge, Reino Unido, pp.63-87.
- Weisntock, D. (2001). Constitutionalizing the right to secede. *The Journal of Political Philosophy*, 9/2, pp. 182-203.

## ¿Una «tercera vía» en el constitucionalismo? Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo\*

(2019) Trotta  
Madrid, 168 pp.

Ricardo Cueva Fernández  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID 0000-0003-2629-4652  
[ricardo.cueva@uam.es](mailto:ricardo.cueva@uam.es)

Cita recomendada:

Cueva Fernández, R. (2020). ¿Una «tercera vía» en el constitucionalismo? Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 545-551.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5729>

Recibido / received: 12/08/2020

Es adecuado, pienso, dar la bienvenida a obras sobre filosofía jurídica que pretendan buscar nuevos enfoques para la disciplina y que muestren una cierta curiosidad por encontrar vías innovadoras para su desarrollo. Al respecto, el trabajo de Noguera parece transitar esta senda y no podemos por menos que congratularnos de ello. La acogida, al mismo tiempo, por la editorial Trotta, de un volumen de estas características, y corriendo asimismo cierto riesgo de desatención, me han conducido a colaborar con estas breves líneas en la sección *Book Forum* de la revista *Eunomía*, a la cual aprovecho para felicitar por su obtención de un merecido reconocimiento en las evaluaciones académicas.

En primer lugar, me parece conveniente señalar que me siento claramente cercano de una pretensión medular en el trabajo de Noguera, sin duda: la de interesarme por el «complejo campo de lucha de los derechos en el que construir nuestra dignidad individual y colectiva» (Noguera, 2019, p. 31). Dicho esto, hay que

\* Este texto se enmarca dentro del proyecto SI1-PJI-2019-00474 (BICOM), de la Convocatoria 2019 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad Autónoma de Madrid, financiada por la propia UAM y la Comunidad de Madrid.

señalar que resulta difícil saber si el autor ha conseguido contribuir a ello con su volumen. Lo siguiente es un intento de buscar las claves de su reflexión y aportar otras meditaciones propias que sirvan para el debate.

Noguera empieza jugando fuerte en su primera página: «definimos modo de producción social como la unidad orgánica entre una forma de organización de las relaciones socioeconómicas (condición material) y una determinada subjetividad que legitima la primera (condición ideológica), conformando una forma histórico-concreta de sociedad». Es más, el autor piensa que «la noción moderna de soberanía operó durante mucho tiempo como modo de producción social de la Modernidad en tanto que actuaba como forma de organización socioeconómica además de ideología de legitimación de esta» (Noguera, 2019, p. 13). A continuación, y tras un breve excursus histórico, el autor insiste en lo que va a ser su centro de atención: «la noción contractualista moderna de soberanía opera como un nuevo modo de producción social en cuyo interior se dan las condiciones materiales y subjetivas de producción-reproducción del capitalismo» (Noguera, 2019, p. 22; los subrayados son propios, de aquí en adelante).

El embate, como se apunta, resulta así sumamente ambicioso (y repleto de vocablos compuestos). El lenguaje utilizado parece aproximarnos a algún tipo de elaboración de una teoría crítica sobre el Derecho, y acude a la noción de ideología bajo ciertos ropajes que parecen tomarse prestados del marxismo. El cometido que Noguera se propone es el de «desenmascarar» la soberanía. Y para ello, y desde un primer momento, derriba de un plumazo todas las teorías contractualistas típicas que llevan décadas orbitando alrededor de las teorías de la justicia, incluido J. Rawls (1971). En cualquier caso, «somos cautivos de una ideología de la soberanía moderna según la cual el orden coherente solo puede tener un único núcleo organizador» (Noguera, 2019, p. 24). El enemigo a batir es «la noción contractualista», de modo que la distinción entre contrato y pacto, tan útil a otros, no parece interesarle a Noguera. La forma de atacar aquella es adoptar, así, la fórmula del «modo de producción social», cuyo significado, y esto a nadie se le puede escapar, no se corresponde con la expresión semejante de Marx (1975 [1859]), de muy distinto contenido. Aquella se refiere directamente a un concepto político, e incluso constitucional, como es la «soberanía».

Hasta ahí hay una declaración de intenciones claramente honesta de Noguera y de lo que se propone y por qué caminos quiere discurrir: los de esquivar, a toda costa, las teorías quizás más en boga hoy acerca de la justicia. Para ello, asimismo, pronto advertimos que pretende sumergirnos en una literatura variada, dispar, que abarca varias disciplinas. Sus apuntes iniciales constan de la indicación de que en nuestras sociedades existiría «una fragmentación de los ejes de desigualdad y la visibilidad de nuevos grupos en situación de vulnerabilidad o pobreza», «en condiciones de no derechos o derechos más limitados que los ciudadanos corrientes» (Noguera, 2019, p. 23). Este seccionamiento conduce a Noguera a acudir a N. Luhmann (Noguera, 2019, pp. 24-25) para hallar lo que sería una adecuada explicación sobre la «diferenciación funcional con lógicas de organización interna propias [...] cuya interacción hace que los cambios en cada una de ellas afecten al sistema completo» (Noguera, 2019, p. 25).

Pero entonces, la pregunta que uno se hace es la de si hay sistema o no. O, al menos, si existe algún conjunto social discernible al que someter al análisis. ¿Qué opina al respecto el autor? No parece que acepte su posibilidad; realmente, y a continuación, su rechazo resulta manifiesto: lo que hay es «una realidad policéntrica con la coexistencia de lógicas de organización estructural y superestructural de distintas épocas históricas, en las que el Estado tan solo es una de las diferentes

configuraciones organizacionales epocales que se dan en ella». La operación aquí es clara: Noguera intenta extender esa percepción de «fragmentación» hasta hacerla imposible de medir, inabarcable. Si no acabamos de definir o concretar etapas, fases, o predominios que se sucedan en el tiempo, tampoco podremos obtener una unidad (y menos aún «orgánica», desde luego). Los saltos que reproduce el autor inmediatamente después, de las *enclosures* al G-7, parecen abundar en la misma idea (Noguera, 2019, pp. 26-27).

Sea como fuere, Noguera distingue tres superposiciones (algo a lo que recurre a menudo en el libro) de lo que denomina «espacio-tiempo histórico» (liberal, posliberal y preliberal), inclinándose claramente por el último: un ámbito (al ser tiempo y espacio a la vez, y también de forma que atraviesa todo hasta hoy, no sé de qué otra manera denominarlo) en donde existiría «una relación práctico-económica igualitaria o de reciprocidad en la que los miembros de la comunidad participan y se atribuyen equitativamente los beneficios de la producción y el intercambio, sin que existan ricos ni pobres». Asoma aquí, sin duda, una visión algo idílica de esas sociedades que Noguera acaba por apuntar que son «arcaicas y preindustriales» (Noguera, 2019, p. 26: ¿comunismo «primitivo», puesto que «preliberal»?), y en donde «el excedente es gestionado en común con vista a la producción, reproducción y crecimiento de la vida en comunidad». Pero, ¿qué producción? ¿De mera subsistencia? ¿Qué tipo de crecimiento, entonces? ¿Qué reproducción y de quién? Sorprende que, además de no contestar estas importantes preguntas, Noguera tampoco acuda al verter sus afirmaciones al respaldo de algún estudio de carácter antropológico, siquiera de los clásicos. Al menos Morgan (1985 [1877]) o Engels (2017 [1884]) ofrecían detalles, por ásperos que fuesen.

Sin abundar en este tema, sin embargo, interesa subrayar que, según el mismo autor, en nuestras sociedades estarían en tensión «tres espacios-tiempo históricos (liberal, posliberal y preliberal) con estructuras (sistema económico) y superestructuras jurídico-políticas (autoridades, formas de juridicidad y legitimidades) diferentes». Sus contornos no quedan demasiado definidos, pero baste saber que en el primero la autoridad ha sido (y es, recordemos que las tres formas se reproducen simultáneamente hoy) el Estado, en el segundo reside en organismos técnicos, internacionales y del sector financiero, y en el tercero es «comunitaria» (Noguera, 2019, p. 25: sin que Noguera acabe de concretar tampoco en qué consiste esta característica, insisto). Retengamos su aportación, para recuperarla un poco más tarde en estas líneas, porque el esquema tripartito se reitera en varias ocasiones de forma correlativa. Pero ya vamos adivinando uno de los pronunciamientos básicos del texto, si no el central. Y es que su autor mezcla valoraciones propias, algo embozadas, pero fáciles de detectar, con otras afirmaciones de carácter «sociológico».

Tras explicar la aparición del mercado en la teoría política y social del siglo XVIII (Mandeville, 2004 [1714], Smith, 1983 [1776]), y aludiendo al esquema habitual que utilizaran los ilustrados escoceses (Wences, 2009, p. 160-162) y luego Hegel para separar la sociedad civil del Estado (Hegel, 2017 [1820], §§ 182-256 y 261, y est. prelim., pp. xxi-xxxiii), Noguera acaba sosteniendo que «tanto la socialdemocracia como el comunismo oficial pasaron a ser sinónimo de la defensa y promoción del intervencionismo de Estado como mecanismo desmercantilizador enfrenteado a la sociedad-mercado» (Noguera, 2019, p. 39). El autor, claro es, rechaza esta dicotomía (Noguera, 2019, p. 41), pero de momento no indica alternativa alguna. Simplemente, apunta que «la evolución reciente del capitalismo ha llevado a una transformación de la naturaleza, objetivos y funciones del Estado que implica una complejización del campo de lucha de los derechos, dejando atrás la representación de este como dialéctica binaria y creando la necesidad de pasar a entenderlo como dialéctica

compleja o de triple eje». Señala, asimismo, que el estado social del siglo XX asumía tres responsabilidades: la de garantía (asegurar derecho, servicios o prestaciones), la de cumplimiento o ejecución (realización efectiva de esas tareas, servicios o prestaciones) y la financiación (cobertura económica de todos ellos).

Sin entrar ahora en si esta última división (de nuevo tripartita) es correcta (parece que la segunda responsabilidad es sospechosamente parecida a la primera), o si resulta legítima la utilización del término «dialéctica» en los múltiples sentidos prescritos, sí hay que subrayar que inmediatamente después Noguera indica que el Estado ya no desempeña aquellos papeles mencionados. Pero, atención, porque introduce una locución imperativa de una manera algo extraña, dados los presupuestos de los que decía partir antes: «en esta coyuntura [¿cuál, originada por quién, con qué rasgos?] de pérdida de recursos y posiciones de titularidad y dominio sobre múltiples espacios y bienes, el Estado debe replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar otro tipo de actividad, transformando su naturaleza. El Estado debe asumir el reto de mantener los fines sin disponer de los medios, lo que obliga a una desagregación de responsabilidades». ¿Quién hace que eso deba ser así? De momento el autor rehúye una respuesta más concreta. Y por tanto parece aplazar la solución al problema que plantea. Lo malo es que lo va a acabar haciendo de manera indefinida. Lo que le importa es indicar que hay una maldita «dialéctica binaria», que resulta rechazable porque se empecina en un supuesto enfrentamiento Estado-sociedad o, si se quiere, Estado-mercado, inadecuado y falaz (otra «ideología», pues, que formaría parte de la «esfera mental de gran parte de las izquierdas», Noguera, 2019, p. 45).

Y es que la solución vendría de «considerar el campo de la lucha de [no por] los derechos como un campo donde operan tres esferas. El Estado como espacio de lo público, la sociedad como espacio de lo privado y la sociedad como espacio del procomún o de relaciones colaborativas y solidarias generadoras de igualdad», para añadir, inmediatamente a continuación, de manera sorprendente y sin mediar explicación previa, «que la desagregación de funciones del Estado a favor de la sociedad [¿no ha dicho que esa división es falaz?] puede entenderse como proceso de privatización generador de desigualdad, pero también como proceso de comunitarización generador de solidaridad e igualdad» (Noguera, 2019, p. 45).

La clave del trabajo aparece ya por fin aquí. Ante el retroceso del Estado en diversos sectores, la respuesta «para construir nuevas formas de dignidad» (Noguera, 2019, p. 45) es «comunitarizar». Una operación que entiende Noguera que se estaría produciendo como hecho social (su alusión a las ocupaciones de tierras o viviendas así lo indica), pero que, además, se hallaría respaldado normativamente, puesto que es la alternativa para construir la dignidad. «Ante la inevitabilidad [de ahí lo de «debe», imaginamos] de un cada vez mayor repliegue garantista neoliberal, la extensión de estas formas colaborativas en el espacio del procomún será, en un futuro próximo, la única alternativa para la garantía de los derechos para amplios sectores de las clases populares que no puedan acceder al mercado. De ahí la importancia que el espacio del procomún cooperativo acabará teniendo para las clases populares a corto-medio plazo» (Noguera, 2019, p. 47).

Hasta aquí, el autor se pronuncia de una manera crítica que nos recuerda indudablemente a numerosos otros en búsqueda de modelos sociales alternativos. En realidad, mucho más a los socialistas utópicos o a los cooperativistas que a los pensadores del socialismo científico. Esto lo muestra a las claras también su asunción de un «pluralismo económico» (Noguera, 2019, p. 146) incompatible con propuestas de planificación o intervención fuerte (democráticas o no), o su señalamiento de, nada menos, que la existencia de varios «modos de producción» simultáneos en una misma

realidad actual (Noguera, 2019, p. 136). En este, último aspecto, ¿de qué le vale acudir al concepto de plusvalía, precisamente el término unificador que nos permitiría hablar de modo de producción (capitalista)? En efecto, Noguera aboga por «estructuras de organización de lo colectivo, de distinta naturaleza, que ocupen y luchen por disputar cuotas de plusvalía en los distintos ejes del campo de lucha de los derechos de dialéctica compleja empezando a desarrollar prácticas alternativas transformadoras», de acuerdo con lo que denomina una «activación de un proceso de dialéctica entre un Derecho constitucional menor de anticipación y de consumación» (Noguera, 2019, p. 123; el primero, representado por la Revolución francesa y de orientación individualista, y el segundo procedente de la «Revolución» Gloriosa inglesa y de fundamentación historicista). Lo que no se acaba de aclarar es, entonces cómo implementar esos «derechos» a los que Noguera gusta tanto citar una y otra vez. Y menos identificar aquellos «ejes» de los que habla.

Y es que hay un pequeño problema que el autor debe sortear a continuación. Su especialidad, pese a sus muchas y dispares lecturas (de Rosanvallon a De Cabo, de Maravall a Ostrom, de Ferrajoli a Emmanuel) se supone que es el Derecho constitucional, así que debe proponer algo más en su volumen, si no quiere convertirse en uno más de entre muchos (fuera del campo jurídico) que critican la involución neoliberal.

La tripartición volverá a reproducirse en el texto, pues, algo más tarde, pero, al menos bajo el refinamiento que supondría introducir tres categorías, a saber, «hiperconstitucionalismo» («fortalecimiento de la ideología de la soberanía», Noguera, 2019, p. 61), «posconstitucionalismo» («abolición de esa idea», Noguera, 2019, p. 79) y alterconstitucionalismo («redefinición de la ideología de la soberanía», Noguera, 2019, p. 101). Pero aquí ya el ataque no es frontal. Es más, la supuesta radicalidad de las propuestas anteriores choca con el intento de construcción constitucional que ahora desfila ante nosotros. Así, el alterconstitucionalismo sería, y sin temor al oxímoron, «a la vez, una hoja de ruta para la transición y un proyecto político-constitucional, que supera la antítesis reforma-revolución y la reconcilia en una estrategia de reformismo revolucionario». «Plantea un nuevo sistema de relaciones sociales, políticas, económicas y culturales anticapitalista, aunque construido desde el constitucionalismo».

Pero, ¿acaso no había dicho ya Noguera que la soberanía es una ideología? ¿Hay un constitucionalismo que no la presuponga? Pudiera ser. Pero, entonces, por qué tendríamos que limitarnos a «redefinirla»? ¿En qué consistiría aquél? El autor parece navegar ya aquí entre demasiadas ambigüedades, malamente solventadas mediante un recurso a la «dialéctica» poco excusable por reiterado y fácilmente mutable en su caso. Que la transformación social y económica «no es posible únicamente con el Estado y la ley» (Noguera, 2019, p. 103), ya no los han dicho muchos autores y autoras antes (Gramsci [1974] de una manera, Marx de otra, J. S. Mill [1965 (1859)] también, I. M. Young [1990]), pero el sostener que hace falta un nuevo reformismo («revolucionario», *sic*), «de sujeto, objeto y prácticas plurales» (Noguera, 2019, p. 103) parece añadir confusión a cualquier receta, ya que ni se considera a un sujeto individual moral indeterminado (universal, diríamos), ni tampoco a otro colectivo agrupado bajo un programa de acción política. ¿De quién habla exactamente Noguera? ¿Quiénes son las «clases populares» a las que aquí se refiere? ¿No es la «gente corriente» a la que arriba aludía? ¿Qué les une o distingue? ¿A quién o a quiénes habría que agrupar? ¿Con quién practicar la «hegemonía»? Los liberales a quienes critica al menos toman un marco moral de referencia enérgico para apuntalarse, y la «izquierda» de la que tan despectivamente habla, organizaciones y actuación políticas continuadas y coordinadas en el tiempo. Noguera emplea, en

cambio, el término «diversidad» y lo identifica, lisa y llanamente, con el de la multitud negriniana (Noguera, 2019, p. 136).

Es más, la «multifragmentación de las estructuras de explotación, desigualdad y exclusión, así como una multiactividad nómada de las fuerzas de trabajo y supervivencia que se expresa en la ya explicada complejización del campo de la lucha de los derechos» (Noguera, 2019, p. 104), en contra de lo afirmado por Noguera, no es nueva en absoluto (de hecho, el autor percibe numerosas «novedades» donde no hay tantas). Cierta atracción por enfoques posmodernos implica este tipo de aproximación, obviamente. Si sustituimos derechos por «reclamos», o reivindicaciones, a la manera de Laclau (*La razón populista* [Laclau, 2005]), la operación nos podría resultar familiar. Pero una perspectiva más apegada a la Historia serviría para descubrir que la fragmentación social que hoy nos parece tan grande en realidad ya existía en tiempos de la Revolución Industrial. Entonces, numerosas familias al completo tejían para propietarios de la industria en sus propias casas. La «precarización» era un fenómeno constante que recorría un mundo repleto de desposeídos de sus tierras, así como braceros, marineros y campesinos arrendatarios. Lo extraordinario de aquella situación es que pudieran engendrarse, muchas veces a pesar de la situación social poco propicia y de la represión de autoridades y jueces y tribunales, bastantes sindicatos, cooperativas, o partidos obreros, agrupaciones de jornaleros o centros de reunión. Y por supuesto, que sus demandas se articularan en el lenguaje de los derechos. En el fondo, en el estudio de Noguera hay una especie de retroceso: como el Estado está siendo tomado y asaltado por los adalides del capitalismo, retirémonos a nuestros rincones del «procomún», como cimarrones (Noguera, 2019, p. 72) escapados del esclavismo que sin embargo no pueden abolirlo, en un lugar donde parece haber horizontalidad sin democracia, cierta ilusión de satisfacer necesidades sin desarrollo alguno, o la protección del más débil sin instituciones sólidas que sobrepasen los meros poderes locales (Noguera, 2019, p. 127).

No quiero que se me malinterprete, sin embargo. El profesor Noguera ha sido guiado por una encomiable pretensión de buscar nuevos senderos para el Derecho constitucional. Sus mejores resultados, quizás, se encuentren en gran parte de la crítica a lo que denomina el hiperconstitucionalismo, que se hallaría bien representado por Ferrajoli, así como, sobre todo, la que vierte contra el posconstitucionalismo. El problema que subyace en el volumen es el de someter a términos precisos una inquietud elogiada que, sin embargo, malgasta parte de su fuerza intentando cohonestar una literatura demasiado heterogénea. Además, le persigue en ocasiones cierta manía, inteligible pero poco fiable, en la empresa que desea acometer; a saber, la de confundir variedad con pluralismo, y teoría solvente cohesiva con ideología hegemónica. La querencia por la dispersión en lugar de la unidad metodológica, por el comentario sociológico frente al diseño normativo, por la espontaneidad en la narración en vez de la inteligibilidad de las conclusiones. Se trata de afanes plausibles en ciertas dosis, sin duda, pero no conviene abusar de ellos o quizás el lector puede que ignore a qué nos estamos refiriendo.

## Bibliografía

- Engels, F. (2017 [1884]). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Madrid: Akal.
- Gramsci, A. (1974). *Antología* (M. Sacristán, ed. y trad.). Madrid: Siglo XXI.
- Hegel, G. W. F. (2017 [1820]). *Fundamentos de la filosofía del Derecho*. Madrid: Tecnos.

- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Mandeville, B (2004 [1714]). *La fábula de las abejas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Marx, K. (1975 [1859]). Prólogo de la contribución de la economía política. En *Obras escogidas de Marx y Engels* (pp. 346-351). Madrid: Ayuso.
- Mill, J. S. (1965 [1859]). *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina*. Madrid: Tecnos.
- Morgan, L. H. (1985 [1877]). *Ancient Society*. Tucson: University of Arizona Press.
- Noguera, A. (2019). *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Smith, A. (1983 [1776]). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, 3 vols. Barcelona: Orbis.
- Wences, I. (2009). *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*. Ciudad de México: Fontamara.
- Young, I. M. (2000 [1990]). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.

# Nuevo mapa conceptual para el constitucionalismo crítico. Comentario a Albert Noguera, *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*

(2019) Trotta  
Madrid, 168 pp.

Sebastián Martín  
*Universidad de Sevilla*  
ORCID ID 0000-0003-0142-2611  
[sebasmartin@us.es](mailto:sebasmartin@us.es)

Cita recomendada:

Martín, S. (2020). Nuevo mapa conceptual para el constitucionalismo crítico. Comentario a Albert Noguera, *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 552-578.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5730>

Recibido / received: 27/08/2020

## 1. Modelo

En una alocución dirigida a los asistentes a la Cumbre de los pueblos de Québec en abril de 2001, convocada en protesta contra la paralela Cumbre de las Américas y sus planes de liberalización del comercio internacional en el continente americano, Pierre Bourdieu alentaba la sublevación popular contra una «globalización que se nos presenta como fatalidad», pero que «es efectivamente una política» (Bourdieu, 2001a, p. 566).

Se trataba de combatir una estrategia deliberada, técnicamente bien trabada y sólidamente fundada en su vertiente cultural debido al respaldo mediático oficial. La globalización a la que había que enfrentarse resultaba así, en primer término, una «política» dirigida a «imponer las condiciones más favorables a las fuerzas económicas» destruyendo nuestros «sistemas de defensa inmunitaria», es decir, transformando «en mercancías y en fuente de beneficio todas las actividades de servicio, incluidas las que responden a las necesidades fundamentales como la educación, la cultura y la sanidad». A su vez, y en consecuencia, la globalización

aparecía a ojos de Bourdieu como «una política de despolitización», orientada a eliminar cualquier tipo de obstáculo normativo, fiscalizador o democrático al desenvolvimiento de «las fuerzas económicas y sociales así “liberadas”» (Bourdieu, 2001a, pp. 567 y 569).

Si la globalización instituía un proceso planificado que combinaba en una espiral de retroalimentación la mercantilización progresiva de todas las esferas sociales, y la desregulación paulatina –o la creciente privatización de las reglas y estándares– de los intercambios, el único modo eficaz de enfrentarse a ella era promoviendo una repolitización que combinase el pensamiento científico crítico y la acción coordinada de movimientos sociales y sindicatos. La principal novedad de este deseable ascenso repolitizador, al menos respecto de las anteriores luchas por los derechos, era que debía colocarse «más allá de las fronteras del Estado nacional» (Bourdieu, 2001a, p. 569), planteando una contestación transnacional a un desafío precisamente global.

El reto abarcaba los tratados de libre comercio suscritos entre estados americanos, pero también la evolución economicista cada vez más notoria de la integración europea, donde la «social-democracia convertida al neoliberalismo» promovía sin pudor «la desregulación salvaje», el dogma de la libre competencia y la consiguiente frustración de «la Europa social» (Bourdieu, 2000, p. 559). Solo cabía hacer frente a semejante desafío a través de un «movimiento social europeo» y también mundial.

Lo que distingue la reflexión práctica de Bourdieu es el modo en que se interrogó acerca del papel que debía desempeñar el intelectual –o, mejor dicho, el «investigador»– en la articulación e impulso de dicho movimiento social general. Preconizando el compromiso de los intelectuales con las luchas emancipadoras, desde bien pronto se mostró prevenido contra el «revolucionarismo verbal» – «ideología jacobina», lo llamaba– que, en secreta complicidad con el conservadurismo, tenía la habilidad de servir para que las cosas no se inmutasen y para «dispensar de examinar el funcionamiento» del sistema sometido a crítica radical (Bourdieu, 1966, p. 70). Frente a dicha «crítica “decisionista”» o «voluntarista» regida por la inmediatez del encargo o por los apremios de la militancia, Bourdieu se adhirió a otra forma de crítica, ligada estrechamente a la investigación social, orientada al desenmascaramiento de las prácticas sigilosas de dominación e involucrada, por tanto, en «la construcción del objeto» que sometía a escrutinio (Bourdieu, 1975, p. 121).

Practicando una sociología enderezada al desvelamiento de «los resortes» – a menudo encubiertos– «de la autoridad» (Bourdieu, 1982, p. 213), nuestro autor abogaba por una implicación de los intelectuales en las luchas políticas marcada por su competencia para suministrar un refinado «conocimiento del mundo social», presupuesto de cualquier acción colectiva transformadora. Ciertamente es que, ante la «formidable crisis de la representación» que ya se atravesaba en la Francia de los 1990, su reivindicación consistía en «reafirmar el papel del Estado», exigiéndole «que ejer[ciese] la acción reguladora capaz de contrarrestar la “fatalidad” de los mecanismos económicos», con sus disolventes consecuencias para el cuerpo social (Bourdieu, 1992, pp. 299 y 302). Sin embargo, no nos interesa tanto examinar los contornos de las alternativas que entonces postulaba cuanto el papel que asignaba a los intelectuales en su preparación.

Se puede inferir que si la respuesta que planteaba ante el deterioro de la representación era un reforzamiento del Estado regulador, capaz de restaurar las expectativas socioeconómicas legítimas de los ciudadanos, la misión que en ello

habría de jugar el investigador era esencial: solo conociendo con cierta exactitud las regularidades sociales podrían modificarse para mejor a través del derecho y la intervención administrativa. Pero su visión del compromiso político de los intelectuales iba más allá, y se caracterizaba por la lucidísima superación de la «alternativa clásica» entre el investigador autónomo, consagrado a la ciencia pura y refractario a toda contaminación política, y el pensador militante, marcado por su compromiso partidario (Bourdieu, 1989, p. 322). Mientras que la interpretación convencional veía ambas posibilidades como mutuamente excluyentes, Bourdieu las entendía profundamente co-implicadas.

En efecto, «la dicotomía entre *scholarship* y *commitment*», entre el trabajo intelectual elaborado con arreglo a pautas científicas rigurosas o el realizado en función del compromiso político, resultaba, a su juicio, una falsedad interesada. Su convicción era que había «que ser un sabio autónomo que trabaje según las reglas del *scholarship* para poder producir un saber comprometido» capaz de veras de transformar las cosas (Bourdieu, 2001b, p. 572). Esto le colocaba frente a dos especímenes culturales nada infrecuentes, los de «la renuncia» y «la colaboración» (Bourdieu, 1997, p. 438): representada la primera por aquellos que pretenden huir «hacia la pureza» en la vana pretensión de ser «doblemente sabios porque no hacen nada con su ciencia» (Bourdieu, 2001b, p. 572); y encarnada la segunda, en especial, por los «doxósofos, sabios aparentes y sabios de la apariencia», según Platón, quienes, «fracasados» e incapaces «de tener éxito según las normas del campo», pontifican en público sirviéndose de su estatuto profesional y al servicio siempre de ciertos intereses corporativos o partidarios (Bourdieu, 1989, p. 332-333). Si la pretensión de pureza de los primeros amputaba la indispensable función práctica de la ciencia social, la superficialidad complaciente con el poder de los segundos pretendía borrar la evidencia de que «la fuerza específica del intelectual, incluso en política, descansa sobre la autonomía que da la capacidad de responder a las exigencias internas del campo» —o «de la comunidad de sabios»— al que pertenece y donde trabaja (Bourdieu, 1989, p. 333).

Cuando el investigador aspira a una obra políticamente eficaz en sentido crítico, y no a una impotente caja de resonancia de las posiciones del grupo en que milita, el primer requisito entonces a cumplir es el severo adiestramiento en la disciplina que se cultiva, el resuelto manejo de la arquitectura conceptual y de los nudos problemáticos que todo saber comporta. Una primera causa en la que ha de militar es, en consecuencia, la del combate por «la autonomía del propio campo» frente a las múltiples «formas de mecenazgo» que amenazan con subordinarlo a las directrices tecnocráticas o empresariales (Bourdieu, 1989, p. 329). Y, en el terreno político, el modelo personal de referencia que estamos invocando no tuvo dudas de que su ciencia, la sociología, por exigencia humanista y racional, debía librar la batalla contra el imperialismo colonialista, contra «la dominación masculina», contra las múltiples formas de subyugación clasista y desde luego, a partir de los años 1980, contra el «neoliberalismo», entendido como una «revolución conservadora» cuyo destino fatal era el imperio de «la ley del más fuerte» (Bourdieu, 1997, p. 435).

Este convencimiento le hizo colocarse desde bien pronto al lado de los movimientos estudiantiles que rechazaban que el «patrón vanguardista», el emprendedor versátil, fuese «el ideal humano propuesto a la juventud» (Bourdieu, 1986, p. 261). Cuando era denuncia propia de minorías acusadas de aguafiestas, ya señalaba «el paro de masas», «la precariedad» rampante, «la inseguridad permanente» que azotaba también a «las capas medias», el «desmoronamiento de las solidaridades elementales, especialmente familiares», y, en fin, el «estado de anomia» a que el *laissez-faire* estaba condenando a las sociedades con su «guerra total contra toda la civilización asociada al Estado social» (Bourdieu, 1997, p. 437). Y

ya entonces, aspirando a esa síntesis de «*scholarship with commitment*», e inspirándose en Ernst Bloch, propuso a los intelectuales críticos «restaurar un pensamiento utopista», pero ajeno al «voluntarismo puro», entrañando más bien el deber de «trabajar colectivamente en análisis ajustados a los procesos objetivos del orden que aspiran a transformar» (Bourdieu, 1997, p. 439).

## 2. Confesión y esquema

He querido comenzar glosando la figura de Pierre Bourdieu porque la considero un modelo normativo de valor excepcional cuando se trata de conciliar ciencia social y compromiso político transformador (Martín, 2014b). No puedo dejar de confesar, de entrada, en forma de franco autoanálisis, que la impronta que ha recorrido mi dedicación investigadora ha sido, principalmente, la vocación weberiana por el conocimiento puro. Aún recuerdo cuando un conocido constitucionalista, hoy diputado, me preguntó, en relación a mi libro sobre el campo de la ciencia jurídico-política en la II República (Martín, 2011), «qué finalidad perseguía con aquella investigación», a lo que, algo perplejo, solo pude responder que «conocer con precisión las reglas de producción del saber jurídico-constitucional en la España republicana», mas sin perseguir ulteriores funciones políticas de carácter práctico en el presente.

No obstante, ya entonces, ese afán de conocimiento sin mediación política actual partía de principios éticos, elevados a cánones epistemológicos, bien ostensibles, convenientemente explicitados y acaso identificables con los propios del constitucionalismo garantista, social y democrático (v. gr. Martín, 2007, 2009). Con mayor madurez hoy, y por las razones aducidas, concibo la disciplinada sumisión a las reglas del arte histórico-jurídico como un gesto de defensa de la autonomía del saber que practico frente a toda forma de colonización, incluso la política de procedencia progresista (Martín, 2016a). Sin embargo, el creciente peso determinante de las representaciones históricas en la orientación de las acciones colectivas, el difundido convencimiento de que los pasados de opresión sin reparar no dejan nunca de pasar (Martín, 2019), así como la constatación de que las mejores luchas emancipadoras han requerido siempre operar en determinadas constelaciones tradicionales (Martín, 2020), a cuya identificación y síntesis sirve la historiografía, me han llevado a reconocer la politicidad insorteable de la materia que investigo.

Pero en esta singladura personal, apretadamente expuesta, se ha seguido manteniendo incólume el ejemplo de referencia encarnado por Bourdieu, tan alérgico al «activismo por el activismo» como a la ciencia al servicio de la dominación. Si lo he traído a colación desde un comienzo –se habrá adivinado ya– es porque las páginas que siguen habrán de dedicarse a comentar un libro que desde su propio título confiesa que realiza ciencia jurídica para servir a propósitos emancipadores. Y no se me ocurre mejor parámetro de valoración que aquel que indica que, para servir a dicho fin liberador, debe comenzarse por practicar con maestría la propia disciplina. Anticipemos que, a mi juicio, no solo estamos ante un raro caso de capacidad constructiva y desenvolvimiento sintético en la complejidad, sino también ante un ejemplo de teorización omnicomprendensiva francamente escaso, por lo que alcanzo a conocer, en la mayoritariamente formalista, exegética y sectorial ciencia española del derecho constitucional.

La satisfacción de entrada del modelo de referencia que sirve a este recensor no le exonera, en cambio, de la realización de algún comentario crítico. Para que el lector pueda ubicarlos correctamente se procederá a un resumen del trabajo en cuestión, distinguiendo, para evitar enojosas duplicaciones, los propósitos del autor y lo que considero sus aportaciones más señeras. Se continuará señalando lo que se

ha entendido como flaquezas, ya sean de pulsación de la realidad, de soporte metodológico, de trabazón argumental o de traslado a la práctica, que, sin menoscabar el valor del conjunto, acaso le resten algo de compacidad. Y, por último, pero ya más en el sector de mi especialidad que en el de la ciencia jurídico-constitucional, se detectarán algunas fallas en las representaciones sobre el pasado político que sirven al autor para sustentar su relato crítico de actualidad.

### 3. Síntesis

#### 3.1. Propósitos

Con su habitual capacidad de diagnóstico, contaba Pierre Rosanvallon que, comenzado el presente siglo, la democracia se veía atravesada por «una contradicción esencial»: la que contrapone la aspiración de los ciudadanos «a hacerse cargo cada vez más directamente de su existencia» y su «demanda incrementada de política» e intervencionismo justo para poder «dominar un destino compartido». Creo que el libro de Albert Noguera se sitúa de lleno en esta significativa disyuntiva entre la «aspiración a más pluralismo y descentralización», con el refuerzo consiguiente «de los contrapoderes», y la «búsqueda de un lugar central en el cual pueda expresarse y corporizarse una voluntad común eficaz» (Rosanvallon, 2007, p. 11).

El autor reconoce implícitamente la posición sociológica desde la que escribe: la del «intelectual» justo en el momento histórico en el que la mayor parte de los intelectuales forma parte «de la masa precaria explotada» (Noguera, 2019, p. 71). Deriva además de esta posición el imperativo ético y estratégico a tenor del cual no corresponde ya al trabajador de la cultura el adiestramiento de ningún sujeto histórico revolucionario, sino simplemente propiciar, con su acervo y proyección, la autonomía social, en un proceso donde «las experiencias de autoorganización popular» han de representar «la vanguardia», y «la teoría [...] la retaguardia» (Noguera, 2019, p. 115).

El interlocutor preferente del estudio es el jurista o militante de izquierdas, o el lector centrista o conservador interesado en conocer los derroteros teóricos por los que hoy camina la reflexión jurídica crítica. Estamos ante un libro de izquierdas escrito para consumo y provecho de los movimientos sociales de izquierda. Es aquí –creo– donde deben encuadrarse sus propósitos principales.

El primero de ellos persigue que se anclen bien los pies en el suelo histórico para poder llegar a plantear alternativas de futuro viables. En este sentido, se revuelve ante todo contra los «proyectos estatolátras» (Noguera, 2019, p. 10), caros todavía a buena parte del progresismo europeo, y lo hace atacando su condición cultural de posibilidad, la que denomina –dando título a la monografía– «ideología de la soberanía», caracterizada por considerar el Estado como el «único núcleo organizador» de la sociedad y el derecho estatal como el único dotado de juridicidad. Además, no califica tal condición como «ideología» arbitrariamente, sino por la convicción de que las premisas jurídico-políticas que comporta suponen una «falsa conciencia» (Noguera, 2019, p. 11), que impide a quienes las movilizan el conocimiento cabal de la realidad sobre la que pretenden operar.

La reflexión del profesor Noguera aspira así a incidir «en la esfera mental de gran parte de las izquierdas» (Noguera, 2019, p. 45) para que en ella se verifique un desplazamiento desde posiciones estatistas, verticales y monistas a postulados cooperativos, horizontales y pluralistas. Identifica la reluctancia monista ante todo en el garantismo, al que plantea una ambiciosa enmienda, como después se verá. Pero su programa no se identifica tampoco con el derrotismo catastrofista de quienes,

desde la izquierda, anuncian un inevitable futuro apocalíptico de «sociedades posconstitucionales distópicas» marcadas por «formas de pluralismo *Mad Max*» (Noguera, 2019, pp. 84, 89). Si al neoconstitucionalismo garantista (al que llama «hiperconstitucionalismo») le señala su desfase histórico, ante la tentación «posconstitucional» de sucumbir al temor generalizado al «colapso» (Noguera, 2019, p. 93) se impone la obligación de «pensar nuevos paradigmas constitucionales capaces de generar dignidad» (Noguera, 2019, p. 99)<sup>1</sup>.

Con este objetivo como irreprochable divisa, el autor se sitúa en el dilema congénito de la izquierda histórica –que tuvo en el arranque de la República de Weimar uno de sus momentos más desgarradores– entre «autoorganización espontánea de las masas» o «extensión de la administración pública enderezada al bienestar colectivo» (Peukert, 2020, p. 43). Y se ubica en esta bipolaridad entre «Estado y autoorganización popular» (Noguera, 2019, p. 130) dejando claro que el propósito práctico de su reflexión teórica es «el fortalecimiento de espacios de autoorganización y autorregulación en el seno de la sociedad» (Noguera, 2019, p. 70) con el fin de lograr formas sólidas de autotutela. En efecto, frente a la creencia usual de las izquierdas de que la sociedad es, de modo preferente, «espacio de mercado y desigualdad», aboga por pasar a concebirla como un posible espacio «de solidaridad-igualdad» (Noguera, 2019, p. 44). Así, concluye su obra insistiendo en que la mueve el propósito de empoderar jurídica y políticamente a las colectividades autónomas, contribuyendo con ello a la revigorización de «una nueva racionalidad descentralizadora-comunal» que logre sustituir «parte de lo estatal por la autonomía social». De esta forma se propiciaría la consolidación de «espacios sociales que se autorregulen de manera democrática, igualitaria y con valores opuestos a los del mercado» (Noguera, 2019, p. 146).

Su preferencia no es caprichosa. Obedece a un diagnóstico sobre la tendencia histórica objetiva según el cual el reforzamiento de la sociedad en detrimento de la institucionalidad estatal compone un vector evolutivo insoslayable, algo ya puesto de relieve por otros juristas notables que interesan a nuestro autor (Esteve Pardo, 2013, p. 24). Ante el convencimiento de que los supuestos sociales, económicos e históricos del constitucionalismo social garantista se encuentran agotados, se trataría entonces de intentar redirigir la tendencia mencionada en favor de las clases humildes y las mayorías sociales, rectificando su actual propensión oligárquica y corporativa. Y frente al sálvese quien pueda, o la «resiliencia social salvaje» (Noguera, 2019, p. 96)<sup>2</sup>, como respuestas resignadas a la profunda crisis que atravesamos, invita a apostar por una «resiliencia social civil» (Noguera, 2019, p. 97) que implique la organización y coordinación de las colectividades en aras del bien común y como «resistencia» frente al imperio de la competencia descarnada.

Semejante tentativa cuenta con requerimientos estratégicos, administrativos y jurídicos. No se trataría ya, al modo gramsciano, de coagular las «propias formas organizativas» de las «clases populares» para que formen una suerte de «Estado en potencia» (Noguera, 2019, p. 115), presto a desbancar al Estado oficial en el momento del derrumbe causado por sus contradicciones internas. Más bien se aspira a estabilizar una federación de comunas solidarias eliminando del horizonte su conversión estatal. Pero, como se ha insinuado, no por ello se renuncia a todo momento de unidad o de «universalismo» (Noguera, 2019, p. 130), confiando en una

1 Con su alusión al «colapso», capta el autor un miedo bien difuso, auténtico rasgo de época, reflejado en series actuales como la homónima de *Les Parasites* o la muy celebrada de *Years & Years*.

2 Debe mencionarse aquí, como antecedente inspirador, a Wolfgang Streek, quien, en su esclarecedora introducción a la versión castellana de *How will capitalism end?*, señala la «resiliencia» como uno de los principales mecanismos de estabilización individualista del régimen neoliberal en crisis (Streek, 2017, p. 58).

suerte de articulación espontánea entre comunidades igualitarias sin polo central alguno que las coordine y unifique; antes al contrario, se persigue alterar la interrelación ortodoxa entre ambos extremos, el local-popular y el general-estatal, colocando las instancias unificantes al servicio de las iniciativas locales cooperativas. Habría de promoverse así, por ejemplo, «la implementación desde la Administración estatal de políticas destinadas a favorecer, potenciar y proteger la economía social o cooperativa» (Noguera, 2019, p. 70). En sentido paralelo, pero en el ámbito municipal o provincial, habría que incentivar «la activación desde administraciones locales o intermedias de un Derecho constitucional menor de anticipación de experiencias del procomún cooperativo» (Noguera, 2019, p. 129). Y es que, en definitiva, habría que utilizar «el Derecho para facilitar la creación de espacios» de ese «procomún cooperativo», lo cual supone, en primer término, comenzar a reconocer «una nueva juridicidad» a las «experiencias cotidianas» de signo solidario y autonomista (Noguera, 2019, p. 129).

En coherencia con la convicción de que solo mediante la praxis colectiva podrá forjarse una nueva mentalidad jurídica, a cuya cristalización debe acudir el intelectual *a posteriori* dotándola de forma conceptual, sería este reconocimiento de juridicidad a las formas cooperativas y autónomas de convivencia lo que permitiría «transitar hacia un nuevo paradigma constitucional» (Noguera, 2019, p. 129). Y aquí radica, a mi entender, el tercero de los propósitos de nuestra obra. Persuadido de que las posiciones de izquierda necesitan «construir una teoría jurídico-constitucional propia» en lugar de seguir parasitando la teoría demoliberal (Noguera, 2019, p. 99), esboza en su libro una propuesta de «alterconstitucionalismo» orientada precisamente por la doble necesidad de empoderar a las colectividades y de poner las instituciones y la propia Constitución a su servicio.

En efecto, del libro de Albert Noguera se desprende un replanteamiento pleno del propio concepto de Constitución, que pasa a concebirse como la arquitectura jurídica y procedimental de la autodeterminación colectiva. Sería el soporte jurídico-formal y sustantivo de una suerte de «federalismo horizontal de ciudadanías» (Noguera, 2019, p. 137). Su presencia evitaría que tal consorcio de colectividades cayese en una competencia desordenada y autodestructiva por encargarse de comunicarle «principios de dignidad» universales (Noguera, 2019, p. 137); por eso su propuesta reconoce abiertamente «la necesidad de Constitución», pero «de otra Constitución superadora del paradigma liberal estatista» (Noguera, 2019, pp. 130-131), paradigma al que al fin y al cabo sigue atado el garantismo (su «hiperconstitucionalismo») y la izquierda tradicional. Y para trascenderlo, su propuesta toma como premisa la indicación –mezcla de constatación y de señalamiento normativo– de que «la soberanía no radica en la Constitución, sino en las formas de organización de la sociedad» (Noguera, 2019, p. 137).

Con esta apuesta por las colectividades locales autorreguladas en sentido horizontal, antijerárquico y cooperativo o anticompetitivo, el autor –no sé si en un desplazamiento interno– se aleja de las premisas nacional-populares y de los planteamientos constituyentes clásicos para colocarse en escenarios posthegemónicos. Existe ya, a su entender, una contradicción esencial entre la irreductible fisonomía pluralista y fragmentaria de la sociedad y los requerimientos de casi-unanimidad de los procesos constituyentes tradicionales, en los que un determinado grupo social logra con éxito hacer pasar su proyecto parcial de sociedad como anhelo mayoritario, como sentido común de época refrendado de forma amplia y transversal en el acto rupturista de discutir, aprobar y ratificar la Constitución.

La multiplicidad reinante impide enunciar con la eficacia pasada un *We, the people* constructivo. La fragmentación imperante oblitera, su juicio, la «unificación del

sujeto» en torno «a una síntesis de identidad única», lo cual, a su vez, bloquea «su configuración en un único centro de soberanía dominante» (Noguera, 2019, p. 136). Indiquemos que en uno de los modelos teóricos que sirve de referencia al autor se encontraba ya la indicación de que, en las sociedades constitutiva y simbólicamente multipolares, «la semántica con la que la sociedad reproduce sentido susceptible de ser conservado» se torna «profundamente insegura», lo que condena a la esterilidad los intentos de resucitar la «confianza en las formas simbólicas estables» (Luhmann y De Giorgi, 1999, p. 104). Añadamos que los momentos históricos de intensa catalización política suelen ser profundamente traumáticos, y por severa que sea la crisis que atravesamos no deja de constituir –al menos hasta el momento– una lenta y triste decadencia que no propicia la sustitución general de la mentalidad jurídica predominante y de las formas ya forjadas de subjetivación política.

Pero lo que de cualquier modo nos interesa apuntar es que, frente a los actos constituyentes como ruptura neta con el pasado, el autor, en sintonía con su intención de trascender la extenuante dicotomía izquierdista entre «reforma» y «revolución», apuesta por un «proceso constituyente ampliado» que obliga a la reconsideración del propio concepto de Constitución. Dejaría de ser el pronunciamiento soberano del poder constituyente del pueblo representado en una asamblea extraordinaria para pasar a concebirse como «institucionalización de una nueva matriz social diferente al Estado moderno» (Noguera, 2019, p. 135). Encontrándose su propuesta de «alterconstitucionalismo» tan solo bosquejada (Noguera, 2019, p. 115), entre otras razones por necesitar para su confección «acabada» de la cristalización de las experiencias cooperativas de que se nutre, no queda al lector meridianamente claro en qué habría de consistir dicha «institucionalización», que yo entiendo al menos en dos sentidos: primeramente, como consagración en el texto constitucional estatal de las conquistas de los movimientos anticapitalistas y, en segundo lugar, como reconocimiento del valor constitucional que tienen las plasmaciones normativas de carácter local (su «Derecho constitucional menor») de las formas organizativas solidarias. A su vez, el derecho constitucional podría asumir, en ambos registros (estatal y «menor»), un doble papel: de fomento o incentivo de tales formas de vida cuando resultan aún precarias (a lo que llama «Derecho constitucional de anticipación»), o de consagración de las mismas cuando se encuentran consolidadas (su «Derecho constitucional de consumación»).

### 3.2. Aportaciones

El libro que comentamos cuenta, por tanto, con tres propósitos centrales: operar un cambio en la mentalidad estatalista aún predominante en las izquierdas, promover formas cooperativas de vida y replantear el concepto convencional de Constitución para hacerlo útil a tal objetivo solidario. Aparte de este valor, desenvuelto en el terreno propositivo, con lo adelantado hasta el momento puede además concluirse que uno de los principales méritos de la obra es su vocación teórica. En un tiempo en el que el constitucionalismo como doctrina se dedica principalmente a la exégesis normativa y jurisprudencial, envuelto por lo común en clichés claramente desfasados que lo inhabilitan para comprender el momento histórico presente, Albert Noguera se atreve a replantear las bases teóricas del propio constitucionalismo con el ánimo de inspirar la producción normativa y jurisprudencial, así como la interpretación doctrinal.

Se trata de un gesto, a mi entender, encomiable e intelectualmente estimulante. Como no podía ser de otro modo, pues la producción científica se caracteriza por la acumulación más que por los descubrimientos de nuevos mediterráneos, el replanteamiento teórico-constitucional lanzado por el autor organiza y sistematiza cuestiones ya visitadas por el pensamiento jurídico crítico. Debe en este sentido entroncarse la obra con la rica tradición pluralista y corporativista-democrática

tanto española como europea. Durante la lectura, es inevitable no traer a las mentes la polémica sobre el pluralismo y la soberanía estatal en la Europa de entreguerras, con las potentes aportaciones de Harold J. Laski y, sobre todo, para los propósitos que nos ocupan, de Georges Gurvitch (Martín, 2017, pp. 223-243 y 284-287). Acude también al recuerdo del lector la dialéctica que se dio en aquel entonces, con la emergencia de las democracias republicanas, entre las formidables fuerzas acumuladas en sociedad y su reconocimiento jurídico con fines de impulso y hegemonización<sup>3</sup>. No cabe tampoco dejar de vincular el tono y fines de la obra con algunas consideraciones de Simone Weil<sup>4</sup>, con las alternativas cooperativas al «Estado providencia» señaladas desde hace tiempo por el propio Rosanvallon (1984), con el pluralismo jurídico atento a las manifestaciones normativas de la vida cotidiana de Santos o con la filosofía crítica del derecho de Óscar Correas. La presente obra debe además enlazarse con aportaciones anteriores del autor en las que se interrogaba acerca de los modos de superar la crisis del Estado social sin incurrir en las trampas habituales del monismo (Noguera, 2012, 2014).

Aparte de su tonalidad propositiva, lo que da el timbre característico al libro que comentamos es, como se ha indicado, su capacidad de construcción conceptual. No solo es que se despliegue principalmente en el terreno de las categorías, lo que convierte la obra en especialmente provechosa desde el punto de vista heurístico; lo singular es su habilidad para pulsar nuestra realidad histórica en transición y traducirla a formas conceptuales útiles al lenguaje jurídico. Tanto sus variados ensayos de «modelización» o «tipificación» de realidades jurídico-políticas complejas como su exposición de las transformaciones económicas y laborales presentes –v. gr. las formas de mercantilización del «espacio del procomún colaborativo» (Noguera, 2019, pp. 49, 108)– dan buena muestra de esa facultad para acuñar conceptos que si a veces no son tan sintéticos como sería deseable siempre resultan esclarecedores.

También distingue la aportación del autor el hecho de que esa capacidad de construcción conceptual no obedezca tan solo a fines de conocimiento, sino que se ponga al servicio de la acción política transformadora. Como se ha sugerido, estamos ante un ejemplo transparente de ciencia jurídica partisana, que toma partido de forma explícita<sup>5</sup>. Su objetivo es dotar a las izquierdas de una brújula conceptual más sofisticada y atendida a la realidad presente para que orienten de forma satisfactoria sus luchas emancipadoras. Descifrándola y desvelándola, aspira así a que «las izquierdas» acoplen su «esfera mental» a la particular complejidad de la «nueva y compleja realidad» (Noguera, 2019, p. 61), pues solo de ese modo podrán formular «proyectos políticos garantistas» viables y capaces de «garantizar dignidad a las amplias mayorías sociales» (Noguera, 2019, p. 59).

Si lo habitual de las izquierdas mayoritarias ha sido pensar el «campo de lucha por los derechos» de forma «binaria», esto es, como demandas de protección planteadas por los colectivos sociales a un Estado proveedor de prestaciones, la

3 Un ejemplo célebre que suelo citar, y que se halla en plena congruencia con los planteamientos de la obra, fue precisamente el decreto de 4 de julio de 1931 sobre «sociedades cooperativas», poco después convalidado como ley, en el que se trataba de dotar al movimiento cooperativo de los principios, las técnicas y las exenciones fiscales necesarias para que se consolidase y generalizase en sociedad. El legislador republicano era bien consciente tanto de la consistente acumulación de fuerzas que dicho movimiento había logrado durante las décadas pasadas «en ambiente poco favorable» como del hecho de que solo a través de sus cooperativas de producción, venta, mano de obra o crédito podían los trabajadores defenderse eficazmente frente a la competencia capitalista.

4 Entre las líneas definitorias de la reflexión de Weil, destacaba F. Fernández Buey (2007, p. 15) «la idea de que la emancipación de los trabajadores será cosa de los trabajadores mismos o no será».

5 En realidad, toda ciencia jurídica toma partido, aun de forma implícita. De hecho, la apariencia de neutralidad técnica en este terreno suele ocultar en vano formas de sesgo descarado. Lo que distingue la obra que comentamos es su franqueza al respecto.

situación presente exigiría un cambio drástico de estrategia. Caracterizándose «la sociedad actual» por una suerte de «neomedievalismo», esto es, por hallarse dispersada «en múltiples formas fragmentadas de supervivencia y de interés privado» (Noguera, 2019, p. 43), la vía consecuente de intervención en ella obliga a dirigir la mirada transformadora no tanto al Estado como a la propia sociedad. Es aquí, según sabemos, donde el autor encuentra una sólida «alternativa para construir nuevas formas de dignidad»; el requisito para conseguirlo sería generalizar en las izquierdas una nueva mentalidad que impulsase un «proceso de comunitarización generador de solidaridad e igualdad» (Noguera, 2019, p. 45).

Un ejemplo evidente de este significativo desplazamiento lo suministraría precisamente el ámbito del trabajo. Frente a la habitual pretensión de lograr del legislador reformas tuitivas ampliadas para los centros de trabajo tradicionales, una izquierda eficiente debería tomar nota de que el partido se juega hoy en la «tensión entre lo procomún cooperativo y lo procomún corporativo o extractivo» (Noguera, 2019, p. 46). Así, fenómenos como la uberización de la economía o la propagación de los *riders* se combatirían con mayores rendimientos si se invirtiesen los esfuerzos, no solo en conseguir nuevas y mejores leyes laborales, sino también en tratar de dirigir el «procomún colaborativo», pues en la disputa por su orientación –si extractivista o solidaria– tendremos «el gran campo de batalla entre capitalismo y sociedad a corto plazo» (Noguera, 2019, p. 46).

A este afán de construcción conceptual con el objetivo de simplificar y hacer comprensible una realidad compleja con vistas a su transformación igualitaria acompaña otro ánimo loable de sentido, digamos, inverso: el que trata de restituir a la fenomenología estudiada toda su complejidad, todos sus ricos y contradictorios matices. Al trazar el escenario sociopolítico en que las izquierdas deben desenvolverse, Noguera rehúye así toda forma de pensamiento unidimensional para optar por representaciones densas, en las que tienen presencia simultánea todos los factores en juego: cítese, por ejemplo, la que caracteriza el espacio sociopolítico por la «simultaneidad» de «Estado, mundialización y fragmentación de tipos de ciudadanía» (Noguera, 2019, pp. 23-24). Esa ampliación del ángulo de visión, con repudio de esquematismos unilaterales, también responde al propósito de describir el «campo de lucha de los derechos» (Noguera, 2019, p. 33) con la máxima fidelidad posible a fin de optimizar las posibilidades de las izquierdas, inspirando con ello «una diversificación de las formas de organización de lo colectivo que, mediante estructuras de organización y prácticas de conflicto distintas, operen simultáneamente» en los diversos «ejes» en torno a los cuales se distribuye el campo citado (Noguera, 2019, p. 113).

Como historiador del derecho, debo destacar el valor especial que tiene la definición del presente histórico como entremezcla saturada de diferentes épocas. Junto a la historia entendida al modo conservador como continuidad tradicional de hilos sustanciales o, al modo posmoderno, como estratificación de fases incomunicables entre sí, al menos desde Walter Benjamin comenzó a fraguarse otra concepción más refinada de la historia como acumulación marcada por la simultaneidad, en la que nada de lo acontecido tiene desperdicio. Es la que aquí se pone en práctica. «Una época es siempre un emplaste confuso de varias edades –decía el médico y novelista Alfred Döblin–», una amalgama «repleta de residuos de viejos elementos y de fermentos de los nuevos» (cit. en Peukert, 2020, p. 16)<sup>6</sup>. Reproduciendo esta visión, para Albert Noguera el «modo de producción social»

6 Benjamin o Döblin llevaban a la filosofía de la historia o la literatura la línea abierta por los «manifiestos futuristas», «cuyo tema debía ser la maquina vida moderna con su mezcla caótica de acontecimientos simultáneos» bajo la pretensión de que «nada debía presentarse aislado», poniendo énfasis en lo que «se llamaba 'simultaneidad'» (Muschg, 2013, pp. 52-53).

(Noguera, 2019, p. 13) propio de la actualidad se encontraría signado por la convivencia simultánea de tres marcos espacio-temporales diversos, el «preliberal», el «liberal» y el «posliberal», cada uno de ellos con sus formas singulares de autoridad, juridicidad y legitimidad del poder, así como con su propio «sistema económico». Por eso la «narrativa histórica» también compone un instrumento valioso de lucha por los derechos para la izquierda, pues le permite identificar en el pasado las tradiciones a las que anclarse y las prácticas de acumulación a combatir.

Por último, creo que, en el plano crítico, debe destacarse, por contraintuitiva, su impugnación del garantismo encarnado en la obra de Luigi Ferrajoli. Lo toma el autor como ejemplo paradigmático de discurso jurídico progresista aún atado a «la ideología de la soberanía», en este caso de la «soberanía de la Constitución». Esta dependencia insuperada sería lo que hace que el único «proyecto político de futuro» capaz, en el fondo, de plantear, no signifique otra cosa que «una reconstrucción ampliada del Estado constitucional del siglo XX» (Noguera, 2019, p. 63). Deudor entonces de inercias estatalistas inservibles en un tiempo de prevalencia social, el «hiperconstitucionalismo» resultaría una doctrina mal adaptada a las exigencias de la globalización y del nuevo auge localista. Su necesidad implícita de que los derechos sean amparados por un Estado reforzado, sea nacional o mundial, lo inhabilita parcialmente en una época de crepúsculo estatal. Atrapado en consecuencia en un estrecho positivismo jurídico, para el que los derechos no cuentan con trascendencia normativa a no ser que se encuentren reconocidos expresamente por el ordenamiento, el garantismo se revelaría asimismo incapaz de reconocer la existencia socializada de tales derechos tanto en las formas de vida cooperativa enderezadas a su autotutela como en las formas de lucha por su reconocimiento libradas contra los poderes oficiales.

#### 4. Flaquezas

Dejaríamos incompleto este comentario extendido si no reparásemos en las flaquezas que hemos creído detectar en el desarrollo de la argumentación. Téngase de todas formas en cuenta que no alcanzan tales debilidades la condición de aporías, inconsecuencias o errores a rectificar. Puede, de hecho, que no pasen de ser reacciones de perplejidad provocadas por la particular formación del recensor que suscribe estas líneas. Es decir, puede que no pongamos de relieve otra cosa que flaquezas de la lectura más que del texto leído. A efectos de exposición, organizaremos el presente apartado distinguiendo los aspectos metodológicos, de diagnóstico, argumentativos y de aplicación práctica.

##### 4.1. Metodológicas

He apreciado al menos dos: una referida a la forma en que se cultiva la historia de las ideas y otra al modo en que se considera empleada la «teoría de los sistemas».

Uno de los flancos del trabajo se desarrolla en el ámbito de la historia del pensamiento jurídico-político. Se reproduce en él la forma de proceder convencional, un tanto apolillada, característica de lo que Adorno censuraba como subjetividad creadora (2004, pp. 35 y 63), es decir, del enfoque individualista que considera la historia de las ideas compuesta por tradiciones, forjadas a su vez por autores singulares que, influidos por antecedentes y precursores, crean sistemas nuevos y originales plasmados en obras concretas en forma, habitualmente, de grandes y célebres libros. Se trata, desde luego, de una opción metodológica respetable,

aunque pueda afinarse mejor la reconstrucción de ciertas tradiciones<sup>7</sup>. Pero es una opción precrítica, y no deja de ser motivo de perplejidad el que a estas alturas no se practique teniendo presente la impugnación que la historia ideológica distribuida en torno a las unidades de «autor» y «obra» obtuvo, tiempo ha, del análisis genealógico de los discursos (Foucault, 1997, 2002). Además, en el caso concreto que nos ocupa, la opción puntual por esta narrativa historiográfica resulta inesperada por poner énfasis el autor, para cuestiones de presente, en el plano más acertado de la «mentalidad» y los «paradigmas».

Pero resulta aún más llamativa esa elección ocasional por tratarse de un autor abiertamente materialista. En efecto, no solo se opta por contar las ideas como excogitación de autores singulares, sino que a veces se atribuyen a tales ideas facultades taumáticas de transfiguración de la realidad social que, en mi opinión, escapan a su alcance. Así, por ejemplo, se afirma que «la separación entre sociedad y Estado empieza a diseñarse» con una obra célebre de Adam Ferguson (Noguera, 2019, p. 34), o que fue Adam Smith «quien lleva a cabo» la «sustitución de lo político por lo económico en la explicación de la institución de lo social» (Noguera, 2019, p. 35). En sentido similar, se sostiene que la generalización de unas ideas (las de «la soberanía natural directa» y la de «los individuos como entes autónomos titulares de derechos individuales absolutos») permite que se produzca el formidable efecto material de la «descomunalización de la sociedad» y la «aniquilación de los viejos actores sociales» (Noguera, 2019, p. 17).

A mi juicio, no hay proceso de transformación operada en la estructura de las relaciones sociales que no coimplique, en diversa proporción y de forma inextricable, factores culturales y materiales. En los intervalos de cambio suele presenciarse la generalización ascendente de una cosmovisión cultural que logra ir desplazando de la escena a la concepción anteriormente predominante, pero también una concatenación de factores en el plano de las relaciones socioeconómicas que propicia –que convierte en plausible y aceptable– dicha hegemonización cultural paulatina. Se podría objetar que se trata de una simple forma de hablar o de narrar la materia expuesta, recurriendo a la metáfora o ficción de que los autores crean ideas que a su vez generan una nueva sociedad –o una nueva concepción acerca de la misma– para aludir a procesos complejos de cambio. Pero se aceptará que justo esa narrativa entra en tensión con los postulados de una obra que, para el tiempo presente, considera la teoría y al intelectual como retaguardia al servicio de la praxis emancipatoria. Y se consentirá también concluir que con esos recursos metafóricos –propios de la filosofía del «como si»– nos exoneramos de la enojosa tarea de esclarecer fenómenos alambicados, como el de que el capitalismo se caracterice en esencia por la disolución de las formas tradicionales de vida (Deleuze, 2017, pp. 21-22).

Por último, no parece del todo acertado recurrir a una teoría de tan formidable densidad como la sistémica para fundamentar la mera sugerencia de la «superposición de sistemas de organización social de distintas épocas históricas» (Noguera, 2019, p. 25). No solo hay cierta incongruencia entre la exposición de la modernidad como diferenciación de esferas realizada por la teoría de los sistemas (Luhmann, 1998) y la simultaneidad de escenarios históricos apuntada por Noguera. Es que tampoco sirve la opción teórica de Luhmann para avalar una concepción de «sistema» social en la que se desagregan, al esquemático modo marxista, las

---

<sup>7</sup> Es dudoso, por ejemplo, que el «fundamento» del «cristianismo social» se encuentre «en el *Codice sociale* de Malines de 1937», como dice (Noguera, 2019, p. 38), y no, por ejemplo, en la encíclica *Rerum novarum* de León XIII. También es dudoso, como después se indicará, que la idea de atribución indirecta de la soberanía desde el pueblo al monarca, en lugar de entenderla concedida directamente por Dios, sea patrimonio de la modernidad.

estructuras económicas y las «superestructuras jurídico-políticas» (Noguera, 2019, p. 25).

#### 4.2. De diagnóstico

Nada cabe objetar a la crítica del Estado como forma suprema de organización del poder y la sociedad, ni a la censura teórica al monismo jurídico. Y poco puede reprocharse a la doble y simultánea tendencia que el autor señala hacia la «homogeneización global» y la «fragmentación» local (Noguera, 2019, p. 22), que erosiona el estatismo y que está incorporada como constatación a la cultura del jurista al menos desde los años 1990 (Castells, 2000). De hecho, diríase que el nudo problemático teóricamente relevante a estas alturas ha de residir en la cronicidad de esta crisis del Estado, hecho jirones desde arriba y por abajo pero misteriosamente en pie.

Más reticencias provoca que de tales comprobaciones se derive una suerte de filosofía de la historia. Cuando se afirma «la inevitabilidad de un cada vez mayor repliegue garantista neoliberal» (Noguera, 2019, p. 47), ¿no se entienden en cierto modo los procesos históricos como marcados por la fatalidad? Podemos estar conformes en que, con los elementos en juego, la distribución de fuerzas en presencia y las potencialidades y regularidades a la vista, se formulen pronósticos de futuro, pero ¿no suelen responder también los acontecimientos históricos a factores sorpresivos, azares disruptivos o emergencias inesperadas? ¿No está marcado el curso histórico por cierta aleatoriedad impredecible que imposibilita la atribución de «inevitabilidad» a ninguna desembocadura?

De hecho, el comentario presente cuenta con la ventaja relativa de haberse escrito durante la rotunda emergencia sanitaria que supone la pandemia que padecemos. Y parece que la respuesta institucional a la misma en Europa ha vuelto a colocar sobre el tapete una centralidad estatal –centralidad, además, de carácter «centralista», valga la redundancia– que al menos erosiona la solidez de ciertos pronósticos de disolución de la estatalidad en lo social. Es más, cuando el Estado ha jugado a la abstención para afrontar el problema, los resultados han empeorado considerablemente. No quiere esto decir que en un futuro inmediato no pueda revelarse que el mejor modo de responder a la crisis sanitaria sea la autoorganización de las fuerzas sociales, pues bien cabe que ante el injustificable inmovilismo de las administraciones –en materia educativa, por ejemplo– sean los propios núcleos sociales –o familiares– los que se coordinen para satisfacer los fines desatendidos. Solo se quiere apuntar la dimensión de impredecibilidad de los procesos históricos, que torna problemáticos algunos diagnósticos del autor. Es una evidencia que se incorpora al apuntarse con prudencia que «la transición hacia nuevas formas de alterconstitucionalismo puede durar todo el siglo XXI» (Noguera, 2019, p. 115), pero no por ello se renuncia a considerar tácitamente la historia como sobredeterminada por vectores de fuerza marcados por la fatalidad.

Su intención, desde luego, es encomiable. Convencido de que la inercia de los acontecimientos nos conduce al imperio de la sociedad en el ámbito tanto global como local, es consecuente al señalar que el mejor modo de intervenir en la realidad en términos de igualdad y emancipación consiste en sumarse a ese proceso de socialización para reorientarlo hacia coordenadas de dignidad. Pero téngase en cuenta que validando como ineluctable esa dirección de la historia, hasta el momento sumamente provechosa para las posiciones neoliberales, se corre el riesgo de reforzar tales posiciones y de desactivar o neutralizar ciertos contrapoderes tradicionales. Así, por ejemplo, si entendemos que en el futuro se van a generalizar las fórmulas de «autorregulación declarativa» (Esteve Pardo, 2013), lo cual nos obliga

a servirnos de ellas también desde posiciones progresistas, procedemos a una validación de resortes y mecanismos de dominación privados, dándolos por inexorables, en lugar de centrarnos en revelar todo lo que contienen de heteronomía disfrazada de autonomía (Rügemer, 2013). De hecho, si tenemos presente las advertencias de Karl Polanyi (2003) sobre los límites objetivos intraspasables por la pan-mercantilización de la sociedad, podríamos deducir, en sentido justamente inverso, que dichos mecanismos autorregulatorios de apariencia flexible constituyen fenómenos disfuncionales condenados al fracaso (o a la compensación institucional) por generar demasiadas dosis de desorden, inequidad y sometimiento.

Dar por buena la tendencia a la socialización infrainstitucionalizada con el fin de liderarla y redirigirla puede representar una forma de reforzarla en beneficio de las fuerzas que, por su mayor capacidad técnica y organizativa, la han impulsado y se han aprovechado preferentemente de ella. Algo similar acontece cuando se considera sin más extinguido el mundo que daba soporte a la razonable garantía de los derechos sociales. Diríase que el autor considera un ejercicio de realismo pensar que los supuestos económicos e institucionales para la garantía universal de derechos como la sanidad, la educación, el desempleo o las pensiones se encuentran ya históricamente agotados. Por eso la izquierda debería cambiar de fase y pasar a una posición en que se abogue de forma prevalente por fórmulas cooperativas y horizontales de autotutela. ¿No implica este salto ningún riesgo de vaciar el agua sucia con el niño dentro, con un niño además bastante crecido? ¿No refuerza las posiciones neoliberales que pretenden liquidar los sistemas públicos de educación, sanidad y pensiones aún en pie? ¿O es que en un país como España no tienen las mayorías sociales la educación primaria y secundaria garantizada, o la asistencia sanitaria asegurada? ¿No tienen las capas trabajadoras asegurada también la integridad de su renta mientras se padece enfermedad, o garantizado el ingreso a un modesto pero existente sistema público de pensiones? ¿Puede tomarse como constatación de la realidad un probable escenario futuro mejor que un modelo estatal vigente en el que aún se cuenta con un acceso general a dichos servicios y prestaciones? ¿La mejor forma de frenar su deterioro y revigorizarlos es darlos ya por finiquitados, defendiendo su trasvase pleno a una organización comunal sin empaque alguno a día de hoy? ¿Resultará aceptable para las mayorías sociales a las que se quiere interpelar la invitación a que procedan estratégicamente según la ficción de que, a la vuelta de la esquina, ninguna de las garantías presentes va a existir, por lo que es mejor autoorganizarse en comunas en lugar de defender las conquistas institucionales pasadas? ¿No se aprecian ciertos peligros tácticos en fundamentar la acción colectiva en la predicción de que la tutela estatal de los derechos está, por necesidad, liquidada, con independencia de los cambios que puedan darse en la correlación de fuerzas y en las estructuras burocráticas?

### 4.3. Argumentativas

Si sus diagnósticos parten de una filosofía implícita de la historia que puede resultar discutible, algunos de sus argumentos se apoyan en ciertas presunciones tácitas (o en determinadas ambigüedades) de las que también puede disentirse.

Veámoslo en su crítica al garantismo. Para fundamentarla, el autor se ve obligado a recurrir a la filosofía de la historia mencionada. Piensa que una de sus tachas principales es el conformar una «propuesta teórica construida en sentido inverso al que va la realidad práctica», pues, requiriendo para su realización «un fortalecimiento del Estado» contradice «la tendencia abierta e irreversible de nuestras sociedades» al debilitamiento del mismo (Noguera, 2019, p. 68). Seguidamente valoraremos cuánto de estatista puede tener una doctrina cosmopolita (Ferrajoli, 2018); interesa ahora insistir en la imprecisión analítica de toda forma de

determinismo, en la citada impugnación que al ocaso del Estado han hecho los actuales momentos de emergencia y en la tensión interna que para la obra supone una refutación de este género.

En efecto, por más metáforas filosófico-históricas que recubran nuestro entendimiento, no existen tendencias unilaterales irreversibles en los procesos sociales. Claro es que la historia no se puede desandar para regresar de forma limpia a momentos pasados idealizados. Todo escenario futuro es, por esencia, nuevo, pero en él pueden hallar mayor o menor realce aspectos pasados ya cancelados, pero significativamente recobrados, como la propia idea de simultaneidad de marcos espacio-temporales aplicada por el autor sugiere. Pongamos un ejemplo sencillo: la «gran regresión» desencadenada en 2008-2010 no nos devolvió al siglo XIX, claro, pero factores como la individualización de las relaciones laborales rimaban intensamente con rasgos salientes del sistema decimonónico. Trasladados a nuestro terreno, diríase que abundan los indicios (económicos, productivos, comunicativos) que señalan un recrudescimiento de la globalización, con las consiguientes contestaciones locales. Pero no puede olvidarse que cada peldaño recorrido en el proceso globalizador en el terreno institucional ha sido decidido por los Estados, y nada impide que, ante la presión de las circunstancias, ese camino pueda desandarse, no para regresar a los Treinta Gloriosos, sino para abrir un nuevo escenario de predominio estatal. De hecho, las últimas contiendas electorales en Europa y América tienen como eje divisor el de la soberanía estatal-nacional frente a las formas de socialización mundializadas; está así por ver que el futuro inmediato no halle en el refuerzo del Estado una contestación compensatoria a las contradicciones de la globalización capitalista. ¿No habría que aprestarse también a saber liderar esta posible reversión? Y con ello no quiere desmentirse el pronóstico de otoño estatal sino recordar simplemente que, encontrándose abierto el desenlace, no sirven del todo las previsiones de futuro para impugnar doctrinas bien trabadas.

Si la excepción demuestra lo decisivo, diríase además que las actuales circunstancias, con su respuesta preferentemente cristalizada en los Estados, nos persuaden para poner en cuarentena el anuncio de su retirada.

Por último, conviene resaltar hasta qué punto puede que el autor, con su inclinación determinista, esté faltando a sus propias consideraciones estratégicas. Buena parte de su obra se encarga de trazar el complejo y polifacético marco en el que se luchará por los derechos. Ese escenario se caracteriza –ya se ha dicho– por la simultaneidad de rasgos contradictorios entre sí, lo cual impone la obligación de operar en cada uno de sus puntos cardinales, sin descuidar ninguno, si se pretende desplegar una acción colectiva eficaz. Pues bien, de tales premisas podría deducirse una crítica al garantismo que le señale que, atendiendo a los polos de la mundialización y del Estado, descuida el de las formas autónomas de vida social, pero no una pretendida impugnación que le acuse de un *décalage* insubsanable por atender a extremos que el propio autor considera marcos insorteables de la acción política actual. Si la saturación histórica presente nos impele a actuar también en un universo estatalista de signo liberal, si el espacio político se define asimismo por sus polos estatal-mundial, no cabe desperdiciar sin más una doctrina progresista y emancipadora sumamente elaborada justo en esos registros por no poner sus pies en la realidad.

Pero es que puede que tampoco sea del todo acertada la reprobación que ve en ella una teoría demasiado deudora de «la lógica de la ideología de la soberanía» –aquella, como sabemos, «en la que el Estado se conforma como único centro de poder organizador de la sociedad, y el Derecho conectado en exclusiva a él (la

Constitución) se convierte en forma de regulación omniabarcante» (Noguera, 2019, p. 68)–.

No puedo dejar de manifestar la extrañeza ante semejante caracterización del garantismo, pues, a mi entender, un poder funcionalizado enteramente por los derechos, con las limitaciones y los imperativos que ello supone, es decir, con la exclusión casi completa de la potestad autónoma de decisión que esto implica, no instituye nada parecido a un Estado soberano. De hecho, resulta revelador que su principal exponente se ocupase monográficamente de dar por liquidada la doctrina de la soberanía estatal como forma correcta de comprensión del derecho en las democracias constitucionales y en la actual sociedad internacional (Ferrajoli, 1995). Y tampoco creo que resuelva mucho el contestar que la soberanía radica entonces, según el garantismo, en la Constitución, pues nos estaríamos refiriendo a una simple metáfora que designa precisamente lo contrario, su ausencia. Es decir, con semejante expresión no se querría significar sino que son los individuos y colectivos los que, en el ejercicio o disfrute imperturbado y garantizado de sus derechos constitucionales, acometen la producción y reproducción de la sociedad. En tal sentido, el garantismo compone, en mi opinión, más una doctrina «sociocéntrica» que «estatolatra», pues en ella los poderes públicos, en su función de garantía e igualación, se hallan al servicio del ejercicio individual y colectivo de los derechos operado en sociedad como forma principal de su actualización. No existe en ella, por tanto, «subsunción de la sociedad en el Estado» (Noguera, 2019, p. 69) sino más bien disolución de la institucionalidad estatal o internacional en la trama social, a cuya reproducción autónoma sirve.

Otra cosa es que lo que el autor denomina «hiperconstitucionalismo» considere que los derechos solo se pueden encontrar razonablemente garantizados si se da «la intermediación “racional” del Estado», a la que habría que añadir ahora también la intermediación igualmente racional de las instituciones internacionales, debidamente constitucionalizadas, si queremos ser fieles a las sugerencias propositivas de Ferrajoli. Puede pensarse, desde luego, que los derechos resultan más eficazmente protegidos mediante fórmulas cooperativas de autotutela que a través de la intervención estatal (o público-internacional). No es el caso de quien suscribe, como seguidamente se dirá. Pero lo que a mi juicio supone un salto argumental discutible es deducir de esa atribución preferente de funciones de garantía al Estado una suerte de inclinación monista, a tenor de la cual sería la instancia estatal «el único poder organizador de la sociedad», pues más bien la ordenación social procedería de la autodeterminación individual y colectiva institucionalmente asegurada.

Por eso, en este punto, la principal debilidad argumental acaso resida en la propia descripción de la «ideología de la soberanía». Es posible que sean muy pocos los que la secunden en los tonos severos con que el autor la caracteriza. Y es que puede creerse –incluso desde una perspectiva crítica (Bourdieu, 2014)– que el Estado continúa siendo a día de hoy una instancia formidable de universalización o generalización, pues los particularismos que quedan sancionados en sus leyes y aparatos administrativos alcanzan un grado incomparable de obligatoriedad para el conjunto de la población, sin que ello suponga desconocer dos evidencias elementales, señaladas para la ciencia jurídica desde los tiempos de Georg Jellinek o Hermann Heller: la existencia de múltiples núcleos de poder social y económico, que pugnan por la ratificación de sus pretensiones por la ley estatal, y la fuerza aglutinante y normativa de los hechos alentados o secundados por tales núcleos. Así, puede sostenerse que el Estado sigue constituyendo hoy el principal foco generalizador de normas y conductas sin por eso creer en absoluto que constituye el «único núcleo organizador de la sociedad desde el que irradia el poder» (Noguera,

2019, p. 21). Es más, cabe seguir adjudicándole esa virtualidad generalizadora y pensar al mismo tiempo que se encuentra más debilitado que en el último siglo, por estar a merced como nunca de centros decisorios extraestatales con la pérdida consiguiente de su autonomía como actor político.

Creo que la inercia mental a combatir por el pensamiento crítico habría quedado mejor caracterizada como monismo que como soberanismo. Al fin y al cabo, el entero mapa conceptual que el autor delinea para uso y provecho de los movimientos sociales de izquierda previene, ante todo, frente a toda forma de raciocinio o análisis unidimensional. Obliga a tener presente todos los ángulos y estratos del espacio político para optimizar su lucha. Eso le lleva, como sabemos, no solo a no renunciar, sino a incorporar a su propuesta un necesario polo generalizador y universalizador. Y reconoce, en un gesto sincero que le aproxima al garantismo, que a día de hoy no es sino «la Constitución» el «principal instrumento democrático de universalismo» (Noguera, 2019, p. 130). La «Biblia de los ateos», como la llamase el periodista Jesús Quintero, sigue siendo para el autor un punto de referencia ineludible del «alterconstitucionalismo» que promueve. Por eso, si cabe plantear alguna objeción fundada a la obra que comentamos, es que, faltando a la obligación de la interrelación o dialéctica permanente que su aportación conceptual impone, incurra ella misma en una forma relativa de monismo o unidimensionalidad. Debiendo la teoría y la praxis de izquierda atenerse a un trilateral complejo, donde comparecen por igual la institucionalidad internacional, la estatal-constitucional y la fragmentaria de los núcleos sociales privados, diríase que buena parte de su aportación, incluida su visión de la Constitución<sup>8</sup>, acusa un sesgo bien ostensible en favor de las formas cooperativas de vida y en detrimento de la estatalidad. Es más: como el propio autor indica, él mismo terminaría por recaer en el resabio soberanista, al localizar preferentemente la «soberanía» (recuérdese, como instancia de producción de lo social y de aprobación del derecho válido) en las comunidades solidarias (Noguera, 2019, p. 137), cuando habría sido mucho más correcto hablar, en este caso particular –como él mismo hace en otras ocasiones–, al modo de Castoriadis o Rancière, de «autonomía social».

Ya sabemos –y cerramos así, circularmente, el apartado– que este sesgo procede de un diagnóstico sobre el curso histórico que consideramos problemático. Añádase ahora que a ese diagnóstico se le suma también un plusvalor no menos discutible concedido a todo lo que proceda de «los sectores populares y los movimientos sociales» (Noguera, 2019, p. 11). Señal de identidad de la izquierda intelectual, la ecuación de lo «popular» y lo emancipador juega en el terreno del lenguaje la función emocional de identificar la fuente del bien, el sujeto colectivo del que por necesidad habrá de proceder una racionalización democrática e igualadora –esto es, justa– de las relaciones sociales. Pero obsérvese que esa apelación emotiva a lo «popular», o a los «movimientos sociales», pocas veces suele venir acompañada de los estudios sociológicos empíricos que permitan localizar en las capas populares tales bondades. Tampoco de los análisis conceptuales que delimiten a qué nos referimos cuando hablamos de «pueblo». Y resulta que los análisis disponibles, o nos hablan de su precaria existencia actual, en tensión permanente con las pretensiones oficiales de fundar «una sociedad exclusivamente de clase media» (Todd, 2018, p. 431), o bien nos revelan una poderosa funcionalización objetiva de tales estratos por parte de los poderes socio-económicos, muy visible en la abstención generalizada de

<sup>8</sup> Aprovechese para apuntar las interferencias que genera en un discurso jurídico progresista utilizar una fuente netamente franquista como Luis Sánchez Agesta para sustentar de algún modo su visión universalista de Constitución (Noguera, 2019, p. 131).

las capas más desfavorecidas en los comicios o en sus mismos hábitos televisivos y alimenticios.

Por eso la apelación confiada a lo popular puede desempeñar una función en los discursos de izquierda similar a la que desempeña la fe en una propuesta católica. Solo este plusvalor tácito, con los deseos voluntaristas que alimenta, puede dotar de base argumental implícita a pronósticos como el que se lanza sobre los sectores excluidos y vulnerables: «Para muchos de estos grupos sociales, la autogestión comunitaria empieza a operar y operará cada vez más como una vía alternativa de acceso a la ciudadanía por canales distintos a los estatales, de los que están excluidos, y por tanto como vía de inclusión en la sociedad» (Noguera, 2019, p. 23). Una somera ojeada a la situación circundante sugiere que otros escenarios son también posibles. No resulta así disparatado pensar que tales sectores, en su pugna por un reconocimiento estatal tradicional, puedan ser fuente de refortalecimiento del Estado, y no por necesidad de signo democratizador, sino autoritario. La historia nos suministra además ejemplos de revigorización dictatorial del Estado alimentada por las capas populares, de «amplias masas [volviéndose] nacionalistas en medio de la depauperación» (Reich, 2020, p. 78), hasta el punto de que «ya en el año treinta [en Alemania], una gran parte de la clase trabajadora dio sus votos a los nacionalsocialistas» (Weiss, 2003, p. 169).

#### 4.4. Aplicativas

Situar una de las flaquezas de la argumentación del libro en su sesgo favorable a las formas comunitarias de vida nos conduce, por último, a las dificultades de aplicación de su propuesta. Compartimos su inclinación por subrayar la «importancia del procomún colaborativo» para «las clases populares» a fin de guarecerse frente al «desmantelamiento de lo público y la mercantilización de la sociedad», pero diríase que iniciativas y fenómenos como los «grupos de comaternidad y crianza», las «cooperativas de vivienda» y «consumo» o los «bancos de tiempo» (Noguera, 2019, p. 46) carecen a día de hoy de incidencia estructurante alguna. El propio autor lo reconoce al afirmar que «no existe en nuestras sociedades, fuertemente individualizadas y contractualizadas, esta red articulada y consolidada de formas organizativas de lo colectivo» (Noguera, 2019, p. 116). «Ello nos obliga a construirlas», deduce de tal carencia. ¿No supone esto otra forma de situar a las izquierdas en contra de la tendencia histórica predominante, con las consecuencias de irrealismo que ello comporta? En cualquier caso resulta un convencimiento que confiere un tono propositivo predominante a una obra que en principio parecía distinguirse por no despegar los pies en ningún momento del suelo.

En efecto, el propósito que gobierna el trabajo, como ya se sabe, es reorientar la acción institucional y las políticas públicas hacia el empoderamiento de las comunidades. Pero con ello se produce una confirmación indirecta de lo que al parecer era objeto de desmentido general, esto es, que el Estado sea el organizador social por excelencia, dato reflejado aquí en el hecho reconocido de que sin el auxilio institucional de las administraciones públicas (del Estado) poco recorrido independiente puede tener el tejido cooperativo. A esta relativa incongruencia debe añadirse que, probablemente, ni siquiera de ese modo se lograría una eficaz protección de los derechos individuales y sociales. Las comunidades locales solidarias, aun dotados de juridicidad sus cánones de conducta y amparados por un derecho constitucional de nuevo cuño, carecerían de los medios técnicos, financieros, institucionales y personales necesarios para satisfacer fines vitales generales. Que se constate que a día de hoy buena parte de tales recursos están en manos de la

«sociedad», y no del Estado, no debe engañarnos acerca de la evidencia de que aquí, con sociedad, se quiere decir «capital», y que solo el Estado y los organismos internacionales componen a día de hoy, al menos en potencia, un contrapeso proporcional a esa acaparación privada de recursos. Vaciarlos aún más en nombre del empoderamiento de un tejido cooperativo por construir puede constituir una estrategia contraproducente condenada a reforzar al adversario.

Bien está recordar, a la manera de Poulantzas, que conquistar ciertas posiciones en el gobierno no implica en absoluto controlar el Estado para poder llevar a cabo su reorientación en favor de los derechos sociales. Demasiadas inercias autoritarias y regresivas están incrustadas en sus aparatos como para creer que la transformación de la sociedad es mera cuestión de victorias electorales relativas y legislación formal progresista. Estamos de acuerdo en eso. Pero con idénticas dificultades nos tropezaremos si la alternativa consiste en que «la izquierda transformadora» conquiste el gobierno, o la mayoría parlamentaria, a fin de redirigir el esfuerzo de las administraciones a favor de las formas cooperativas de vida (Noguera, 2019, p. 127). Es más, acaso las dificultades se redoblen aquí, toda vez que la trama colectiva solidaria a la que se confía la emancipación está por construir, mientras que la trama estatal garantista está deteriorada pero en pie. Y la ocupación de determinados vértices del Estado resultaría en todo caso obligatoria, pues desde los tiempos de la «Comuna de París» conocemos el «poder creador de las masas obreras en movimiento», pero también «la incapacidad radical de un movimiento espontáneo cuando se trata de luchar contra una fuerza de represión organizada» (Weil, 1933, p. 81).

Incluso aceptando que la acción institucional del Estado se dirija con preferencia a tales fines de refuerzo cooperativo, puede que al final volvamos a encontrarnos con la necesidad de que dicha intervención sea la generalizadora y universalizadora que parece despreciarse como «soberana». Me explico. Por aquella fe en lo popular recién aludida, es usual en las izquierdas pensar las colectividades locales infraestatales al modo romántico como comunas igualitarias en las que se vive en libertad. Se piensa en este sentido, de forma automatizada, que lo que proceda de las «consultas populares vinculantes», de los «vetos populares» o de los «consejos de participación» será, por necesidad, fuente de bondad y emancipación, base para la autodeterminación colectiva (Noguera, 2019, p. 139). No se discute que el hábito participativo que estos dispositivos ayudan a sembrar sea, en sí mismo, positivo, sino la presunción de que las manifestaciones de voluntad popular no puedan estar poderosamente mediadas por las pulsiones del poder social.

La experiencia práctica nos revela, por el contrario, que la reducción de la escala del espacio político, donde los elementos de la racionalidad abstracta burocrática ceden en favor de criterios individualizados de equidad, es directamente proporcional al blindaje de cacicazgos y a la institución de redes clientelares. Por eso la afirmación de la soberanía de las comunidades, si no se quiere traducir en el imperio incontrastado de las jerarquías privadas internas a cada comuna, debe verse acompañada por un momento igualador y universalista tangible, que, como el autor reconoce, sigue siendo la Constitución, pero aparejada al Estado que la despliega y realiza y entendida como instancia de reconocimiento de una ciudadanía republicana igualitaria (y no de múltiples ciudadanías heterogéneas).

## 5. Historia sobrante

Una parte no menor de los diagnósticos y pareceres del autor se fundamenta en representaciones historiográficas. Estamos ante una obra de derecho constitucional atenta asimismo a la historia constitucional. Y conviene al respecto reconocer de entrada que esa atención por el pasado se plasma en consideraciones mucho más atinadas que la doxa de uso corriente entre constitucionalistas. Sin embargo, la narración historiográfica que el autor despliega no responde a fines de investigación sino de fundamentación argumental, lo que invita a preguntarse si este modo de razonar jurídicamente es imprescindible, sobre todo cuando se ve obligado a operar ciertas distorsiones en la reconstrucción del pasado a fin de depurar las funciones actuales de lo que llama «narrativa histórica».

### 5.1. Época clásica

Que el pluralismo jurídico y político es el signo que distingue la civilización anterior al ciclo revolucionario del siglo XVIII es aserto todavía pendiente de generalizarse en la historiografía. Mucho más en las representaciones historiográficas movilizadas por la ciencia del derecho, aún prendida –cuando trata de explicar el periodo que va del Renacimiento a la Ilustración– a categorías confusas como las de «Estado-nación» o «absolutismo». No es en principio lastre que ralentice a nuestro autor. Antes al contrario: una doctrina como la de Bodin, invocada por la perspectiva convencional como génesis del absolutismo monárquico, resulta aquí empleada con la correcta precaución de señalar que se desarrolló «sin modificar la estructura de la sociedad medieval» (Noguera, 2019, p. 13). La soberanía moderna no canceló el pluralismo jurídico; más bien lo tomó como base social sobre la cual actuar. Se tiene entonces claro que, a través del «contractualismo» y la «secularización», solo «a finales del siglo XVIII la soberanía se constituirá en modo de organización social» (Noguera, 2019, p. 14).

Y, sin embargo, el paradigma opuesto, e incompatible, no deja de aparecer, haciéndonos incurrir en una aporía sobrante. No solo se trata de que se sigan empleando referentes bibliográficos bien desfasados al respecto (Noguera, 2019, p. 21, con alusión a J. A. Maravall), ni de que se verbalicen categorías incongruentes cuando se habla del «orden de Estados-nación westfalianos», como si de la paz de Westfalia saliese otra cosa diferente que las monarquías pluralistas, compuestas, patrimoniales y dinasticistas tradicionales (Teshke, 2011). La cuestión es que no cabe constatar un pluralismo político irreductible para la que Foucault llamaba «época clásica» y al mismo tiempo sostener que «la aparición, a partir del siglo XVI, del Estado-nación moderno implicó el paso de un modelo descentralizado a un modelo centralizado de poder y Derecho», con «un territorio claramente delimitado», «las instituciones comunitarias y corporativas intermedias de la sociedad medieval» prácticamente liquidadas y con «un nuevo sujeto de referencia: el individuo» (Noguera, 2019, p. 34). Como el propio autor sugiere en otros pasajes, nada de eso acontece y empieza a generalizarse en la Europa continental al menos hasta finales del siglo XVIII.

Semejante aporía nos coloca en el umbral del desacierto historiográfico, en el que quizá nos adentramos cuando se afirma que entre los siglos XVII y XVIII se dio un cambio en la «forma de acceso de la autoridad a la soberanía», pasándose de una concepción «directa», como asignación divina, a otra «indirecta», como suerte de delegación popular. Se desconoce con ello que un rasgo saliente del pensamiento escolástico medieval, también visible en su reformulación altomoderna, fue el discutir que «la vía de acceso del monarca a la soberanía» fuese «por atribución directa de Dios» (Noguera, 2019, p. 15). En efecto, la idea de que «la soberanía no es algo

entregado directamente por Dios al monarca» (Noguera, 2019, p. 15) no es indicio de modernidad, pues ya está muy presente en los discursos jurídicos medievales de base romanista, siempre atentos a la limitación objetiva de las potestades del monarca en beneficio del resto de actores políticos y sociales (Hespanha, 1982, p. 302; Agüero, 2006). Cabe incluso que en el antiguo régimen no nos encontremos con una atenuación, sino con un recrudescimiento de la doctrina del «derecho divino» de los reyes: así, mientras la expresión *Dei gratia* referida al poder regio podía designar en el universo medieval la sujeción del monarca a límites trascendentes, ya en edad moderna comienza a significar que responde solo ante la divinidad. Podría objetarse, con todo, que las concepciones medievales «indirectas» elevaban a la condición de titular directo del poder a un *populus* jerárquicamente integrado, y no tanto a los «individuos» como «titulares de derechos naturales absolutos» (Noguera, 2019, p. 16), radicando en este individualismo el timbre de la modernidad; y, sin embargo, resulta que tampoco era extraña al pensamiento jurídico medieval y teocéntrico, no solo la concepción de unos derechos colectivos positivados en cartas y fueros concretos (Hespanha, 1982, p. 315), sino también la idea de unos *iura naturalia* de raíz divina y atribución personal que el monarca no podía arbitrariamente atropellar (Tuck, 1981; Vallejo, 2012, p. 161).

Pero, por lo general, aparece correctamente representada a nuestro juicio la época «preliberal» como marcada por el comunitarismo y los criterios materiales de equidad. Otra cosa, en línea paralela a lo ya sostenido, es que, como se dirá al final, esa representación deba ser hasta cierto punto manipulada para que responda a la función política de avalar, en la historia, el corporativismo democrático que se anhela.

## 5.2. Época moderna

Más certera me resulta la representación que el autor, en apoyo de sus argumentaciones, realiza sobre la época liberal desde el punto de vista del derecho y el ejercicio del poder. Introduce algunas referencias constructivas sobre la revolución inglesa que considero de valor (Noguera, 2019, p. 121). Concuero con su visión de cómo una arquitectura institucional orientada, en principio, a la liberación de los individuos respecto de las ataduras tradicionales, constituyó, al final, un dispositivo bien trabado de dominación clasista. Sin embargo, por la utilidad que pudieran encerrar, no me resisto a lanzar algunas consideraciones críticas. Quizá todas ellas se reconduzcan a la insuficiencia derivada del exceso de abstracción –o «modelización»– al caracterizar la época liberal, sin distinguir en ella dimensiones internas cualitativamente diversas.

Así, en la fase de antecedentes, resulta discutible el hecho de que, con antelación a la revolución, no existiese «en Francia un movimiento progresivo relevante que permitiera el tránsito del feudalismo al capitalismo» (Noguera, 2019, p. 117). Los fisiócratas y sus proyectos utilitaristas desempeñaron, por el contrario, una función económica de signo liberal-individualista muy presente en las primeras reformas revolucionarias (Mannori y Sordi, 2001, pp. 182 ss.).

Además, buena parte de las aseveraciones realizadas por el profesor Noguera sobre la fisonomía jurídica del marco histórico «liberal» se adecuan, en realidad, al acto de ruptura revolucionaria o, en otras ocasiones, a las transformaciones napoleónicas, pero no pueden predicarse, sin más, de la época liberal, ni como conjunto, ni como suele convencionalmente entenderse, esto es, comprendida entre 1830 y 1880, cuando comienza el ciclo de su declive. Así, si bien es cierto que con la revolución se instituye «una noción abstracta y universal de ciudadanía», desvinculando al individuo de los núcleos corporativos tradicionales que lo constituían jurídicamente, menos claro resulta que «el Derecho estatal se convierta en la principal

forma de mediación social general de todas las relaciones» ya desde ese momento (Noguera, 2019, p. 18). El espacio dejado por la revolución a la autocomposición de los conflictos, a la conciliación y el arbitraje (Clavero, 1999) o a la autoadministración de las municipalidades (Mannori y Sordi, 2001, pp. 217 ss.) no permite sin más deducir esa «pan-juridificación» estatista de la realidad social.

Puede por eso que, en una falta historiográfica habitual, se esté atribuyendo a la Revolución lo que corresponde, en realidad, a Napoleón. Este salto, de hecho, parece evidente en lo que hace a la creación de «la forma de colectividad adecuada para el desarrollo del capitalismo», con el predominio de la lógica contractualista en el ámbito privado (Noguera, 2019, p. 18). Poca duda cabe aquí de que no se debió a la Declaración de los derechos, sino al código, más concretamente al *Code*, la generalización en sociedad de los patrones de intercambio funcionales a la reproducción de la burguesía (Arnaud, 1973; Soboul, 1993, pp. 9 ss.). Y es que incluso la generalización del derecho de accesión sobre los frutos del trabajo por parte del propietario, en la que el autor halla la clave «de la alienación», fue aportación napoleónica (Clavero, 1998). Tal constatación habría ahorrado además al autor secundar el superficial razonamiento reaccionario según el cual el terror jacobino pondría en evidencia que la declaración de derechos de 1789, en realidad, «no tenía una función jurídica ni una preocupación protectora de derechos individuales», sino la económica de fundar el capitalismo (Noguera, 2019, p. 19).

No distinguiendo lo introducido por la Revolución y por Napoleón, tampoco puede el lector discernir cuándo, con su idea del «Derecho moderno» (Noguera, 2019, p. 68) o del «Espacio-tiempo histórico liberal» (Noguera, 2019, p. 25), se refiere a la cesura revolucionaria o al orden jurídico decimonónico. Y no es una diferenciación secundaria, pues el segundo se irguió dando la espalda a una parte importante de la experiencia de 1789-1795. De hecho, su identidad característica procede de su antidemocratismo, de su rechazo visceral a la intervención del poder constituyente del pueblo y de su acerado elitismo.

Con esto quiere señalarse que, para caracterizar desde el derecho el marco histórico liberal, si por tal se considera el decimonónico y no el revolucionario inicial, no podemos entenderlo bajo ningún concepto como marcado, en el ámbito público, por concepciones contractualistas, por más relevantes que estas fuesen para regir los intercambios privados. Por el contrario, la *iuspublicística* europea dominante representó la base social del Estado en términos anticontractualistas y antiindividualistas (Costa, 1986, pp. 12 ss.), justo como dispositivo de prevención frente a cualquier desborde democrático. Es más, la idea prevalente de legitimidad del poder en época liberal no fue tanto «de origen», como el autor sostiene (Noguera, 2019, p. 25), cuanto de fin o utilidad, en el entendido de que las leyes del Estado debían adecuarse para ser legítimas a una magnitud tan objetiva como la del «interés general» (Perrin, 2012). Se rehuía cualquier fundamentación voluntarista, que ligase la legitimidad de las decisiones públicas a la libre voluntad colectiva, por eso los representantes debían elegirse entre los «capaces» por encarnar otro factor objetivo como la «soberanía de la razón» (Rosanvallon, 1985).

De ahí que para el «liberalismo centrista» como forma cultural predominante en el siglo XIX (Wallerstein, 2016), el «fundamento de legitimación» del derecho en ningún caso residiese «en el hecho de emanar de instancias de representación democrática» (Noguera, 2019, p. 27). Y acaso tampoco pueda aseverarse que expropió sin más a los individuos de «su capacidad para la autoejecución comunitaria de derechos» (Noguera, 2019, p. 68). Esto es rigurosamente cierto en referencia a la liquidación de la sociedad corporativa del antiguo régimen, base de la que indudablemente partirá el Estado liberal. Ahora bien, el espacio dejado a la autonomía

por el derecho burgués decimonónico, en cuanto se ensanchó dejando atrás las prohibiciones, exclusiones y discriminaciones clasistas, empezó a dejar espacio a la sindicación obrera, los socorros mutuos y otras iniciativas solidarias que, por uso de la tolerancia, comenzaron a proliferar en su interior. Y en cuanto la cuestión social comenzó a alborear, las respuestas cooperativas espontáneas hasta encontraron respaldo institucional como vía de solución preferente<sup>9</sup>.

### 5.3. ¿Narración o invención?

El profesor Noguera sostiene que la «narrativa histórica» es una de las vertientes teóricas que nos permitiría superar «la ideología de la soberanía» (Noguera, 2019, p. 24). Por eso cuentan con un peso específico notable las representaciones historiográficas en el curso de su argumentación, pero, como se ha indicado, esa presencia obedece a motivaciones instrumentales más que cognitivas o investigadoras. Y la mirada del historiador no puede sino quedar insatisfecha ante el intento –quizá sobrante– de legitimar las propias posiciones en la historia.

Tal tentativa se hace especialmente visible al representar el «espacio comunitario preliberal» como un «derecho nacido del pueblo» donde se distingue «entre Derecho y Justicia», precisamente por atribuir preferencia a criterios materiales de equidad sobre los formales de la normatividad general (Noguera, 2019, p. 28). Esta forma de caracterizar «las múltiples formas preliberales de comunitarismo» obedece al propósito de presentar los «recientes y nuevos espacios de autogestión comunitaria» como sus «herederos» (Noguera, 2019, p. 27). Estamos ante un claro y comprensible intento de inscribir los movimientos de emancipación colectiva en una tradición más o menos consistente, pero su ejecución requiere demasiada imprecisión historiográfica.

El propio autor demuestra que lo sabe cuando afirma que «la comunidad servil medieval no debe ser idealizada como ejemplo de comunalismo» (Noguera, 2019, p. 133). Lo sorprendente es que, anotando la advertencia, incurra igual en la citada idealización. Con ella la «narrativa histórica» tiene mucho más de «narrativa» que de «histórica». Si no cabe proponerla es por una doble razón.

En primer lugar, las costumbres comunitarias protectoras de las capas humildes, la que Thompson llamase «economía moral» –en contraste con la «economía política» de signo liberal–, contaban con una cobertura cultural y religiosa, todavía hegemónica en el siglo XVIII, que comunicaba a sus requerimientos y limitaciones para con la libre competencia un grado razonable de obligatoriedad (Thompson, 2019). No existen hoy ni siquiera residuos de ese marco cultural precapitalista y cristiano a los que apelar para fundamentar el comunitarismo democrático presente. El discurso religioso que aún circula en la esfera pública se halla casi por entero instrumentalizado por la propiedad y los intercambios privados.

Por otro lado, los usos cooperativos y las prácticas comunales desplegados en torno a instituciones medievales como los bienes de propios o los mercados libres reflejan «la jerarquía de la sociedad estamental» (Keiser, 2020, p. 250), y no tanto, como el autor sugiere, prácticas en las que «el excedente» resulta «gestionado en

<sup>9</sup> Las respuestas cooperativas para atajar la cuestión social eran, de hecho, las preferidas por los autores liberales de la *belle époque*, justo porque les permitía eludir el intervencionismo con técnicas de fomento indirecto (Martín, 2017, pp. 26 ss.). Se conoce también la inclinación conservadora por estatizar las iniciativas obreras solidarias para hacerlas generalmente obligatorias (de ahí procede el origen de los famosos seguros sociales de Bismarck) o incluso por implantar sistemas de asistencia social, como ejemplifica el caso de la «socialización de las panaderías» citado en *Los Buddenbrook* (Mann, 2019, p. 429).

común con vista a la reproducción de la comunidad» (Noguera, 2019, p. 27). En efecto, los «señores feudales habían decidido cómo era el reparto del uso de los derechos, cómo se organizaba, incluso, a veces, en su propio provecho» (Keiser, 2020, p. 250), funcionalizando de ese modo los artefactos comunitarios.

Malamente podemos fundar pretensiones de autonomía en experiencias marcadas por la jerarquía. Cabalgar la tendencia histórica hacia el «neomedievalismo» siempre tiene el riesgo de que nos aboque al «neofeudalismo». Secundamos, desde luego, la idea de que los derechos humanos existen como «idea-fuerza» que, sin estar «positivizada en el ordenamiento jurídico estatal, puede ser usada como herramienta discursiva y política sobre la que fundamentar determinadas acciones de contrapoder o autoejecución popular de derechos al margen del Derecho oficial» (Noguera, 2019, p. 67). De hecho, no cabe una historia de los derechos creíble sin una historia social de la lucha por los derechos que antecedió siempre a su consagración constitucional (Martín, 2014a). Sin embargo, resulta dudoso que esa lucha pueda encontrar hoy en el pasado «preliberal» antecedentes en los cuales reconocerse e inspirarse. Como se observa, solo puede hacerlo a costa de mutilarlo. Mucho mejor buscar esos antecedentes en las luchas emancipatorias de los pasados siglos XIX y XX, cuando el oponente a combatir era ya el capitalismo hoy desbordado.

Pero para volver la mirada a ese pasado liberal hay que problematizar el convencimiento de que, «en las Constituciones actuales, 1789 es el único punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales universalistas» (Noguera, 2019, p. 132). No considero acertada tal aseveración, que juega en nuestro texto de condición de posibilidad para preferir la época medieval el marco histórico en el que encontrar las «otras tradiciones» con las que «complementar el paradigma político y jurídico-cultural de 1789», instituyendo «un universalismo pluralista adecuado a la complejidad del nuevo tiempo» (Noguera, 2019, p. 132.).

Y no la considero certera porque el individualismo abstracto de los primeros tiempos revolucionarios se halla más que rectificado por la posterior historia constitucional. Encontramos en ella varios hitos constitutivos de un «constitucionalismo de los humildes» (Martín, 2016b) que tuvo en el reconocimiento de la pluralidad de los sujetos de derechos uno de sus aspectos más relevantes. 1793 y 1848 son fechas representativas de logros inolvidables en el reconocimiento de los derechos sociales y la democratización. 1919, 1931 y 1948 son a su vez años que encarnan conquistas inmarcesibles en la lucha por los derechos y la autonomía de los colectivos, al menos en lo que se refiere al territorio metropolitano. La presencia de estas efemérides convierte en más que problemático el hecho de que 1789 siga siendo, a día de hoy, no ya el único, sino el punto de referencia prevalente a la hora de sustentar culturalmente un universalismo emancipador. Es cierto que tampoco conviene contemplar estos hitos como puntos de llegada idealizados; conviene someterlos por igual a la crítica histórica, pero conforman, a mi entender, puntos de partida mucho más sugerentes y fructíferos para enriquecer o rectificar el constitucionalismo liberal desde posiciones que aspiren a la universalización de la dignidad que lo que pueda aportar cualquier intento de reconectar con el pasado preliberal. Además, tal reconexión impone una malformación del objeto representado que flaco favor hace a la historia constitucional. Y no olvidemos –Bourdieu mediante– que no hay mejor forma de inspirar la acción política que haciendo ciencia –en este caso histórico-jurídica– rigurosa.

## Bibliografía

- Adorno, Th. W. (2007). *Teoría estética*, Madrid: Akal.
- Agüero, A. (2006). Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional. En M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: CGPJ.
- Arnaud, A.-J. (1973). *Essai d'analyse structurale du code civile français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*. París: LGDJ.
- Bourdieu, P. (1966). La ideología jacobina. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 70-78). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (1975). Los intelectuales en las luchas sociales. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 113-121). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (1982). Desvelar los resortes del poder. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 209-214). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (1986). La negativa a ser carne de patrón. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 259-267). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (1989). Por una Internacional de los intelectuales. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 322-334). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (1992). Fundar la crítica sobre un conocimiento del mundo social. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 297-305). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2000). La Europa social se estanca. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 559-560). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2001a). Por una organización de resistencia al nuevo orden mundial. *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 566-570). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2001b). Los investigadores y el movimiento social. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 571-576). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2004). *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política*, Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2007). El neoliberalismo como revolución conservadora. En *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política* (pp. 434-442). Hondarribia: Hiru.
- Bourdieu, P. (2014). *Sobre el Estado*. Barcelona: Anagrama.
- Castells, M. (2000). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Tomo II: *El poder de la identidad*. Madrid: Alianza.
- Clavero, B. (1998). Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario. *Quaderni Fiorentini*, (27), pp. 269-378.
- Clavero, B. (1999). *La Pax et la Loi: ¿Absolutismo constitucional?*. *Anuario de historia del derecho español*, (69), pp. 603-646.
- Costa, P. (1986). *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*. Milán: Giuffrè.
- Deleuze, G. (2017). *Derrames. Entre el capitalismo y la esquizofrenia*. Buenos Aires: Cactus.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- Fernández Buey, F. (2007). Prólogo. En S. Weil, *Escritos históricos y políticos*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milán: Anabasi.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (1997). *Arqueología del saber*. Madrid: Siglo XXI.

- Foucault, M. (2002). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets.
- Hespanha, A. (1982). *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*. Coímbra: Almedina.
- Keiser, Th. (2020). El derecho de propiedad en la República de Weimar y en el fascismo. En S. Martín, F. Fernández-Crehuet y A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*. Sevilla: Athenaica.
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta.
- Luhmann, N. y De Giorgi, R. (1999). *Teoria della società*. Milán: Franco Angeli.
- Mann, Th. (2019). *Los Buddenbrook. Decadencia de una familia*. Barcelona: Edhasa.
- Mannori, L. y Sordi, B. (2001). *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza.
- Martín, S. (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). *Quaderni Fiorentini*, I, (36), pp. 503-609.
- Martín, S. (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea. *Quaderni Fiorentini*, (38), pp. 861-951.
- Martín, S. (2011). *El derecho político de la II República*. Madrid: Dykinson.
- Martín, S. (28 enero, 2014a). Baracaldo, 1905: nuestra primera gran protesta antidesahucios. *eDiario.es*. Recuperado de [https://www.eldiario.es/contrapoder/lucha-por-los-derechos-derecho-a-la-vivienda\\_132\\_5072703.html](https://www.eldiario.es/contrapoder/lucha-por-los-derechos-derecho-a-la-vivienda_132_5072703.html)
- Martín, S. (20 febrero, 2014b). Sufragios, cooperación e inteligencia. *eDiario.es*. Recuperado de [https://www.eldiario.es/contrapoder/sufragio-estrategia-electoral\\_132\\_5013308.html](https://www.eldiario.es/contrapoder/sufragio-estrategia-electoral_132_5013308.html)
- Martín, S. (4 mayo, 2016a). Historia y populismo. *eDiario.es*. Recuperado de [https://www.eldiario.es/contrapoder/historia-populismo\\_132\\_4012532.html](https://www.eldiario.es/contrapoder/historia-populismo_132_4012532.html).
- Martín, S. (2016b). El constitucionalismo de los humildes frente al constitucionalismo de los poderosos. *Galde*, (16), pp. 45-47.
- Martín, S. (2017). *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*. Granada: Comares.
- Martín, S. (2019). Notas sobre el régimen jurídico de los crímenes del franquismo. En J. Vallejo y S. Martín (coords.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero* (pp. 625-660). Navarra: Thomson Aranzadi.
- Martín, S. (2020). Monarquía doctrinaria y republicanismo democrático en la crisis de la Restauración. En V. J. Vázquez y S. Martín (eds.), *Monarquía y Constitución*. Navarra: Thomson Aranzadi (en prensa).
- Muschg, W. (2013). Epílogo del editor alemán. En A. Döblin, *Berlín Alexanderplatz* (pp. 51-70). Madrid: Cátedra.
- Noguera, A. (2012). *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado liberal*. Madrid: Sequitur.
- Noguera, A. (2014). *La igualdad ante el fin del Estado social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*. Madrid: Sequitur.
- Noguera, A. (2019). *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Perrin, F. (2012). *L'intérêt général et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII-XIX siècles)*. París: F. Varenne.
- Peukert, D. J. K. (2020). *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica* (1985). Turín: Bollati Boringhieri.
- Polanyi, K. (2003). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Ciudad de México: FCE.
- Reich, W. (2020). *Psicología de masas del fascismo*. Madrid: Enclave de Libros.
- Rosanvallon, P. (1984). *La crise de l'Etat-providence*. París: Seuil.
- Rosanvallon, P. (1985). *Le moment Guizot*. París: Gallimard.
- Rosanvallon, P. (2007). *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Rügemer, W. (2013). *Las agencias de calificación. Una introducción al actual poder del capital*. Barcelona: Virus.
- Soboul, A. (1993). *La Francia de Napoleón*. Barcelona: Crítica.
- Streek, W. (2017). *¿Cómo terminará el capitalismo? Ensayos sobre un sistema en decadencia*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Teshke, B. (2011). *The myth of 1648: class, geopolitics, and the making of modern international relations*. Londres: Verso.
- Thompson, E. P. (2019). *Costumbres en común*. Madrid: Capitán Swing.
- Tuck, R. (1981). *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vallejo, J. (2012). El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*. En M. Lorente y J. Vallejo (coords.), *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wallerstein, I. (2006). *El moderno sistema mundial*. Tomo IV: *El liberalismo centrista triunfante 1789-1914*. Madrid: Siglo XXI.
- Weil, S. (1933). *Escritos históricos y políticos*. Madrid: Trotta.
- Weiss, P. (2003). *La estética de la resistencia*. Hondarribia: Hiru.

## Soberanía, campos de lucha y prácticas plurales de garantía de los derechos. Respuesta a los comentarios sobre “La ideología de la soberanía”

Albert Noguera Fernández  
Universidad de Valencia  
ORCID ID 0000-0001-9914-2970  
[albert.noguera@uv.es](mailto:albert.noguera@uv.es)

Cita recomendada:

Noguera Fernández, A. (2020). Soberanía, campos de lucha y prácticas plurales de garantía de los derechos. Respuesta a los comentarios sobre “La ideología de la soberanía”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 579-607.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5731>

Recibido / received: 09/09/2020

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Respuesta a Sebastián Martín. 2.1. El comentario de Martín: un alegato a favor de la rigurosidad científica y la teoría crítica. 2.2. Palabras vs. Hechos I: contradicciones metodológicas. 2.3. Palabras vs. Hechos II: contradicciones teóricas. 2.3.1. Leer a Ferrajoli desde la premisa liberal. 2.3.2. Leer a Ferrajoli desde la teoría crítica. 2.4. Sobre diagnóstico y la nueva centralidad estatal postpandemia. 2.4.1. La visión obsoleta de la forma estatal en la autonomía de lo político. 2.4.2. La confusión entre factores contrarrestantes y factores albertendenciales. 2.4.3. El plan de reconstrucción postpandemia de la UE. 3. Respuesta a Ricardo Cueva. 3.1. Las insinuaciones sin argumentar. 3.2. El monoteísmo liberal. 3.2.1. El espacio sociopolítico y la lucha de sujeto, objeto y práctica. 3.2.2. Revolución vs. reforma.

## 1. Introducción

Quisiera, para empezar, expresar mi más sincera gratitud, por un lado, a la revista *Eunomía* por dedicar la sección *Book Forum* de su número 19 al libro *La ideología de la soberanía* y, por otro lado, a los profesores Sebastián Martín y Ricardo Cueva por haber dedicado parte de su tiempo a leer y escribir un comentario sobre mi libro (Noguera, 2019). En la sociedad del tiempo escaso y la avalancha de publicaciones en que vivimos, que haya personas que dediquen momentos a leerte y pensarte merece agradecimiento. Responderé primero al comentario de Sebastián Martín y, seguidamente, al de Ricardo Cueva.

## 2. Respuesta a Sebastián Martín

El comentario de Sebastián Martín (2020) está bien estructurado y contiene halagos y objeciones claramente argumentados. Se trata de un comentario de 20 páginas que demuestra una lectura seria del libro. Conociendo al profesor Martín, no podía ser de otra manera.

Este se divide en una primera parte dedicada a realizar una síntesis del libro y señalar las aportaciones y logros del mismo y una segunda parte dedicada a sus flaquezas, que divide en: metodológicas, de diagnóstico, argumentativas y aplicativas.

No puedo más que agradecerle los elogios de la primera parte y pasar, directamente, a responder las críticas de la segunda. De ellas, como indicaré seguidamente, solo puedo aceptar algunas y discrepar profundamente con otras.

### 2.1. El comentario de Martín: un alegato a favor de la rigurosidad científica y la teoría crítica

Sebastián Martín empieza su comentario haciendo referencia a Pierre Bourdieu y a su reflexión acerca del papel que deben desempeñar los intelectuales. La referencia al francés le sirve para dedicar sus primeras páginas a hacer un alegato en favor de la obligatoriedad de todo profesor comprometido con su sociedad de tener que combinar en su obra, en igual proporción, rigurosidad científica y teoría crítica.

A partir de esta introducción, Martín formula su primera crítica al libro. Este objeta que, en determinados apartados, al desarrollarse la historia del pensamiento jurídico-político y al formularse determinadas representaciones historiográficas no hay la rigurosidad ni la precisión historiográfica que, desde el punto de vista del historiador, se requeriría. Esta crítica metodológica la formula en dos partes:

Una primera, ubicada en el punto 4.1 (flaquezas metodológicas) del comentario, donde critica que el libro reproduce lo que Adorno censuraba como subjetividad creadora, es decir, ubicar en determinados autores y sus obras el punto de referencia para hacer mención a transfiguraciones históricas concretas de la realidad social. Por ejemplo, ubicar en Jean Bodin y a su obra *Los seis libros de la república* o en la obra de los contractualistas los momentos de transformación del concepto moderno de soberanía, entre otros. Frente a ello Martín escribe: «A mi juicio, no hay proceso de transformación operada en la estructura de las relaciones sociales que no complique, en diversa proporción y de forma inextricable, factores culturales y materiales. En los intervalos de cambio suele presenciarse la generalización ascendente de una cosmovisión cultural que logra ir desplazando de la escena a la concepción anteriormente predominante, pero también una concatenación de factores

en el plano de las relaciones socioeconómicas que propicia –que convierte en plausible y aceptable– dicha hegemonización cultural paulatina».

Y, una segunda, ubicada en el último apartado, punto 5, de su comentario al que denomina «historia sobrante», donde se detiene en señalar varias imprecisiones historiográficas detectadas en el libro referentes a la época clásica y moderna.

Sobre ello, poco tengo que añadir más que aceptar la crítica. Respecto a la primera parte, el mismo Sebastián Martín formula lo que suscribo como respuesta propia: «Se podría objetar que se trata de una simple forma de hablar o de narrar la materia expuesta, recurriendo a la metáfora o ficción de que los autores crean ideas que a su vez generan una nueva sociedad –o una nueva concepción acerca de la misma– para aludir a procesos complejos de cambio. Pero se aceptará que justo esa narrativa entra en tensión con los postulados de una obra que, para el tiempo presente, considera la teoría y al intelectual como retaguardia al servicio de la praxis emancipatoria». Y, respecto a la segunda, reconozco también que, en diversos puntos, el libro trata lo historiográfico más como valor de cambio que como valor de uso. Es decir, más como una argumentación funcional o instrumental destinada a fortalecer las tesis defendidas por el autor que no como algo que tiene valor por sí mismo, y ello tiene el peligro de caer en la falta de rigurosidad o imprecisiones que manifiesta el recensor.

Aceptada esta crítica, debo manifestar, sin embargo, que entre lo que Martín recomienda y hace hay diferencias importantes. Ni la rigurosidad ni la teoría crítica exigida parecen ser tenidas en cuenta cuando escribe sus apartados de flaquezas de diagnóstico, aplicativas y argumentativas.

## 2.2. Palabras vs. Hechos I: contradicciones metodológicas

No puede más que sorprender que el profesor Martín centre gran parte de su texto en exigirme una rigurosidad exquisita en la escritura de los aspectos historiográficos, pero, a la vez, no aplique la misma rigurosidad en su lectura e interpretación del libro. De ahí la primera contradicción, de carácter metodológico, entre sus palabras y lo que, a continuación, hace.

Tanto en el apartado de flaquezas de diagnóstico (4.2) como aplicativas (4.4), Martín me atribuye la defensa de un proyecto que consistiría en la sustitución del Estado por una «federación de comunas solidarias». Según él, para mí –dice literalmente– sería mejor «autoorganizarse en comunas en lugar de defender las conquistas institucionales pasadas».

Una lectura rigurosa del libro permite observar en el comentario de Sebastián Martín un ejercicio de caricaturización o tergiversación de mis posiciones que le sirve para acomodar mejor la plataforma desde la que poder construir su crítica.

Cuando pone en mi boca «El autor considera un ejercicio de realismo pensar que los supuestos económicos e institucionales para la garantía universal de derechos como la sanidad, la educación, el desempleo o las pensiones se encuentran ya históricamente agotados» y que en un futuro inmediato considero que «el mejor modo de responder a la crisis sanitaria sea la autoorganización de las fuerzas sociales, pues bien cabe que ante el injustificable inmovilismo de las administraciones –en materia educativa, por ejemplo– sean los propios núcleos sociales –o familiares– los que se coordinen para satisfacer los fines desatendidos», defendiendo «su trasvase pleno a una organización comunal sin empaque alguno a día de hoy», está faltando a la verdad y ello es hacer trampas.

Con ello, está atribuyéndome una posición inventada y que no se corresponde con la literalidad de la letra del libro. En la página 142 de *La ideología de la soberanía* se resume, de manera clarísima y sin lugar a confusión, la propuesta político-constitucional defendida a lo largo de todo el libro:

La garantía de la dignidad para las clases populares en el marco de un campo de lucha de los derechos de dialéctica compleja, donde se cruzan los ejes privado-público, procomún extractivo-cooperativo y entorno de desigualdad-igualdad, requiere de una Constitución económica conformada a partir de la combinación de los tres modelos democráticos conformadores de igualdad: el 4 (Estado social), 5 (Economía comunitaria de autogestión regulada) y 6 (Economía comunitaria de autogestión primaria), que daría lugar a lo que al final del capítulo II de este libro hemos llamado Estado redistributivo-comunal.

Ello significa, el reconocimiento, por un lado, de un fuerte sector público, retomado del Estado social, capaz de continuar ofreciendo en régimen de universalidad determinados servicios y prestaciones que, por su naturaleza, requieren necesariamente de intervención estatal y de gasto social público (sanidad, educación, seguridad social, derechos laborales, etc.). Y, por otro lado, conjuntamente con lo anterior, el reconocimiento, descentralización y transferencia de competencias y recursos (infraestructurales, técnicos, económicos, etc.) en materias tan diversas como vivienda, cultura, deporte, ambiente, etc. a las formas organizativas de lo procomún cooperativo que pueden ser de dos tipos: formas de procomún cooperativo reguladas y primarias.

Este es el proyecto político-constitucional que defiende el libro y que, además, en la página 127 se ejemplifica tomando como modelo de referencia a la Constitución venezolana de 1999, donde la creación de mecanismos jurídicos para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que estos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, no es incompatible con un Estado fuerte que nacionaliza los recursos naturales y ofrece prestaciones sociales en régimen de gratuidad y universalidad.

No obstante, da la sensación que Sebastián Martín falsee el texto del libro porque sea la única manera que halla para evitar que muchas de las críticas que formula no resulten absurdas. Pongo dos ejemplos:

1. Solo falseando la literalidad del texto del libro puede afirmar, en el punto de flaquezas de diagnóstico, que el modelo propuesto por este «fortalece el neoliberalismo» y «liquida los sistemas públicos de educación, sanidad y pensiones aún en pie», sin que resulte ridículo.

Es innegable que junto a los hospitales y escuelas públicas existen, hoy en día, formas de autoorganización ciudadana que cubren otras necesidades no resueltas por el Estado: la PAH evitando desahucios u ocupando viviendas vacías propiedad de entidad financieras, ONGs que salvan vidas en el Mediterráneo, etc. Afirmar que si defiendes y dedicas tu tiempo a luchar en y por este tipo de espacios autoorganizados no puedes defender ni luchar por la educación o la sanidad pública es negar la necesaria complementariedad entre prácticas de garantía de los derechos en una sociedad con campos de lucha abigarrados.

Lo que no se puede es decir a toda esa gente que dedica parte de sus horas diarias a la auto-organización de redes de solidaridad colectiva que están fortaleciendo el neoliberalismo y liquidando los servicios públicos porque no están luchando por la sanidad. Porque resulta que esa gente es la misma gente que cuando los sindicatos o las mareas convocan una huelga o una manifestación contra la reforma laboral o a favor de las pensiones está en primera fila compartiendo movilización con ellos. En esto consiste entender que en una sociedad neoliberal con campos de lucha de los derechos superpuestos y donde un Estado social en

decadencia no nos garantiza todos los derechos de la cuna a la tumba, no existe una única manera de garantizar derechos, sino múltiples. Y tan importante es, en términos de aliviar la precariedad vital inmediata que mucha gente vive en su día a día, crear formas de organización de lo colectivo para la autotutela de derechos, como defender y exigir al Estado una sanidad, una educación y un sistema de pensiones públicos y universales. Y, por tanto, no puede haber una jerarquización entre prácticas de garantía de los derechos ni tampoco ninguna de ellas excluye a las otras como afirma Sebastián. Todas son igual de necesarias y se complementan. Esta es la premisa defendida en el libro. Y si no, que el profesor Martín le cuente al refugiado que se está ahogando delante de las costas de España que el barco de Open Arms no puede ir a rescatarle porque apostar por ONGs o formas de auto-organización colectiva no estatal como práctica de garantía del derecho a la vida es dar alas al neoliberalismo y liquidar los servicios públicos. Que mejor se mantenga a flote unos días más mientras espera que esta función la haga aquel Estado en el que, incluso con el Gobierno más progresista al que España puede aspirar, no se sanciona administrativamente y se absuelve judicialmente a los guardia civiles que le disparan a matar con balas de goma. Ante campos de lucha de los derechos complejos, prácticas de garantía de los derechos también complejas.

2. También solo falseando la literalidad del texto del libro se puede, en el punto de flaquezas aplicativas, definir al Estado como momento igualador y único portador natural de derechos universales y a los espacios del común cooperativo como comunas o colonias icarianas caciquiles incapaces de garantizar derechos, sin que resulte absurdo.

Para Martín «solo el Estado y los organismos internacionales componen a día de hoy, al menos en potencia, un contrapeso proporcional a esa acaparación privada de recursos», a la vez que define los espacios del común cooperativo como «comunas» regidas por «cacicazgos y redes clientelares» incapaces de «lograr una eficaz protección de los derechos individuales y sociales». Como si el Estado de manera innata y por gracia divina fuera, ya de por sí, portador del reconocimiento de derechos a todos y todas y los espacios del común cooperativo no pudieran ser otra cosa más que asentamientos desinstitucionalizados de hippies sin reglas, organización ni mecanismos de control.

Es comúnmente sabido que la historia de los derechos es una historia en la que la dialéctica entre los espacios del común y estatal, donde el primero no es tan garantista ni el segundo tan poco, ha actuado, tradicionalmente, como motor del reconocimiento de los derechos.

¿O acaso, en muchos países, la ocupación y autogestión comunal de tierras por los movimientos sin tierra (democráticos y organizados) no ha sido el detonante que ha obligado al Estado a tener que aprobar leyes de reforma agraria que reconocieran el derecho de acceso a la tierra? ¿O acaso, la ocupación de viviendas por parte de movimientos de gente sin techo (democráticos y organizados) no ha obligado también, en varios Estados, a tener que regular el acceso a la vivienda? ¿O acaso, la organización de comedores paralelos y auto-gestionados por el movimiento estudiantil asambleario, destinados a boicotear el comedor universitario concesionado a una empresa privada con comida basura y precios abusivos, no ha servido para generar un problema que ha obligado a la universidad a regular la calidad y precios de los menús universitarios?

Y, lo mismo, a la inversa, ¿acaso los trabajadores de centros de trabajo, también públicos, en quiebra hubieran podido recuperarlos, pasarlos a auto-gestionar en régimen de cooperativa y evitar ir al paro o a la precariedad si no existiese una legislación estatal que permite la capitalización del paro o de las indemnizaciones de los trabajadores despedidos que deciden comprar la empresa? Solo en Murcia, entre

2012 y 2015, 30 empresas mercantiles en quiebra fueron reconvertidas en cooperativas de trabajo por parte de los trabajadores, ¿esto no es garantizar un derecho? En Mataró, en 2011, el ayuntamiento cerró y despidió a los 35 trabajadores de la escuela municipal de música que fue recuperada por los mismos reconvirtiéndola en una cooperativa (MUSICOP) que hoy funciona de maravilla y les da trabajo. ¿Quién garantiza derechos aquí, la administración pública o las formas de organización del común?

Como digo, resulta ridículo defender estos argumentos si no es realizando un ejercicio previo de tergiversación del texto del libro. Y esto no tiene nada que ver con la rigurosidad metodológica que se recomienda.

### 2.3. Palabras vs. Hechos II: contradicciones teóricas

En el apartado de flaquezas argumentativas (4.3), Sebastián dice que la calificación de la teoría de Ferrajoli como estatista desarrollada en el libro no es del todo acertada. Afirma «no poder dejar de manifestar extrañeza» ya que según él, se trataría de una doctrina «más “sociocéntrica” que “estatolatra”, pues en ella los poderes públicos, en su función de garantía e igualación, se hallan al servicio del ejercicio individual y colectivo de los derechos operado en sociedad como forma principal de su actualización. No existe en ella, por tanto, “subsunción de la sociedad en el Estado” (p. 69), sino más bien disolución de la institucionalidad estatal o internacional en la trama social, a cuya reproducción autónoma sirve». Según Martín, en la teoría ferrajoliana no hay una subsunción de la sociedad en el Estado, sino un fortalecimiento de la autonomía social.

A mí lo que me genera extrañeza es que después de iniciar su comentario con un alegato en favor de la teoría crítica, a la hora de leer a Ferrajoli afirme que la lectura acertada de su obra sea la hecha desde premisas liberales y liberalizadoras y no desde las de la teoría crítica de los derechos. De ahí que afirme que existe otra contradicción, en este caso teórica, entre lo que recomienda y lo que hace.

#### 2.3.1. Leer a Ferrajoli desde la premisa liberal

El discurso liberal de los derechos parte de la premisa de que los derechos surgen de la sociedad (derechos naturales) con el objetivo de defender a esta del Estado autoritario. De acuerdo con los iusnaturalistas, no existe primero el Estado y después los derechos, sino a la inversa, primero existirían los derechos, propios del ámbito de la sociedad, y después el Estado.

En este orden de primero los derechos y luego el Estado, la Constitución de los derechos es una abstracción que no existe como entidad real, su forma real se materializa a través de los Poderes del Estado. Los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) no pre-existen a las cartas de derechos; no hay, en rigor, poderes antes de las cartas de derechos propias del constitucionalismo, es a la inversa. Los poderes se justifican, nacen y fundamentan por los derechos, con anterioridad a las cartas de derechos los poderes hubieran carecido de motivo y de justificación. En términos constitucionales, afirma tal visión, el poder legislativo nace para desarrollar conforme a la Constitución los derechos, el Ejecutivo para implementarlos y el judicial para hacerlos valer a instancia de parte interesada o, de ser necesario, frente a los otros dos poderes juntos o por separado. Su función debe ser estar al servicio de los derechos. Por tanto, de acuerdo con esta lógica, se partiría, repito, de la idea de que no existe primero el Estado y después los derechos, sino a la inversa, primero existirían los derechos (que se corresponderían al campo de la sociedad) y después el Estado.

A partir de esta premisa se lee la propuesta ferrajoliana de funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía de los derechos (propios de la sociedad), como una subordinación del Estado a los derechos, esto es, a la sociedad. Es decir, no como una subsunción de la sociedad en el Estado, sino como una doctrina que pone a la sociedad-derechos en el centro. Por eso Martín dice que es «sociocentrista», y el Estado, al garantizar o ponerse al servicio de tales derechos, no haría más que garantizar y permitir la supremacía de la sociedad, léase la reproducción de la autonomía social frente al poder estatal.

Esta lectura de la doctrina del autor italiano que hace Sebastián Martín y que diría no solo que es liberal sino, incluso, excesivamente liberalizadora de Ferrajoli, no es aceptable si se parte de la teoría crítica de los derechos como premisa.

### 2.3.2. Leer a Ferrajoli desde la teoría crítica

A diferencia de la teoría liberal, la teoría crítica de los derechos invierte la premisa inicial. Según esta, los derechos subjetivos no son un discurso que surge de la sociedad para defenderse del Estado, como cuentan los iusnaturalistas, sino todo lo contrario. Son un discurso que surge del Estado (derechos subjetivos positivos y Estado liberal surgen de la mano) para defenderse de la sociedad.

Al estructurar, con la aparición del Estado liberal moderno y sus cartas de derechos, el sistema de relaciones sociales alrededor del discurso de los derechos subjetivos, la burguesía crea un modelo donde los conflictos sociales ya no se resuelven en términos de clase en el seno de la sociedad, sino en términos de individuo-ciudadano en el seno del Estado, reelaborando el conflicto y desactivando la amenaza contra la propiedad.

El queridísimo Oscar Correas lo explicó brillantemente. Los derechos subjetivos modernos y sus garantías otorgan derechos o facultades a los ciudadanos, les dan permiso para acudir al Estado o a un funcionario público, por ejemplo a un juez mediante una demanda, y establecen la obligación de este funcionario público de convertir en eficaz el derecho o la directriz de política pública demandada. Las relaciones entre los individuos quedan entonces mediadas por el Estado. Esta es una de las notas definitorias del derecho moderno.

En el mundo romano, por ejemplo, el ciudadano se dirigía al *pretor* para que este dijera si la acción que iba a cumplir contaba con el apoyo de la *Civitas*. El *pretor* le «daba acción» y el ciudadano realizaba por sí mismo la tarea de dirigirse a su deudor y cobrar la deuda o recobrar la cosa. En la modernidad, el ciudadano tiene prohibido dirigirse directamente a su deudor, esto es interpretado de manera negativa como «tomarse la justicia por su mano», pues debe ser siempre un funcionario público el que producirá las acciones necesarias para satisfacer las demandas del primero (Correas, 2003, p. 30).

En consecuencia, el derecho moderno, al convertir al individuo en «ciudadano», expropia a los individuos de su relación directa con el resto de miembros de la sociedad civil. La única manera que el ciudadano tiene para hacer efectivo un derecho y propiciar una situación de igualdad es acudiendo al Estado o funcionario autorizado para que resuelva el problema.

Las clases populares no tienen ninguna oportunidad de dirigirse directamente a sus enemigos de clase en el seno de la sociedad civil. Lo moderno del derecho moderno consiste en haber organizado la mediatización de los integrantes de la sociedad civil a través de una ficción que llamamos Estado. El Estado no existe como

entidad, este no es más que la voz de sus funcionarios. Los ciudadanos han sido expropiados de cualquier otra forma de hablar y relacionarse entre ellos que no sea a través de un tercero, el Estado. Ello tiene consecuencias importantes.

Una es la desaparición de la responsabilidad de la clase dominante tras la mediación del derecho. Como el individuo precario y explotado, devenido ciudadano, se ve obligado a dirigirse a funcionarios estatales para reclamar sus aspiraciones o derechos, queda oculto el sujeto central de esta dramática situación: la clase dominante. Los detentadores de la mayor parte de la riqueza no aparecen en escena. El discurso del derecho permite su ocultamiento. El Estado siempre se les aparece como responsable inmediato. Este actúa como muro entre las clases, como mediación entre compañeros y enemigos de sociedad civil. El discurso del derecho moderno permite el ocultamiento del capitalista y, por tanto, del enemigo y culpable de la miseria de la mayoría, lo que queda patente, por ejemplo, en la concepción y diferenciación de la huelga como el simple ejercicio de un derecho (huelga laboral) y no como una acción política contra el enemigo de clase (huelga política).

Otra es la destrucción de las formas societales mediante las cuales los individuos o grupos sociales se relacionan entre sí y, por tanto, se elimina toda posible relación conflictiva directa entre clases o grupos que pongan en peligro las propiedades de los más favorecidos. Cualquier conducta subversiva de acción directa que no pase por la mediación «racional» del Estado es antijurídica y prohibida (Correas, 2003, p. 32).

Si partimos de esta teoría como premisa, y ello es lo propio de la teoría crítica de los derechos, la propuesta ferrajoliana de convertir los derechos subjetivos en el centro axiológico y articulador de todas las relaciones sociales, capturando cualquier poder salvaje que pueda aparecer en la sociedad para incluirlo en la lógica de los derechos, lo que hace no es, como dice el profesor Martín, otorgar autonomía o reconocer supremacía al espacio social donde los conflictos se resuelven en términos de clase, por vía directa y sin intermediarios, sino todo lo contrario, llevar a cabo una subsunción de todas las relaciones sociales a la lógica de ciudadanía, o lo que es lo mismo, a la lógica de mediación de las relaciones por vía de la acción «racional» del Estado. Es decir, canalizar y subsumir los conflictos de la sociedad hacia el interior de la intermediación estatal o ciudadanía. De ahí que, leída desde la teoría crítica y no de la liberal, la de Ferrajoli no pueda ser más que una doctrina estatista, no sociocentrista.

Tampoco aquí la lectura de Ferrajoli que hace el profesor Martín tiene nada que ver con la teoría crítica que recomienda.

#### 2.4. Sobre diagnóstico y la nueva centralidad estatal postpandemia

Volviendo, de nuevo, al apartado referente al diagnóstico, Martín critica la diagnosis histórica sobre la que se construye la propuesta político-constitucional contenida en él. Esto es, la idea según la cual nos dirigimos hacia un futuro más neoliberal y con un cada vez mayor debilitamiento de lo público-estatal. El censor califica este pronóstico de estar construyendo una filosofía de la Historia hecha de leyes objetivas catastrofistas y afirma no solo que esta inercia no tiene, necesariamente, por qué ser cierta, que es posible invertirla, sino que además considera que esta inversión salvadora ya estaría empezando a llegar: «el comentario presente –señala– cuenta con la ventaja relativa de haberse escrito durante la rotunda emergencia sanitaria que supone la pandemia que padecemos. Y parece que la respuesta institucional a la misma en Europa ha vuelto a colocar sobre el tapete una centralidad estatal».

Frente a esta posición de Sebastián, me reafirmo en que, desgraciadamente, la dirección hacia la que vamos es la de un debilitamiento de la función política garantista del Estado. Esto no significa la desaparición del Estado, mientras exista capitalismo existirán Estados, ninguno de los dos puede sobrevivir sin el otro, pero sí implica un cambio claro de sus funciones políticas en un sentido neoliberal.

Mi posición respecto la argumentación de Sebastián Martín es firme en dos sentidos:

- Cuando dice que la tendencia histórica no necesariamente debe ser así, sino que, hoy, es posible invertir la Historia, lo que está haciendo es partir de una visión obsoleta de la forma estatal basada en la autonomía de lo político, que le lleva a confundir los factores contrarrestantes con factores albertendeciales.
- Y cuando dice que la respuesta europea a la pandemia está siendo volver a colocar la centralidad estatal en el tapete es porque, simple y llanamente, no ha hojeado el documento de conclusiones del Consejo Europeo de 17 a 21 de julio de 2020 donde se fija el llamado Plan de reconstrucción postpandemia de la UE. De nuevo, apelo a lo que entiendo como falta de rigor.

#### 2.4.1. La visión obsoleta de la forma estatal en la autonomía de lo político

Con su argumentación, Martín sigue pensando la forma estatal, en primer lugar, como unidad autónoma de gobierno interno de la comunidad y, en segundo lugar, como institucionalidad procesadora del conflicto social en términos de derechos.

Para él, el Estado es la forma de constitución y gestión interna de la vida política que se ejerce a través de mecanismos puramente internos como son la ciudadanía y su progresiva ampliación, mediante las generaciones de derechos, a los nacionales. En este sentido, el Estado cobra sentido como espacio soberano de separación del exterior en su papel organizador del interior. El Estado debe entenderse aquí desde su adentro territorial, como unicidad interna, como una frontera de separación del poder interno y otorgador del monopolio de gobierno.

Además, sigue pensando el Estado como aparato procesador del conflicto social interno en términos de ruptura constituyente o de ampliación de derechos. Es decir, como espacio en cuyo interior la presión social es reelaborada siempre por el Estado en forma de proceso constituyente o de ampliación de derechos subjetivos universales. El momento normativo se percibe como aquel momento de mediación entre autoridad y sociedad en el que se da la traducción del conflicto social en más derechos subjetivos.

En tal contexto, los sujetos políticos de izquierda (partidos, sindicatos, movimientos sociales, etc.), en tanto sujetos incluidos en el conjunto de procesos y prácticas nacionales de conflicto social, podrían presionar al Estado y, en función de la correlación de fuerzas, alterar los escenarios socioeconómicos, conformándose en un factor albertendecial.

Sin embargo, ninguno de estos dos rasgos que describen la posición de Martín caracterizan hoy la forma estatal del siglo XXI, cuya naturaleza es totalmente distinta.

En las últimas décadas del siglo XX, los teóricos de la escuela de la regulación (Aglietta, 1979; Boyer, 1992; Lipietz, 1986) reflexionaron acerca de la relación entre capitalismo y Estado, acuñando los conceptos de régimen de acumulación y modo de regulación. El primero da cuenta de las propias dinámicas económicas constituyentes

de cada una de las fases internas del capitalismo. Y el segundo busca comprender las articulaciones específicas de lo económico con lo político y lo social en esas mismas fases. En resumen, lo que vienen a decir es que a cada régimen de acumulación, léase fase del capitalismo, le corresponde un modo de regulación particular, léase forma estatal y jurídica, que acoplada funcionalmente con el primero sostiene y garantiza su reproducción. De manera que la transición, fruto de una crisis, de una fase a otra del capitalismo (régimen de acumulación) va acompañada siempre de una transformación de la forma estatal y jurídica imperante (modo de regulación).

La forma estatal y jurídica más adecuada para la fase capitalista fordista, que estructuraba su reproducción económica alrededor de la producción y consumo nacional de mercancías, fue la del Estado en su papel de organizador intraterritorial de las tres variables que permitían la venta o conversión de mercancías en dinero: la demanda interna (mercado interno), la demanda externa (comercio internacional) y la demanda pública (contratación pública). El papel de la administración estatal era estructurar el espacio nacional interno alrededor de dispositivos institucionales orientados a generar tales variables (política fiscal, incremento de salarios, reestructuración de sectores productivos, etc.), así como de dispositivos psicológicos de inducción de la población al consumo (publicidad, marketing, etc.). El territorio interior dejó de ser solamente un soporte pasivo de la soberanía política, un mero marco geofísico de ésta, para pasar a ser un instrumento dinámico y activo de construcción del Estado como modo particular de organizar las relaciones socio-económicas intraterritoriales.

Sin embargo, durante el último cuarto del siglo XX y primeras dos décadas del XXI ocurren en el mundo un conjunto de fenómenos que han transformado radicalmente los procesos de acumulación del capital y la forma estatal y jurídica: el derrumbe del sistema de Bretton Woods y el paso a un régimen de cambios flexibles, el giro monetarista de la política económica norteamericana, la informatización de los intercambios bursátiles y la aparición con ellas del mercado de productos derivados, etc. La suma de todos estos procesos ha conformado un nuevo modelo de acumulación integral en el que la financiarización juega un papel central. La financiarización no es una distorsión de un capitalismo puro o el resultado de un golpe del sector financiero contra el capital productivo. Es, más bien, una característica estructural de la acumulación y la reproducción social bajo el neoliberalismo (Saad-Filho, 2010, p. 243).

Este modelo formal de acumulación, propio del capitalismo financiero del s. XXI, requiere de una nueva arquitectura institucional y normativa en la que los Estados ya no pueden pensarse y entenderse como gobierno político hacia adentro, sino como estructura técnico-administrativa cuya función es actuar de conector o enlace entre la realidad nacional y el capital financiero internacional, garantizando la transferencia de recursos de la primera hacia los segundos por vía de limitación del déficit público y pago de la deuda, intereses al crédito privado, compra-venta de vivienda mediante fondos buitres internacionales, etc.

La lógica de funcionamiento de la política económica estatal se ha desconectado de los procesos y conflictos entre agentes internos para hacerse funcional al proceso de reproducción del capital en el ámbito de sistema-mundo financiero internacional. Los elementos determinantes de las políticas económicas estatales son cada vez menos lo que pasa dentro del Estado y más los vaivenes de los mercados bursátiles internacionales. En este contexto, el Estado ya no puede procesar el conflicto interno mediante la ruptura constituyente ni la ampliación de derechos en tanto que un excesivo gasto público social para implementar políticas sociales conllevaría una mala cualificación del país por parte de las principales

agencias de *rating* que evalúan los estados en función de la adecuación de su presupuesto y previsión de gastos e ingresos a los criterios neoliberales. Y una calificación negativa por parte de tales agencias supone, entre otras consecuencias, que los inversores no confían en destinar su dinero a una economía que no ofrece las suficientes garantías. Además, las empresas del país se ven afectadas directamente porque se exponen a ver reducida su calificación de deuda privada con la que financiar sus operaciones, produciéndose así una contracción de la economía nacional. De manera que el momento normativo tampoco actúa ya como mediación entre Estado y Sociedad, sino como cordón umbilical que lo une con el capital internacional y, sin reconocer ningún vínculo con la complejidad de la sociedad ni sus contradicciones, somete la realidad a su mandato.

Todas estas transformaciones tienen dos consecuencias importantes que desmienten la argumentación del profesor Martín.

A. La primera es que esta supuesta autonomía de lo político-estatal a la que se refiere ya no existe. Ello desmiente la visión obsoleta de la forma estatal basada en la autonomía de lo político que sostiene Sebastián Martín. Este dice: «Cada peldaño recorrido en el proceso globalizador en el terreno institucional ha sido decidido por los Estados, y nada impide que, ante la presión de las circunstancias, este camino pueda desandarse, (...) para abrir un nuevo escenario de predominio estatal». ¿De verdad cree que nada impide que, ante la presión de las circunstancias, los Estados tengan autonomía para tomar la decisión que quieran? Entonces, ¿cómo explica que después del referéndum griego de 5 de julio de 2015, donde se manifestó un rotundo rechazo a las condiciones del rescate propuestas por la UE, el FMI y BM (difícilmente puedo imaginar un escenario con mayor «presión de las circunstancias»), el gobierno de Syriza incumpliera el resultado del referéndum y se pliegara ante las instituciones neoliberales? Según la visión de Sebastián debería interpretarse que Alexis Tsipras es un vendido que desoyó al pueblo porque teniendo autonomía para poder hacer lo que quisiese no lo hizo. ¿O será que, en realidad, esta autonomía de la que habla Sebastián Martín no existe?

O, ¿puede el gobierno de España, si así lo quisiera la mayoría de la población, «desandar el camino» y salir del euro? Sin duda, no. La fuerte integración y dependencia económica de los países de la UE provoca que la salida del euro de un país solo no implicaría para este la recuperación de su soberanía económica, ya que la propia existencia del euro ha dado lugar a una evolución en el sistema monetario internacional y a una integración productiva de las economías nacionales que provoca que la política monetaria del país en cuestión, independientemente de cuál fuese su moneda, continuaría estando sometida a los criterios monetarios hegemónicos de su área de integración económica, productiva y comercial, que no son otros que los criterios pro-finanzas y neoliberales del Banco Central Europeo (BCE) (Arriola, 2016, p. 6). Y, por otro lado, además de no conseguir el objetivo de recuperación de la soberanía económica, la salida unilateral y en solitario del euro implicaría la llegada de otras dificultades económicas añadidas con las que habría que lidiar. Por citar solo algunas: una mayor dificultad de acceso a la financiación o la multiplicación de la deuda. Las economías periféricas necesitan captar ahorro exterior para compensar su insuficiencia de ahorro interno con el cual financiar su inversión pública y privada y pagar sus importaciones. No es lo mismo financiarse con una moneda fuerte como el euro a hacerlo con una moneda más débil como lo sería la peseta, el dracma, el escudo, etc. El euro permite acceder a la financiación a un coste comparativamente más bajo porque es también más reducida la probabilidad de devaluación. La devaluación supone una mengua para el inversor extranjero, por lo cual exigirá un interés más elevado como incentivo para convencerlo de asumir este riesgo más elevado. Como señala A. Sanabria (2014, p. 32), ante la necesidad de financiación

exterior, si tu moneda no genera suficiente confianza o muestra claros riesgos de próximas devaluaciones, como pasaría en el caso de una moneda acabada de salir del euro, el Tesoro Público se vería en la necesidad de emitir, al menos, una parte de su deuda en una moneda extranjera fuerte (dólares, euros o yenes). Esta medida permitiría acceder a mejores condiciones de financiación internacional pero, a la vez, supone un riesgo de endeudamiento en una moneda que no se controla. Además, el endeudamiento se multiplicaría exponencialmente en quedar mucha deuda en euros, mientras los ingresos serían en la nueva moneda local.

B. Y la segunda consecuencia es la conversión de la izquierda de factor altertendencial a factor contrarrestante, que son dos cosas distintas y que Sebastián Martín confunde cuando afirma que es posible acabar con la tendencia histórica actual.

#### **2.4.2. La confusión entre factores contrarrestantes y factores altertendenciales**

En un sistema donde el Estado ya no puede entenderse, exclusivamente, desde su adentro territorial, sino como una estructura técnico-administrativa que conecta la realidad nacional con los intereses de un capital financiero transnacional y que, sin capacidad de conversión del capital ficticio en capital real, de generar empleo o asalarización, de encontrar nuevos motores de crecimiento y en el marco del colapso ecológico, solo puede reproducirse por vía de la acumulación por desposesión. En estas circunstancias resulta evidente que existe una tendencia histórica de desmantelamiento de derechos sociales connatural al sistema.

Ante esta tendencia histórica pueden existir dos opciones: la opción altertendencial o la opción contrarrestante, que son cosas distintas.

La opción altertendencial consistiría en una alternativa global capaz de revertir el modelo, cambiando la historia e invirtiendo la tendencia. Para ello, o habría que desconectar el Estado del sistema-mundo estableciendo un sistema de autarquía absoluta, o habría que derrumbar el capitalismo mundial interconectado imperante y crear un nuevo sistema. Ninguna de las dos cosas parece factibles.

La opción contrarrestante es aquella que consiste en la posibilidad de que existan gobiernos de izquierdas o victorias sociales que permitan adoptar algunas medidas parciales, no estructurales, de mejora de las condiciones materiales de los menos favorecidos, pero que no eliminan la tendencia. De hecho, que haya una tendencia histórica de desmantelamiento de derechos sociales (que lleva ya desde inicios de los 80, más de 40 años, en curso y sigue) no significa que no puedan existir gobiernos que puedan aprobar un ingreso mínimo vital o conflictos laborales que puedan terminar en pequeñas victorias. Claro que pueden existir. Una tendencia no tiene por qué expresarse empíricamente en todo momento como tal en la realidad. Trazar tendencias no implica, nunca, negar que en el transcurso de la misma pueden existir siempre factores contrarrestantes (coyunturas concretas de crecimiento económico, normas jurídicas, medidas políticas determinadas, etc.) que, en determinados momentos y países, ralentizan la tendencia, pero eso no anula la misma. ¿O acaso cree Sebastián Martín que el aumento del salario mínimo interprofesional a 950 euros, que sin duda es un avance, ha eliminado la tendencia histórica de desmantelamiento de los derechos sociales?

El contexto actual caracterizado por la ausencia de una alternativa global hegemónica, ni teórica ni organizativa, y de Estados subordinados a los vaivenes del mercado mundial sin autonomía política real, lo único que puede hacer la izquierda en su interior es actuar de factor contrarrestante, esto es, intentar ralentizar,

parcialmente, los efectos de la tendencia, pero no eliminar la tendencia histórica de desmantelamiento de derechos sociales. Es sobre la traza de lo que el libro considera esta tendencia histórica que se fija el escenario de partida para proponer un proyecto político constitucional alternativo para las próximas décadas, adecuado al contexto que nos toca vivir. Cuando Sebastián Martín afirma que no necesariamente ha de ser así está confundiendo los factores correstantes, que sí pueden existen y no lo pongo en duda, con los altertendenciales, que a diferencia de otros periodos históricos donde sí han existido, hoy en día, contrariamente a lo que él dice, no existen ni hay indicios de que puedan existir a medio plazo.

### 2.4.3. El plan de reconstrucción post-pandemia de la UE

Pero es que, además, como argumento de que la tendencia histórica neoliberal indicada en el libro se estaría revirtiendo, el profesor Martín dice: «parece que la respuesta institucional a la misma (la pandemia) en Europa ha vuelto a colocar sobre el tapete una centralidad estatal».

Decía antes que ello indica no haber hojeado las conclusiones del Consejo Europeo del 17 a 21 de julio de 2020, dado que una lectura de las mismas pone de manifiesto que más que volver a colocar sobre el tapete la añorada centralidad estatal, el plan de reconstrucción post-pandemia reproduce y agudiza los tres factores de desmontaje de la misma y acelera la tendencia neoliberal, lo cual fortalece mi tesis y debilita la suya. Detengámonos hacer un análisis riguroso del mismo:

1) En primer lugar, un análisis de las partidas y contenidos del pacto permite ver que no está destinado a la garantía de derechos, sino a la adaptación de las estructuras estatales y sociales a las nuevas necesidades del capital.

Intervención estatal no significa, necesariamente, centralidad estatal. A diferencia de lo que decía Adam Smith, el mercado no se regula ni funciona por sí solo. Para que la reproducción ampliada de capital se pueda dar y funcionar regularmente se ha requerido, históricamente, de todo un conjunto de condiciones político-jurídicas. Por ejemplo: para obtener plusvalor o excedente que reinvertir es necesario asegurar que exista una demanda suficiente para que la cantidad cada vez mayor de mercancías producidas se pueda vender; para reinvertir parte del excedente en mejorar los medios de producción es necesario que exista otro capitalista que haya decidido invertir en la fabricación de la maquinaria necesaria para el primero, teniendo conocimiento antes de producirla de que la va a vender; o, para conseguir más y mejor capacitada fuerza de trabajo que permita aumentar la producción es necesario que se hayan creado escuelas y universidades para la formación de los futuros trabajadores. En consecuencia, la reproducción ampliada no se puede dar en un contexto de mera espontaneidad, sino que necesita, para poder funcionar, de circunstancias económicas, pero también políticas que garanticen las condiciones necesarias para su reproducción. Esto es, la intervención del Estado.

Aún y su debilitamiento en la época neoliberal, los Estados no pierden su papel como complejo condensador de la reproducción del capital. Aunque los criterios de inversión sean desplazados a órganos internacionales, los Estados continúan conformando y garantizando la dinámica del capital. En medio de la quiebra económica de los Estados ocasionada por la crisis de 2007-2008, la aprobación de la reforma constitucional del art. 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, son estructuras jurídico-políticas necesarias para que el capital financiero internacional pueda ver garantizada su reproducción mediante el saqueo de lo público. La pérdida de poder soberano de los Estados no implica la pérdida de su papel como estructura de intervención y

organización jurídico-política del proceso de reproducción ampliada. Pero eso, ni significa centralidad estatal ni que el Estado se constituya como una estructura generadora de igualdad, sino todo lo contrario, subordinación del Estado a la centralidad del capital y su conformación como estructura generadora de desigualdad.

En la actualidad, los principales problemas con los que se encuentran los grandes capitales son: A) Una situación de fuerte crisis económica, en el marco de la crisis económica mundial provocada por la COVID-19, y B) la existencia de una estructura estatal y social disfuncional a las nuevas necesidades de desarrollo del capitalismo que el nuevo escenario ha creado.

Una revisión de los dos instrumentos jurídicos sobre los que la UE estructura el llamado plan de reconstrucción post-pandemia –el presupuesto de la UE llamado Marco Financiero Plurianual 2021-2027 (MFP) y el plan de fondos adicionales «Nueva Generación UE» (NGUE)– permite ver, claramente, que el objetivo de los mismos no es re-empoderar a los Estados como marco garantista de derechos para los ciudadanos, sino utilizarlos para llevar a cabo un conjunto de reformas estructurales que permitan adecuar la estructura estatal y social a las nuevas necesidades de reproducción del Capital en el nuevo escenario post-pandemia. Fijémonos, ¿de dónde sale el dinero y cuáles son las principales partidas del Plan NGUE destinadas a programas individuales para los Estados? Esto es importante para entender el objetivo que se esconde detrás del Plan.

El plan NGUE es un fondo adicional de dinero destinado a reforzar el presupuesto de la UE (MFP) 2021-2027 ante el advenimiento de la pandemia. En concreto, se trata de un fondo de 750.000 millones € que la UE solicita en forma de crédito a los mercados de capitales. ¿A qué destinará la UE esta cantidad de dinero?

El borrador presentado por la Comisión Europea, en febrero de 2020, para iniciar la negociación entre Estados establecía que los montos del Plan (750 mil millones €) se distribuían de la siguiente manera: Instrumento para la Recuperación y la Resiliencia (560 mil millones €); *ReactEU* (50 mil millones €); Horizonte Europa (13,5 mil millones €); Inversiones *InvestEU* (30,3 mil millones €); Instrumento de apoyo a la Solvencia (26 mil millones €); Desarrollo rural (15 mil millones €); Fondo de Transición Justa para el clima (30 mil millones €); *RescEU* (2 mil millones €); Programa de salud (7,7 mil millones €); y, NDICI (15,5 mil millones €).

Sin embargo, el documento final aprobado tras la negociación de los Estados establece su distribución de la siguiente manera: Instrumento para la Recuperación y la Resiliencia (672,5 mil millones €); *ReactEU* (47,5 mil millones €); Horizonte Europa (5 mil millones €); Inversiones *InvestEU* (5,6 mil millones €); Desarrollo rural (7,5 mil millones €); Fondo de Transición Justa para el clima (10 mil millones €); y, *RescEU* (1,9 mil millones €).

Así pues, la partida «Programa de salud» desaparece o el Instrumento de Solvencia propuesto por Bruselas para ayudar a empresas en problemas también se elimina. Otras partidas como la de *InvesEU* se mantienen. *InvesUE* es el nuevo nombre del antiguo Plan de Inversiones para Europa, conocido como Plan Juncker, entre cuyos objetivos está eliminar los obstáculos a la inversión mediante tres pilares, el tercero de los cuales es: «mejorar el entorno de las empresas eliminando los obstáculos (nacionales y europeos) a la inversión», léase más neoliberalismo y libre mercado. Pero la partida del fondo de reconstrucción que pasa a incrementar su dotación de manera más clara es el Instrumento para la Recuperación y la Resiliencia. ¿En qué consiste esta partida?

Se trata de la partida dedicada a la transferencia de dinero hacia los Estados, una parte en forma de créditos y otra de subvenciones, para que lleven a cabo inversiones en sus territorios que tengan como prioridad, señala el NGUE: la transición ecológica de acuerdo con los criterios del Pacto Verde Europeo y la transición digital de acuerdo con la llamada Estrategia Digital Europea.

El Pacto Verde Europeo, según lo define la propia Comisión Europea, es «una nueva estrategia de crecimiento para la UE tendente a transformarla en una sociedad climáticamente neutra, equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva». A la vez, la Estrategia Digital Europea fija como objetivos: «Invertir en competencias digitales para todos los europeos; acelerar el despliegue de banda ancha ultrarrápida para los hogares, escuelas y hospitales de la UE; posibilitar que acceda a la financiación y se expanda una comunidad dinámica de empresas emergentes y pymes innovadoras y de rápido crecimiento; proponer una Ley de servicios digitales que refuerce la responsabilidad de las plataformas y aclare las normas aplicables a los servicios online; garantizar que en la economía digital las normas de la UE se adecuen a su propósito; garantizar que en Europa todas las empresas compitan en condiciones justas; mejorar el acceso a datos de alta calidad al tiempo que se garantiza la protección de los datos personales y sensibles; etc.».

Curioso ver que, en España, en 2016 la CEOE aprobó el documento *Plan Digital 2020. La digitalización de la sociedad española*<sup>1</sup>, fijando la digitalización como necesidad estratégica fundamental para llevar a cabo «una transformación cultural» que «genere nuevos modelos de negocio».

Viendo esto no parece haber duda alguna que el objetivo del Plan de reconstrucción NGUE no es, como decía, re-empoderar a los Estados como marco garantista de derechos a los ciudadanos, sino utilizarlos para llevar a cabo una transformación cultural y reformas estructurales que permitan adecuar la estructura social y estatal a las necesidades de reproducción del Capital en el nuevo capitalismo salvaje post-pandemia. ¡Primera manera curiosa de revertir la tendencia histórica neoliberal en favor del Capital y recuperar la centralidad estatal en favor de las personas, como parece afirmar que está sucediendo Sebastián Martín!

2) En segundo lugar, el Plan NGUE implica un desmontaje de la soberanía parlamentaria estatal. El acuerdo elimina cualquier resorte de pluralismo político y soberanía parlamentaria que pudiera quedar en el interior de los Estados. Para poder recibir las transferencias del Instrumento para la Recuperación y la Resiliencia, los Estados deben elaborar planes nacionales en los que se expongan los programas e inversiones que van a realizar para el periodo 2021-2023. En el plazo de dos meses de la presentación, la Comisión Europea evaluará y aprobará los planes, previo dictamen del Consejo Económico y Financiero. «El desembolso de las subvenciones se realizará solo si se cumplen los hitos y objetivos acordados establecidos en los planes de recuperación y resiliencia». Además «en el caso, excepcional, que uno o más Estados miembros consideran que existen serias desviaciones del cumplimiento satisfactorio de las metas y objetivos pertinentes, pueden solicitar que el Presidente del Consejo Europeo remita el asunto al próximo Consejo Europeo», suspendiéndose la transferencia económica.

Con ello se da una vuelta de tuerca más en la eliminación del sistema de representación propio del Estado democrático parlamentario, la representación-delegación, donde a través de unas elecciones, la mayoría parlamentaria

<sup>1</sup> [http://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications\\_docs-file-334-plan-digital-2020-la-digitalizacion-de-la-sociedad-espanola.pdf](http://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-334-plan-digital-2020-la-digitalizacion-de-la-sociedad-espanola.pdf)

correspondiente determinaba las políticas públicas de acuerdo con la orientación ideológica mayoritaria en la población. Esto se sustituye por un modelo de representación-figuración que se personifica en órganos tecnocráticos neoliberales internacionales no electos, siendo ellos los que deciden cual debe ser las políticas públicas de inversión de los Estados. ¡Segunda curiosa manera de recuperar la centralidad del Estado que señala Martín!

3) Y, en tercer lugar, se trata de un plan que incrementa, aún más, la deuda de los Estados. Tras la negociación entre Estados, la partida del Instrumento para la Recuperación y la Resiliencia dedicada a subvenciones a los Estados se redujo hasta 312.500 millones € y la de créditos aumentó hasta 360.000 millones €. La elevada partida reservada a créditos, superior a la de inversiones, incrementa la actual bola de deuda de los Estados. Más créditos significa más deuda y más deuda significa menos autonomía.

Pero es que, además, los instrumentos del MFP y el NGUE no son la única respuesta económica de la UE para hacer frente a la situación post-pandemia, ni siquiera la más importante. En paralelo a estos dos instrumentos señalados, la medida más importante, en términos macroeconómicos, que se ha anunciado desde Europa es el programa de compra de títulos de deuda pública del BCE, esto es, la concesión de créditos a los Estados por valor de 955.000 millones €. Medida a la que el Tribunal Constitucional alemán ha mostrado su rechazo por ser contraria a Derecho y que profundiza en un modelo que consistiría en apuntalar la recuperación inundando el mercado de deuda con miles de millones de euros. ¡Tercera curiosa manera de revertir la tendencia histórica neoliberal basada en la centralidad del capitalismo financiero y recuperar la centralidad estatal, como señala el profesor Martín, que no consiste en cancelar deuda sino en imponer más!

En resumen, parece que un análisis riguroso del plan de reconstrucción post-pandemia de la UE nos pone ante los ojos una realidad que se empeña en confirmar el escenario de profundización del capitalismo financiero internacional y de transformación cultural y estructural de nuestras sociedades en favor del proyecto del Capital y no del proyecto garantista estatal en favor de los derechos de las mayorías sociales. Lo cual hace del todo incomprensible que Sebastián Martín pueda afirmar que «la respuesta institucional a la misma (la pandemia) en Europa ha vuelto a colocar sobre el tapete una centralidad estatal».

### 3. Respuesta a Ricardo Cueva

Leído el comentario del profesor Cueva Fernández (2020), solo puedo decir que se trata de una mezcla, por un lado, de insinuaciones sin argumentar que no permiten ningún tipo de respuesta y, por otro lado, de monoteísmo liberal, posición teórica desde la que resulta imposible comprender muchos de los complejos planteamientos del libro. Explico cada uno de estos dos aspectos.

#### 3.1. Las insinuaciones sin argumentar

La verdad es que resulta difícil poder articular algún tipo de respuesta al comentario de Ricardo Cueva. El objetivo de esta sección *Book Forum* entiendo que consiste en que un *discussant* manifieste, de manera clara, cuales son aquellas partes o tesis del libro elegido por la revista con las que coincide y cuáles no. Y, en las que no coincide, argumentar cuales son los motivos de sus objeciones y su posición al respecto, de manera que ello permita abrir, mediante la réplica, un diálogo teórico rico con el autor del libro.

Sin embargo, por mucho que leo el comentario del profesor Cueva Fernández no logro encontrar nada de ello. Lo que se haya en su comentario es, mayoritariamente, un texto hecho de insinuaciones e interrogaciones sin argumentar sobre partes del libro en las que sobreentendiendo que no está de acuerdo, pero sin que especifique ni los motivos de por qué no las comparte ni, tampoco, cuál es la posición que defiende. Difícilmente se puede entrar a dialogar con alguien si no da a conocer ninguno de estos dos aspectos.

Pongo varios ejemplos:

1. Podemos decir, de manera muy general, que en el primer capítulo del libro se expone la idea de que la noción contractualista de soberanía, desarrollada a lo largo de los s. XVII y XVIII por los iusnaturalistas, permitió operar una reorganización de las relaciones materiales e ideológicas que fijó las bases para el tránsito del modo feudal al modo capitalista de producción, así como para la creación de la ideología de la soberanía como imaginario de legitimación del Estado liberal moderno. Sobre ello, el profesor Cueva escribe: «(Noguera) derriba de un plumazo todas las teorías contractualistas típicas que llevan décadas orbitando alrededor de la teoría de la justicia. (...) El enemigo a batir es la noción contractualista, de modo que la distinción entre contrato y pacto, tan útil a otros, no parece interesarle a Noguera. (...) Hasta aquí hay una declaración de lo que se propone y por qué caminos quiere discurrir: los de esquivar, a toda costa, las teorías quizás más en boga hoy acerca de la justicia». No dice más.

Por el tono que utiliza –«derriba de un plumazo», «la distinción entre contrato y pacto, tan útil a otros, parece no interesarle a Noguera», «esquivar a toda costa», etc.– deduzco que Ricardo Cueva no está conforme con la argumentación desarrollada en el libro. Pero digo deduzco porque, en ningún momento, plantea los motivos por los cuales no está de acuerdo (si es que es así) ni cuál es su posición. ¿Será porque es contractualista?, ¿o no lo es? Pues no lo sé. ¿Por qué dice que pretendo esquivar a toda costa las teorías más en boga hoy acerca de la justicia y cuáles son, para él, estas teorías? Tampoco lo sé.

¿A qué se refiere cuando dice que no me interesa la distinción tan útil entre contrato y pacto? Tampoco lo explica, cosa que sería útil de verdad, especialmente, teniendo en cuenta que al formular la teoría que sirve de fundamento al Estado y al Derecho liberal moderno, los autores iusnaturalistas del s. XVII y XVIII nunca distinguieron entre contrato y pacto. Si bien muchos de los iusnaturalistas señalaron que para la conformación de las formas aristocrática y monárquica de Estado son necesarias dos convenciones sucesivas: el *pactum societatis*, en la que un grupo de individuos deciden de común acuerdo vivir en sociedad (transformando una «*multitudo*» en un «*populus*»), y el *pactum subiectionis*, en la que una vez reunidos de tal manera se someten a un poder común (transformando un «*populus*» en «*civitas*»). Ello no resulta necesario, dicen, en la forma democrática de Estado base de la forma política liberal moderna surgida de las revoluciones burguesas. El hecho de que para Hobbes la mejor forma de gobierno fuera la monárquica, que sí requería de las dos convenciones, no impide que una de las innovaciones que él mismo introduce al teorizar, en el *De Cive* (2000), sobre la conformación del Estado democrático fuera la de eliminar uno de los dos pactos. El *pactum unionis*, ideado por Hobbes para acceder a la forma democrática de gobierno, es al mismo tiempo un pacto de asociación y de sujeción. Lo mismo señala Pufendorf en *De iure naturae et Gentium*, donde observa que, a diferencia de la forma aristocrática y monárquica, en la forma de gobierno democrático «la estructura del segundo pacto no es muy clara ni necesaria porque se trata de las mismas personas que bajo dos aspectos diferentes mandan y obedecen» (1943: 165-166). Esta reducción de los dos pactos a uno se da

también en *El contrato social* de Rousseau para quien en «cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo y permanece tan libre como antes» (1970: 730), no puede haber un segundo pacto si la soberanía no puede ser alienada a ningún poder superior. El mismo Rousseau dice «no hay más que un contrato en el Estado, el de asociación y éste por sí solo excluye cualquier otro» (1970: 805). Asimismo, aunque de forma menos explícita, también lo planteó Spinoza en el *Tractatus theologico-politicus* (1986) para quien, al igual que Rousseau, la única forma de gobierno que le interesa es la democrática.

Por tanto, si el recensor quiere reprocharme que al hablar de los fundamentos teóricos de la conformación del Estado moderno liberal capitalista desarrollados durante los s. XVII y XVIII no hablo de una supuesta diferencia entre contrato y pacto o entre dos pactos de la que los autores iusnaturalistas, a los que se refiere el capítulo del libro, no solo no hablaron nunca sino que, además, la eliminaron, lo mínimo que debería hacer es desarrollar a qué se refiere con ello.

2. El profesor Cueva va desglosando el contenido del libro por orden de capítulos, de inicio a fin. Ventilado el primer capítulo, entra en el segundo, y señala: «Tras explicar la aparición del mercado en la teoría política y social del siglo XVIII (Mandeville, Smith), y acudiendo al esquema habitual que utilizaran los ilustrados escoceses y luego Hegel para separar la sociedad civil del Estado, Noguera acaba sosteniendo que “tanto la socialdemocracia como el comunismo oficial pasaron a ser sinónimo de la defensa y promoción del intervencionismo de Estado como mecanismo desmercantilizador enfrentado a la sociedad-mercado” (p. 39). El autor, claro es, rechaza esta dicotomía (p. 41), pero de momento no indica alternativa alguna».

Recriminar al autor de un libro de 5 capítulos y 162 páginas que en el capítulo 2, páginas 39-41, todavía no ofrece ninguna alternativa, resulta poco serio. Esta es una valoración que, en su caso, debería realizarse tras la lectura completa de la obra, especialmente si tenemos en cuenta que si algo hace el libro, independientemente de si se está de acuerdo con ello o no, es replantear radicalmente el concepto tradicional de Constitución y de constitucionalismo imperante en la doctrina.

3. En este mismo capítulo segundo, el libro hace referencia al debate de la *Steuersdiskussion*, acerca de las transformaciones del Estado planteado, en la década del 2000, por la doctrina jurídico-pública alemana (Schoch, 2008; Franzius, 2003; Vesting, 2000), en el marco del cual se dice que durante el Estado social del siglo XX el Estado asumía, en materia de derechos, servicios y prestaciones, tres responsabilidades: la responsabilidad de garantía, también calificada de directiva o infraestructural; la responsabilidad de cumplimiento o ejecución, y la responsabilidad de financiación.

Sobre ello, Ricardo Cueva afirma: «Sin entrar ahora en si esta división (de nuevo tripartita) es correcta (parece que la segunda responsabilidad es sospechosamente parecida a la primera)». Más de lo mismo. El tono utilizado («sospechosamente») demuestra no solo que, a pesar de negarlo, sí está entrando, sino que además tampoco está conforme con la división. «Sospechosamente», ¿por qué? De nuevo, ni una sola palabra dedicada a explicar la razón de este calificativo.

4. Más adelante, se refiere a mi planteamiento acerca de la complejización del espacio sociopolítico o campo de lucha de los derechos. Sobre este, se sobreentiende que tampoco está de acuerdo. En primer lugar, porque afirma que «una perspectiva más apegada a la Historia serviría para descubrir que la fragmentación social que hoy nos parece tan grande en realidad ya existía en tiempos de la Revolución industrial», sobre esto volveré más adelante; y, en segundo lugar, por la afirmación con la que

cierra el asunto: «Cierta atracción por enfoques posmodernos implica este tipo de aproximación, obviamente».

Ricardo Cueva usa el recurso de la acusación de posmoderno como algo que ya, de por sí, debe interpretarse como desacreditador, «obviamente», sin necesidad de tener que explicar cuáles son, para él, estos enfoques posmodernos ni por qué serían desacreditadores de una tesis. Como no argumenta los motivos se me hace difícil contrarrestarlos. Pero, en cualquier caso, lo que sí puedo decir es que lo que él considera como una contaminación reprochable y desacreditadora, para mí es algo bueno. Reprochar y ver como negativo que alguien complementa el marxismo, que es el fundamento teórico-metodológico sobre el que se construye la argumentación del libro, con lo que él llama «enfoques posmodernos» resulta, y más aún si no lo justifica, incomprensible.

El marxismo se construyó como proyecto político a partir de la combinación, en lo práctico, del despliegue histórico de las características del capitalismo en occidente de los siglos XIX y XX. Y, en lo teórico, por la influencia de la economía política, que aporta la explicación de la organización de los procesos de producción, de intercambio y de generación de riqueza; la filosofía hegeliana, que introduce una concepción de la historia como autodesarrollo, a través de diferentes momentos del desarrollo de la conciencia, mediada por el trabajo que transforma la naturaleza, y el socialismo utópico, que aporta la crítica a la desigualdad y la sociedad capitalista, bosquejando un proyecto de vida social igualitaria. Este se construyó, por tanto, como teoría unitemporal, es decir, usando categorías y conceptos propios de una forma de capitalismo histórico-concreta. Unicultural, es decir, sobre la tradición teórica moderna occidental. Y, unigénero, es decir, ideado por hombres blancos.

Ello hace que sea una teoría incompleta y que presenta límites o déficits temporales, pues en tanto piensa la realidad social como realidad histórica, el carácter cambiante de lo social lleva a su incompletud permanente. Así como límites o déficits culturales, pues piensa la realidad social desde una determinada forma de sociedad y cultura que no es la única. Y en un mundo donde existe una diversidad de sociedades y culturas, la teoría que se piensa desde una sola de ellas es incompleta y limitada. También presenta límites y déficits de género, en tanto que, tradicionalmente, ha pensado la historia como historia hecha por los hombres.

La transcítica es un concepto desarrollado por el filósofo japonés Kojin Karatani (2005) y retomado después por Luis Tapia (2017), que consiste en una forma de autocritica de una teoría y solución de sus límites a través de procesos de diálogo con otras teorías. Y aquí podríamos incluir el diálogo intrasociales, esto es, con otras teorías histórico-temporales distintas del mismo tipo de sociedad y cultura, por ejemplo, integrando el marxismo con el postestructuralismo o lo que Ricardo Cueva llama «enfoques posmodernos». El diálogo intersocietal, referido al diálogo e integración en el marxismo de teorías provenientes de otros tipos de sociedad y cultura, como la teoría o conocimientos indígenas (que imagino también deben incluirse en sus «enfoques posmodernos»). Y añadiríamos el diálogo intergénero, la integración en el marxismo de los feminismos. Se trata de realizar un trabajo de integración teórica, desarrollando los elementos deficitarios del marxismo con elementos que han sido desarrollados por otras teorías.

Solo abandonando la ortodoxia purista marxista no contaminada para nadie ni nada, con un marxismo transcítico que conciba «los enfoques posmodernos» no como una amenaza sino como una teoría con quien dialogar para suplir déficits y límites, se puede entender y pensar la realidad de hoy. Ver la integración entre

marxismo y teorías de otros tiempos como una contaminación a criticar resulta de un dogmatismo importante.

5. Ubicado en el capítulo cinco del libro, Cueva Fernández identifica mi noción de lucha de sujeto, objeto y práctica plural con el sujeto de Negri: «Noguera emplea, en cambio, el término “diversidad” y lo identifica, lisa y llanamente, con el de la multitud negriana». Pero, a la vez, en el párrafo inmediatamente posterior, lo identifica también con el sujeto de Laclau: «si sustituimos derechos por reclamos, a la manera de Laclau (La Razón Populista), la operación nos podría resultar familiar». En esta ocasión, las insinuaciones no solo carecen de mayor desarrollo argumental, sino que además se contradicen. ¿En qué quedamos? Debo interpretar que lo identifico con Hardt y Negri (el primero ni siquiera existe para Cueva a pesar de que la obra a la que se refiere es en coautoría) o con Laclau? Porque los planteamientos de ambos acerca del sujeto colectivo son opuestos.

Los dos parten de reconocer que en nuestras sociedades existe una pluralidad de movimientos sociales con reivindicaciones diferenciales (movimientos feministas, antirracistas, de la tercera edad, LGTBIQ, indígenas, de la clase obrera industrial, de los campesinos sin tierra, etc. Sin embargo, el objetivo de E. Laclau es pensar cómo puede pasarse de las reivindicaciones particulares de cada uno de ellos a una reivindicación hegemónica que pueda unificarlos a todos. Su objetivo es lograr pasar, a través del unívoco equivalencial, de las particularidades diferenciales a una reivindicación hegemónica universal de igualdad-identidad que los englobe y unifique. La propuesta de M. Hardt y A. Negri va, por el contrario, en otro sentido. Estos piensan que a través del diálogo, la información mutua, la praxis militante compartida y la traducción de sus propuestas, cada uno de los movimientos puede ir incorporando las reivindicaciones de los otros movimientos en la propia, lográndose el entendimiento y conformación de un bloque social entre ellos, pero sin que ello signifique nunca una universalidad englobante. Precisamente por ello, Hardt y Negri (2004, p. 108) oponen multitud, como ellos la definen, a la noción de pueblo como concepto de igualdad-identidad que nos unifica a todos por encima de nuestras particularidades como miembros de un nosotros en alteridad con un ellos, propia de Laclau y que rechazan.

Hubiera estado bien que el profesor Cueva clarificase con cuál de los dos identifica mi noción de lucha de sujeto, objeto y práctica plural. Con los dos a la vez no puede ser. De ser así, me hubiera sido más fácil responderle.

6. Otro de los elementos que sorprende es la crítica que formula a mi texto a partir de una identificación entre socialismo científico y estatismo. Cueva dice: «Hasta aquí, el autor se pronuncia de una manera crítica que nos recuerda indudablemente a numerosos otros en búsqueda de modelos sociales alternativos. En realidad, mucho más a los socialistas utópicos o a los cooperativistas que a los pensadores del socialismo científico. Esto lo muestra a las claras también su asunción de un “pluralismo económico” (p. 146) incompatible con propuestas de planificación o intervención fuerte».

Según Cueva, el hecho de que no apueste por un modelo basado única y exclusivamente por la planificación centralizada estatal «muestra» mi identificación más a los socialistas utópicos que a los socialistas científicos. Como si la diferencia entre ellos hubiera sido alguna vez que el socialismo utópico fuera comunalista y el socialismo científico (Marx y Engels) estatista. Esta nunca fue la diferencia entre ambos. Marx y Engels nunca fueron estatistas. Eran tan comunalistas y antiestatistas como los socialistas utópicos. No existe en Marx una teoría explícita del Estado y la planificación, no solo porque Marx nunca la desarrolló, sino también por la imposibilidad teórica de que exista.

Para Marx, la planificación o el intervencionismo estatal solo podía ser capitalista, nunca anticapitalista. Muchas veces se comete el error de pensar que la microeconomía y el Derecho civil en tanto estudian y regulan la circulación de mercancías son la ciencia y la técnica propia del capitalismo, mientras que la macroeconomía y el Derecho económico en tanto estudian y regulan la intervención estatal sobre la economía son la ciencia y la técnica contraria al capitalismo. Esto es absolutamente falso. La microeconomía y el derecho civil o intercambio de mercancías son el fenómeno primario pero no esencial del capitalismo. El mercado o intercambio no necesariamente deben usarse para acumular cada vez más beneficios, sino que pueden usarse con otros objetivos. En cambio, la macroeconomía y el Derecho económico sí que constituyen el fenómeno esencial del capitalismo. Este es el que se ocupa de organizar y garantizar el proceso general de expansión o revalorización constante del capital, que solo es posible mediante la extracción cada vez mayor de plusvalía sobre la fuerza de trabajo o la naturaleza (Correa, 2013, p. 254).

Esto no quiere decir que la intervención estatal y la macroeconomía no deban ser utilizadas por la izquierda política. El ámbito de la macroeconomía o del derecho económico siempre expresa una forma de organizar la reproducción ampliada de capital a partir de la generación de plusvalía y por eso no se puede pensar en él como un ordenamiento que tiende a superar el capitalismo como forma de producción social. Sin embargo, sí que en su interior existen ciertos márgenes de maniobra. En función de si quien determina la planificación económica, el contenido del derecho económico es un sujeto de izquierda o de derecha, el plusvalor que surge de la reproducción expansiva del Capital se puede destinar a servicios y a la protección social de los menos favorecidos o a engordar la riqueza de unos pocos incrementando las desigualdades sociales, lo que no es poco. Pero eso hace referencia a las formas de redistribución de la riqueza dentro del capitalismo, no a la superación del capitalismo que es el objetivo político central del socialismo científico.

Por tanto, como digo, lo que los socialistas científicos critican del socialismo utópico no es el anti-estatismo ni el objetivo del comunismo, que era compartido – Marx y Engels eran profundamente anti-estatistas –, sino la manera en que pretendían llegar al comunismo.

Saint-Simon, Owen, Fourier, Cabet, etc. basaban su crítica al capitalismo en los valores morales propios de este (competitividad, egoísmo, etc.) y el paso al comunismo se conseguía creando sociedades ideales paralelas en cuyo interior estos valores se sustituyeran por otros de solidaridad y armonía, imponiéndose *ipso facto* una sociedad perfecta de igualdad absoluta e ignorando, de esta manera, el papel de la lucha de clases y soslayando los dilatados procesos históricos que demandan la transformación o tránsito del capitalismo al comunismo. Frente a este modelo, Marx y Engels sostenían que la crítica al capitalismo no debía ser una crítica moralista, sino de su base material, una crítica de la economía política. El paso al comunismo solo podía ser fruto de un proceso de lucha de clases y conflicto destinado a la subversión de las relaciones de producción en el curso de la cual, y de manera dialéctica, la transformación de la realidad material operaba un cambio en la conciencia de los trabajadores y a la inversa, de manera que las condiciones de la actividad son producidas por la misma actividad.

La clase obrera no esperaba de la Comuna ningún milagro. Los obreros no tienen ninguna utopía lista para implantarla «*par decret du peuple*». Saben que para conseguir su propia emancipación, y con ella esa forma superior de vida hacia la que tiende irresistiblemente la sociedad actual por su propio desarrollo económico, tendrán que pasar por largas luchas, por toda una clase de procesos históricos que transformarán las circunstancias y los hombres (Marx y Engels, 1955, p. 547).

Esta es la crítica a través de la cual el socialismo utópico devino en socialismo científico. En ningún caso lo fue que el primero fuera comunitarista y el segundo estatista y quisiera la planificación centralizada estatal.

*La ideología de la soberanía* desarrolla el espacio del común como un campo de lucha atravesado por el conflicto entre el procomún extractivo y cooperativo, que además se solapa con otros ejes o campos de lucha: el estatal (público-privado) y el internacional (entorno de igualdad-desigualdad). Es a través de la coexistencia y complementariedad de la lucha de clases en los tres ejes que se logra transitar en el largo proceso de la emancipación. Con ello, parece no haber ninguna duda que el libro no plantea el proceso emancipador como la implantación de una sociedad ideal que pase a crear inmediatamente, sin lucha ni transiciones, un reino ideal. De manera que no tiene ningún sentido identificar la propuesta del libro con el socialismo utópico. A no ser, claro, que te inventes que lo que te identifica con el socialismo utópico o el científico es si apuestas por un modelo de planificación centralizada estatal como única forma de gestión o no.

Podría ahondar en más ejemplos, pero resultan suficientes para demostrar que nos hallamos ante una crítica hilvanada de insinuaciones sin argumentar y con la consiguiente falta de rigor que impide, lamentablemente, entablar un diálogo rico entre posiciones discordantes acerca de los diferentes aspectos del libro en cuestión.

### 3.2. El monoteísmo liberal

Entre el conjunto de insinuaciones a las que nos hemos referido puede verse, además, como el profesor Cueva enfoca la lectura del libro desde una posición de monoteísmo liberal, cosa que lo lleva a considerar incomprensibles cuestiones que vistas desde una perspectiva politeísta no liberal, desde la que parte el libro, no lo son.

Denomino monoteísmo liberal (que también puede ser de izquierdas) a aquella posición científica que asume como universales e incuestionables ciertas premisas y lógicas propias de la modernidad racional, y por tanto liberales, negando o no concibiendo que pueda existir nada más allá de ello. Se trataría de una especie de anteojeras que impiden ver más allá de ciertos esquemas, percibiendo todo lo que supera los mismos como irracional y por tanto, por definición, incomprensible.

Esta posición puede identificarse claramente en la manera en que Ricardo Cueva aborda algunas cuestiones. Pongo algunos ejemplos:

- Uno es cuando afirma que al hablar de luchas de «de sujeto, objeto y prácticas plurales [Noguera] parece añadir confusión a cualquier receta, ya que ni se considera a un sujeto individual moral indeterminado (universal, diríamos), ni tampoco a otro colectivo agrupado bajo un programa de acción política. ¿De quién habla exactamente Noguera? ¿Quiénes son las “clases populares” a las que aquí se refiere?». Con esta afirmación Ricardo Cueva parece sorprenderse y rechazar que alguien pueda afirmar que más allá de la contradicción binaria entre el individualismo metafísico liberal y el colectivismo sustantivo del marxismo ortodoxo puedan existir otras subjetividades. Sin duda, desde el monoteísmo liberal no, pero desde un politeísmo no liberal claro que pueden existir.

- Otro es cuando al referirse a la noción de reformismo revolucionario dice: «Pero aquí ya el ataque no es frontal. Es más, la supuesta radicalidad de las propuestas anteriores choca con el intento de construcción constitucional que ahora desfila ante nosotros. Así, el alterconstitucionalismo sería, y sin temor al oxímoron, (...) una estrategia de reformismo revolucionario». Con esta afirmación Ricardo Cueva se sorprende y rechaza que alguien pueda dejar atrás y superar la contradicción binaria, propia del s. XX, entre revolución y reforma, y conciliar ambos conceptos para describir una nueva estrategia de lucha. Sin duda, desde el monoteísmo liberal es incomprensible y es un oxímoron, pero no desde un politeísmo no liberal.

Podríamos poner más ejemplos. Otro sería cuando se pregunta: «[Noguera] [p]lantea un nuevo sistema de relaciones sociales, políticas, económicas y culturales anticapitalista, aunque construido desde el constitucionalismo. Pero, ¿acaso no había dicho ya Noguera que la soberanía es una ideología? ¿Hay un constitucionalismo que no la presuponga?» Desde el monoteísmo liberal en que la soberanía solo puede entenderse como terreno de soberanía singular y centralizada no lo hay. Pero desde el politeísmo no liberal donde la Constitución puede pensarse como terreno de soberanías plurales sí la hay. Sin embargo, y por una cuestión de no alargar en exceso esta respuesta, me detendré solo en los dos primeros ejemplos de monoteísmo liberal que acabo de exponer.

### 3.2.1. El espacio sociopolítico y la lucha de sujeto, objeto y práctica

Respecto a la cuestión del sujeto, una vez ha explicado la complejización del campo de lucha de los derechos en tres campos o ejes superpuestos, el libro plantea la necesidad de pasar de una lucha de sujeto, objeto y práctica singular a una de sujeto, objeto y práctica plural. Esto es, co-crear formas organizativas de lo colectivo y prácticas de conflicto de distinta naturaleza que operen como estructuras paralelas, plurales e interconectadas de conflicto en los diferentes ejes de disputa de derechos con formas de explotación también diversas (el eje estatal público-privado, el eje procomún extractivo-cooperativo y el eje entorno internacional de desigualdad-igualdad).

Cueva parece negar tanto la complejización del campo de lucha de los derechos que se formula en el libro como la posibilidad de que pueda existir esta lucha de sujeto, objeto y práctica plural.

Para el profesor Cueva esta complejización de la realidad sociopolítica sería una descripción «no apegada a la historia», una fragmentación exagerada de lo social ya que, según afirma, la sociedad de hoy «en realidad ya existía en tiempos de la Revolución industrial». «Entonces, –dice– numerosas familias al completo tejían para propietarios de la industria en sus propias casas. La “precarización” era un fenómeno constante que recorría un mundo repleto de desposeídos de sus tierras, así como braceros, marineros y campesinos arrendatarios». Resulta así afirmar que entre la estructura social de la sociedad de la revolución industrial y la sociedad actual con *riders* de Deliveroo, conductores de Uber, Airbnb copando el parque habitacional de nuestras ciudades, millones de personas teletrabajando en red desde casa o endeudadas con los bancos y con una economía financiarizada donde los procesos de acumulación ya no se dan produciendo mercancías sino mediante la especulación en el mercado bursátil, en realidad, no habría mucha diferencia.

Si partimos de la idea, como hemos explicado en la primera parte de este comentario, que el capitalismo no es un modo de producción estático, sino dinámico, que se redefine históricamente cambiando, a raíz de sus crisis, los modos de

organizar la producción y el consumo para generar nuevas fases de acumulación, difícilmente es aceptable la afirmación de que las formas de lo social y la estructura social de hoy ya existía hace un siglo atrás. El funcionamiento de cada una de las fases de acumulación (fordista, postfordista, etc.) requiere de condiciones político-jurídicas y de formas de lo social o estructuras sociales (modos de regulación) distintas. El tipo de clases, grupos, individuos, trabajador-tipo que existen en una sociedad histórico-concreta y las interacciones entre ellos no se dan de modo ocasional o aleatorio, sino que son el resultado de las necesidades históricas de un determinado modo de organizar la producción y el consumo en esa fase determinada del capitalismo. No, únicamente, son los sujetos los que crean las fases del capitalismo, sino que son estas también las que crean los sujetos y formas sociales funcionales a ellas. La reproducción del capitalismo se estructura a través de formas y estructuras sociales necesarias y específicas, que constituyen el núcleo de su propia reproducción. Entre el modelo de capitalismo de cada época y la estructura social del momento existe siempre un acoplamiento funcional. Así, mientras que el capitalismo industrial fordista, donde el proceso de acumulación se desarrollaba a través de la retroalimentación entre la producción en serie y el consumo de masas, requería para poder funcionar de empresarios schumpeterianos y trabajadores con derechos sociales y capacidad de consumo, el capitalismo transnacional especulativo-financiero digitalizado actual necesita de otro tipo de estructura social con sujetos, grupos e individuos distintos. Así pues, no parece muy aceptable afirmar que la estructura social no evoluciona ni se transforma en paralelo a como lo hace el capitalismo, que hoy ya no tiene nada de industrial fordista.

Pero además, la imposibilidad de Cueva Fernández por entender la transformación de la estructura social actual con respecto a la propia de la revolución industrial queda confirmando cuando afirma que al hablar de luchas de «de sujeto, objeto y prácticas plurales [Noguera] parece añadir confusión a cualquier receta, ya que ni se considera a un sujeto individual moral indeterminado (universal, diríamos), ni tampoco a otro colectivo agrupado bajo un programa de acción política. ¿De quién habla exactamente Noguera? ¿Quiénes son las “clases populares” a las que aquí se refiere?».

Como señalaba antes, con esta afirmación no solo parece estar reprochándose no definir, suficientemente, la subjetividad colectiva a la que me refiero, olvidando que en 2017 publiqué un libro entero dedicado exclusivamente a ello (*El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*. Ed. Trotta), sino que, además, anclado en el monoteísmo liberal, le parece sorprendente que alguien pueda afirmar que existen sujetos no incluidos en lo que para él serían las dos únicas formas de sujeto posibles: «UN sujeto individual» o «UN sujeto colectivo agrupado bajo un programa de acción política». Según él, la construcción del sujeto solo puede expresarse como construcción liberal de un sujeto único individual alrededor de un cuerpo reconstruido en su unicidad, que tiene valor como realidad aislada e individual. O como construcción de un sujeto único colectivo (Trabajo) como unidad de intereses «agrupados bajo un programa de acción política» que se construye en alteridad contra otro sujeto (Capital). De manera que cuando alguien hace entrar en juego sujetos que no pertenecen a ninguna de esas dos categorías de sujeto único y universal lo acusa de «añadir confusión» «de manera poco apegada a la historia».

Se trata, ni más ni menos (no sé si de manera voluntaria o involuntaria porque tampoco lo manifiesta), de una reproducción del viejo esquema monoteísta que sigue pensando la lucha por la consecución de derechos y dignidad (objetivo que al inicio de su comentario Ricardo Cueva afirma compartir conmigo) desde un único sujeto universal, una única contradicción, una única causa de explotación, una única estrategia y un único programa de acción. De esta manera, el profesor Cueva continua

anclado en la concepción trabajocentrista de la clase, propia de la revolución industrial, en la que el Trabajo se conforma como único sujeto histórico de lucha, negando que estamos experimentando en nuestras sociedades una pluralización de los sujetos e identidades de lucha, pasando de una sociedad donde la clase emancipadora ya no es una singular, sino que es múltiple y plural.

Podemos definir la clase social, en su dimensión «en sí», como la posición que las personas ocupan en la división o escalera social de recursos, facultades, oportunidades y privilegios. Y, en su dimensión «para sí», como la consciencia de tal posición y de sus causantes, esto es, de sus enemigos. Durante toda la época del capitalismo industrial, para el marxismo, la posición-conciencia en tal escalera venía dada solo por la posición que uno ocupaba respecto la propiedad de los medios de producción, con lo que la lucha de clases se daba entre trabajadores que lo único que tenían era su fuerza de trabajo y empresarios propietarios de las máquinas. De esta manera, se procedía a analizar la sociedad como un espacio ordenado de relación antagonica entre dos clases o grandes unidades de análisis prefijadas, fijas, estáticas y con bordes definidos: el Capital y el Trabajo. Todo conflicto se enmarcaba en el interior de esta división. Este es el esquema con el que pretende romper el libro cuando se refiere a las sociedades de hoy y es el que parece sorprender a Cueva Fernández.

Es cierto que cuando dice que en la sociedad de la revolución industrial – similar, según él, a la de hoy– ya existían distintos tipos de trabajo («numerosas familias al completo tejían para propietarios de la industria en sus propias casas. La “precarización” era un fenómeno constante que recorría un mundo repleto de desposeídos de sus tierras, así como braceros, marineros y campesinos arrendatarios») está complejizando la noción de clase reducida al proletariado urbano industrial, pero viendo la crítica que lanza en su texto esta complejización se produce, en él, como falsa complejización, no como complejización real.

En él, se sobrentiende que la ampliación de la noción de clase se produce por vía de lo que podemos llamar la «inclusión del contrario». ¿Qué quiere decir esto? Pues que se complejiza el análisis pero no se supera del todo la concepción monista de un único conflicto de clase capital-trabajo. Al citar las familias que trabajan en casa, marineros, etc., supera la idea de clase homogénea basada en la centralidad del proletariado industrial urbano. Se acepta que el sujeto Trabajo nunca ha sido un sujeto homogéneo y se incluye en el interior las diversas formas de explotación y de trabajo productivo y reproductivo, pero no se supera la lectura trabajocentrista de todo conflicto. Se complejiza la clase, pero desde el principio de «inclusión del contrario». Es decir, se «abre la mente» y se entiende que si los trabajadores, que son el sujeto principal de la revolución, tienen derechos, los otros colectivos (mujeres, inmigrantes, gays y lesbianas, etc.) también deben tenerlos y por eso son aceptados como parte del «nosotros» clase, que ahora ya no es algo homogéneo sino diverso. Pero el punto de referencia desde la que se construye este nosotros inclusivo continua siendo la idea trabajocentrista de clase, por eso la inclusión de estas otras «identidades» se da en régimen de subordinación al que consideran el conflicto de clase único, el del trabajo contra el capital con un programa de acción política único, cuya resolución implicará a la vez, a su entender, la resolución de las todas las contradicciones en los demás ejes. De ahí que hable de una falsa complejización.

La complejización del sujeto histórico que plantea el libro va mucho más allá y es lo que parece sorprender al comentarista. Al trazarse un escenario en el que tienen presencia simultánea en el mismo presente social y político diversos ejes o campos de lucha cruzados (internacional, Estado y procomún) con formas de autoridad, legitimidad, economía y juridicidad diferentes en cada uno de ellos, el libro pone de

manifiesto que vivimos en una sociedad en la que el acceso de las personas a los derechos no depende, única y exclusivamente (como si alguna vez lo hubiera hecho), de la posición que ocupan respecto los medios de producción, sino respecto a los múltiples ejes o campos de lucha entrecruzados: el del Estado (público-privado), el de la mundialización (entorno de igualdad-desigualdad) y el del procomún (cooperativo-extractivo), entre muchos otros. La posición de cada individuo en cada campo de lucha o eje se cruza para determinar posiciones privilegiadas o desfavorecidas distintas dentro del proceso de opresión y explotación. La ubicación objetiva del individuo dentro de la estructura social está determinada por la totalidad de estas complejidades, no solo por la posición que ocupa respecto los medios de producción o por si hay mayor sector público estatal o privado. ¿O acaso ser ciudadano de un país vendedor de deuda pública como Alemania o de uno comprador como Grecia, independientemente de si eres trabajador o empresario, no te otorga posiciones distintas en el proceso de opresión y explotación? ¿O tener un piso en propiedad o tener que alquilar una habitación de tu casa por Airbnb a turistas para poder pagar el alquiler o la hipoteca del mismo, independientemente de si eres trabajador de la Seat o empresario (porque hay trabajadores de la Seat que han heredado una vivienda en propiedad y autónomos hipotecados) no te otorga posiciones distintas en el proceso de opresión y explotación?

En este contexto sociopolítico de campos de lucha cruzados, y teniendo en cuenta que la vida de las personas es limitada en el tiempo y no pueden dedicarse a luchar por todas las causas en todos los ejes de explotación u opresión, hay personas que dedican sus horas disponibles a militar contra la deudocracia, otras que lo hacen por la regulación de los alquileres, otras por el antiracismo, otras por el feminismo, otras por sus condiciones laborales, etc. Y ello crea múltiples sujetos, objetos y prácticas de lucha plurales en los distintos ejes que coexisten en un mismo presente sociopolítico.

En resumen, hablar de una lucha de sujeto, objeto y practicas plurales no es, como afirma Ricardo Cueva, algo que «añade confusión» y crea fragmentaciones que no se adecuan a la realidad, sino que es la realidad misma. Aunque ello solo se puede comprender desde un politeísmo no liberal capaz de superar la limitación de que solo pueden existir dos únicos tipos de sujetos universales, nunca desde el monoteísmo liberal.

Y ello tampoco implica, como también dice Cueva Fernández, una fragmentación de lo social en la que no puede existir sistematicidad ni unidad alguna. El aquí llamado monoteísmo liberal cree que lo contrario de la sistematicidad y la unidad es la diversidad. No es cierto. Lo contrario de la diversidad es la homogeneidad, y lo contrario de la unidad es la desunión o dispersión. Puede haber sistematicidad y acción unitaria sin sujeto único y universal.

### 3.2.2. Revolución vs. reforma

Como desarrolla el libro, vivimos en una sociedad compleja, donde se superponen en un mismo presente instituciones propias de la mundialización, la estatalidad y la auto-organización ciudadana y donde, a la vez, coexisten múltiples sujetos colectivos. Ello significa dos cosas.

En primer lugar, que el poder se ha complejizado. ¿Qué significa esto? El poder no existe en abstracto, el poder existe a través de aquellas instituciones que organizan las mediaciones de su ejercicio. Si antes eran, principalmente, el Estado y aquellas otras que conformaban el Estado ampliado (escuelas, medios de comunicación, asociaciones, etc.), la superposición a la realidad estatal de la

mundialización, los procesos de integración regional y las nuevas formas de auto-organización ciudadana han complejizado este entramado institucional. En su interior, las diferentes instituciones no son departamentos estancos, sino que son interdependientes y están interrelacionadas. Difícilmente puedes transformar nada desde el Estado si las instituciones de la UE o los organismos internacionales que determinan tus políticas y acceso al crédito en el mercado financiero internacional no te lo permiten. O a la inversa. Al igual que tampoco es posible transformar la sociedad intentando crear espacios cooperativas en el espacio de lo social sin aspirar a cambiar un gobierno abiertamente neoliberal. O a la inversa. Por tanto, la transformación radica en transformar distintos momentos institucionales propios de los diferentes campos de lucha de los derechos (internacional, estatal y comunitario).

La existencia, durante la época de los Estados nacionales soberanos, de un modelo de monismo jurídico implicaba la existencia de un poder vértice en forma de Constitución, que generaba una cadena de validez normativa descendente sistemática, integral y coherente. El Estado constituía un espacio con un único orden jurídico, del que el territorio nacional era el ámbito de validez. Ello hacía que, en su interior, aquella clase o grupo social que conseguía hacerse con el Ejecutivo y el legislativo podía implementar un acto de ruptura por vía del Poder Constituyente, propiciando transformaciones estructurales en cortos periodos de tiempo. Fijémonos en el ejemplo cubano. Tras el triunfo de la Revolución cubana en 1959, el Consejo de Ministros aprobó diferentes leyes de confiscación, de intervención y nacionalización, de manera que al finalizar las nacionalizaciones de 1963, en tan solo cuatro años, la propiedad estatal ocupaba en Cuba el 95% de la industria, el 98% de la construcción, el 95% del transporte, el 70% de la agricultura, el 75% del comercio minorista y el 100% del comercio mayorista.

Sin embargo, fruto de los procesos neoliberales de integración regional (Unión Europea) y mundial (Organización Mundial del Comercio, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, etc.), entre otros procesos de complejización del entramado institucional que media el ejercicio del poder, hace que el antiguo modelo de monismo jurídico existente en el interior de los Estados haya sido sustituido por un modelo de pluralismo jurídico o coexistencia de legislación estatal con las normas creadas por los organismos tecnocráticos internacionales. Ello da lugar al solapamiento, en el interior del territorio estatal, de múltiples entramados institucionales y ordenamientos jurídicos provenientes de autoridades diferentes que pretenden imponer su influencia sobre el mismo territorio y sujetos, muchas veces de manera conflictiva entre ellos. De esta manera, detentar el control del Ejecutivo no te garantiza que puedas transformar nada y, sino, que se lo pregunten a Syriza en Grecia. Antes hacía referencia a ello.

Y, en segundo lugar, la existencia de distintos sujetos colectivos que se construyen sobre lazos, identidades o bases de solidaridad colectiva muy distintos (intereses económicos, de género, territoriales, de raza, etc.) significa que para cada uno de ellos la explotación y la dominación se da de manera distinta y, en consecuencia, la emancipación también significa cosas distintas. Mientras para unos la emancipación será el fin de la familia normativa heteropatriarcal, para otros será la nacionalización de su fábrica. Y, sin embargo, en tanto que se trata de una cuestión subjetiva, no objetiva, resulta difícil poder jerarquizar entre emancipaciones más o menos importantes.

En este contexto, la vieja idea de revolución del s. XX entendida como asalto por parte de un sujeto histórico universal con un único programa político a una institución (el Gobierno) para, a través de un golpe de efecto, dar la vuelta al orden socio-económico en un corto periodo de tiempo, no tiene ningún sentido. Entre otras

cosas porque, como hemos explicado, aunque accedas al gobierno, hoy, no detentas la juridicidad o la posibilidad de imponer las normas jurídicas que quieras. Por ello la dicotomía en nuestras sociedades ya no es «revolución vs. reforma», en el sentido clásico de estos conceptos, sino, como diría Enrique Dussel (2006), ahora es «transformación vs. reforma». Y la transformación ya no será un acontecimiento-ruptura protagonizado por un sujeto, sino que solo puede ser un proceso múltiple de transformación de distintos espacios y momentos institucionales en los distintos campos de lucha de los derechos, llevado a cabo por sujetos diversos, en el marco de un proceso conflictivo largo y constante de cambio. De ahí lo de reformismo revolucionario o revolución reformista, en tanto que se trata de una transformación estructural (elemento propio de la revolución del s. XX), pero de larga temporalidad (elemento propio del reformismo del s. XX).

Pero claro, el hecho de que el profesor Ricardo Cueva se niegue a aceptar la complejización del espacio sociopolítico o del entramado institucional que intermedia el ejercicio del poder de nuestras sociedades (para él seguimos viviendo en una sociedad parecida a la de la revolución industrial), así como la existencia de una pluralidad y fragmentación de sujetos colectivos que califica de exagerada y poco apegada a la realidad hace que, para él, esta hibridación entre los conceptos clásicos de revolución y reforma que acabamos de explicar sea un oxímoron incomprensible. Parece seguir anclado en el monoteísmo liberal que solo entiende la revolución y la reforma como una contradicción binómica imposible de conciliar, acusando a quien lo hace de «navegar entre ambigüedades» y «no tener temor al oxímoron».

La verdad es que al rechazar que no puede haber otro sujeto que el único universal de la revolución industrial y al entender la revolución y la «radicalidad» en el sentido que se atribuía a éstas en el s. XX, da la sensación que a Cueva Fernández no quiere aceptar que nuestra sociedad ha cambiado y se ha complejizado, viviendo anclado a mitad del siglo XX y no en el 2020.

En resumen, el recurso a lo posmoderno, en genérico, como forma automática de desacreditación; la identificación de la pluralidad de sujetos como «negrismo» o «laclauismo», sin diferenciar entre ellos; la creencia de que la estructura social de clases de la vieja sociedad industrial no ha cambiado; la acusación de socialista utópico a las posturas que no defienden la planificación centralizada estatal; la imposibilidad de ver la relación entre revolución y reforma más allá de una contradicción binaria imposible de conciliar, etc. son elementos que, voluntaria o involuntariamente, parecen estar reproduciendo los argumentos básicos de la ortodoxia comunista frente a la heterodoxia planteada en el libro.

## Bibliografía

- Aglietta, M. (1976). *Regulación y crisis del capitalismo*. Madrid, España: Siglo XXI.
- Arriola, J. (2016). El debate sobre el euro y la soberanía económica: ¿salir del euro sin salir del capitalismo? *Dossiers de Ruptura*, Núm. 2.
- Boyer, R. (1992). *La teoría de la regulación. Un análisis crítico*. Valencia, España: Edicions Alfons el Magnànim.
- Correas, O. (2003). *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*. Ciudad de México, México: Ediciones Coyocacán.
- Correas, O. (2013). *Introducción a la crítica del derecho moderno*. Ciudad de México, México: Fontamara.

- Cueva, R. (2020). ¿Una «tercera vía» en el constitucionalismo? Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 545-551.
- Dussel, E. (2006). *20 tesis de política*. México: Siglo XXI.
- Franzius, C. (2003). Der Gewährleistungsstaat ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? *Der Staat*, 42(4), pp. 493-517.
- Hardt, M. y Negri, T. (2004). *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Barcelona, España: Debate.
- Hobbes, T. (2000). *De Cive*. Madrid, España: Alianza.
- Karatani, K. (2005). *Transcritique*. Cambridge-Massachusetts, USA: MIT Press.
- Lipietz, A. (1986). Behind the crisis: the exhaustion of a regime of accumulation. A regulation school perspective on some French empirical works. *Review of Radical Political Economics*, 18(1-2), pp. 13-32.
- Martín, S. (2020). Nuevo mapa conceptual para el constitucionalismo crítico. Comentario a Albert Noguera, La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 552-578.
- Marx, K. y Engels, F. (1955). La guerra civil en Francia. En *Obras escogidas (2 vols)* (Vol. 1., pp. 491-571). Moscú, URSS: Progreso. Ediciones en lenguas extranjeras.
- Noguera, A. (2017). *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*. Madrid, España: Trotta.
- Noguera, A. (2019). *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.
- Rousseau, J.J. (1970). *El contrato social*. En *Scritti politici*. A cura de Paolo Alatri, Torino, Italia: Utet.
- Saad-Filho, Alfredo (2010). Crisis in Neoliberalism or Crisis of Neoliberalism? En L. Panitch, G. Albo and V. Chibber (Eds), *Socialist Register 2011: The Crisis This Time* (pp. 242-259), Londres, Gran Bretaña: The Merlin Press.
- Sanabria, A. (2014). L'euro no és l'ajust. En VV.AA. *Cap a la independència econòmica: necessitem sortir de l'euro? Documents per al debat CUP*, 2, pp. 19-34.
- Schoch, F. (2008). Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 3, pp. 241-247.
- Spinoza, B. (1986). *Tractatus theologico-politicus*. Madrid, España: Alianza.
- Tapia, L. (2017). *Marxismo transcrítico*. La Paz, Bolivia: Autodeterminación.
- Vesting, T. (2000). Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. En *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (pp. 101-131). Munich, Alemania: Beck.
- Von Pufendorf, S. (1943). *De iure naturae et Gentium*. En *Principi di diritto naturale*. A cura di Norberto Bobbio, Torino, Italia: Paravia.

# Michael Freeden, Liberalismo. Una introducción

(2019) Página Indómita  
Madrid, 277pp.

Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado

*Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID 0000-0003-2714-4533

[paloma.delanuez@urjc.es](mailto:paloma.delanuez@urjc.es)

Cita recomendada:

Nuez Sánchez-Cascado, P. de la (2020). Michael Freeden, Liberalismo. Una introducción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 608-611.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5732>

Michael Freeden, profesor emérito de Oxford, es un autor reconocido internacionalmente (como demuestran sus varios premios y distinciones) por su obra en el campo de la Historia del pensamiento político, de las Ideologías (en especial el Liberalismo) y la Teoría política, intereses todos ellos relacionados entre sí.

De hecho, para los que estudian Ciencias Políticas y para los que la enseñan y se dedican a ella, las obras de M. Freeden son fundamentales si uno quiere comprender el mundo político en el que vive porque –como él mismo sostiene– no podemos entender nuestro mundo político sin comprender las ideas políticas que lo conforman.

Para nuestro autor, las ideas son importantes y tienen consecuencias; por eso, a pesar de que la Ciencia Política empírica parece a menudo no tener las ideas políticas en tanta consideración, sin ellas no se puede comprender la vida política del presente y del pasado. No se puede separar las ideas políticas de la acción política porque las ideas tienen influencia sobre las acciones. Las ideas, las ideologías, tienen impacto sobre las políticas públicas y sobre el destino de los Estados.

Sin embargo, aunque el profesor Freeden nos recuerda la importancia de las ideas políticas, no comparte la metodología de las viejas historias del pensamiento político que parten de un canon de obras y autores prácticamente inmutable y que son

poco empíricas y muy abstractas. Él cree que esa vieja Historia de las ideas confunde filosofía política y pensamiento político y que no atiende a los problemas concretos ni al contexto intelectual o político, algo que M. Freeden sí que hará en sus escritos.

En definitiva, si –como dice nuestro profesor– consumimos y producimos ideas e ideologías constantemente, deberemos interesarnos en cómo se forman, cómo interactúan y cuáles son sus significados porque estudiar esas ideologías significa comprender la naturaleza de lo político. Pues bien, a eso es a lo que en gran medida ha dedicado su obra Freeden: al estudio de las ideologías, sobre las que ha escrito varios libros, algunos ya traducidos al español como: *Ideología. Una breve introducción* (2003), además de haber fundado una revista académica dedicada a las ideologías políticas (*Journal of Political Ideologies*). Freeden aporta en este y otros libros sobre el asunto una nueva luz en cuanto a la definición, características, funciones y el método para estudiar las ideologías.

En cuanto a su definición, Freeden recuerda que las ideologías son productos sociales que constituyen sistemas de valores, creencias, opiniones e ideas que tratan de influir en la opinión pública compitiendo entre ellas. Es decir, constituyen modelos de pensamiento político; aún más: en realidad, son las formas principales del pensamiento político que dan sentido al mundo de la política.

Respecto a sus características, lo primero que hay que recordar es que éstas no son estáticas. Las ideologías son precarias y volátiles. Fluidas, permeables, porosas, ambiguas, móviles y sujetas a transformación interactuando las unas con las otras. Además, cada ideología tiene unos conceptos centrales, los más importantes (como «la lucha de clases» en Marx, por ejemplo), y otros periféricos o secundarios (como fueron en su momento los derechos de las mujeres), que pueden ir ganando o perdiendo importancia con el tiempo porque se dejen de usar, aparezcan conceptos nuevos o se cojan prestados de otras ideologías.

En relación al método para estudiarlas, nuestro profesor considera que hay una metodología propia para su estudio y que hay que estudiarlas desde varios enfoques complementarios y multidisciplinares, aunque con un énfasis importante en el análisis morfológico, el lenguaje, la semántica moderna (sin caer en los excesos del giro lingüístico) y la historia. Esto es así porque las ideologías, como las lenguas, consisten en ciertos conceptos cuyo significado puede cambiar y evolucionar con el tiempo, como señalamos antes.

Insistimos en que Freeden señala que las ideologías son una forma de discurso y compiten por el control del lenguaje político. Lo que hay es una especie de competencia conceptual en la que cada ideología trata de eliminar y rechazar a las rivales (por ejemplo, el marxismo contra el concepto de propiedad privada del liberalismo), aunque también hay competencia interna entre las ideologías (como en Neoliberalismo dentro del Liberalismo). En última instancia, el éxito político de la ideología depende de su habilidad para imponer la creencia de que sus definiciones conceptuales son las correctas.

Además, no solo deben ser analizadas las relaciones entre los conceptos ideológicos, sino que, a veces, hasta hay que descodificarlos porque puede haber significados ocultos en ellos. No conviene olvidar que las ideologías contienen también factores inconscientes y emocionales, como se advierte fácilmente en la actualidad.

En cuanto a su función, las ideologías constituyen una categoría fundamental para entender la teoría y la práctica política: para orientarse en el mundo político, ya que proporcionan mapas del universo político y social dando sentido al mundo en que

vivimos. Pues los hechos políticos no hablan por sí solos y es la ideología la que nos dice qué significan esos hechos y, además –y esto no es una cosa menor–, son instrumentos para las decisiones colectivas.

En definitiva: a pesar del descrédito que las ideologías han sufrido y sufren a menudo (en gran medida por la influencia del análisis marxista), Freeden cree que son, no solo insustituibles, sino respetables. Pues bien, un ejemplo de esta forma de abordar las ideologías lo constituye su estudio sobre el liberalismo, otras de sus interesantes aportaciones y tema en el que es toda una autoridad. A este respecto señalamos su libro de 1978, no traducido, *The New Liberalism: An Ideology of Social Reform* y otro de 2015 que se acaba de traducir al español: *Liberalismo. Una introducción*.

Respecto al primer título, Freeden trata de recuperar un tipo de liberalismo que ha sido poco estudiado y subestimado, desafiando las visiones comúnmente aceptadas del pensamiento liberal de fines del siglo XIX. Lo que él estudia es el advenimiento del Nuevo liberalismo a finales de la era victoriana en Inglaterra, pero estudiando no solo los grandes autores sino también otros intelectuales secundarios que se ocupan de la realidad y de los hechos concretos, y que fueron indispensables para reformular el liberalismo de un modo que acabaría dando paso a la sociedad y al Estado de Bienestar. Freeden demuestra que se trataba de un liberalismo avanzado que no era tan individualista como el clásico, que se preocupaba por la reforma social, la moral y la comunidad y por el papel del Estado, permeando así las visiones socialdemócratas (algo no siempre reconocido).

En *Liberalismo. Una introducción*, Freeden lleva a cabo una especie de guía intelectual en la que queda clara su compleja historia. Describe su evolución, sus logros y sus fallos y demuestra de nuevo cómo no se trata de una ideología estática, sino que es dinámica y flexible, que se reinventa a sí misma constantemente con diferentes variedades. Por eso, habla de liberalismos en plural, aunque sí haya en él unos fundamentos o principios esenciales que no cambian, y aunque sea también algo más que una ideología: un *ethos* y hasta una conducta como decía Marañón.

Precisamente, en un momento en el que tan a menudo se habla de la decadencia de la democracia liberal y del surgimiento de regímenes «liberales», es importante tener claro qué significa ser liberal, máxime cuando tan alegremente se adjudican el término movimientos y partidos que poco o nada tienen que ver con la historia y las características del liberalismo. En ese sentido, este libro, que describe sus principios filosóficos (la defensa de la libertad y del pluralismo, la fe en el progreso y la razón, el individualismo y la sociabilidad natural, los derechos humanos y la limitación del poder) y que, además, aporta una serie de lecturas complementarias para seguir profundizando en el tema, sirve muy mucho para aclarar las cosas.

Asimismo, el libro trata desafíos sumamente actuales a los que el liberalismo bien entendido tendría que dar respuesta sin traicionar esos principios básicos (el nacionalismo, la multiculturalidad, la discriminación positiva, la sentimentalización de la política etc.), aunque conviene alertar al lector que el liberalismo de Freeden no es el de un Hayek o el de otros autores neoliberales, sino que su liberalismo es un liberalismo, digamos, «social», que considera grandes autores liberales a un John Stuart Mill, Thomas Hill Green, Hobhouse o Hobson (protagonistas de su libro *El nuevo liberalismo*).

Freeden es también consciente de que esta tradición de pensamiento político es profundamente europea y por eso, su último libro editado con el profesor español Javier Fernández Sebastián, en 2019, trata sobre el liberalismo europeo. De hecho, se llama *Historia conceptual del liberalismo europeo* y en él se aplica ese nuevo espíritu de investigación que es el enfoque propio de la historia de los conceptos (Koselleck),

histórico y comparado. Lo que quiere decir que en esta historia del liberalismo europeo se va a investigar los significados de los conceptos políticos clave a través del tiempo, reflejando su contexto histórico.

Para terminar, aludiremos a uno de sus libros más originales que no se ha traducido todavía, pero cuyo título en español podría ser: *La teoría política del pensamiento político: anatomía de una práctica* (*The political theory of political thinking, an anatomy of a practice*): En este libro de 2013 se parte de la idea de que pensar en la política es también una actividad social; que pensar políticamente es también una acción política y que tiene un carácter ubicuo y cotidiano.

Pero es diferente pensar sobre política que pensar políticamente. Por eso, Freeden quiere investigar qué significa decir que los seres humanos piensan políticamente. Qué es distintivo de ese tipo de pensamiento. Cuáles son los rasgos específicamente políticos del pensar políticamente, su lógica y las metodologías específicas.

Y esto es algo que no suelen plantearse los teóricos de la política. De hecho, creo que debe ser el primer estudio sistemático del pensar políticamente como un campo distintivo: lo político como un modo de pensar. De este modo, se cubre una laguna y se amplía el margen de estudio de nuestra disciplina.

Querría insistir en que vemos de nuevo aquí ese deseo de repensar la conexión estrecha de la teoría política con la política práctica. Por eso, en este libro se estudian y examinan modelos reales, pasados o actuales, de cómo la gente piensa políticamente (básicamente sobre cómo vivir una vida colectiva)<sup>1</sup>.

Asimismo, se señalan las nuevas formas de pensar hoy políticamente, llegando a la conclusión de que no estamos en absoluto en la era del Fin de las ideologías sino, al contrario, en otra de cierta creatividad ideológica. No sólo no han desaparecido las ideologías convencionales, sino que éstas se mezclan con otras más fragmentadas, locales o personalizadas que se manifiestan de otras maneras, a veces incluso no verbales.

En definitiva, del mismo modo que la política no puede prescindir de las ideologías ni del pensamiento político, nosotros no podemos prescindir de la obra del profesor Freeden si queremos comprender este mundo político tan complejo e inquietante (y tan poco liberal) que nos ha tocado vivir.

---

<sup>1</sup> El rol de tomar decisiones últimas y regular los asuntos sociales; hacer un ranking de las prioridades colectivas; movilizar el apoyo de grupos; conceptualizar tanto el orden social y la estabilidad como el desorden y la inestabilidad; construir planes para la sociedad y su futuro, y el poder del lenguaje, la retórica, razón y emoción.

# Shreya Atrey, *Intersectional Discrimination*

(2019) Oxford University Press  
Oxford, 224 pp.

Víctor Collí Ek  
*Universidad Autónoma de Campeche*  
ORCID ID 0000-0002-8524-6055  
[vimcolli@uacam.mx](mailto:vimcolli@uacam.mx)

Cita recomendada:

Collí Ek, V. (2020). Shreya Atrey, *Intersectional Discrimination*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 612-615.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5733>

Shreya Atrey, recién nombrada profesora asociada de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Oxford y cercana colaboradora del *Human Rights Hub* de dicha prestigiosa universidad, ve a finales de 2019 publicado «*Intersectional Discrimination*». En este libro expone su inquietud sobre cómo aparejar la discriminación interseccional, la normativa sobre no discriminación y la justiciabilidad. Es un libro que nos invita a replantearnos los patrones establecidos hasta ahora. Su intención subraya es modesta, esto es, dar los primeros pasos en esa línea, pero su lectura nos obliga a pensar profundamente.

En general el libro se desenvuelve a partir de dos líneas argumentativas básicas. La primera sobre por qué la discriminación interseccional debe existir como una categoría específica en el derecho a la no discriminación, y para ello ofrece una perspectiva, teórica, conceptual y doctrinal. La segunda línea argumentativa es sobre por qué ha sido difícil para los sistemas jurisdiccionales alrededor del mundo el abordar de manera adecuada la discriminación interseccional. Para ello se hace una exploración comparativa en decisiones tomadas por diversos tribunales como la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema del Reino Unido, la Corte de Sudáfrica, de la India, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Justicia y algunos organismos internacionales como el de CEDAW. Este es el marco

dentro del que se desarrolla y desenvuelve el libro, el cual está organizado en cuatro capítulos.

En el primer capítulo «*The Project: Realizing Interseccionalidad in Discrimination Law*», nos recuerda que el objetivo del libro es hacer visible la interseccionalidad y, en concreto, hacerla viable en la legislación antidiscriminación. Para ello hay dos grandes preguntas: La primera es cómo la interseccionalidad ha sido concebida en la legislación antidiscriminación hasta ahora, y la segunda cómo debe ser concebida de una manera que realmente responda a sus principios básicos. El capítulo es para la autora paradójico, ya que a pesar de haber pasado 30 años desde el trabajo seminal de Crenshaw aún este libro necesita ser escrito. El marco normativo en el que se desarrolla la legislación antidiscriminación está diseñado o parece serlo de una manera muy robusta para abordar, tanto en la teoría como en la práctica, la discriminación vista desde un solo eje. Sin embargo, su afirmación es que la interseccionalidad es fundamentalmente compatible con tal marco normativo. Esto no la desilusiona, sino que más bien le plantea un reto con la pregunta: ¿qué se necesita para relacionar el marco normativo y su conjunto con la discriminación interseccional? Y a ello se abocará en los siguientes capítulos.

En el segundo capítulo «*The Theory: Outlining the Intersectional Framework*» el objetivo es delinear, defender y aplicar las principales líneas del marco de la teoría y la práctica de la interseccionalidad. Es profundamente interesante la identificación de las 5 líneas para definir dicho marco teórico básico: La atención a la relación entre igualdad y diferencia, y la relación con los patrones de desventaja grupal, la consideración como un todo con integridad, en su contexto completo, con el propósito de llevarlo a una concepción amplia y con un objetivo transformador. Esto es lo que para la autora representa la base intelectual de la interseccionalidad y que a su vez es la categoría base de la discriminación interseccional que la define. Se analiza en el capítulo la intervención de grandes autoras que tocaron la interseccionalidad como Kimberlé Williams Crenshaw y otras como Ángela Harris, Adrien Katherine, Patricia Williams, entre muchas otras. Es importante subrayar el núcleo básico de identificación de la interseccionalidad una vez más, para la autora tiene cinco principales líneas: La primera concerniente con el rastreo de la igualdad y diferencia en las experiencias pasadas en entidades grupales múltiples. La segunda concerniente con el rastreo de igualdad y diferencia en patrones de desventaja de grupo, entendido en términos amplios de subordinación, marginalización, violencia, desempoderamiento, privación, explotación y todas las otras formas de desventaja sufridas por grupos sociales. Tercera, estas desventajas deben ser consideradas como un todo, esto es en integridad. Cuarta, la interseccionalidad sólo puede ser apreciada en su completo contexto socioeconómico, cultural y político, porque así se moldean las identidades de las personas y los patrones de desventaja grupal asociados con ellas. Esto es importantísimo en el discurso planteado por la autora. Por último, el propósito del análisis interseccional es concebir más ampliamente los objetivos transformadores, que remuevan, rectifiquen y reformen las desventajas sufridas por los grupos interseccionales.

El capítulo tercero «*The Concept: Understanding the Category on Intersectional Discrimination*» aborda lo que la autora llama el «continuum», esto es, las diferentes categorías de discriminación que pueden ser y han sido analizadas en la jurisprudencia de los diversos tribunales que el libro explora. Para ello nos expone en términos generales 5 diferentes categorías: Discriminación en un solo eje, discriminación múltiple, discriminación aditiva, discriminación incrustada y discriminación interseccional. Ahora bien, antes de hacer el relato de cada una de las categorías la autora se refiere al elemento fundamental que hay que tomar en cuenta para poder determinar la posibilidad de que un tribunal, al momento de resolver un

caso bajo alguna de las categorías, pueda hacerlo por medio de la categoría de discriminación interseccional, esto es, la causalidad, y sobre ella afirma primero que hay que delimitar qué causa la discriminación. Una afirmación es importante de la autora: para probar la discriminación no es necesario nada más que mostrar el lazo causal entre el acto erróneo y sus consecuencias discriminatorias, sino además que el acto y consecuencia fluyen de ciertos tipos de identidades reconocidas como motivos o características personales. Dice la autora que a pesar de que tradicionalmente el derecho antidiscriminación ha asumido que solamente hay una y un motivo que causa la discriminación en un caso particular, se pide mantener una mente abierta sobre la posibilidad de discriminación debido a un acto u omisión que puede ser directamente basado en uno o más motivos, o indirectamente dirigido a un efecto o impacto que es sufrido en uno o más motivos. Esto es lo que va a ir marcando el llamado «continuum» que llevará desde la discriminación de un solo eje hasta la discriminación interseccional.

El capítulo cuarto está dividido en siete secciones. Su objetivo es reencauzar de la teoría para acomodar a la discriminación interseccional y generar condiciones de posibilidad para su justiciabilidad. La primera analiza los diferentes textos legislativos y constitucionales, para concluir que no depende tanto de la manera en que la norma está redactada sino la interpretación que se le da a la misma, la posibilidad de analizar casos bajo la lupa de la interseccionalidad. La segunda sección analiza los motivos de la discriminación y los criterios para identificar motivos análogos. Esto es importante porque abre aún más la posibilidad de que un asunto pueda ser analizado bajo los criterios de interseccionalidad. Afirma que es importante expandir el alcance de los motivos para que se puedan reflejar en mejor medida las desventajas sufridas por la gente debido a sus propias identidades. La sección tercera analiza las formas de discriminación directa e indirecta y subraya el problema de mantener en términos estrictos esta distinción, específicamente tratándose de la discriminación interseccional, en donde una aproximación de la mezcla entre ambas pudiera tener un mejor resultado. La sección cuarta analiza el marco de la interseccionalidad, necesario para poder identificar patrones de desventaja de grupo y los daños en los casos de interseccionalidad. Este marco es un requisito previo para el estudio de la discriminación, pero el que debe ser sostenido por una rica concepción de la discriminación, lo cual pudiera llevar a que la corte o los tribunales sean conscientes de la interseccionalidad. En ese sentido, el marco de la interseccionalidad y la concepción de la discriminación de las Cortes operan una con la otra.

La sección quinta analiza el papel de la comparación para determinar la discriminación y sostiene que para poder ser productiva la comparación tiene que poseer una aproximación holística y contextual. Solo así podrán abordarse los múltiples motivos de discriminación y su inadecuación. De acuerdo con la autora, los análisis de discriminación principalmente conllevan dos pasos: 1. Sobre si ha habido un impacto discriminatorio o diferenciado basado en un motivo. 2. Sobre si la discriminación es incorrecta. La sección 6 aborda la interrogante de si una discriminación en específico puede estar justificada. Las preguntas ¿deberíamos de permitir estas justificaciones para la discriminación interseccional?, y de ser así ¿cómo debemos juzgarlas? Estas preguntas se responden de diferentes maneras de acuerdo con la autora, una de ellas es el establecer una distinción entre discriminación directa e indirecta, otra manera es a través de motivos particulares. Junto a esto, entra en la discusión de un tema importante en la justiciabilidad de derechos, que es la deferencia y el margen de apreciación. En esta sección se analiza el papel de, por ejemplo, la proporcionalidad como estándar de revisión judicial.

La sección séptima se refiere a la carga de la prueba –y como toda discusión sobre Derechos Humanos, por ejemplo, en el estándar de revisión de

proporcionalidad— y se discute la pregunta de sobre quién debe probar, quién tiene la obligación para ello, para llegar a una reflexión en donde se establezca, si no a favor del demandante, sí un diálogo y una obligación por parte de los tribunales de una aproximación no solamente cuantitativa sino cualitativa a las pruebas.

En la sección octava se habla sobre los remedios que deben le determinarse cuando se habla de discriminación interseccional probada. Dos preguntas deben abordarse según la autora al tratarse de este tema. La primera si la discriminación interseccional debe considerar una indemnización monetaria agravada. La segunda si debe llegar nada más que a la persona demandante e igualmente a aquellas personas en su posición o si debe extenderse a cualquiera que comparta las desventajas del demandante. La autora recurre al caso *Bhe v Magistrate, Khayelitsa* de la Corte de Sudáfrica calificándolo de extraordinario, un raro ejemplo de remedios estructurales, que reconociendo las limitaciones para determinar los remedios por parte de los tribunales parece inclinarse justamente por lograr un efecto estructural en dichas determinaciones.

La autora en las primeras páginas del libro subraya con mucha claridad cual es el objetivo de este: ¿cómo puede en la práctica el derecho antidiscriminación ser re-imaginado para abrigar justamente la interseccionalidad? Me parece que este objetivo se cumple. Reconociendo que se trata de un pequeño paso dentro de una gran empresa, la líneas planteadas en el libro nos dejan ver que ciertamente es posible la justiciabilidad en términos de interseccionalidad. Solo falta imaginación, conocimiento, atrevimiento, inventiva. Al llevarnos de la mano desde las perspectivas teóricas, doctrinales y conceptuales nos permite ver que aunque aún en las primeras etapas, sí encontramos casos donde se ha trabajado en ello. Esto nos permite igualmente concluir de que es posible, solo necesitamos poner la atención y ver desde una perspectiva de conjunto. Es una tarea sin duda indispensable, pensar la discriminación no solo desde un solo eje o motivo, sino verla desde la realidad misma, ver las carencias y necesidades de las personas en su diversidad personal y, con ello, dar un paso más hacia una justiciabilidad más humana.

# Jorge Roa Roa, Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador

(2019) Universidad Externado de Colombia  
Bogotá, 656 pp.

Sabrina Ragone  
*Universidad de Bolonia*  
ORCID ID 0000-0002-9516-503X  
[sabrina.ragone2@unibo.it](mailto:sabrina.ragone2@unibo.it)

Cita recomendada:

Ragone, S. (2020). Jorge Roa Roa, Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 616-618.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5734>

El volumen que aquí se señala es un libro denso, que afronta temas de gran calado desde la perspectiva del derecho constitucional, del derecho comparado, pero también de la filosofía y de la teoría del derecho. La «densidad» de contenidos e interrogantes resulta clara ya desde el título mismo, que comprende en sí los aspectos fundamentales de la investigación, mencionándose a todos los actores involucrados: los tribunales constitucionales, el legislador y los ciudadanos. Los ocho capítulos (más introducción y epílogo) guían al lector a través de las cuestiones teóricas y aplicativas más relevantes, manteniendo un estilo extremadamente eficaz en las explicaciones y el desarrollo de los argumentos.

Jorge Roa Roa ofrece con este amplio volumen una contribución significativa al estudio del alcance de la justicia constitucional, de su legitimidad y de las formas de interacción con los instrumentos democráticos, directos y representativos. El caso colombiano, que el autor conoce en profundidad y analiza de manera impecable en el texto (véanse en particular el capítulo segundo, p. 83 y ss. y el quinto, p. 309 y ss.), representa exclusivamente el punto de partida para afrontar asuntos más amplios con referencia al papel de la justicia constitucional en sistemas de democracia deliberativa; de ello se deriva la importancia capital de la metodología comparada, a la que está dedicado el primer capítulo (p. 37 y ss.). En efecto, solo a la luz de las experiencias concretas de los ordenamientos en lo que se refiere a las formas de acceso a la justicia constitucional (directo, mediado, colectivo, individual, basado o no en un interés, etc.) se puede entender plenamente hasta qué punto la «acción pública de constitucionalidad» colombiana constituye, por un lado, la respuesta a experimentos anteriores y, por otro lado, un modelo potencial para reformas de otros sistemas. El tema de la legitimación activa es el foco de atención a este respecto (p. 93 y ss.), siendo un elemento central de la investigación (el autor mismo lo afirma en la p. 30).

El marco comparativo (re)aparece además en la parte final del trabajo (capítulo séptimo, p. 449 y ss.), donde Jorge Roa Roa lo emplea para explicar las distinciones esenciales entre las fórmulas de constitucionalismo débil y las de constitucionalismo fuerte, donde la revisión judicial de la ley implica una decisión por parte de los jueces acerca de las normas del legislador «con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico o, al menos, de garantizar su inaplicación definitiva» (p. 452), otorgándose así a los jueces constitucionales la última palabra acerca de la interpretación de la Carta fundamental. Asimismo, la peculiaridad colombiana (y en parte latinoamericana), en lo que atañe al acceso directo, representa una preocupación del autor desde la explicación de sus preguntas de investigación (p. 32). La defensa del modelo colombiano va más allá, contrastándose con las críticas de Jeremy Waldron al control de constitucionalidad, que bien se aplican a contextos de «sociedades bien organizadas» (p. 446), y menos a otros. La extensa bibliografía de referencia, que incluye a autores de distintas épocas y continentes, refuerza los argumentos comparativos y teóricos.

Una de las propuestas elaboradas en el libro, que aboga a favor de la inclusión de mecanismos de acceso directo en los Estados que pertenecen al sistema interamericano (capítulo octavo, específicamente, p. 554 y ss.), se enfoca en la idea de una subsidiariedad efectiva del sistema mismo cuando haya responsabilidad estatal por la aplicación de normas contrarias a la Convención americana y, a su vez, apunta a la necesidad de considerar el contexto. En efecto, el papel de los Presidentes de la República, la cuestión del hiperpresidencialismo y el consecuente desequilibrio de poderes, además del riesgo de abusos, son correctamente mencionados en la argumentación. Sin embargo, las reflexiones abarcan temas de interés para la doctrina estadounidense, europea e internacional, demostrando una vez más que América Latina ofrece, desde hace ya décadas, ejemplos y soluciones comparativamente indispensables a la investigación en derecho constitucional.

El autor analiza también las objeciones a la apertura de la justicia constitucional, partiendo de funcionales que tienen que ver básicamente con el riesgo de demandas temerarias y de superación de la capacidad razonable de gestión de un tribunal constitucional (capítulo tercero, p. 115 y ss.). Para superar dicha crítica, el mismo fundamenta su argumento en la posibilidad de insertar en el modelo instrumentos para la inadmisión de demandas y mecanismos eficaces de filtro para no sobrecargar los sistemas de justicia constitucional. Finalmente, de gran interés es su respuesta a la intuición según la cual un sistema como el colombiano aumentaría

tanto el número de conflictos de constitucionalidad como el número de normas invalidadas por la Corte Constitucional; según su análisis, no existe una relación biunívoca entre nivel de apertura de un sistema y porcentaje de decisiones de invalidación, siendo necesario tener en cuenta otros factores relacionados, en particular, con la conducta del legislador (p. 184 y ss.).

El capítulo cuarto se centra de manera explícita en cómo la acción pública se relaciona con la legitimidad democrática de la justicia constitucional, conllevando una transformación del modelo más que una mera modificación de naturaleza procesal. Para ello, se enfatiza el carácter representativo (deliberativo y meritocrático) de los jueces constitucionales, que, según el autor, se ve potenciado en Colombia tanto en su vertiente interna como en su vertiente externa (p. 326 y ss.). Se incluyen aquí reflexiones multidisciplinarias, relativas principalmente al papel adquirido por los ciudadanos en la definición de la agenda de la Corte, la defensa de la democracia y la supervisión y limitación del constitucionalismo abusivo y del hiperpresidencialismo.

Finalmente, Jorge Roa Roa defiende la legitimidad democrática del papel de la Corte Constitucional colombiana gracias especialmente a la acción pública, que garantiza a los ciudadanos la posibilidad de activar un control abstracto. Ello reforzaría el rol deliberativo de la Corte misma y al mismo tiempo transformaría a la ciudadanía reconociéndole funciones constitucionales *lato sensu*, además de propiciar los instrumentos de interpretación colectiva y dialógica.

Sin duda, este libro se inserta con elementos originales en el debate global sobre el papel (realmente ejercitado y teóricamente deseable) de los tribunales constitucionales, la relación entre jueces y parlamentos y aquella entre jueces y ciudadanos. La presentación del caso colombiano como un modelo a imitar, dentro de algunos límites contextuales y geográficos, le añade valor a la investigación desde la perspectiva de la metodología comparada. Lo mismo se puede afirmar con respecto a la construcción de la propuesta final dentro del marco interamericano, como ejemplo de constitucionalismo multinivel y transnacional. La atención al diseño institucional, finalmente, responde también a posibles usos prácticos de la comparación en la redacción de textos o reformas constitucionales.

# Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*

(2020) Tirant lo Blanch  
Valencia, 610 pp.

Belén Hernández Moura  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-8881-0507  
[belen.hernandez@uc3m.es](mailto:belen.hernandez@uc3m.es)

Cita recomendada:

Hernández Moura, M. (2020). Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 619-622.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5735>

Me es grato el encargo de recensionar la que a día de hoy supone la más reciente publicación en materia de corrupción, crimen organizado y delincuencia económica. Las razones de esta gratitud son varias. La primera de ellas deviene de la pertinencia y acierto de quienes editan esta obra en la selección de la temática y fecha de publicación. El contexto actual –aún alevosamente estival– recuerda insistentemente la urgencia de abordar con lente científica un fenómeno más o menos repetido, más o menos instalado, sino en la supervivencia institucional sí al menos en las estrategias de poder de determinados entes empresariales y determinadas instituciones.

Y es que, si bien tal vez no sea un mal inherente a toda estructura, la corrupción sí se ha demostrado como una más que plausible eventualidad o, en palabras de Rodríguez García y Machado de Souza, como una «expectativa en el funcionamiento de las instituciones de un país» frente a la que ese mismo sistema debe responder en defensa y promoción del interés público (p. 295). Cuando se habla

de corrupción se hace de una cuestión esencialmente organizacional y particularmente referida a lo público –aunque no solo–, conceptualizada por la RAE como la «práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores». Así, tal y como se señala en la introducción de la obra, la corrupción está ligada a un determinado entendimiento del poder que, forzosamente, afecta a la legitimidad y calidad democrática de las estructuras dadas.

La dimensión pública y privada de la corrupción es evidente: uno y otro ámbito se entremezcla y difumina, especialmente en las implicaciones del comportamiento corrupto. En este sentido, conductas tradicionalmente cercanas al ámbito privado resuenan en la esfera pública –y, por tanto, común– en evidente perjuicio para los servicios públicos y la ciudadanía. Recientemente, el sindicato de Técnicos de Hacienda cifraba en 58.907 millones de euros la pérdida recaudatoria en España; aproximación destinada a convivir con previsiones periódicas de «ajustes» en la inversión pública, más «ajustes» derivados de las conversaciones del triunvirato europeo o con el enigma del coste, inicialmente cero, del rescate a la banca.

Milagros económicos aparte y con la objetividad que se presupone a los datos, según el informe de Transparencia Internacional publicado en enero de 2020, la puntuación de España en el Índice de Percepción de la Corrupción para 2019 es de 62 sobre 100 puntos, cuatro más que en 2018. La honesta utilización de estos datos exige aclarar, no obstante, que una puntuación más elevada revelaría cierta disminución en las prácticas corruptas. Aún con las oportunas reservas, parece atisbarse cierta evolución en la percepción respecto a este tipo de conductas; una actitud, en fin, mucho más exigente y propia de democracias avanzadas. Giro al que tal vez hayan contribuido la publicación de algunas decisiones judiciales y, muy en particular, la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 20/2018 que, amén de otras cuestiones, contribuyó al éxito de la moción de censura. Con todo, España ocupa la trigésima posición en el ranking de Transparencia Internacional –que evalúa 180 países– y la sitúa, junto con Portugal, en la decimotercera posición entre los 28 Estados miembro de la Unión Europea.

Un rápido vistazo a los datos internos revela como el CIS de diciembre de 2018 situaba la corrupción y el fraude como el tercero de los problemas detectados por la ciudadanía española (24,7%); por encima, el paro y, sin mayor aclaración, «los/as políticos/as en general, los partidos y la política». Un año atrás, en 2017, la corrupción y el fraude eran medalla de plata para un 31,7% de los españoles, superado, sin sorpresas, por el paro. En diciembre de 2019, el barómetro del CIS –postelectoral– sacaba del podio la corrupción y el fraude (20,7%) y colocaba, por este orden, el paro, «los/as políticos/as en general, los partidos y la política» y los problemas de índole económica entre las preocupaciones de la ciudadanía. Este descenso, siempre bien recibido, no evita sin embargo que la corrupción siga siendo hoy un problema grave, merecedor de atención urgente. Siendo este el escenario, la oportunidad de la publicación, creo, está más que justificada.

La segunda de las razones tiene que ver con la extraordinaria calidad científica de la obra y reconocida solvencia de quienes editan y en ella contribuyen. *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos* comprende una exhaustiva y metódica selección de temas, autores y autoras cuya trayectoria hace innecesaria y trivializa cualquier presentación. Los editores, Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López, tienen un amplio itinerario científico y cuentan en su haber con varios estudios pioneros sobre Derecho penal económico, *Compliance* penal y Análisis Económico del Derecho. Esta experiencia queda patente en una obra que sobresale, además de por su actualidad, por la

rigurosidad en un análisis –contemporáneo y urgente a partes iguales– minucioso, reflexivo y marcadamente comprometido. El trabajo de coordinación, a cargo de Javier Sánchez Bernal y Ana E. Carrillo del Teso, descubre al lector de manera ágil y estructurada una materia que dista mucho de ser sencilla, facilitando la comprensión de lo en ella expuesto.

Con todo, esta reseña se propone ofrecer una breve –y necesariamente incompleta– introducción a su contenido, a fin de poner en valor el mérito y la trascendencia que la publicación tiene para quienes deseen ahondar en su estudio.

El libro recoge a lo largo de diecisiete capítulos algunas de las cuestiones más controvertidas que rodean hoy el fenómeno de la corrupción y sus derivados. Su complejidad requiere un planteamiento transversal, multidisciplinar y comparado, capaz de cubrir el análisis de todas las aristas en él implicadas, exigencias colmadas ya desde el mismo planteamiento de la obra. En este sentido, la publicación tiene la virtud de aunar a especialistas provenientes del ámbito académico y de la práctica forense, de diferentes disciplinas y distintas nacionalidades, lo que, en fin, asegura una perspectiva holística e integral. *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos* introduce, además del análisis legal y jurisprudencial más actualizado, una visión crítica formulada desde la economía aplicada –brillantemente expuesta por Leo-Castela, Rodríguez-López y Sánchez-Macías–; pero también una aproximación desde la sociología jurídica que, cerrando la publicación, se centra en la conformación de la opinión pública y su posible influencia en la estrategia político-criminal frente a la corrupción.

La obra abraza la dimensión global del fenómeno e incluye en sus páginas el estudio comparado *civil y common law*; intención presente a lo largo del todo el texto y muy especialmente en la introducción de Salazar Méndez y los capítulos de Orsi, Fridriczewski y en el capítulo conjunto de Rodríguez-García y Machado de Souza. El lector encontrará un exhaustivo análisis de los sistemas penales latinoamericanos, así como referencias a nuevas figuras de cooperación internacional y europea en la lucha contra la corrupción.

Como se anunciaba, la publicación repasa las medidas adoptadas en los últimos tiempos y que han ido dirigidas a la erradicación y prevención de la corrupción. Asimismo, el capítulo elaborado por Fernández González aporta nuevas perspectivas sobre la figura identificada como *whistleblower*, repasando el tratamiento que en el ámbito nacional, autonómico y comparado se ha dado a este agente, vital en la identificación de la conducta. Es probable, además, que próximamente esta cuestión continúe suscitando enorme interés con la futura transposición de la Directiva 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Pero también, en actitud propositiva, los autores plantean nuevas vías y analizan, entre otras cuestiones, las bondades y posibles inconvenientes de intensificar el papel del Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea en la investigación de la delincuencia económica, o la importancia de la independencia judicial, una cuestión, como indica Pérez-Cruz Martín, de plena «virtualidad y vigencia» en la persecución del delito (p.189). Las limitaciones, pero también la potencialidad de la Fiscalía en la lucha contra la corrupción, son magistralmente examinadas por Carrizo González-Castell, González Cano y Rodríguez Tirado en sendos capítulos. A continuación, y en consonancia con la vocación de integralidad –anunciada ya desde el título–, Jiménez Franco aborda el estudio de una de las cuestiones de evidente calado reparador y que previsiblemente mayor interés suscitará en futuras

publicaciones, como es la falta de transparencia y eficacia en la recuperación y gestión de activos con origen en conductas corruptas, apostando por la implementación de estrategias focalizadas en lograr una mayor eficacia. Entre los debates que se abordan figura también la discusión, en este caso guiada por Fabián Caparrós, sobre la oportunidad o no de incorporar a la lista de conductas punibles aquella que se identifica con el denominado enriquecimiento ilícito, a la par que el autor explora alternativas a una tipificación que, adelantamos, desaconseja.

Completan el libro algunos capítulos que adelantan su enfoque y se detienen en la prevención del delito, considerando las posibilidades de perfeccionamiento en relación a las personas jurídicas. En este sentido, el capítulo décimo primero reflexiona sobre los espacios de mejora en los programas de cumplimiento normativo. Más adelante, la obra incluye una interesante reflexión, a cargo de Ortiz Pradillo, sobre la promoción de vías de cooperación de los implicados a través de las llamadas medidas de clemencia o los acuerdos de lenidad –estos últimos tratados en el capítulo conjunto de Rodríguez-García y Machado de Souza–, figuras que bien podrían encajarse en los que se ha denominado como justicia penal negociada y/o derecho premial, de plena aplicabilidad en el estudio de la materia que nos ocupa y que Neira Pena explora en el capítulo por ella suscrito.

Quien se aproxime a la obra tendrá oportunidad de reflexionar sobre cuestiones a día de hoy aún en las fronteras del conocimiento; y, en especial, en lo relativo a las interacciones de lo digital y la delincuencia económica. Calaza López desglosa las tendencias más recientes relacionadas con la prueba tecnológica y la persecución eficaz y garantista de una corrupción, cada vez más sofisticada, que pone a prueba nuestro decimonónico proceso. Seguidamente, Martín Diz aborda una de las temáticas más actuales que ha alcanzado también el estudio del Derecho procesal. Nos referimos a la inteligencia artificial y su adecuada incorporación al proceso; cuestión que, en el futuro más inmediato, sino ya en el momento presente, exigirá observar las implicaciones de lo que el autor refiere como «justicia algorítmica».

Todas las razones hasta ahora expuestas invitan a concluir que el libro recensionado se erige como un material de consulta y estudio indispensable en la comprensión contemporánea del fenómeno de la corrupción. En efecto, la obra presenta de manera más que diligente y estructurada temas indispensables para quienes investigan y desarrollan su actividad profesional en el ámbito del Derecho penal económico. Pero no solo. El valor científico de la publicación reside en el diálogo casi directo con el lector, a quien los autores orientan hacia nuevas líneas de investigación y estimulan en la búsqueda de respuestas en un escenario cuya complejidad y globalidad exige al Derecho penal una continua actualización y perfeccionamiento en aras de una persecución eficaz.

# Estrella Montolío y Mario Tascón, *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*\*

(2020) Catarata  
Madrid, 192 pp.

Germán J. Arenas Arias

*Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT)*

*Universidad de Alcalá*

ORCID ID 0000-0003-1526-7181

[german.arenas@edu.uah.es](mailto:german.arenas@edu.uah.es)

Cita recomendada:

Arenas Arias, G.J. (2020). Estrella Montolío y Mario Tascón, *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 623-629.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5736>

El fin del estado de alarma en España y el inicio de una «nueva normalidad», para continuar con las medidas de contención de la COVID-19, coincidió con la publicación del nuevo libro *El derecho a entender*, de la profesora Estrella Montolío y el periodista Mario Tascón. Su lectura es estimulante y me anima a escribir esta recensión por dos motivos fundamentales. El primero tiene que ver con la oportunidad del momento de su aparición: la crisis global que estamos viviendo y la consecuente proliferación normativa imponen la necesidad de simplificar el acceso de los ciudadanos para que entiendan, conozcan y utilicen las normas derivadas de la pandemia. El derecho a entender y la comunicación clara podrían funcionar como un vehículo para allanar esa necesidad. El segundo motivo son los nuevos elementos teóricos y prácticos que el

\* La presentación –virtual– de *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía* se llevó a cabo el día 1 de julio de 2020 y estuvo acompañada del anuncio de un proyecto de inteligencia artificial para medir el nivel de claridad u oscuridad en el lenguaje administrativo español. Con seguridad, esto podrá motivar un ejercicio de innovación pública en el ámbito gubernamental español y latinoamericano.

libro aporta a la agenda de investigación académica y a la discusión pública relacionadas con el proyecto y movimiento del lenguaje claro.

El libro lleva como subtítulo *La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*, y es producto de la colaboración entre Estrella Montolío, catedrática de Lengua Española en la Universidad de Barcelona y Mario Tascón, quien dirige Prodigioso Volcán y ha presidido la Fundación del Español Urgente (Fundéu). También es un trabajo riguroso que se enmarca en una creciente literatura, dedicada a problematizar, discutir y visibilizar la importancia de la claridad en el lenguaje jurídico y la necesidad de comprenderlo. En el ámbito hispanoamericano, Carretero (2005, 2019); Montolío (2012); García Calderón (2012); Poblete y Fuenzalida (2017); Relinque (2017); López Medina (2018); González Zurro (2018); De Cucco Alconada (2019); Núñez Sánchez (2019); y Moreu Carbonell (2020) representan una muestra significativa de esa bibliografía.

Desde el prólogo, firmado por el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, Juli Ponce Solé, el nuevo libro de Montolío y Tascón ya ofrece un tratamiento oportuno y esclarecedor sobre el denominado *derecho a entender*. «Que los ciudadanos/consumidores (así expresados, pues esta es nuestra doble faceta) entiendan las comunicaciones del sector público y del sector privado son un derecho subjetivo que ostentan, el cual genera auténticas obligaciones jurídicas para los entes públicos y las empresas privadas» (p. 5). Aunque cada una de las piezas que conforman el ordenamiento jurídico no se refiera explícitamente a ese derecho, «la obligación de diligencia de los gobiernos y administraciones de hacerse comprender forma parte intrínseca de los principios de buen gobierno y del derecho a una buena administración» (p. 8). La inobservancia de esa dimensión intrínseca atenta directamente contra los principios fundantes del Estado de Derecho: legalidad, seguridad jurídica, racionalidad.

El lenguaje claro es el instrumento principal que suele ser formulado cuando se habla de la existencia de un derecho a entender, y aquí se propone, además, considerarlo como un *nudge* que, en el ámbito de las políticas públicas y la economía conductual, contribuye «en la mejora y efectividad de las decisiones públicas y en el desarrollo de mejores regulaciones» (p. 10). Esa perspectiva es una invitación retadora y muy pertinente.

«¿En alguna ocasión ha recibido un documento de algún ministerio, ayuntamiento u organismo público en el que no ha entendido nada? ¿Recuerda el folleto de algún producto o servicio del que difícilmente ha comprendido cuáles eran las condiciones?» (p. 13). Estas son dos preguntas que los autores sugieren en el primer párrafo de la introducción para advertir sobre las intenciones y el contenido de su libro. Se trata de un alegato, como dicen, a favor de la claridad en la comunicación con la ciudadanía «porque para ser ciudadanos con plenos derechos y participar en la construcción del espacio público, el primer paso es entender lo que las instituciones y las empresas nos explican, nos piden... o nos ocultan» (p. 15). Los autores hablan del derecho a entender y no del derecho a *comprender* porque «no es lo mismo (...) la comprensión requiere un proceso interno, es hacer propio lo que se entiende y actuar en consecuencia» (p. 15). Más adelante volveré a ello.

La estructura que sigue el libro es de siete capítulos y se pueden identificar tres ejes importantes. El primero es un marco histórico y conceptual alrededor del movimiento por el lenguaje claro y el derecho a entender que le acompaña. La segunda parte expone que las nuevas tecnologías de la información, los proyectos de inteligencia artificial y las prácticas *user experience (UX)* pueden favorecer los procesos de comunicación pública y privada y el derecho a entender en el ecosistema

digital. Finalmente, el libro aborda la cuestión sobre «¿cómo se pasa de una comunicación burocrática a una comunicación democrática?» (p. 131). La respuesta son nueve pasos para alcanzar una comunicación clara, plenamente aplicable en las administraciones públicas, para democratizar el acceso a la información y empoderar a los ciudadanos.

Me propongo con esta reseña resaltar y comentar brevemente algunos elementos encontrados dentro de los tres ejes del libro.

Sobre el primero, merece la pena destacar el lugar que los autores reconocen a la figura de la sociedad civil y a los activistas del *plain language movement* (movimiento del lenguaje claro). «Fueron las revueltas cívicas que se iniciaron en los años cincuenta y se extendieron hasta finales de los setenta las que marcaron un punto de inflexión en el derecho a entender. Las reivindicaciones de la sociedad civil crearon una corriente imparable en la defensa de la claridad» (p. 20). Los movimientos antiguerra en Estados Unidos que rechazaban cartas de reclutamiento incomprensibles (p. 21); las asociaciones de consumidores financieros que reclamaron la posibilidad de entender íntegramente los contratos por firmar (p. 22), y más concretamente, la campaña *plain english* liderada por Chrissie Maher en Liverpool, para simplificar el proceso de solicitud de ayudas sociales del Estado (p. 23), son los ejemplos más relevantes de acción colectiva que luego van a propiciar el surgimiento y evolución del movimiento de lenguaje claro.

Movimiento que, como ha señalado Muñoz Machado, «ha llevado consigo, en todos los Estados de Derecho avanzados, por un lado, la introducción de medidas conducentes a la mejora de la calidad, y, sobre todo, claridad, previsibilidad y fácil comprensión de la legislación, y por otro, la aprobación de planes, programas y normas destinadas a la mejora de la calidad lingüística de los textos judiciales y administrativos» (2017, p. 15). Ello ha sido posible, en gran parte, gracias a los esfuerzos colectivos que Montolío y Tascón retratan en su libro.

La internacionalización del movimiento, la necesidad de clarificar el discurso jurídico y la conformación de grupos de presión (p. 25) facilitaron en la Unión Europea y en América Latina, iniciativas como *Fight the Fog*, *Clear Writing Campaign*, *Plain Swedish Group*, la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico y las Redes de Lenguaje Claro creadas en México, Chile, Argentina y Colombia. En el proceso de construcción de esas iniciativas, la discusión –jurídica y política– sobre la existencia de un derecho a comprender ha aumentado de manera considerable. En el Informe de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico en España (2011) y en la Cumbre Judicial Iberoamericana (2015) hay referencias explícitas sobre un derecho ciudadano a comprender la justicia: «la ciudadanía tiene derecho a comprender, sin la mediación de un “traductor”, las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho».

En trabajos posteriores se ha advertido que «el nuevo derecho a comprender sería aquel que corresponde a los ciudadanos a la hora de exigir de los poderes públicos el esfuerzo institucional que sea preciso para que puedan, sin necesidad de conocimientos jurídicos, ser entendidos los actos, orales o escritos, que son realizados para la correcta elaboración, interpretación o aplicación de las leyes» (García Calderón, 2012, p. 176). «El derecho a comprender debe materializarse en medidas que promuevan la claridad en el uso de las comunicaciones por parte de todos los poderes» (Carretero, 2019, p. 239). «Los requisitos básicos para un Derecho comprensible [son]: claridad (lenguaje claro), accesibilidad (lenguaje accesible) y neutralidad (lenguaje inclusivo)» (Moreu Carbonell, 2020, p. 347). Más aún, «la conformación conceptual del derecho a comprender supone la necesidad, en primer

lugar, de considerar los aspectos constitucionales a los que el derecho afecta en su despliegue y aquellos otros derechos fundamentales implicados en su ejercicio, lo que permitirá la delimitación de su contenido esencial y adicional y sus propios límites» (Núñez Sánchez, 2019, p. 110). No obstante, concluye Núñez Sánchez, «dotarlo de un verdadero estatuto de derecho, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, sigue siendo una tarea pendiente» (2019, p. 109).

Montolío y Tascón no pretenden abarcar esta cuestión, pero sí citan a Silvia Bianco, consejera de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, para brindar una definición aproximada: «El derecho a comprender es la posibilidad de pensar de manera crítica y de practicar la plena libertad y, en ese sentido, la aclaración de conceptos jurídicos mediante la simplificación de sus definiciones es una herramienta más para democratizar la justicia» (p. 87). Con esto último, me atrevo a añadir que el lenguaje claro no es la única herramienta de análisis para justificar conceptualmente un derecho a comprender. Tampoco es la única posibilidad para democratizar la justicia, como bien lo expresa la cita de Bianco. Es sólo un instrumento que, eso sí, contribuye en el acceso, la confianza y la seguridad jurídica, y que necesita mayor discusión y difusión para dimensionar sus verdaderos alcances. Si, efectivamente, estamos frente a un derecho, particularmente apuesto por una idea de adquisición de criterios mínimos que le permitan al individuo tomar decisiones autónomas sobre los asuntos que le afectan.

Sobre el segundo eje que he podido identificar en el libro de Montolío y Tascón, quisiera resaltar las referencias sobre *user experience*, diseño emocional y servicios inclusivos. En el campo de la información pública en general, y de la información jurídica, específicamente, Poblete y Fuenzalida (2017) y Moreu Carbonell (2020) han sugerido un «giro lingüístico hacia el ciudadano», pues este debe ser el centro de la actividad estatal. Con esa lógica, existe un amplio margen para mejorar la experiencia de los usuarios/ciudadanos en su relación con el Estado. Los autores de *El derecho a entender* completan con acierto esa sugerencia.

En una época en la que preferimos más la pantalla que el papel, «acceder a la información, comprenderla y poder usarla» (p. 41) es una cadena de acciones que depende fundamentalmente del diseño con que están presentados los productos o servicios. «Solicitar una beca, contratar un seguro, poner en marcha un nuevo electrodoméstico..., incluso algo tan sencillo como comprar un billete de metro cuando visitamos una ciudad. A menudo, situaciones cotidianas de este tipo pueden resultar exasperantes porque hay pasos del proceso que no entendemos, es decir, hemos obtenido una mala experiencia de usuario. Y en la base de este enfado suele haber, casi siempre, falta de claridad, falta de sencillez y falta de empatía por parte de quienes diseñan el proceso» (p. 43). Por esa razón, los autores insisten en que para hacer efectivo un derecho a entender es indispensable que las personas tengan una experiencia de usuario satisfactoria. Dicha experiencia está atravesada por el lenguaje<sup>1</sup>.

Los autores suscriben la idea de que «no existe normalmente una alternativa a los servicios que presta el Estado, por lo que tienen que funcionar para todos. Crear un servicio inclusivo significa asegurar que quien lo necesita pueda usarlo de la forma más sencilla posible» (p. 49). Con ello indican que el sector empresarial y el estatal deben hacer un esfuerzo adicional por promover una nueva cultura de servicio que tenga en cuenta, entre otros asuntos, que «el lenguaje es una herramienta

<sup>1</sup> En enero de 2020 se publicó el trabajo *The Effects of Jargon on Processing Fluency, Self-Perceptions, and Scientific Engagement*, cuyos autores constatan que «el uso de palabras difíciles y especializadas da una señal a las personas que no las entienden: no pertenecen a una comunidad. Se pueden explicar los términos, pero ya sienten que el mensaje no es para ellos». Ver Schulman, Dixon y Bullock (2020).

increíblemente poderosa para crear un sentido de empoderamiento, orgullo, identidad y propósito» (p. 56).

La neurociencia y la neurolingüística entran en juego dentro del libro de Montolío y Tascón. De ahí también la novedad y originalidad que aportan para recomendar que en la relación Estado-ciudadanos es conveniente reducir la presunción de complejidad. «Cuando vemos un sitio con apariencia compleja, nuestro cerebro lo registra a gran velocidad y en general, no lo percibimos como atractivo. También sucede lo contrario: el cerebro decide en cuestión de décimas de segundos si un documento va a ser fácil de entender» (p. 95). Adicionalmente, los dos autores advierten que «los mejores textos y el mejor diseño fracasarán si el ciudadano no sabe qué hacer, por dónde buscar o qué botón pulsar» (p. 108). Ello es consecuencia de la complejidad innecesaria que las instituciones suelen incorporar en sus procedimientos con efectos adversos en los planes individuales.

Por ejemplo, en agosto de 2019, la Corte Constitucional de Colombia resolvió una acción de tutela formulada por un estudiante que perdió un crédito educativo al equivocarse en el complejo formulario que debía entregar al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior –ICETEX–. La Corte afirma en esa sentencia que «las autoridades públicas están en la obligación de establecer formularios claros en los que la información que se pide consignar a la ciudadanía, pueda ser allegada sin hacer incurrir en ambigüedades o imprecisiones a los administrados. Lo anterior es condición de posibilidad para la materialización del principio de eficacia y la realización de la justicia material» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-340/19). Como puede verse, la recomendación de Montolío y Tascón no es un tema menor. Aplicar técnicas y mecanismos que mejoren la experiencia del usuario y orienten adecuadamente a los ciudadanos puede incidir en el goce y disfrute de derechos fundamentales. En el caso que planteo, se trata del derecho a la educación superior y debido proceso.

Por último, me refiero al tercer eje donde se encuentra la propuesta clave que recoge el nuevo libro. Se trata de la comunicación clara, esto es, «transmitir de forma fácil, directa, transparente, simple y eficaz información relevante para la ciudadanía, por cualquiera de los diferentes canales (papel, teléfonos móviles, ordenadores y otros dispositivos) y adaptada a sus particularidades» (p. 134). Desde luego, debe incluir todos los elementos basados en *user experience* y de diseño que previamente fueron reportados en el libro. El reto es «crear, liderar y normalizar una nueva cultura ciudadana de comunicación clara» (p. 148) que, según los autores, «reduce la ansiedad que provoca la difícil comprensión de documentos y procedimientos administrativos, agiliza trámites, democratiza el acceso a la información, promueve la participación en un Estado de Derecho, hace más eficaz la comunicación, mejora la reputación de los organismos y empodera a la ciudadanía» (pp. 149-150).

El Ayuntamiento de Madrid inició con Estrella Montolío y Mario Tascón un proyecto de comunicación clara para intervenir los documentos que comunicaban las multas de tránsito en 2016. El resultado fue un documento sencillo, claro y fácil; «los pagos ahora se hacen más rápidos, las reclamaciones circulan de forma más fluida y se han reducido las dudas y llamadas a los servicios de atención municipales» (p. 131). En América Latina contamos con algún caso similar que incluye información de resultados con carácter cuantitativo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Se trata del estudio del Banco Interamericano de Desarrollo *The Importance of Clarity: Impacts of Colombia's 'Lenguaje Claro' Program on Reducing Administrative Burdens* (2019), el cual ha señalado que la aplicación del programa de Lenguaje Claro del Departamento Nacional de Planeación, en concreto, la simplificación de una carta catastral en el Distrito de Bogotá, disminuye la carga

Montolio y Tascón, mediante una serie de nueve pasos (p. 151 y siguientes), proponen un modelo de comunicación clara que incentive un diálogo participativo con la ciudadanía (y también con los clientes). No conciben un proyecto de comunicación clara si de manera anticipada las organizaciones no se preguntan quiénes son los que recibirán la información, qué necesitan saber, qué harán con la información, qué decisiones podrán tomar, en qué momento recibirán los mensajes o qué conocimiento previo tienen del tema. Sostienen, finalmente, que «un ciudadano es un intérprete activo del que esperamos una respuesta, casi nunca es un simple receptor del mensaje. El objetivo de la comunicación clara no es la mera producción de documentos, sino la generación de reacciones deseadas en la ciudadanía» (p. 139). Esta misma idea, enmarcada en un «proyecto de democracia republicana donde los ciudadanos participan de manera activa en los asuntos públicos (...) y de manera individual o colectiva, tienen la posibilidad de controlar y disputar decisiones» (Wences y Güemes, 2016, p. 28), me devuelve al prólogo de Ponce Solé, cuando hace referencia al *nudging* como método para incentivar conductas deseables de la ciudadanía.

Si el lenguaje claro, o más ampliamente, la comunicación clara, «no solo protege derechos individuales y colectivos, sino que también puede ser un magnífico instrumento para el logro de los intereses generales que han de perseguir nuestros poderes públicos» (p. 12), estamos frente a un desafío académico relevante que pasa por situar este debate en el ámbito de «las tecnologías de política pública que buscan incrementar la eficiencia de los Gobiernos y, en consecuencia, los niveles de confianza y cooperación» (Güemes, 2017, p. 47).

Los autores reiteran a lo largo de su obra que este es un asunto marcado por la convergencia de varias disciplinas. No puede ser otra manera. Juristas, lingüistas, diseñadores, comunicadores, traductores, expertos en usabilidad, y también los politólogos, tienen mucho que decir todavía.

## Bibliografía

- Carretero González, C. y Garrido, R. (2005). Derecho y lenguaje: perspectivas interdisciplinarias. En M. Romana García, (ed.), *II AIETI. Actas del II Congreso Internacional de la Asociación Ibérica de Estudios de Traducción e Interpretación*.: AIETI, Madrid, pp. 713-727.
- Carretero González, C. (2019). *Comunicación para juristas*, Madrid : Tirant Lo Blanch.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-340 de 2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- De Cucco Alconada, C. (2019). *Manual de escritura de textos jurídicos en lenguaje claro*, Buenos Aires: Hammurabi.

---

administrativa para la entidad y para la ciudadanía. El efecto de la carta simplificada en la presentación de cualquier tipo de solicitud fue negativo (-0,025) y registró un nivel similar cuando se incluyeron otras variables de control (-0,023). Esto significa que los destinatarios de la carta simplificada tenían una probabilidad de 2,5 puntos porcentuales (equivalentes a un 20,7%) menos de presentar cualquier tipo de solicitud después de recibir la notificación de revisión del avalúo por parte de Catastro (18,5% al incluirse otros controles). Si se restringe el análisis exclusivamente a las solicitudes de reposición, quienes recibieron la carta simplificada tenían, en promedio, una probabilidad de 3,5 puntos porcentuales (equivalentes al 30%) menos de presentar una solicitud de reposición (valor significativo al nivel del 10%). Ver Cuesta, Reyes y Roseth (2019).

- García Calderón, J. (2012). Un nuevo derecho a comprender. *Cuadernos de derecho y comercio*, 57, pp. 141-178.
- González Zurro, G. (2018). Sentencias en lenguaje claro. *Thomson Reuters - La ley*, pp. 1-6.
- Güemes, C. (2017). ¿Nudge en América Latina? Incidir en el comportamiento individual, obtener resultados colectivos. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 68, pp. 43-74.
- López Medina, D. (2018). *Manual de escritura jurídica*, Bogotá: Legis.
- Ministerio De Justicia De España (2011). Informe de la Comisión de Modernización de Justicia. Recomendaciones.
- Montolío, E. (2012). Hacia la modernización del discurso jurídico. Contribuciones a la I Jornada sobre modernización del discurso jurídico español. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Moreu Carbonell, E. (2020). Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del derecho. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, pp. 313-362.
- Muñoz Machado, S. (2017). *Libro de estilo de la justicia*. Madrid: Espasa.
- Núñez Sánchez, A. (2019). El derecho a comprender. *Lenguaje jurídico y comunicación, Revista del Ministerio Fiscal*, 8, pp. 96-113.
- Poblete, C. y Fuenzalida, P. (2018). Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano. *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 69, pp. 119-138.
- Relinque Barranca, M. (2017). El proceso de modernización del lenguaje jurídico en el Reino Unido, los Estados Unidos y España y su reflejo en el lenguaje utilizado por los jueces. *FITIS Pos International Journal Public Service Interpreting and Translation*, 4, pp. 85-101.
- Wences, I. y Güemes, C. (2016). Democracia republicana y confianza en América Latina: la esperanza que no llega, que no alcanza. *Andamios. Revista de investigación social*, 13(30), pp. 13-37.