



**eunomia**  
Revista en Cultura de la Legalidad

**Número 20**

*abril 2021 – septiembre 2021*

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

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

# EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

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

2253-6655

## Director

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

## Secretaría de Redacción

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Universidad Rey Juan Carlos, España

## Consejo de Redacción

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

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

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, CSIC, España

CONCHA ROLDÁN PANADERO, CSIC, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

ISABEL WENCES SIMON, Universidad Carlos III de Madrid, España

## Consejo Científico

ADELA ASÚA BATARRITA, (Emérita) Universidad del País Vasco, España.

Exvicepresidenta del Tribunal Constitucional.

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

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

VICTORIA CAMPS CERVERA, (Emérita) Universitat Autònoma de Barcelona, España

MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE, (Emérita) Universidad Complutense de Madrid, España. Expresidenta del Tribunal Constitucional.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, (Catedrático jubilado) Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, (Emérito) Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, CSIC, España †

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

SUSAN ROSE-ACKERMAN, (Emérita) Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, (Emérito) Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVERDE, (Catedrática jubilada) Universidad Complutense de Madrid, España.

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

## Consejo de Edición

GERMAN JAIR ARENAS ARIAS, Universidad de Alcalá de Henares, España  
DELIA BUDEANU (COORD. N°), Universidad Carlos III de Madrid, España  
MAITE C. CARRETERO SANJUAN, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid,  
España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid

ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELAEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA (COORD. N°), Universidad Carlos III de Madrid, España

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

XANDRA GARZÓN COSTUMERO, CSIC, España

RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad de Alcalá de Henares, España

ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España

DOLY JURADO CERRÓN, Universidad Carlos III de Madrid, España

BELÉN LIEDO FERNÁNDEZ, CSIC, España

DIGNO MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España

CLARA NAVARRO RUIZ, Universidad Complutense de Madrid, España

LUCÍA ORTIZ DE ZÁRATE, Universidad Autónoma de Madrid, España

M<sup>a</sup>. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ, Universidad de Cádiz, 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\\_edicion@uc3m.es](mailto:eunomia_edicion@uc3m.es)

## ÍNDICE

### Presentación

José María Sauca Cano	7
-----------------------	---

### Estudios

<i>Corruption and Covid-19</i> Susan Rose-Ackermann	16
--	----

<i>Corrupción y Covid-19</i> Susan Rose-Ackermann, José M <sup>a</sup> Sauca Cano, trad.	37
---	----

<i>Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX</i> Francisco Muñoz Conde	61
---	----

<i>¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina</i> Marisa Ramos Rollón	86
--	----

<i>El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española</i> Margalida Capellà i Roig	104
---	-----

### Foro y ágora

<i>Sexo, igualdad, diversidad y leyes LGTBI</i> Paz M. de la Cuesta Aguado	141
---	-----

<i>Violencia hacia las mujeres y presunción de inocencia</i> Ilse Carolina Torres Ortega	155
---	-----

<i>Cuando la salud sexual y (no) reproductiva es objetada a conciencia. Un análisis desde la teoría política y el enfoque de derechos</i> María Julieta Cena	172
---	-----

<i>Sobre los «vientres de alquiler». Debates y reflexiones desde la crítica feminista</i> Luisa Posada Kubissa	186
---	-----

<i>La conceptualización legal de la “trata sexual” en Argentina. Lenguajes políticos y definiciones penales</i> Lucía Inés Coppa	199
---	-----

### Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Vía negativa (daño e injusticia)</i> Carlos Thiebaut	215
--	-----

<i>Bienestar</i> Nuria Sánchez Madrid	229
--	-----

<i>Vulnerabilidad</i> Belén Liedo	242
<i>Cultura política (enfoque normativo)</i> Andrea Greppi	258
<i>Cultura política (concepto e imaginarios sociales)</i> Rodrigo Escribano Roca	272
<i>Populismos</i> Alejandro Sánchez Berrocal	292
<i>Políticas conductuales</i> Cecilia Güemes	310
<i>Radicalización violenta</i> Isabel Bazaga Fernández y Manuel Tamayo Sáez	322
<i>Directivas comunitarias (efectos)</i> Juan Martínez Caballero	334
<i>Inteligencia Artificial (y Administración Pública)</i> J. Ignacio Criado	348

#### Releyendo a...

<i>Comunismo y democracia. Releyendo a Riccardo Guastini</i> Hernán G. Bouvier	373
<i>Comunismo y Estado. Una invitación a discutir fuera de la ortodoxia</i> Riccardo Guastini	379

#### Rincón de lecturas

##### DEBATIENDO

<i>El segundo "caso Pablo Hasél"</i> Jacobo Dopico Gómez-Aller	393
---	-----

##### BOOK FORUM

Alfonso Ruiz Miguel (2020). <i>Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> , Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales	
<i>Laicidad, ¿neutralidad? y deliberación pública. Un diálogo con Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> Rodolfo Vázquez	415

<i>Derecho, objetividad y corrección en la teoría jurídica de Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> Rodolfo Arango	426
<i>Marginalidad de la democracia. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> Mauro Barberis	433
<i>Sobre el análisis de la «igualdad». El concepto de igualdad y el «momento feliz» de la transición española. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> Roberto Gargarella	439
<i>Paz y guerra en el pensamiento de Alfonso Ruiz Miguel. Con una apostilla sobre Cataluña. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho</i> Ermanno Vitale	450
<i>Razonando «Cuestiones de principios» (Respuesta a mis críticos)</i> Alfonso Ruiz Miguel	463

#### RECENSIONES

<i>Denis Diderot, Contra el colonialismo y las tiranías. Contribuciones políticas a la “Historia de las dos Indias”, Estudio introductorio, traducción y notas de Roberto R. Aramayo</i> Julio Seoane Pinilla	487
<i>Laura Nuño Gómez, El Derecho a la Educación: estrategias patriarcales contra la genealogía femenina</i> Clara Souto Galván	492
<i>Dietmar von der Pfordten, Dignidad humana</i> Jesús Ignacio Delgado Rojas	496
<i>Mariano C. Melero de la Torre, Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth</i> Elena María Escobar Arbeláez	502
<i>Jesús Ignacio Delgado, Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual</i> David García García	509

# Presentación

## Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6060>

*Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* cumple diez años y publica su vigésima entrega a los investigadores y lectores interesados con la puntualidad de un viejo reloj suizo: exacta y laboriosa. Así, arrancábamos una década atrás bajo la égida de Eunomía, diosa del buen orden y de la legislación. Era hija de Zeus, el dios del poder, y de Temis, la diosa de la ley natural, como lo eran también Diké (la justicia) y Eirene (la paz), y le correspondía ser una de las guardianas de la puerta del Olimpo. Solón concluye su elegía sobre ella con las siguientes palabras:

Mi corazón me impulsa a enseñarles a los atenienses esto:  
 que muchísimas desdichas procura a la ciudad el mal gobierno,  
 y que el bueno lo deja todo en buen orden y equilibrio,  
 y a menudo apresa a los injustos con cepos y grillos;  
 alisa asperezas, detiene el exceso, y borra el abuso,  
 y agosta los brotes de un progresivo desastre,  
 endereza sentencias torcidas, suaviza los actos soberbios,  
 y hace que cesen los ánimos de discordia civil,  
 y calma la ira de la funesta disputa, y con Buen Gobierno  
 todos los asuntos humanos son rectos y ecuanimes<sup>1</sup>.

Creo que estas palabras recogen con belleza las inquietudes intelectuales que animaban a la tarea colectiva de esta revista. Esta estaba concebida como una labor académica en la que propiciar la generación y difusión de teoría fuese un objetivo central no indiferente a la contribución social que su praxis podía suponer. Semestral, digital, en abierto y gratuita fueron las notas que acompañaron dos dimensiones importantes: su carácter internacional y su aproximación interdisciplinar. Creo que, en el balance de estos diez años, y en las veinte entregas, hemos sido fieles a estas máximas y las hemos desarrollado largamente. Hemos cumplido estrictamente la periodicidad propuesta a pesar de limitaciones de medios y de causas externas, como las restricciones presupuestarias en lo más duro de la crisis económica del 2008 y la crisis sanitaria de la Covid-19. Más de un cuarto de los autores son extranjeros, la mayoría de las casi 330.000 descargas completas del último año no son españolas, todos los trabajos son accesibles libre y gratuitamente y la gestación de cada número es fruto de la desinteresada contribución de autores, evaluadores, editores,

<sup>1</sup> Solón de Atenas [circa 580 a.c.] (2001, pp. 54-55). Son de interés las propuestas de traducción alternativa que propone María Isabel Barranco en una síntesis sobre esta formulada por García Gual y las que corrieron a cargo, respectivamente, de Juan Ferraté y Hermann Fränkel, en la versión española de Ricardo Sánchez Ortiz de Urbina. (Barranco, 2011, pp. 53 y 54). En cuanto a la fecha (Clúa, 2005, p.: 124).

traductores, revisores de estilo, informáticos, miembros de comités y consejos y restante *staff* de la revista que gestiona las cada vez más exigentes y complejas dinámicas de su funcionamiento. Entre todo ello, quizá el reto más ambicioso ha sido el de abrir un espacio a la interdisciplinariedad en la articulación de una diversidad temática que se ha desarrollado bajo la leyenda de *cultura de la legalidad*. No solo es, y ni siquiera más relevante, la pluridisciplinariedad acreditada, ya que entre los autores de los 558 trabajos ya publicados se encuentran todo tipo de juristas – iusfilósofos, penalistas, constitucionalistas, administrativistas, internacionalistas, historiadores del Derecho, fiscalistas, privatistas, laboristas, procesalistas y hasta canonistas- y de filósofos, politólogos, científicos de la administración, sociólogos, antropólogos, criminólogos, etc. Lo fundamental ha consistido en dar cuerpo a una inquietud normativa que identificábamos como el interés por el desarrollo del Estado de Derecho y la profundización en la democracia<sup>2</sup> (Sauca, 2017, p. 6) y abordarlos creando un campo temático compartido. «La violencia, la corrupción, la pobreza, la violación de los derechos y las falencias de la democracia siguen haciéndose presentes como realidades implacables e impactantes» decía hace tres años (Sauca, 2018, p. 6); y estas siguen siendo las inquietudes de fondo.

La estrategia ha consistido en hacer confluir miradas con un cierto aire de familia común sobre el estudio de diversas temáticas que plasman con plasticidad la concreción de esas problemáticas. Así, la cultura de la legalidad es una mirada a las teorías sobre el mundo del Derecho. El positivismo, el realismo, el pluralismo, el garantismo, la crítica al formalismo, todos ellos adjetivados con el calificativo de jurídico, se han articulado con el liberalismo, el republicanismo, el interculturalismo o el feminismo como parámetros teóricos de la materia. Las dimensiones institucionales son notorias: la constitución; la dinámica de los altos tribunales, nacionales e internacionales; la organización de la administración pública; el tratamiento del referéndum, la corona, y un largo etcétera. Los *topoi* son recurrentes: paz, género, reconocimiento, justicia social, integridad, etc. En ocasiones, han sido objeto de tratamiento monográfico completo, como el número 9 sobre los 35 años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o parcial, como la impunidad, la protección jurisdiccional multinivel, los referéndums sobre cuestiones de identidad territorial, la Covid-19 o la igualdad de género. Las más de las veces, aportaciones autónomas que han ido conformando un *fondo de armario* mediante el que la *cultura de la legalidad* va dejando de ser una mera convocatoria de un movimiento académico para ir convirtiéndose en un sedimento sustantivo reconocible. Creo que la dimensión de la revista que mejor ejemplifica la progresiva configuración de este campo semántico viene dada por la sección de *voces de cultura de la legalidad*. Con la perspectiva de las doscientas entradas publicadas, desbordando notoriamente las expectativas iniciales, creo que hay tres ideas nucleares a las que pueden ser reconducidas todas ellas. Estas tres ideas serían las de cultura, buen gobierno y justicia.

Asumiendo el claro riesgo de toda tentativa clasificatoria y reconociendo que muchas voces presentarían credenciales para adscribirse a más de uno de esos anaqueles, diría que bajo el epígrafe de *cultura* se integran tanto conceptos generales básicos en la materia, como conceptos jurídicos elementales y a todos ellos se suman lo que podríamos denominar como corrientes. Encuadraría en el primero a voces como *dignidad humana, autoridad, bien común, interés general, confianza, injusticia y daño, bienestar, vulnerabilidad, legitimidad, obediencia al derecho, eficacia, desviación social, riesgo, globalización, desarrollo (internacional), cultura política (normativa e imaginarios), cultura legal, cultura constitucional, cultura jurídica*

<sup>2</sup> Véase Eunomía/Políticas\_de\_la\_editorial/Enfoque\_y\_alcance [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/about/editorialPolicies#focusAndScope>] [Fecha de consulta: 28/02/2021].

y acceso a la cultura. En el segundo a las entradas de *norma internacional, norma social, directivas comunitarias, obligación contractual, nulidad, derecho subjetivo, acto ilícito atípico, interlegalidad, trasplante jurídico, derecho global, regulación de la interpretación del Derecho, interpretación constitucional, margen de apreciación, ponderación, principio de razonabilidad, excepciones a derechos, diálogo judicial, precedente judicial, prueba ilícita, dilaciones indebidas*. En el tercer aspecto, tendríamos tanto ismos como *constitucionalismo (cosmopolita, débil, popular, neoconstitucionalismo), pacifismo, pluralismo o paternalismo*, como logos al modo de *criminología, dogmática jurídica o derecho y literatura*.

La idea de **buen gobierno** ocupa un lugar central. En primer lugar, porque acoge la dimensión de enorme potencia intelectual que es la ciudadanía y que englobaría voces como: *calidad democrática, representación política, democracia (representativa, republicana, paritaria), libertad como no-dominación, soberanía, isegoría cosmopolita, régimen político, referéndum, acción positiva, demagogia, tecnocracia, presidencialismo, populismos, opinión pública, educación ciudadana, desarrollo comunitario, presupuestos participativos, financiación de partidos políticos, protesta democrática, movilización legal, objeción de conciencia, desobediencia civil, desobediencia en Derecho penal, rebelión, sedición*. En segundo lugar, el concepto nuclear de Estado de Derecho (con las voces de *Estado de Derecho, Estado democrático de Derecho, Estado regulador, imperio de la ley, principio de legalidad, principio de legalidad internacional, control de convencionalidad, jurisdicción universal, lenguaje claro, estado de alarma, interés general [de España], tutela multinivel de los derechos, litigio de interés público*). En tercer lugar, la plasmación de estas dimensiones en el espacio de las administraciones públicas: *gobernanza, burocracia, confianza en la administración pública, ética de las administraciones, gestión pública, Administración relacional, buen gobierno y altos cargos, buen gobierno económico, eficacia administrativa, discrecionalidad administrativa, poderes discrecionales, falta de servicio, gobierno abierto, open data, innovación abierta, derecho de acceso a la información, privacidad digital, redes sociales en la administración, privatización de la administración, secreto, secreto de Estado e inteligencia artificial en la administración pública*. Finalmente, y como una de las piedras de toque de toda la construcción de la cultura de la legalidad, la corrupción. Esta es tratada tanto como concepto (*corrupción, corrupción pública, corrupción urbanística, corrupción en transacciones internacionales, impunidad [falta de regulación], impunidad [ausencia de castigo], neutralidad, integridad, pactos de integridad, códigos éticos, códigos deontológicos de la abogacía, transparencia, transparencia judicial, clientelismo, fraude en el deporte, dopaje, políticas conductuales, violencia escolar*) como en el estudio de los instrumentos de combate contra ella: *whistleblowing, comisión de investigación, juicio político, lobbying, blanqueo de capitales, delito de abuso de información privilegiada de funcionario, delito de corrupción entre particulares, tráfico de influencias, malversación, prevaricación, delitos societarios, de prevención de delincuencia empresarial, fraude fiscal, elusión fiscal*.

La tercera idea nuclear que apuntaba arriba es **justicia**. Esta va a galvanizar las dimensiones retributivas (*conflicto, teoría de la pena, justificación de la pena, responsabilidad ética, antecedentes penales, amnistía, guerra justa, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad, crimen de agresión, Hecho ilícito internacional, seguridad humana, seguridad internacional, reforma del sector de seguridad, radicalización violenta, terrorismo individual, «restitutio in integrum», responsabilidad jurídica, «aut dedere aut iudicare», desaparición forzada, refugiados*) como distributivas (*justicia distributiva, solidaridad, acción positiva, emergencia social, exclusión social, inversión social responsable, bienes comunes, renta básica*).

*universal, acumulación por desposesión*) y como las de reconocimiento (*colonialidad, pueblos indígenas, indio, consulta previa [pueblos indígenas], minorías en Derecho internacional, derechos colectivos /DDCC en la CrIDH, laicidad, migración, políticas de memoria, delito de denegación de prestación por motivos discriminatorios*) con una sensibilidad especialmente actuada sobre las dimensión de género (*vozes de género, violencia de género, feminicidio, impacto de género, mainstream de género, igualdad hombre-mujer, conciliación, trabajos de cuidado, mutilación genital, derechos sexuales y reproductivos*). A estas tres dimensiones básicas de la justicia se suman otras como *justicia transicional, justicia ambiental y justicia ecológica*. En conclusión, el acumulado de doscientas voces<sup>3</sup> creo que presenta un campo semántico en expansión y propicia una definición ostensiva de la cultura de la legalidad que permite identificar al nexo vinculante; al hilo conductor de la consistencia del tratamiento conjunto de todas estas temáticas.

Estas voces y, en general, los artículos publicados en la revista, no se circunscriben a estudios intersticiales entre las distintas disciplinas desde las que son generadas, sino que tratan de concitar las experiencias investigadoras sustanciadas en todas ellas para confluir en un análisis complejo de temas que centralmente comparten, en distinta medida, todas esas disciplinas. De esta manera, los estudios que publicamos no tienen una adscripción unívoca a una determinada disciplina, ni abordan temas tangenciales o fronterizos entre varias de ellas, sino que concitan las aportaciones gestadas en esta pluralidad de métodos y tradiciones de estudio. Hay en ello complejidad y diversidad de enfoques en el estudio de algunas cuestiones centrales en todas las disciplinas aludidas y que son identificadas mediante el rótulo de la cultura de la legalidad, implicando un nivel de interlocución superior y que requiere un esfuerzo de elevación del nivel sobre los trabajos típicamente disciplinares al uso. De esta forma, y más allá de esta perspectiva multidisciplinar o pluridisciplinar, la revista ha potenciado la publicación de trabajos que intentan integrar esta complejidad metodológica en una apuesta interdisciplinar que presupone la opción pluridisciplinar o multidisciplinar, pero que no se agota en ella, intentando sintetizarla y superarla. Promueve así, una articulación integrada del conocimiento propiciado por los métodos de las ciencias sociales, en especial de la política, de la sociedad y de la administración, con los establecidos por las ciencias jurídicas y con la reflexión normativa propiciada por las denominadas teorías e ideologías políticas y sociales, así como por la filosofía moral, política y jurídica. En definitiva, no sólo se concita una labor que convoca a una diversidad de tradiciones disciplinares, sino que promueve una interacción conceptual entre ellas tendente a la consecución del objetivo de enriquecer el análisis y la conformación de nuevas propuestas normativas de carácter político y jurídico que contribuyan a la profundización en la democracia y en los valores que le son característicos y que constituyen la finalidad de la revista. Defender esta aproximación interdisciplinar ha supuesto el reto de fomentar la innovación y la superación de los límites que suponen las disciplinas en concreto y constituye, por demás, el ideal regulativo de la investigación en la actualidad.

Esta estrategia editorial de crear un ámbito sustantivo para la cultura de la legalidad ha recabado un método de trabajo basado centralmente en la potenciación de estrategias deliberativas. Obviamente y como decía, la exacción disciplinar originaria de los trabajos publicados ha recurrido al análisis jurídico-dogmático, a la reflexión teórica y, en algunos casos, a técnicas de análisis social y político de carácter empírico. En términos generales, todos ellos han comportado un importante rigor analítico complementado, en ocasiones, por propuestas de síntesis más amplias que propugnaban, en ocasiones, un esfuerzo hermenéutico propiciador de convergencias

<sup>3</sup> Pueden accederse al archivo ordenado alfabéticamente de todas ellas en <https://culturadelalegalidad.net/es/content/%C3%A9xico-culturleg> [Fecha de consulta: 04/03/2020].

epistémicas sobre las cuestiones tratadas. Sin embargo, desearía destacar aquí que la línea editorial de la revista ha promovido junto a estos objetivos científicos y filosóficos, el despliegue de procesos deliberativos de carácter académico. La experiencia de un buen número de artículos que son propuestos para su publicación apunta a la extensión de la idea, entre los investigadores, de que la revista tiene una personalidad progresivamente definida y de que ellos saben identificar la contribución que supone la argumentación de sus estudios a las deliberaciones sustanciadas en ella. Este proceso es general en todas las secciones de la revista, pero quizá se acentuado en las aproximaciones monográficas antes aludidas y ha adquirido carta de naturaleza en la sección del *Rincón de lecturas...* en la que los debates temáticos y las polémicas de soporte bibliográfico constituyen su seña de identidad específica. Entre las primeras, cuestiones como la medioambiental, la globalización, el género, las instituciones, la cuestión territorial o la corrupción se han concretado en debates sobre el antropoceno, el neoliberalismo, la sucesión de la corona, el derecho a decidir, las puertas giratorias o la selección del profesorado universitario. Entre las segundas, se han debatido monografías sobre el constitucionalismo, la justicia transicional, la confianza, la corrupción, la integridad, el liberalismo, la politología en Latinoamérica, el republicanismo, la estética jurídica, la justificación de la pena, la desobediencia y la lógica, la interpretación, los principios o la acción, todas ellas jurídico/as y se han comentado más de ochenta monografías sobre estas cuestiones.

Finalmente, en este proceso de reconstrucción de una tradición de pensamiento de los fundamentos de la cultura de la legalidad, merece mención especial la tarea de recuperación, transferencia y estudio desarrollada en la sección de *Releyendo a...* A lo largo de cada uno de los números publicados hemos contribuido a rescatar trabajos olvidados o inéditos en español de autores tan relevantes para el pensamiento jurídico como Calamandrei, Frank, Heck e Isay, Ihering, Kelsen, Llewellyn, Olivecrona, Puchta o Schmitt, o para el pensamiento político como Arendt, Mme. Helvétius, D'Holbach, Mill, Trenchard y Gordon, Turgot, Saint-Simon, o Weber. Junto a ellos, destacan aportaciones útiles como los discursos de Theodore Roosevelt en el corolario de la doctrina Monroe o la versión española de los preceptos relevantes en materia de lucha contra la corrupción del Código penal alemán<sup>4</sup>.

En definitiva, hace diez años teníamos un proyecto con unas bases metodológicas, unas preferencias temáticas y unas tareas intelectuales por promover. Hoy podemos volver la vista atrás y ver que las más de 7000 páginas publicadas han ido configurando una trayectoria de cuestiones sustantivas y de métodos de estudio que configuran las bases de un movimiento teórico-práctico tendente a promover el cumplimiento de un Derecho que genere efectos emancipatorios.

El presente número mantiene la estructura tradicional de la revista. La sección de **Estudios** se abre con una aportación de la profesora emérita de la Universidad de Yale, Susan Rose-Ackerman. Su pluma se encuentra indiscutiblemente entre las más reconocidas a nivel internacional en materia de estudios sobre la corrupción y su *The Economics of Corruption: a study in political economy* de 1978 sigue figurando entre las referencias clásicas de la materia. Su contribución aborda una cuestión de indudable actualidad: la corrupción y la Covid-19, exponiendo cuáles están siendo las principales manifestaciones de fenómenos corruptos causados por las situaciones de emergencia y, en concreto, de la pandemia mundial que sigue azotando a la Humanidad, señalando cuáles podrían ser las medidas más promisorias a adoptar en

<sup>4</sup> Puede accederse al archivo ordenado alfabéticamente de todas ellas en <https://culturadelalegalidad.net/es/content/1%C3%A9xico-culturleg> [Fecha de consulta: 04/03/2020].

la lucha contra los mismos. A la vista de la oportunidad de este trabajo, tanto por razones subjetivas como por razones objetivas, hemos decidido publicarlo tanto en su versión inglesa como en su versión española. Esperamos que con ello facilitemos la difusión de su contenido al público más amplio posible. El segundo trabajo que publicamos también proviene de la mano de un autor de enorme prestigio. Se trata del catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Francisco Muñoz Conde quien, con una profundidad y perspectiva solo accesible a los maestros, dibuja el panorama intelectual de la dogmática penal alemana de pre y post Segunda Guerra Mundial, focalizando el estudio en Reinhart Maurach y significando sus vinculaciones teóricas con el nazismo. La tercera aportación es facilitada por la profesora de Ciencia Política de la Universidad Complutense de Madrid, Marisa Ramos, en la que estudia las posibilidades de observación empírica de la judicialización de la política y se contrastan con casos paradigmáticos de América Latina. Finalmente, la sección se cierra con el trabajo de la profesora de Derecho internacional de la *Universitat de les Illes Balears*, Margalida Capellà quien aborda la evaluación de la protección de los familiares de las víctimas de la Guerra Civil española y formula propuestas de *lege ferenda* en la materia. Como se puede observar, los politólogos y juristas cuyos trabajos han sido seleccionados para esta sección son buenos ejemplos de la generación de espacios compartidos desde planteamientos pluridisciplinarios, la articulación de confluencias metodológicas en el estudio y la identificación de temáticas comunes que fueron apuntadas más arriba.

La sección de **Foro y ágora** presenta un carácter monográfico en el que se identifica el tratamiento de distintas cuestiones de relevancia jurídica desde una perspectiva de género. A la vista de la presión ejercida por los numerosos trabajos de calidad presentados y la extensión a cinco artículos en la sección anterior a causa de la edición bilingüe del primero de ellos, hemos ampliado también esta sección a cinco trabajos. La primera contribución es facilitada por la catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cantabria, Paz Mercedes de la Cuesta en la que aborda el desarrollo legislativo que, en el nivel autonómico, se está realizando sobre la necesidad y la oportunidad de las leyes LGTBI y propone la adopción de medidas de acción afirmativa en la materia. La segunda, presentada por la investigadora mexicana del ITESO, Ilse Carolina Torres Ortega, titulado *violencia hacia las mujeres y presunción de inocencia*, analiza si, en efecto, las pretensiones de tutela a favor de las mujeres implican, de hecho, el debilitamiento de la garantía del derecho de presunción de inocencia. La tercera que viene de la mano de María Julieta Cena, investigadora del Conicet argentino en la Universidad Nacional de Córdoba, trata de la tensión entre la salud sexual y (no) reproductiva y la objeción de conciencia en el escenario político donde convergen las fuerzas antagónicas de los movimientos feministas y las resistencias heteropatriarcales religiosas. La cuarta, aportación de la profesora titular de filosofía en la Universidad Complutense, Luisa Posada Kubissa, pondera los argumentos a favor y en contra de las prácticas de *vientres de alquiler* y critica sus imbricaciones patriarcales y neoliberales. Finalmente, Lucía Inés Coppa, investigadora Conicet en la Universidad de la Plata, aborda la temática de la trata, intentado recapitular algunas claves analíticas en torno a su conceptualización legal en la Argentina y sus implicaciones para los procesos penales.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** incorpora diez nuevas entradas. Las tres primeras, *Vía negativa (daño e injusticia)*, *bienestar* y *vulnerabilidad*, aportan la mirada axiológica de tres generaciones de filósofos morales: Carlos Thiebaut, de la Universidad Carlos III de Madrid, Nuria Sánchez Madrid, de la Complutense y Belén Liedo, del Instituto de Filosofía del CSIC. Andrea Greppi, filósofo político de la Carlos III y Rodrigo Escribano, historiador de la Adolfo Ibáñez de Chile

abordan desde los perfiles respectivos y complementarios de una visión normativa y de una historiográfica, la central voz de *cultura política*. Alejandro Sánchez Berrocal, filósofo investigador del CSIC aporta una aproximación inteligente y clarificadora con la voz *populismos*. Cecilia Güemes, profesora de ciencia política en la UAM, reporta la voz *Políticas conductuales* en la que da cuenta, entre otros, de los instrumentos denominados *nudges* y otras estrategias de promoción de acciones de un paternalismo plausible. Isabel Bazaga y Manuel Tamayo Sáez, profesores de ciencia política Universidad Rey Juan Carlos, contribuyen con la voz *Radicalización violenta*, en la que se exponen las características de este tipo de proceso social. La contribución de carácter más estrictamente jurídico viene de la mano de Juan Martínez Caballero, auditor de la Agencia Valenciana de Fomento y Garantía Agraria, con la voz *efectos de las directivas comunitarias*, y la que presenta una mayor proyección tecnológica corresponde al el profesor de ciencia política de la UAM, Ignacio Criado, quien estudia los algoritmos y la Inteligencia Artificial en la Administración Pública.

La sección del **Releyendo a...** recoge, por primera vez en la trayectoria de la revista, el trabajo de un autor vivo; me refiero al catedrático emérito de la Universidad de Génova, Riccardo Guastini. Hernán Bouvier, filósofo del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina, ha localizado el, quizá, mejor trabajo de un escasamente conocido Guastini filósofo político. Se trata de *Comunismo e Stato* en el que expone la crítica al planteamiento del marxismo ortodoxo de la doctrina del Estado, anunciando ya el riguroso estilo analítico que ha acompañado toda la obra del maestro italiano.

Finalmente, la sección del **Rincón de lecturas** mantiene su ordenación tripartita interna. La subsección del *Debatiendo* abre, como corresponde a los números pares, una polémica, tratando en esta ocasión una temática de la mayor actualidad y elevada confrontación jurídica y política. Me refiero a los límites legítimos de la libertad de expresión y la competencia plausible del Derecho penal para reprimir sus eventuales excesos. La oportunidad idónea viene planteada por la condena y reciente ingreso en prisión de Pablo Rivadulla Duró, el rapero conocido como Pablo Hasél, que ha suscitado una avalancha de críticas en múltiples medios de comunicación y de movilizaciones sociales que, en numerosas ocasiones, han derivado en conflictos de orden público. Como autor de la sección de la polémica, disfrutamos de la idoneidad de la pluma afilada y competente del catedrático de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid, Jacobo Dopico.

La subsección del *Book fórum* presenta una versión extensa que acumula seis contribuciones diferentes. El libro objeto de estudio es *Cuestiones de Principios: entre política y Derecho* de Alfonso Ruiz Miguel y cada interviniente comenta una de las cinco partes de las que consta el mismo. Estos son, en primer lugar, Rodolfo Vázquez, catedrático emérito del ITAM(México), que glosa el capítulo dedicado a las cuestiones constitucionales. El segundo, Rodolfo Arango, catedrático de la Universidad de los Andes (Colombia) y actualmente Magistrado Titular del Tribunal Especial para la Paz que se ocupa del capítulo sobre teoría del Derecho. El comentario del tercero, sobre libertad y democracia, corre a cargo del catedrático de la Universidad de Trieste, Mauro Barberis. El del cuarto, sobre igualdad, es anotado por Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires y, finalmente, el quinto capítulo sobre pacifismo, cosmopolitismo y nacionalismo, corresponde al catedrático de la Universidad del Valle de Aosta, Ermanno Vitale. Todos ellos son respondidos por el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid sustanciándose, en definitiva, un debate de muy alto nivel sobre una pluralidad de cuestiones relevantes en los temas de una cultura de la legalidad.

Cerramos el número con la subsección de *Recensiones* en las que encuentran lugar la de Julio Seoane sobre el libro de R. R. Aramayo en torno a Diderot; la de Clara Souto sobre el Laura Nuño en torno a educación y feminidad; la de Jesús Ignacio Delgado en torno a la *Dignidad humana* de Dietmar von der Pfordten; la de Elena Escobar sobre constitucionalismo *Commonwealth* de Mariano C. Melero y la de David García García sobre no discriminación por diversidad afectivo-sexual de Delgado Rojas. En definitiva, treinta y cuatro contribuciones, diecinueve de autores; quince de autoras y todo ello con una amplia variedad de enfoques y temáticas.

Finalmente, desearía dejar constancia del esfuerzo de reforzamiento estructural que hemos desarrollado. De esta forma, inspirados en los parámetros organizativos de las revistas académicas internacionales que nos merecen mayor el reconocimiento, se ha instituido la autonomía de la figura del director de la revista y de la secretaría académica de la misma. El Consejo de Redacción se ha reforzado con las incorporaciones de Concha Roldán Panadero, filósofa, feminista y leibniziana, exdirectora del Instituto de Filosofía del CSIC y fundadora de la Asociación Española de Ética y Filosofía Política y de Isabel Wences, teórica política de la Universidad Carlos III de Madrid, pensadora crítica y exsubdirectora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y ambas, cada a una a su modo, hijas y estudiosas de segmentos de la Ilustración. Por su parte, el Consejo Científico se ha enriquecido con la incorporación de Adela Asúa Batarrita, catedrática emérita de Derecho penal en la Universidad del País Vasco y exvicepresidenta del Tribunal Constitucional español; de María Emilia Casas Baamonde, catedrática emérita de Derecho laboral en la Universidad Complutense de Madrid y expresidenta del Tribunal Constitucional español; de Nora Delia Rabortnikof Maskivker, Investigadora Titular de Filosofía de la Historia e Historia Intelectual y Filosofía Política en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM y de María José Villaverde Rico, catedrática jubilada de Ciencia política en la Universidad Complutense de Madrid. Finalmente, el Comité de Edición recibe la incorporación de María Luisa Escalada López, profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Valladolid; de Ana Gutiérrez Castañeda, ayudante postdoctoral de Derecho penal en la Universidad Cantabria; María Alejandra Pastrana Sánchez, investigadora postdoctoral de Derecho penal en la Universidad de Cádiz; Xandra Garzón Costumero y Belén Liedo Fernández, ambas investigadoras doctorales de filosofía en el CSIC; Lucía Ortiz de Zárate, investigadora doctoral de ciencia política en la UAM; Maite Carretero Sanjuan, investigadora doctoral de Derecho penal; Delia Budeanu, investigadora doctoral de filosofía del Derecho y Doly Jurado Cerrón, investigadora doctoral de filosofía política y las tres en la Universidad Carlos III de Madrid. A todas ellas nuestra gratitud por incorporarse a esta empresa y contribuir, cada una desde su experiencia, responsabilidades y perfiles, a potenciar y desarrollar este proyecto de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Sean muy bienvenidas y deseamos que encuentren en la revista un espacio acogedor en el que desarrollar su actividad intelectual. Una última palabra en este tema que no quisiera dejar sin hacer explícita: buena parte del trabajo de edición de este número 20 se debe a la generosidad, buen criterio y competencia de la citada Delia Budeanu y, especialmente, de David García García que siempre están dispuestos a arrimar el hombro y siempre con gran eficacia y rigor. Muchas gracias por vuestra contribución.

En definitiva, entregamos al lector, a los profesionales y, especialmente, a los investigadores, este número 20 de una revista que cumple con una trayectoria de diez años de andadura. Ojalá sea la primera década de otras muchas, ojalá mejore su calidad e impacto y ojalá siga creciendo y desarrollándose. Si así lo consigue será buena prueba de que el trabajo eficaz, riguroso y tenaz de tantos académicos y profesionales de diversos perfiles da y reparte sus frutos en el mundo de las ideas y en el de las realidades.



José María Sauca  
Director

## Bibliografía

- Barranco, María I. (2011). «Solón, Eunomia: un programa de gobierno». *Stylos*, 20, pp. 47-58. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/solon-eunomia-programa-gobierno.pdf> [Fecha de consulta: 28/02/2021].
- Clúa Serena J.A. (2005), «Solón o la historicidad de la comunicación elegíaca: La *Elegía a las Musas* y otros fragmentos: Problemas actuales». *Norba. Revista de Historia*, vol. 18, pp. 119-135.
- Rose-Ackerman, S. (1978). *The Economics of Corruption: a study in political economy* (New York: Academic Press).
- Ruiz Miguel, A. (2020). Cuestiones de principios: entre política y Derecho. Prólogo de Francisco J. Laporta (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Sauca, J.M. (2017). «Presentación», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 13, pp. 6-7.
- Sauca, J.M. (2018). «Presentación», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 14, pp. 6-8.
- Solón de Atenas (2001). *Antología de la poesía lírica griega*. Trad. Carlos García Gual (Madrid: Alianza), pp. 46-58.

# Corruption and COVID-19

## Corrupción y COVID-19

Susan Rose-Ackerman\*

Yale University

ORCID ID 0000-0002-8502-8437

[susan.rose-ackerman@yale.edu](mailto:susan.rose-ackerman@yale.edu)

Recommended citation:

Rose-Ackerman, S. (2021). Corruption and Covid-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 16-36.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6061>

Recibido / received: 19/12/2020  
Aceptado / accepted: 20/02/2021

### Abstract

The coronavirus pandemic has created incentives for corruption, fraud, and self-dealing that can be explained by the underlying political-economic incentives at work. Three characteristics of the COVID-19 crisis are especially important. First, the rapidly unfolding pandemic and the accompanying economic recession have led to fierce competition for essential resources. Second, governments have rapidly mobilized public funds (for both healthcare and economic stabilization) at an unprecedented scale, creating opportunities for rent-seeking of many kinds, including outright corruption. Third, politicians, bureaucrats and medical professionals exercise substantial discretion in the allocation of resources. A lack of transparency and weak oversight and enforcement have exacerbated the problems of corruption and fraud, and public measures against these offenses have not kept pace with the developing crisis. The paper discusses how these features interact in procurement processes, in government assistance to individuals and businesses, and in the development and licensing of pharmaceuticals. Those who benefit from corruption, be they contractors or individuals, will emerge from the pandemic better off than before it started if governments do not act. Tolerance of malfeasance will be at the expense of long-term government legitimacy and spread the virus to the most vulnerable. The need for a speedy response to the pandemic should not be an excuse for undermining institutions that strengthen governmental integrity.

### Keywords

Adverse selection, beneficial ownership, coronavirus, corruption, COVID-19, fraud, government contracting, healthcare, lotteries, moral hazard, pandemic, pharmaceuticals, procurement (government), vaccine, whistleblowers.

### Resumen

*La pandemia del coronavirus ha generado incentivos a la corrupción, al fraude y la auto-contratación que pueden ser explicados mediante los incentivos político-económicos que se tratan en el trabajo. Tres características de la crisis de la COVID-19 son especialmente*

\* Henry R. Luce Professor Emeritus of Jurisprudence and Professorial Lecturer in Law, Yale University. I want to thank Paul Shortell and Eunsun Cho for excellent research assistance.



*importantes. En primer lugar, el rápido desarrollo de la pandemia y la correlativa recesión económica han conducido a una feroz competencia por los recursos esenciales. En segundo lugar, los gobiernos han movilizado rápidamente fondos públicos (tanto para el sistema sanitario como para la estabilidad económica) en una escala sin precedentes, creando oportunidades de muchos tipos para la captación de dinero fácil, incluyendo las abiertamente corruptas. En tercer lugar, los funcionarios y los profesionales sanitarios ejercen una discrecionalidad sustancial en la asignación de recursos. La pérdida de transparencia y de debilitamiento de la supervisión y del cumplimiento de las normas ha exacerbado los problemas de corrupción y de fraude, y las medidas públicas contra esos delitos no han mantenido el paso al desarrollo de la crisis. El trabajo discute cómo esas características interactúan en los procesos de adquisiciones y suministros, en la asistencia gubernamental a las personas y a las empresas y en el desarrollo y autorización de los medicamentos. Aquellos que se benefician de la corrupción, sean contratistas o particulares, saldrán de la pandemia mejor que lo que entraron si los gobiernos no actúan. La tolerancia de las actividades ilícitas será a costa de la legitimidad del gobierno a largo plazo y extenderá el virus entre los más vulnerables. La necesidad de una respuesta rápida a la pandemia no debería ser una excusa para debilitar a las instituciones sino una razón para fortalecer la integridad gubernamental.*

### **Palabras clave**

*Alertadores, coronavirus, corrupción, COVID-19, contratación pública, fraude, medicamentos, pandemia, riesgo moral, selección adversa, servicio de salud, sorteos, suministros (públicos), titularidad final, vacuna.*

SUMMARY. 1. Introduction. 2. Expedited Procurement Processes. 3. Rapid Allocation of Government Assistance to Individuals and Businesses. 4. Pharmaceutical Licensing and Insider Trading. 5. Conclusions.

## **1. Introduction**

Wars, catastrophes, and disasters breed fraud and corruption at the same time as they generate acts of self-sacrifice and generosity. Generous actions may themselves involve illicit payoffs and the breaking of rules as people bump up against institutions and practices designed for ordinary times. Nevertheless, the widespread flouting of the rules, both legal norms and social practices, can hinder efforts to bring the situation under control and have long-term effects after the end of the crisis<sup>1</sup>. These dual short- and long-term problems are manifest in the corruption and fraud accompanying the response to the novel coronavirus. An April 2020 survey of anti-fraud professionals in 58 countries reported widespread incidents of fraud in the acquisition of personal protective equipment, black market goods, and faulty equipment. Cases of embezzlement were reported in 58 percent of countries surveyed by 19 percent of respondents, distributed unequally across the countries' surveyed. Bribes were reported in 22 percent of countries by three percent of respondents (Nemexis, 2020). Much corruption, of course, never comes to light so the study does not permit one to measure the incidence and impact of malfeasance, but other investigations and press reports document its occurrence in a wide range of countries<sup>2</sup>. Furthermore, even with no explicit payoffs, contracts may favor the cronies of the politically powerful<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> On corruption risks in countries emerging from civil war see: Rose-Ackerman and Palifka (2016, pp. 316-340). For more details see: Rose-Ackerman (2009).

<sup>2</sup> For example, see: Slattery and Brito (2020); URN (2020); Gascón Barberá (2020).

<sup>3</sup> For example, see: Sishi and Winning (2020); Harris, et al. (2020); Bradley, Gebredekidan and McCann (2020); Maswood (2020).



Corruption may accompany any rapidly developing crisis that leads to loss of life, widespread injury and illness, or destruction of property. Taking a political-economy approach, this essay isolates several reasons for this connection illustrated by, but not unique to, the current pandemic<sup>4</sup>.

First, governments need to respond quickly to a crisis, such as a hurricane, a wildfire, or an earthquake. Some governments will have set aside reserve funds and personnel, but other polities will have skimped on spending, judging it to be improvident to divert funds from citizens' day-to-day needs or to acknowledge low-probability risks. Regardless of resource constraints, many governments simply neglect to provide for even quite predictable disasters; responses to wildfires in California, earthquakes along the "ring of fire", or urban unrest may be underfunded, and preventive actions, such as building codes, fire resistant housing, and police training may have low priority. Then, what could have been a routine response to a predictable event becomes a desperate race against time with devastating consequences<sup>5</sup>.

As a result, governments spend large amounts of money and make regulatory changes in a short time period with little oversight, precisely when the very speed of the response suggests that oversight is especially needed. Such haphazard responses can cement political patronage and result in waste and fraud at the expense of equity and effectiveness.

Second, in the case of COVID-19, the need for a rapid response is not the only risk factor; multiple sources of uncertainty complicate the policy response. The virus was and remains poorly understood. When the pandemic began, there were no vaccines to limit the risk of infection or proven anti-viral medicines to give to those afflicted. There was considerable uncertainty about the best strategies with respect testing, treatment, and safety protocols that balance safety with ongoing economic and social life. Several vaccines have now obtained regulatory approval in the U.S. and elsewhere, but the effectiveness of distribution networks remains uncertain (Financial Times, 2020, December 4).

Further, governments may need to make unexpected regulatory changes with few precedents to draw on. For example, governments across the world are constantly under pressure to decide on the timing, length, and severity of lockdowns, with no way to satisfy all constituencies. Utilizing the existing capability for online diagnosis during a pandemic meant resolving conflicts with privacy regulations and creating new guidelines for widespread use (Sultan Mahmood, et al., 2020).

In such situations, much depends upon the professional integrity of both market actors and government agencies to guard against the opportunities for corrupt or, at least, self-serving behavior. The corrupt opportunities presented by severe uncertainty go beyond bribery or fraud. Profit-seeking individuals and firms may take advantage of market disruptions and regulatory loopholes at the public's expense. Thus, the pandemic has exacerbated the risks of corruption that exist whenever public officials

---

<sup>4</sup> International financial institutions, such as the World Bank and the IMF, are acutely aware of these risks. See: World Bank Group (2020, April 28); Gaspar, Mühleisen and Weeks-Brown (2020). A webpage provides links to other World Bank material on governance and the response to COVID-19: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/governance-institutions-covid-19-response-resources>

<sup>5</sup> For example, see: Sullivan (2018).

are charged with allocating scarce benefits and costs under unclear or inconsistent legal rules<sup>6</sup>.

Third, the healthcare sector differs from the ordinary competitive market even in normal times, and market imperfections arise in the accompanying insurance markets. Some libertarians argue that society can depend upon the private sector to respond promptly. Competitive markets, according to that view, will rush to develop the needed tests, vaccines, and anti-viral medicines, and government interventions to increase accessibility to these goods will only remove the producers' profit motives<sup>7</sup>. Individuals, at the same time, will take precautions to protect themselves without the need for government action. Under this view, even if society does not achieve herd immunity through widespread infection, individual choices are preferable to imposed lockdowns<sup>8</sup>.

However, this perspective ignores the pervasive market imperfections in healthcare<sup>9</sup>. Consumers are largely ignorant of the proper treatments for their ailments, reinforcing the need to enforce the professional competence and integrity of providers. Insurance is subject to moral hazard and adverse selection (Arrow, 1963; Powell and Goldman, 2020). Individuals may not truthfully reveal their underlying health conditions to insurance companies if insurers seek to set prices to reflect an individual's risk of making a claim. Once insured, they may demand excessive care because they do not bear its full cost out of their own pockets (moral hazard). Such actions will increase the breakeven cost of insurance and make certain types of coverage unavailable. In addition, if insurance companies cannot adjust their prices to reflect the risks to their bottom line, the healthy may forgo insurance, leading the insurance system to unravel because it depends upon the averaging out of claims across policyholders (adverse selection). In short, unlike many natural disasters, the underlying structure of the relevant sector (healthcare) is riddled with inefficiencies that have been exacerbated by the pandemic. Of course, there can be price gouging and corruptly obtained contracts for recovery from natural disasters and human conflicts, but having healthcare at the center of recovery creates special problems.

\*\*\*

As the Group of States against Corruption (GRECO) of the Council of Europe observed in its guidance to member states:

[Covid-related corruption can take the form of] facilitation payments/bribes to push ahead processes that may have stalled due to shortages of staff or closure of public offices, falsification of documents to meet the conditions of State aid schemes for pandemic relief measures, bypassing product certification requirements, non-certification of alternative supply chains, donations, lack of resources to supervise misconduct by individual employees, etc. (2020, p. 5).

These three characteristics of the COVID-19 crisis, taken together, have significantly increased corruption risks. First, the rapidly unfolding pandemic and the accompanying economic recession have led to fierce competition for essential resources. Second, governments have rapidly mobilized public funds (for both healthcare and economic stabilization) at an unprecedented scale, creating opportunities for rent-seeking of many kinds, including outright corruption. Third,

<sup>6</sup> The background incentives for bureaucratic corruption are outlined in: Rose-Ackerman and Palifka (2016 pp. 51-92).

<sup>7</sup> See: Lybecker (2020); Swan and Gerstein (2020).

<sup>8</sup> See: Brumfiel and Keith (2020); Cannon (2020).

<sup>9</sup> The economics of healthcare is a well-developed field of study that was launched by a classic article by Kenneth J. Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care" (1963).

politicians, bureaucrats and medical professionals exercise substantial discretion in the allocation of resources. A lack of transparency and weak oversight and enforcement have exacerbated the problems of corruption and fraud, and public measures against these offenses have not kept pace with the developing crisis. I discuss how these features interact in procurement processes (section 2), in government assistance to individuals and businesses (section 3), and in the development and licensing of pharmaceuticals (section 4).

## 2. Expedited Procurement Processes

Awarding government contracts during a public emergency faces challenges that differ from those that arise in normal times. Procurement is usually a buyers' market, with the contracting agency holding significant leverage over suppliers. However, during an emergency, time pressures and a lack of qualified suppliers may undermine clarity and transparency in the contracting process, creating a favorable environment for firms to engage in bid-ridding, price-gouging, and fraud<sup>10</sup>.

Examples abound. To list just a few, in the United States, contracts worth hundreds of millions of dollars were awarded to companies with little or no prior experience in producing the needed goods, including those in the arms industry or with histories of fraud<sup>11</sup>. In Slovenia, of the approximately 80 million euros in contracts awarded in the last week of March 2020, thirty-five percent went to a firm controlled by a mainstay of the gambling industry who had no previous experience in healthcare (Delic and Zwitter, 2020). In Poland, over \$60 million was wired to a supplier that never delivered the medical equipment (Slattery and Brito, 2020).

Even if goods and services are delivered, they may be supplied at much higher prices than in normal times<sup>12</sup>. In Colombia, when officials began giving food boxes to families hit by the coronavirus lockdown, one lawmaker noted the exorbitant prices paid to vendors. An inquiry revealed that the state was paying more than double the market price of certain goods, for example \$2.81 for 250 grams of coffee that retailed for \$1.20 at grocery stores (Faiola and Herrero, 2020). Kenya's anti-corruption commission revealed a similar problem, with state agencies paying 60 percent higher for goods than their market prices (Malalo, 2020).

In several countries, contracts awarded to those with ties to those in power raised eyebrows. In the United Kingdom, contracts were given to companies whose shareholders, board members, and employees include present and former high-level public officials (Tabby Kinder, et al., 2020). South Africa's ruling party was met with a public uproar after the husband of the president's spokesperson won PPE contracts (Sishi and Winning, 2020). One study shows that local governments in Colombia with historically high levels of corruption were more likely to award contracts to campaign donors and experience cost overruns and inefficiencies during the COVID-19 crisis (Jorge Gallego, et al., 2020).

Even after fraud schemes are discovered, it is sometimes difficult or impossible to hold violators accountable and recover losses. Under-performing contractors may be judgment-proof or have disappeared into a maze of shell companies leaving no trace. The U.S. FBI identified numerous incidents of lost funds that were wired to

---

<sup>10</sup> These incentives come on top of the background risks of corruption in procurement discussed in Rose-Ackerman and Palifka (2016, pp. 99-109). The relative bargaining power of public officials versus private firm suppliers determines the level of payoffs, but may not affect their incidence.

<sup>11</sup> See: Gabrielson, et al., (2020); Salman and Penzenstadler (2020); Gelles and Abrams (2020).

<sup>12</sup> See: Malalo (2020).

fraudulent contractors and subsequently flowed out of the jurisdiction of the U.S. (Federal Bureau of Investigation, 2020).

Several types of responses are possible, but there is little systematic evidence about how they might be prioritized or combined. The options include: open-contracting, pre-registration of suppliers, beneficial ownership information, freedom-of-information acts, limits on conflicts of interest, oversight by public bodies, and sufficient investigative resources to bring cases promptly and to protect and reward whistleblowers.

A number of international organizations and NGOs have urged the use of *open contracting* systems to combat corruption and fraud in procurement processes. As summarized by Open Contracting, an NGO, governments should make emergency procedures public, require written justification and documentation, and publish open data on contract terms to permit civil society oversight on a timely and regular basis (Open Contracting, n.d.; Amin, 2017). During the financial 2008 crisis, the American Recovery and Reinvestment Act stipulated that procurement contracts not awarded through fixed-price competitive bidding must be disclosed on a centralized online platform (Congressional Research Service, 2009). The Open Government Partnership points with approval to Ukraine's anti-corruption reforms that oblige the open publication of all emergency contracts, including terms of payment and delivery, and value. Ukrainian civil society has developed a business intelligence tool to monitor medical procurement and emergency spending. It can track price differences for COVID-19 tests in the country's regions and capital to check the price of critical medical supplies to ensure that authorities are committed to filling treatment centers, not private pockets (Gavin Hayma, 2020). It will be important to check if these reforms are able to counter Ukraine's otherwise high levels of corruption.

A complementary strategy, used in Colombia, concentrates on *pre-registering suppliers*. An emergency decree governs public procurement during the COVID crisis, allowing expedited procedures to procure the necessary goods and services. The National Procurement Agency, *Colombia Compra Eficiente* (CCE), has asked all companies that want to supply these critical products to register. CCE verifies the information and includes qualified suppliers in a framework agreement, allowing agencies from all over the country to procure efficiently, and to compare online prices and characteristics<sup>13</sup>.

These measures could help limit *conflicts of interest* in times of emergency. Any realistic set of rules needs to acknowledge that, especially in small countries or for specialized procurements, there may be only a few domestic suppliers. Stringent conflict-of-interest rules may give excessive bargaining power to the few firms permitted to bid. Sometimes a better response is to permit many firms to bid and adopt open-contracting rules that impose rigorous standards and oversight to assure value for money. Procurement agencies need to face clear, written requirements to maintain complete and accurate records and procedures for measuring the contractors' suitability and performance (Office of the Inspector General for the U.S. Department of Defense, 2015; Rose-Ackerman, 2014). If emergency circumstances make timely publication of awards impossible, the contracting authority should publish a report after the fact that justifies its decisions at the time (European Commission, 2020). Public officials, on their part, should be required to place their shares in the companies

<sup>13</sup> A summary is available at Submission to OECD COVID-19 Innovation Report: [https://docs.google.com/document/d/1Qy\\_7GwHMjlt71psdSkxPLwdxL3pdOEdIiiRY5D01c7Q/edit](https://docs.google.com/document/d/1Qy_7GwHMjlt71psdSkxPLwdxL3pdOEdIiiRY5D01c7Q/edit)

bidding for and benefiting from procurement contracts in a blind trust until the expiration of the programs (Oldfield, 2020).

In order to check for fraud and to recover misused funds, governments and civil-society watchdogs need to know the *beneficial owners* of the firms that obtain contracts. Certain countries have cited the crisis as a reason to delay compliance with transparency and beneficial ownership requirements. For example, the Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) in the U.S. Department of the Treasury has announced that for eligible federally insured depository institutions, Paycheck Protection Programs (PPP) loans “will not require reverification” of existing customers’ beneficial ownership information “under applicable BSA (Bank Secrecy Act) requirements, unless otherwise indicated by the institution’s risk-based approach to BSA compliance” (Wolf, 2020). A similar weakening of the rules has occurred in the Bahamas where the obligation to comply with the provisions of the Register of Beneficial Ownership Act has been suspended during the public emergency and for an additional 60 days after it has passed (Renee Farquharson, 2020). The Polish government extended the deadline for registering beneficial owners, which already had a low rate of compliance (Linklaters, 2020).

The weakening of transparency rules under the excuse of relieving the burden on business can backfire. Such a policy exposes businesses and individuals to a heightened risk of fraud and corruption, undermining the effectiveness of the programs. Registries of potential suppliers and data on signed contracts must make it possible to trace the beneficial owners of government contracts, especially if they reside outside a jurisdiction’s borders<sup>14</sup>. As a step in that direction, the IMF reports that Gabon, Moldova, and Nigeria have committed to publishing information on crisis-related public procurement and beneficial owners of companies contracting with the government (International Monetary Fund, 2021). The IMF hopes to use these programs as positive examples for others.

If the government’s own practices are lacking, civil society may be able to make use of the *Freedom-of-Information Acts (FOIAs)* available in many countries. These acts, which have spread globally in recent years, allow anyone –including ordinary citizens, civil society groups, and the media– to request information from the government (Ackerman and Sandoval, 2006). They can be potent tools if they do not have too many open-ended exemptions and if the government promptly and adequately responds to requests. Although up-front disclosure is a simpler and more streamlined way to provide information, ex post FOIA requests can supplement open-contracting laws by assuring that the required information is available to the public.

Yet, during a crisis, responding to such requests may be a low priority. The government may permit the temporary relaxation of FOIA rules to allow flexibility in an emergency. Some jurisdictions have explicitly extended deadlines for responding to requests until the pandemic is over, making it clear that FOIA requests will have no priority<sup>15</sup>. In the U.S., civil society groups have filed lawsuits against government agencies that have declined to release information related to the pandemic response<sup>16</sup>. It remains to be seen if they will improve the effectiveness of FOIA in checking abuse.

<sup>14</sup> See: Open Ownership (2020).

<sup>15</sup> See: Frary (2020); Office of the Governor State of Hawaii (2020); D.C. Policy Center (2020).

<sup>16</sup> For example, see: Compliant for Injunctive and Declaratory Relief. *Knowledge Ecology International v. National Institutes of Health*. Case No. 8:20-cv-2927. (United States District Court for the District of Maryland, 2020). Available here: <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/1092020KEINIHFOIAComplaint.pdf>; Complaint. *Pro Publica, Inc. v. United States Department of Health & Human Services*.

Some governments may delay meeting FOIA requests as part of an attempt to quash reforms by citing the emergency as an excuse. Such actions risk making corruption easier to hide in the short-run and can undermine government legitimacy if malfeasance surfaces later. Severe economic pressure and the difficulty of obtaining information can pose a double hurdle to local media and oversight groups. Hence, prolonged and purposeful FOIA exemptions can have long-term consequences for the quality of governance (Vittori, 2020).

*Law enforcement investigations* concentrate on criminal acts of fraud and corruption, but some types of misbehavior also can be prosecuted as civil offenses committed by private firms and as violations of civil-service rules and codes of ethics. In the U.S., various government institutions, including the Departments of Justice (DOJ), Homeland Security (DHS), and Health and Human Services, can bring anti-corruption and anti-fraud actions related to the Covid-19 crisis, including under the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), which criminalizes the payment of bribes to get business abroad<sup>17</sup>. Nevertheless, even in the U.S., the investigative capacities of government institutions remain limited relative to the magnitude of government financial outlays.

Because many types of fraud and corruption have willing participants on both sides, it is especially important for prosecutors to be able to encourage and protect *whistleblowers* (Rose-Ackerman and Palifka, 2016, pp. 219-221). The survey of anti-fraud professionals cited above indicates that whistleblower retaliation occurred in almost half of the countries surveyed (46%), and the problems to which whistleblowers pointed were diverse (Nemexis, 2020; Feinstein, 2020). Even if a whistleblower law exists, it may only protect a narrow range of individuals and disclosures, and the measures to protect the rights of whistleblowers may be inadequate (OECD Webinar, 2020, May 22). The United States generally has stronger protections for whistleblowers than many other countries, and private-sector whistleblowers can earn bounties from reporting malfeasance involving public contracts. Nonetheless, that system does not always work fairly. For example, when a former Florida Department of Health employee alleged that she was fired after refusing to manipulate COVID-19 data, Florida law enforcement raided her home under the charge that she attempted to “hack” the department by trying to log in with expired credentials (Ceballos, 2020; Chappell, 2020).

In a rapidly evolving crisis, normal procedures that take months are unlikely to allow timely disclosure and actions. If a crisis results in severe economic stress, whistleblowers may be even more reluctant to engage in behavior that might cost them their jobs (OECD Webinar, 2020, May 22). If existing protections are insufficient, it is important for the legislature to include special whistleblower protections in emergency stimulus programs and to send consistent messages to the public stressing that reporting malfeasance is important and appreciated.

Controlling price gouging needs a nuanced approach. There may be genuine shortages of certain products that produce temporary price increases. Although opportunistic cartels should be punished, price limitations may create a black market, and severe punishments can discourage the production of needed goods. However, the government can limit the upward pressure on prices by coordinating and centralizing procurement processes. State and local governments can leverage their

---

Case No. 20-4092 (United States District Court for the Southern District of New York, 2020). Available here: <https://www.documentcloud.org/documents/6935608-2020-05-28-DE-001-Complaint-DMWEST-40181066.html>.

<sup>17</sup> See: Office of the Attorney General (2020); Department of Homeland Security (2020); Department of Health and Human Services, Office of Inspector General (2020).

collective buying power, while the national and federal government can assist with coordination and sourcing back-up supplies (Folliot Lalliot and Yukins, 2020).

Nonetheless, relying solely on market mechanisms is not the solution. Aside from the grave ethical implications of allowing chances of survival to depend upon existing privileges, a pure market-based allocation is also inefficient in harnessing the positive externalities of certain healthcare benefits. Furthermore, because of the social consequences flowing from the allocation of scarce benefits, their distribution should be made systemically, not left to the decisions of individual physicians.

The allocation method should depend upon the nature of supply as well as distributive justice concerns. As in wartime, *ration tickets*, *lotteries*, or *application procedures* may be necessary. During a pandemic, ensuring the supply of personal protective equipment and vaccines to medical and essential workers and then rationing their availability to others would be more effective in controlling the spread of the virus than leaving them accessible only to the well-resourced (Glazer, 2020). First-come-first-served also has little to recommend it on the grounds of either fairness or efficiency, and it can incentivize some to use unofficial and illegal means to get ahead in the line (Meskell, 2020).

Any approach should take into account the principle of fairness and the possible spillover of benefits, with appropriate safeguards against corruption (Bloom, 2020; Bersad et al., 2009). Ideally, the allocation would be based on criteria that are easy to identify in order to minimize the room for discretion and manipulation. But when faced with an overwhelming demand from a practically indistinguishable group of people, a lottery system is an alternative that is fair and can be less susceptible to corruption if operated under transparent rules (Emanuel et al., 2020; Kenen, 2020; Vogel, et al., 2020). Clear communication to the public on the need for and basis of the rules of distribution would be key to preserving the legitimacy of the intervention and reducing the motivation to bypass or disobey the rules.

An additional benefit of using a lottery to allocate a scarce experimental treatment is that it also has scientific merit. Faced with scarcity, all eligible patients are treated fairly in that all have an equal chance of being selected. In addition, as two medical doctors point out, the lottery itself provides information about the efficacy of the treatment. It permits a comparison between those who do and do not receive the treatment. If there is a reason to prioritize certain types of patients, such as front-line healthcare workers, then the lottery itself can be designed to give them a higher chance of selection (White and Angua, 2020). This example illustrates the value of nonmarket allocation methods and the need to prevent corruption and cronyism from undermining such methods. Leaving these choices in the hands of individual physicians, risks cronyism and corrupt side deals. Corrupt access is not only unfair; it also prevents an adequate test of the treatment's value in the population.

### 3. Rapid Allocation of Government Assistance to Individuals and Businesses

Many countries have set up programs of financial aid for households and business. The rapid rollout of emergency payments to individuals and firms amplifies bribery, fraud and embezzlement risks. Improper management of public funds can take various forms, including payments for access to medical services, payments to re-open businesses or avoid enforcement actions, payments to receive preferential forms or amounts of government assistance, and self-dealing or kickback schemes. The particular difficulty here is the large number of beneficiaries so that individual law-enforcement efforts are likely excessively costly, and lawmakers are subject to heightened interest group pressure as businesses try to shape the distribution of

benefits in their favor (Vogel, et al., 2020). Studies show that in the first quarter of 2020, when the U.S. Congress was debating the \$2 trillion Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act, lobbying expenditures noticeably increased across different sectors, with the health sector's spending and registrations rising most rapidly (Olson, et al., 2020).

It is especially important to limit corrupt incentives up-front in the fundamental structure of stimulus programs. That may mean keeping the eligibility standards simple and clear-cut, even if they would not be the ideal standards in a perfectly honest world. For example, a World Bank study notes that in regions where the state's administrative capacity remains weak, categorical targeting based on easily observable characteristics that are highly correlated with poverty can substitute for eligibility criteria that are more difficult to measure, such as income (Tabor, 2002). Regardless of which criteria are used, information about eligibility and the scope of benefit should be easily accessible and be accompanied by outreach to enhance public understanding of the intended beneficiaries (United Nations Office of Drugs and Crime, 2020, p. 2; Ellena, Brown and Dreher, 2020, p. 13).

However, ex post monitoring and review remain important. Unfortunately, in the U.S. there appear to be weaknesses in the CARES Act's oversight mechanisms. Oversight is a necessary condition to prevent malfeasance and to punish those who step over the line. The CARES Act mandates that the program will be overseen through three key mechanisms: the Congressional Oversight Commission, which submits monthly assessments of the Department of the Treasury's \$500 billion stabilization fund; the Pandemic Response Accountability Committee, which oversees the implementation of the CARES Act to detect and prevent fraud, waste, and abuse; and the Special Inspector General for Pandemic Recovery, nominated by the President to report on the appropriateness of the spending by the Treasury Department (Mellman and Eisen, 2020).

Even though the act was passed in late March 2020, the Special Inspector General, who is supposed to oversee the Treasury Department's activities, was not confirmed by the Senate until mid-June, more than two months after the CARES Act was signed (Rappeport, 2020). The chairperson of the Congressional Oversight Commission had not been confirmed by mid-February 2021 (Congressional Oversight Commission, 2021). After President Trump removed the initial chairperson of the Pandemic Response Accountability Committee, a group of 21 inspector generals (IGs), the committee went ahead without an officially appointed new chairperson. The group is now led by the IGs from the Department of Justice and NASA (PRAC, 2021; The White House, 2020, March).

Past emergencies illustrate how difficulties can arise. Consider Hurricane Katrina in the U.S. and the Ebola epidemic. Hurricane Katrina made a direct hit on New Orleans in August 2005. As reported by *The Hill*, the Government Accountability Office estimated that by June 2006 approximately \$1 billion in Hurricane Katrina aid was improperly distributed and potentially fraudulently obtained. By 2011, 1,439 people spanning 41 federal districts were federally charged with hurricane related fraud against the government. By 2014, the seventeenth New Orleans area public official had been arrested on federal corruption related charges, including a school board member, a state senator, a state representative, a judge, multiple city council members, a coroner, and multiple mayors. To this day, it is unclear how much aid from Hurricane Katrina was lost to fraud and corruption (Cortese, 2020).

Ebola hit West Africa in 2014-2016. The International Red Cross estimated the cost of corruption associated with the outbreak in Guinea and Sierra Leone to be more

than US\$6 million. Reports show that the Ebola epidemic resulted in the diversion and mismanagement of funds, misreporting of salaries, payments for duplicate supplies, and bribery of health professionals to receive medical care and leave quarantined zones (Divjak and Dupuy, 2015).

To complement and encourage low-income countries to spend responsibly, multilateral and bilateral donors could incorporate stronger anti-corruption measures into aid packages. Earlier this year, the IMF and World Bank were flooded with requests for foreign assistance<sup>18</sup>. The multilateral lenders have maintained that all funds will be subject to pre-existing integrity requirements, perhaps, in part, due to continued lobbying by several anti-corruption NGOs. As the IMF Fiscal Affairs Department stated in 2020: “Do what it takes, but keep the receipts” (International Monetary Fund Fiscal Affairs, 2020). Its Managing Director stated that “We don’t want accountability and transparency to take the back seat” (International Monetary Fund, April 15, 2020). The IMF notes that 58% of all financial agreements contain specific commitments to control the risk of corruption, such as auditing of COVID-19 spending and publishing procurement information (Berazategui, 2020; International Monetary Fund, 2020, June 30).

These signaling and voluntary commitments are not sufficient to ensure that the funds will be spent responsibly, especially in countries with histories of endemic corruption. Careful documentation of spending is a necessary condition for accountability, but is it sufficient? What does “do what it takes” mean? It signals the IMF’s deference to member countries’ choices about how to respond, but in many cases, that may simply cement connections based on cronyism and patronage. Although one can understand the unwillingness of the IMF to get involved at the micro level in directing policy, citizens within individual countries and organized business, labor and civil society should not be content with ex post accountability alone. Even if no bribes were paid, outright fraud can occur in cases where receipts exist but where the contracted-for supplies were not delivered or were defective.

Several measures have been proposed to control the risk of corruption in foreign aid. In the US, the Carnegie Endowment has highlighted the Countering Russian and Other Overseas Kleptocrats (CROOK) Act (H.R. 3843/S. 3026). The bill would form an Anti-Corruption Action Fund to rush support to countries eager to take rapid action against corruption, as the current crisis demands (Bellows, 2020). The proposal is budget-neutral and enjoys bipartisan support. However, as one observer notes, the CROOK Act does not address the causes of corruption arising from personal interactions and discretion created by various trade barriers and other distortionary regulations (Koehler, 2020). A draft bill passed by the Senate in 2019 would have required the State Department to assess corruption risks in countries receiving certain U.S. foreign aid and develop appropriate anti-corruption mechanisms<sup>19</sup>. This year, Germany’s development ministry announced a plan to reduce the number of aid recipients and make good governance, respect for human rights, and tackling corruption the criteria for future aid cooperation (Deutsche Welle, 2020, May 5). Other suggested mechanisms include linking the disbursement of aid to evidence of outcomes, such as testing and vaccination levels (Loayza, 2020).

Although it is true that states vary in their capacity to enforce rigorous oversight, most states have the infrastructure and resources necessary for a basic level of budget controls. In the past and during the current pandemic, donor countries and agencies

<sup>18</sup> See: World Bank Group (2020, May 19); International Monetary Fund (n.d.)

<sup>19</sup> Combating Global Corruption Act of 2019, S.1309, 116th Cong. (2019). Available here: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1309/text>

were able to work with local governments to develop tracking systems to identify intended beneficiaries of relief programs (International Monetary Fund, 2020, May 19). Oversight in times of crisis is not a privilege reserved for developed countries. If they centralize and streamline crisis response spending, minimize extra-budgetary funds, and introduce ex-post verification, even low-income countries can significantly reduce lost resources.

#### 4. Pharmaceutical Licensing and Insider Trading

The pandemic has generated a flood of new money into drug research and development, most of it from public sources. The speed with which policymakers are seeking solutions to the pandemic creates opportunities for companies to bypass the usual regulatory review to get drugs to market or into publicly financed programs. It can also help some drug developers to secure preferential treatment for not only licensing but also favorable tax treatment and other benefits. At the same time, intellectual property laws limit transparency in product development, reducing the ability of third parties to challenge company behaviors.

One type of favorable treatment is “fast-tracking”. For example, U.S. Food and Drug Administration (FDA) rapidly granted Gilead Sciences “orphaned drug status” for an experimental drug to treat COVID-19, a designation usually reserved for drugs treating rare diseases. That status comes with market exclusivity, tax breaks, and the waiving of regulatory fees (Chua and Cont, 2020). The company eventually gave up that status following outcry (Lupkin, 2020). The U.S. federal contracting standards for subsidizing medical research during the pandemic could weaken the government’s ability to license generic competitors if the subsidized company fails to make the product accessible on reasonable terms (Rowland, 2020). Under normal circumstances, the business practices of this industry have raised ethical concerns, and during the pandemic private companies may use this opportunity to enrich themselves at the expense of the public interest.

The promising vaccines now receiving regulatory approval suggest that the pandemic may be tamed in 2021, but it will be important for governments to remain vigilant. Of course, drug firms should be able to make a profit from their discoveries, but they should not exploit the vulnerable positions of governments and patients, especially in low-income countries.

Insider trading may be a concern. Four U.S. Senators were publicly accused of insider trading after it appeared that they personally profited from trades following a private all-senators coronavirus briefing (Lipton and Fandos, 2020)<sup>20</sup>. This prompted the Securities and Exchange Commission to issue a warning on non-public material information related to the virus (Avakian and Peikin, 2020).

Medication and medical device production chains frequently extend across national boundaries, but the COVID-19 crisis has disrupted regular patterns of manufacture, sale, and export. As mentioned earlier, the need to contract with new vendors in an emergency can circumvent normal due-diligence processes. The imperative to obtain healthcare supplies as quickly as possible may stimulate the payment of bribes, for example, by company agents to regulatory and customs officials. Law firms are quick to point out that firms that respond rapidly potentially expose themselves to liability under foreign bribery and anti-money laundering laws<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Three cases were closed in May 2020.

<sup>21</sup> For example, see: Kostolampros, et al. (2020).

Open-contracting initiatives and beneficial ownership registries can be helpful here, just as they can be for any kind of procurement.

But the corrupt incentives go deeper than in other types of procurement because of the distinctive features of the healthcare sector. The risks arise not just from the need for speed and the possibility of privileged insiders obtaining special benefits. In addition, consumers' lack of expertise, and the moral hazard and adverse selection that characterize insurance markets can raise the stakes in the fight against corruption in the pandemic (Arrow, 1963; Powell and Goldman, 2020). The study of corruption always raises the question of when to use the price system and the private market to allocate scarce goods and services and when to select allocation methods based on desert, efficacy, or over-all social value. Poor information about the future is a problem for everyone and can lead to fatalism or to the creation of insurance markets to spread the risk over a certain population –for automobile accidents, life expectancy, risks of fire and theft– and, of course, healthcare.

Poor information, however, is not the only problems. In addition, the same dollar price represents a trivial outlay to one person and a major sacrifice to another. The private market is a poor mechanism for the redistribution of income to those at the bottom. Furthermore, if consumption by one person creates spillover benefits and costs for others, the purchaser may not take these external effects into account. Some commodities cannot be parsed into individual consumption bundles. They are consumed in common. Even if a vaccination provides a personal benefit to an individual, a widespread vaccination program benefits even those who do not choose to get a shot.

The healthcare sector is a prominent illustration of these distributive effects and market failures. Thus, even without the overlay of a pandemic, an unregulated competitive healthcare market is neither efficient nor fair. Rather, public policies should accommodate both distributive justice concerns and take account of informational weaknesses and external effects. In fact, the healthcare sector is hedged about with public programs and regulations in all polities. Health insurance is a complex mixture of public and private provisions in most countries, although a few have sought to outlaw both private provision and private insurance. For healthcare, where scarcity combines with regulation and where the public sector determines who is qualified to provide and to receive treatment, corrupt incentives exist in ordinary times and have increased during the pandemic<sup>22</sup>.

For health insurance, responding to the problems of moral hazard and adverse selection can create corrupt incentives. Consider moral hazard. Individuals may demand healthcare with little concern for the social costs if their own out-of-pocket costs are low or nonexistent. However, there is an opposite force at work during the pandemic. Prevention and treatment are troublesome and costly for individuals, but the benefits of their actions are partly felt by other people who face less risk of exposure because of others' preventive actions. These external benefits are a strong justification for requiring individuals to take costly actions that benefit both themselves and others. Because some of these benefits flow to strangers, individuals may not take them into account. To some extent, the two effects may balance out, but unfortunately, actions that protect others are not always the same as the ones that benefit yourself, your family, or your religious community. Thus, corruption and other types of shirking will predictably occur in those situations. For example, a restaurant owner might pay off inspectors to cut corners on sanitizing the premises and might fail to purchase

<sup>22</sup> For example, before the pandemic, pharmaceuticals and medical equipment became major profit centers for Chinese hospitals and suppliers paid bribes to get contracts (Rose-Ackerman and Tan, 2015).

effective personal protective devices for staff. Suppliers of such devices might pay off officials to get approval for inadequate products that can be sold as compliant. Police may let people avoid lockdowns and quarantines in return for bribes<sup>23</sup>. Businesses using these products have little incentive to check them for efficacy partly because they do not have the expertise to make quality judgments and partly because their main concern is to attract customers by claiming to follow government guidelines.

Now consider adverse selection where low-risk individuals opt out of insurance. One response to this problem is to require everyone to obtain coverage or to charge a fee to those who opt out, as was done in the original version of the U. S. Affordable Care Act<sup>24</sup>. If governments enact such rules, low-risk individuals could make payoffs to avoid a citation for non-compliance, or they might avoid a fine through paying a bribe. This incentive exists under any effort to avoid adverse selection, but it has additional costs during a pandemic. Now, low-risk individuals who opt out may infect others if they do become sick. Those who opt out may include, not only those at low-risk, but also those who are more tolerant of risk than the average person. If that is true, the external costs of their lack of insurance will be especially socially harmful if they do become infected. Adverse selection can lead the entire insurance program to unravel as the refusal of some low-risk people to join increases the overall risk of the program, causing the newly marginal people to exit and so forth. In contrast, if those who opt-out are not low risk but rather have a high tolerance for all levels of risk, then the insured pool will not unravel. It will just cover fewer people. However, that latter version of adverse selection will be especially damaging in the context of a highly contagious disease. Now, risk-acceptant people with no social conscience may spread the virus to others who are either more risk averse or more susceptible to catching the disease and/or have life-threatening health conditions. Thus, once again there is a strong case for requiring everyone to take precautions and to have insurance coverage. The goal is not just to spread the costs broadly but also to implement preventive measures. Denying care or charging for uninsured healthcare may provide an incentive to sign-up, but those who remain outside the insurance system are imposing costs on others. The penalties need to reflect the external costs imposed by the uninsured on everyone else. However, if the program did reflect those costs, the individual incentives to seek an exception through corrupt payoffs could be high. Corrupt officials could register individuals in the program even though they had paid nothing to the regulatory authority. Alternatively, if the state makes insurance free to all so that no adverse selection occurs, moral hazard will remain a problem. Then, the incentives for corruption are identical to those that arise whenever the government provides a public service that can vary in quality across beneficiaries. Corruption would be an allocation mechanism that favors the wealthy and the unscrupulous, as occurred in the healthcare system of Eastern Europe after the fall of the socialist systems. In those countries, healthcare remained a public responsibility but was not funded well enough to satisfy middle-class demands (Rose-Ackerman, 1995; Kornai and Eggleston, 2008; Stepurko, et al., 2015). As a result, a flourishing, but illegal private market for healthcare existed in many countries that permitted the old system to survive, but at low quality and with vastly unequal levels of care. If that system had coincided with a pandemic, the result could have been tragic.

<sup>23</sup> See: Transparency International (2020).

<sup>24</sup> The mandate under the Affordable Care Act levied a fee on those who did not sign up for insurance under the ACA or for an equivalence or better plan. That portion of the act was repealed, effective in 2019 (Eibner and Nowak, 2018).

## 5. Conclusions

The political economy of the coronavirus pandemic has created incentives for corruption, fraud, and self-dealing. Along with the generous behavior of many millions of front-line workers, government officials, and private individuals and firms, others have sought to take advantage of the situation to benefit at the expense of the public and of victims of the pandemic. This anti-social behavior is readily explained by the underlying economic incentives at work in a health-related crisis where government must act quickly in a haze of uncertainty about the best path forward. Unlike other sorts of catastrophes, related to the weather, earthquakes, or volcanic eruptions, a health emergency raises special problems. Patients face problems of moral hazard and adverse selection that undermine free market solutions and demand a public sector response, even in ordinary times. Furthermore, neither a vaccine nor an anti-viral medicine existed when the coronavirus began to spread worldwide. The rapid response of pharmaceutical researchers produced several vaccines in record time, but this effort co-existed with both fraudulent cures and over-priced or useless protective equipment.

Although some malfeasance was probably inevitable in a pandemic, it should not be ignored. Overall, those who benefit from corruption, be they contractors or individuals, will emerge from the pandemic better off than before it started if governments do not act. Tolerance of malfeasance will be at the expense of long-term government legitimacy and lead to the spread of the virus to the most vulnerable. The need for a speedy response should not be an excuse for undermining institutions that strengthen governmental integrity.

## Bibliography

- Ackerman, J. M. and Sandoval, I. (2006). The Global Explosion of Freedom of Information Law. *Administrative Law Review* (58), pp. 85-130.
- Amin, L. (2017). Making the Case for Open Contracting in Healthcare Procurement. *Transparency International*. <http://ti-health.org/wp-content/uploads/2017/01/Making-The-Case-for-Open-Contracting-TI-PHP-Web.pdf>
- Arrow, K. J. (1963). Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *American Economic Review* (53), pp. 941-973.
- Avakian, S. and Peikin, S. (2020, March 23). Statement from Stephanie Avakian and Steven Peikin, Co-Directors of the SEC's Division of Enforcement, Regarding Market Integrity. *Securities Exchange Commission Hearings*. <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-enforcement-co-directors-market-integrity>
- Bellows, A. (2020, April 13). How Global Corruption Threatens the U.S. Pandemic Response. *Carnegie Endowment for International Peace*. <https://carnegieendowment.org/2020/04/13/how-global-corruption-threatens-u.s.-pandemic-response-pub-81545>
- Berzategui, M. E. (2020, July 29). The IMF, COVID-19, and Anti-Corruption: the Story So Far. *Transparency International*. <https://www.transparency.org/en/blog/the-imf-covid-19-and-anti-corruption-the-story-so-far>
- Bersad, G., et al. (2009). Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions. *The Lancet* 373, Issue 9661, pp. 423-431. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673609601379>
- Bloom, D., et al. (2020, April). A Matter of Life and Death." IMF Finance & Development Article. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2020/04/allocating-scarcemedical-resources-during-the-COVID19-pandemic-bloom.htm>
- Bradley, J., Gebredekidan, S. and McCann, A. (2020, December 17). Waste, Negligence, and Cronyism: Inside Britain's Pandemic Spending. *New York Times*.



- <https://www.ft.com/content/94c87005-7eb1-47c4-9698-5afb2b12ab54>
- Brumfiel, G. and Keith, T. (2020, September 4). President Trump's New COVID-19 Adviser Is Making Public Health Experts Nervous. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/09/04/909348915/president-trump-new-covid-19-advisor-is-making-public-health-experts-nervous>
- Cannon, M. (2020, April 16) Libertarian Perspective on Government's Role In Health Crisis. Interview by Michel Martin. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/2020/04/26/845224133/libertarian-perspective-ongovernment-s-role-in-health-crisis>
- Ceballos, A., et al. (2020, December 9). Florida investigation into COVID-19 whistleblower draws rebuke from Crist, others. *Tampa Bay Times*. <https://www.tampabay.com/florida-politics/buzz/2020/12/08/florida-investigation-into-covid-19-whistleblower-draws-rebuke-from-crist-others/>
- Chappell, B. (2020, December 8). Florida Agents Raid Home of Rebekah Jones, Former State Data Scientist. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/2020/12/08/944200394/florida-agents-raid-home-of-rebekah-jones-former-state-data-scientist>
- Charlis, A. (2020, June 15). Polish opposition pressures government over medical purchases. *Reuters*. <https://fr.reuters.com/article/instant-article/idUKKB N23M2NO>
- Chua, Kao-Ping and Conti, R. M. (2020, August 17). Policy Implications of the Orphan Drug Designation for Remdesivir to Treat COVID-19." *JAMA Internal Medicine*. <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2769375>
- Congressional Oversight Commission (2021). *About*. <https://coc.senate.gov/about>. (Accessed February 19, 2021).
- Congressional Research Service (2009, May 11). *General Oversight Provisions in the American Recovery and Reinvestment Act of 2009 (ARRA): Requirements and Related Issues*. <https://www.everycrsreport.com/reports/R40572.html>
- Cortese, K. (2020, April 6). COVID-19 and the Coming Corruption Pandemic. *The Hill*. <https://thehill.com/opinion/criminal-justice/491300-covid-19-and-the-coming-corruption-pandemic>
- D.C. Policy Center (2020, April 23). *How D.C. is Responding to COVID-19 (Updated)*. <https://www.dcpolicycenter.org/publications/covid19-emergency-legislation/>
- Delic, A. and Zwitter, M. (2020, April 3). Opaque Coronavirus Procurement Deal Hands Millions to Slovenian Gambling Mogul." *OCCRP*. <https://www.occrp.org/en/coronavirus/opaque-coronavirus-procurement-deal-hands-millions-to-slovenian-gambling-mogul>
- Department of Health and Human Services, Office of Inspector General (2020). *5 Things about COVID-19 Fraud*. <https://oig.hhs.gov/coronavirus/fraud-alert-covid19.asp>
- Department of Homeland Security (2020, April 24). *Fact Sheet: DHS is Taking on COVID-19 Related Fraud*. <https://www.dhs.gov/news/2020/04/24/fact-sheet-dhs-taking-covid-19-related-fraud>
- Deutsche Welle* (2020, May 5). *Germany to Overhaul Foreign Aid Policy*. <https://www.dw.com/en/germany-to-overhaul-foreign-aid-policy/a-53342353>
- Divjak, B. and Dupuy, K. (2015, March). Ebola and Corruption: Overcoming Critical Governance Challenges in a Crisis Situation. *U-4 Anti-Corruption Resource Center*. <https://www.u4.no/publications/ebola-and-corruption-overcoming-critical-governance-challenges-in-a-crisis-situation>
- Eibner, C. and Nowak, S. (2018, July 11). The Effect of Eliminating the Individual Mandate Penalty and the Role of Behavioral Factors. *Commonwealth Fund*. <https://www.commonwealthfund.org/publications/fund-reports/2018/jul/eliminating-individual-mandate-penalty-behavioral-factors>
- Ellena, K., Brown, A. and Dreher, C. (2020, August). Preventing Government Corruption in Crises. *International Foundation for Electoral Systems*.

- [https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes\\_covid-19\\_briefing\\_series\\_preventing\\_government\\_corruption\\_in\\_crises\\_august\\_2020.pdf](https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_preventing_government_corruption_in_crises_august_2020.pdf)
- Emanuel, E. J., et al. (2020, May 21). Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid -19. *New England Journal of Medicine* 382, pp. 2049-2055. <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMsb2005114?articleTools=true>
- European Commission (2020). *Guidance from the European Commission on Using the Public Procurement Framework in the Emergency Situation Related to the COVID-19 Crisis*. 2020/C 108 I/01. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)
- Faiola, A. and Herrero, A. V. (2020, April 27). A Pandemic of Corruption: \$40 Masks, Questionable Contracts, Rice-Stealing Bureaucrats Mar Coronavirus Response. *The Washington Post*. [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/coronavirus-corruption-colombia-argentina-romania-bangladesh/2020/04/26/c88a9a44-8007-11ea-84c2-0792d8591911\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/coronavirus-corruption-colombia-argentina-romania-bangladesh/2020/04/26/c88a9a44-8007-11ea-84c2-0792d8591911_story.html)
- Farquharson, R. (2020, May 1). In summary – emergency powers (COVID 19) (no. 2) order 2020. *Graham Thomson Attorneys*. <https://grahamthompson.com/news/in-summary-emergency-powers-covid-19-no-2-order-2020/>
- Federal Bureau of Investigation (2020, April 13). *FBI Warns of Advance Fee and BEC Schemes Related to Procurement of PPE and Other Supplies During COVID-19 Pandemic*. <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-warns-of-advance-fee-and-bec-schemes-related-to-procurement-of-ppe-and-other-supplies-during-covid-19-pandemic>
- Feinstein, S. (2020, April 8). COVID-19: The Largest Attack on Whistleblowers in the World. *Government Accountability Project*. <https://whistleblower.org/blog/covid-19-the-largest-attack-on-whistleblowers-in-the-world/>
- Financial Times (2020, December 4). *COVID Vaccine Tracker: How do the Leading Jabs Compare?* *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/ac5e5ef8-bccb-482b-9f8d-0dab5cac6f9a>
- Folliot Lalliot, L. and Yukins, C. R. (2020). COVID-19: Lessons Learned in Public Procurement. Time for a New Normal? *Concurrences* 1 (3), pp. 46-58. [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=faculty_publications)
- Frary, M. (2020, May 1). How FOI Laws are Being Rewritten During the COVID-19 Crisis. *Xindex*. <https://www.indexonensorship.org/2020/05/how-foi-laws-are-being-rewritten-during-the-covid-19-crisis/>
- Gabrielson, R. et al. (2020, May 7). A Closer Look at Federal COVID Contractors Reveals Inexperience, Fraud Accusations and a Weapons Dealer Operating Out of Someone's House. *ProPublica*. <https://www.propublica.org/article/a-closer-look-at-federal-covid-contractors-reveals-inexperience-fraud-accusations-and-a-weapons-dealer-operating-out-of-someones-house>
- Gallego, J., et al. (2020, September 25). Corruption in the Times of Pandemia. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3600572](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600572)
- Gascón Barberá, M. (2020, June 24). Romania Investigates Allegations of Bribery in Covid-19 Masks Contract. *Balkan Insight*. <https://balkaninsight.com/2020/06/24/romania-investigates-allegations-of-bribery-in-covid-19-masks-contract/>
- Gaspar, V., Mühleisen, M. and Weeks-Brown, R. (2020, July 28). Corruption and COVID-19. *IMF Blog*. <https://blogs.imf.org/2020/07/28/corruption-and-covid-19/>
- Gelles, D. and Abrams, R. (2020, October 7). An Arms Dealer, an Ex-N.F.L. Player and Huge Federal Contracts for Medical Gowns. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/10/07/business/ppe-coronavirus-us-contracts.html>
- Glazer, A. (2020, April 24). Price Controls Don't Work – But Mask Rationing Is the Exception that Proves the Rule. *The Conversation*. <https://theconversation.com/price-controls-dont-work-but-mask-rationing-is-the->

- [exception-that-proves-the-rule-136595](#)
- Group of States against Corruption (GRECO) of the Council of Europe (2020). *Corruption Risks and Useful Legal References in the context of COVID-19*. <https://rm.coe.int/corruption-risks-and-useful-legal-references-in-the-context-of-covid-1/16809e33e1>
- Harris, B. et al. (2020, July 7). Coronavirus corruption cases spread across Latin America. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/94c87005-7eb1-47c4-9698-5afb2b12ab54>
- Hayma, G. (2020, March 24). Emergency Procurement for COVID-19: Buying Fast, Open and Smart. <https://www.opengovpartnership.org/stories/emergency-procurement-for-covid-19-buying-fast-open-and-amart/>
- International Monetary Fund (n.d.). *COVID-19 Financial Assistance and Debt Service Relief, International Monetary Fund*. <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker> (Accessed on December 1, 2020).
- International Monetary Fund (2020, June 30). *How the IMF is Promoting Transparent and Accountable Use of COVID-19 Financial Assistance*. <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/04/30/how-imf-covid19-financial-help-is-used>
- International Monetary Fund (2020, May 19). *Budget Execution Controls to Mitigate Corruption Risk in Pandemic Spending*. <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes>
- International Monetary Fund (2020, April 15). *Transcript of International Monetary Fund Managing Director Kristalina Georgieva's Opening Press Conference, 2020 Spring Meetings*. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/15/tr041520-transcript-of-imf-md-kristalina-georgieva-opening-press-conference-2020-spring-meetings>
- International Monetary Fund Fiscal Affairs (2020). *Keeping the Receipts: Transparency, Accountability, and Legitimacy in Emergency Responses*.
- International Monetary Fund (2021). *How the IMF is Promoting Transparent and Accountable Use of COVID-19 Financial Assistance*. <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/04/30/how-imf-covid19-financial-help-is-used>
- Kenen, J. (2020, March 27). A Lottery for Ventilators? Hospitals Prepare for Ethical Conundrums. *Politico*. <https://www.politico.com/news/2020/03/27/ventilators-coronavirus-lottery-152574>
- Kinder, T., et al. (2020, November 18). Watchdog Criticises Government over Awarding of £17bn Covid Contracts. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/ee4f2220-9b22-4a4d-87c285e8034f8e8c?emailId=5fb658eac4c22f0004dfb925&segmentId=2785c52b-1c00-edaa-29be-7452cf90b5a2>
- Koehler, M. (2020, May 27). The Notion That the CROOK Act Is Going To Reduce 'Pressure That U.S. Businesses Face To Pay Bribes Overseas' Is Fanciful. *FCPA Professor*. <https://fcpaprofessor.com/notion-crook-act-going-reduce-pressure-u-s-businesses-face-pay-bribes-overseas-fanciful/>
- Kornai, J. and Eggleston, K. (2008). *Welfare Choice and Solidarity in Transition: Reforming the Healthcare Sector in Eastern Europe*. Cambridge United Kingdom: Cambridge University Press.
- Kostolampros, G., et al. (2020, May 4). Bribery and Corruption Expected to Increase in Wake of COVID-19 Pandemic. *Venable*. <https://www.venable.com/insights/publications/2020/05/bribery-and-corruption-expected-to-increase>
- Linklaters (2020). *COVID Aid Law Gives Polish Entrepreneurs Extra Time to Register Their Beneficial Owners*. [https://lpscdn.linklaters.com/-/media/digital-marketing-image-library/files/01\\_insights/publications/2020/april/ubo-registration-alerteng.ashx?rev=0d6c0144-15f2-4181-a92ecaf7ae311684&extension=pdf&hash=21F9812E23593182FE9CF286E761B11C](https://lpscdn.linklaters.com/-/media/digital-marketing-image-library/files/01_insights/publications/2020/april/ubo-registration-alerteng.ashx?rev=0d6c0144-15f2-4181-a92ecaf7ae311684&extension=pdf&hash=21F9812E23593182FE9CF286E761B11C)
- Lipton, E. and Fandos, N. (2020, March 19). Senator Richard Burr Sold a Fortune in Stocks as G.O.P. Played Down Coronavirus Threat. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/03/19/us/politics/richard-burr-stocks-sold-corona>

- [virus.html](#)
- Loayza, L. (2020, May 6). Aid Effectiveness during the COVID-19 Pandemic: This time It Must Be Better.” *World Bank Blogs*. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/aid-effectiveness-during-covid-19-pandemic-time-it-must-be-better>
- Lupkin, S. (2020, March 2225). Gilead Declines 'Rare Disease' Status For Experimental Coronavirus Drug. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/03/25/821534016/drugmaker-asks-fda-to-rescind-rare-disease-status-perks-for-covid-19-drug>
- Lybecker, K. (2020, August 6). Trudeau Government Move undermines COVID-19 Response. *Fraser Institute*. <https://www.fraserinstitute.org/article/trudeau-government-move-undermines-covid-19-response>
- Mahmood, S. et al. (2020). Global Preparedness against COVID-19: We Must Leverage the Power of Digital Health. *JMIR Public Health and Surveillance* 6(2). <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7164944/>
- Malalo, H. (2020, September 24). Kenya Anti-Graft Agency Slams Procurement of COVID-19 Equipment. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-kenya-corruption/kenya-anti-graft-agency-slams-procurement-of-covid-19-equipmentidUSKC N26F3CC>
- Maswood, M. H. (2020, July 13). No Let-up in Health Sector Corruption. *Newage Bangladesh*. <https://www.newagebd.net/article/111033/no-let-up-in-health-sector-corruption>
- Mellman, A. and Eisen, N. (2020, July 22). Addressing the Other COVID Crisis: Corruption. *Brookings Institution*. [https://www.brookings.edu/research/addressing-the-other-covid-crisis-corruption/?preview\\_id=942009](https://www.brookings.edu/research/addressing-the-other-covid-crisis-corruption/?preview_id=942009)
- Meskill, Z. (2020, October 26). Corruption and the COVID-19 Vaccine: the Looming Problem of Distribution. *The Global Anticorruption Blog*. <https://globalanticorruptionblog.com/2020/10/26/corruption-and-the-covid-19-vaccine-the-looming-problem-of-distribution/>
- Nemexis (2020, May). *Fraud's Impact on Healthcare during COVID-19*. <https://nemexis.de/wp-content/uploads/2020/05/NMXS-Survey-Covid-19.pdf>
- OECD Webinar (2020, May 22). Emergency Measures to Protect Whistleblowers & Promote Reporting during the COVID-19 Crisis & Beyond. *Youtube*. <https://www.youtube.com/watch?v=DHuLN5EYmtM>
- Office of the Attorney General (2020, March 16). *Memorandum for All United States Attorneys: COVID-19--Department of Justice Priorities*. <https://www.justice.gov/ag/page/file/1258676/download>
- Office of the Governor State of Hawaii (2020, March 16). *Supplementary Proclamation*. [https://governor.hawaii.gov/wp-content/uploads/2020/03/2003109-ATG\\_COVID-19-Supplementary-Proclamation-signed.pdf](https://governor.hawaii.gov/wp-content/uploads/2020/03/2003109-ATG_COVID-19-Supplementary-Proclamation-signed.pdf)
- Office of the Inspector General for the U.S. Department of Defense (2015, March 31). *Contingency Contracting: A Framework for Reform –2015 Update. Report No. DODIG-2015-101*. <https://media.defense.gov/2015/Mar/31/2001713485/-1/-1/1/DODIG-2015-101.pdf>
- Oldfield, J. (2020, June 22). Literature Review on Anti-Corruption Safeguards for Economic Stimulus Packages. *Transparency International*. <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/anti-corruption-safeguards-for-economic-stimulus-packages>
- Olson, A., et al. (2020). Lobbying Expenditures of the Health Sector during the COVID-19 Pandemic. *Journal of General Internal Medicine*. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-020-06085-6>
- Open Contracting Partnership (n.d.). *Emergency Procurement for COVID-19: Buying Fast, Smart, and Open*. <https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/covid19/>
- Open Ownership (2020, May). Five Areas Where Beneficial Ownership Transparency Is Key in Addressing Coronavirus. <https://www.openownership.org/news/five-are>

- [as-where-beneficial-ownership-transparency-is-key-in-addressing-coronavirus/](#)  
Powell, D. and Goldman, D. (2020, August). Disentangling Moral Hazard and Adverse Selection in Private Health Insurance. *Journal of Econometrics* (220). <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0304407620302529?via%3Dihub>
- PRAC. *Members*. <https://www.pandemicoversight.gov/our-mission/prac-members>
- Rappeport, A. (2020, June 2). Senate Confirms Inspector General to Oversee Virus Bailout Funds. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/06/02/us/politics/virus-bailout-inspector-general.html>
- Rose-Ackerman, S. (1995). *From Elections to Democracy: Building Accountable Government in Hungary and Poland*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. (2009). Corruption in the Wake of Domestic National Conflict. In: R. I. Rotberg (Ed.), *Corruption, Global Security, and World Order* (pp. 66-95). Washington DC, United States of America: Brookings Institution Press.
- Rose-Ackerman, S. (2014). Corruption and Conflicts of Interest. In: J. B. Auby, E. Breen, and T. Perroud (Eds.), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach* (pp. 3-11). Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar.
- Rose-Ackerman, S. and Palifka, B. J. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform, 2d. edition*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. and Tan, Y. (2015). Corruption in the Procurement of Pharmaceuticals and Medical Equipment in China: The Incentives Facing Multinationals, Domestic Firms, and Hospital Officials. *UCLA Pacific Basin Law Journal* 32(1), pp. 1-54. <https://escholarship.org/uc/item/5742d68k>
- Rowland, C. (2020, July 1). Trump Administration Makes It Easier for Drugmakers to Profit from Publicly Funded Coronavirus Drugs, Advocates Say. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/business/2020/07/01/vaccine-coronavirus-barda-trump/>
- Salman, J. and Penzenstadler, N. (2020, July 7). Hundreds of Millions of Dollars Goes to COVID-19 Contractors Accused of Prior Fraud. *USA Today*. <https://www.usatoday.com/in-depth/news/investigations/2020/07/07/covid-19-contracts-overlook-fraud-claims-masks-sanitizer-and-ppe/5352886002/>
- Sishi, S. and Winning, A. (2020, September 16). COVID-19 Graft Scandals Fuel South Africans' Anger with Ruling ANC. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-safrica-corruption/covid-19-graft-scandals-fuel-south-africans-anger-with-ruling-anc-idINKBN2671ES>
- Slattery, G. and Brito, R. (2020, September 25). The Ventilators Never Came: How Graft Hampered Brazil's COVID-19 Response. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-brazil-corruption/the-ventilators-never-came-how-graft-hampered-brazils-covid-19-response-idUSKCN26G1EW>
- Stepurko, T., et al. (2015). Informal Payments for Health Care Services: The Case of Lithuania, Poland and Ukraine. *Journal of Eurasian Studies* 6, pp. 46-58. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1016/j.euras.2014.11.002>
- Sullivan, L. (2018, July 13). FEMA Report Acknowledges Failures In Puerto Rico Disaster Response. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/2018/07/13/628861808/fema-report-acknowledges-failures-in-puerto-rico-disaster-response>
- Tabor, S. (2002). Assisting the Poor with Cash: Design and Implementation of Social Transfer Programs." *The World Bank Social Safety Net Primer Series*. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.203.1376&rep=rep1&type=pdf>
- The White House (2020, March 27). *Statement by the President*. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-by-the-president-38/>
- Transparency International (2020, September 23). *Police Corruption Is Becoming a Pandemic Too*. <https://www.transparency.org/en/news/police-corruption-is-beco>

[ming-a-pandemic-too](#)

- United Nations Office of Drugs and Crime (2020). *Accountability and the Prevention of Corruption in the Allocation and Distribution of Emergency Economic Rescue Packages in the Context and Aftermath of the COVID-19 Pandemic*. [https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/COVID-19\\_and\\_Anti-Corruption-2.pdf](https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/COVID-19_and_Anti-Corruption-2.pdf)
- URN (2020, May 5). OPM Officials Arrested over COVID Food Fraud Granted Bail. *The Observer*. <https://observer.ug/news/headlines/64611-opm-officials-arrested-over-inflated-prices-of-covid-food-granted-bail>
- Vittori, J. (2020, March 20). Corruption Vulnerabilities in the U.S. Response to the Coronavirus. *Carnegie Endowment for International Peace*. <https://carnegieendowment.org/2020/03/20/corruption-vulnerabilities-in-u.s.-response-to-coronavirus-pub-81336>
- Vogel, K., et al. (2020, March 20). Coronavirus Stimulus Package Spurs a Lobbying Gold Rush. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/03/20/us/politics/coronavirus-stimulus-lobbying.html>
- White, D. B. and Angua, D. C. (2020, July 28). A Proposed Lottery System to Allocate Scarce COVID-19 Medications: Promoting Fairness and Generating Knowledge. *Journal of the American Medical Association* 324, pp. 329-330. <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2767751>
- Wolf, B. (2020, April 7). U.S. Treasury Struggles to Ease Bank Concerns Over COVID-19 Rescue Loans, Issues Statement on Beneficial Ownership Duties. *Thomson Reuters*. <https://blogs.thomsonreuters.com/answerson/u-s-treasury-struggles-to-ease-bank-concerns-over-covid-19-rescue-loans-issues-statement-on-beneficial-ownership-duties/>
- Woodruff Swan, B. and Gerstein, J. (2020, July 3). White House 'Free Marketeers' Raised Concerns over Coronavirus Price-gouging Crackdown. *Politico*. <https://www.politico.com/news/2020/07/03/white-house-coronavirus-price-gouging-348434>
- World Bank Group (2020, April 28). *Governance Covid-19 Response, Ensuring Integrity in Governments' Response to COVID-19*. [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33705/Ensuring\\_Integrity\\_in\\_the\\_Government\\_Response\\_to\\_COVID19-April%202020.pdf?sequence=7&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33705/Ensuring_Integrity_in_the_Government_Response_to_COVID19-April%202020.pdf?sequence=7&isAllowed=y)
- World Bank Group (2020, May 19). *100 Countries Get Support in Response to COVID-19*. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/05/19/world-bank-group-100-countries-get-support-in-response-to-covid-19-coronavirus>

# Corrupción y COVID-19\*

## Corruption and COVID-19

Susan Rose-Ackerman\*\*

*Yale University*

ORCID ID 0000-0002-8502-8437

[susan.rose-ackerman@yale.edu](mailto:susan.rose-ackerman@yale.edu)

Cita recomendada:

Rose-Ackerman, S. (2021). Corrupción y COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 37-60.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6062>

Recibido / received: 19/12/2020  
Aceptado / accepted: 20/02/2021

### Resumen

La pandemia del coronavirus ha generado incentivos a la corrupción, al fraude y a la auto-contratación que pueden ser explicados mediante los incentivos político-económicos que se tratan en el trabajo. Tres características de la crisis de la COVID-19 son especialmente importantes. En primer lugar, el rápido desarrollo de la pandemia y la correlativa recesión económica han conducido a una feroz competencia por los recursos esenciales. En segundo lugar, los gobiernos han movilizado rápidamente fondos públicos (tanto para el sistema sanitario como para la estabilidad económica) en una escala sin precedentes, creando oportunidades de muchos tipos para la captación de dinero fácil, incluyendo las abiertamente corruptas. En tercer lugar, los funcionarios y los profesionales sanitarios ejercen una discrecionalidad sustancial en la asignación de recursos. La pérdida de transparencia y el debilitamiento de la supervisión y del cumplimiento de las normas han exacerbado los problemas de corrupción y de fraude, y las medidas públicas contra esas infracciones no han mantenido el paso al desarrollo de la crisis. El trabajo discute cómo esas características interactúan en los procesos de adquisiciones y suministros; en la asistencia gubernamental a las personas y a las empresas y en el desarrollo y autorización de los medicamentos. Aquellos que se benefician de la corrupción, sean contratistas o particulares, saldrán de la pandemia mejor que lo que entraron si los gobiernos no actúan. La tolerancia de las actividades ilícitas será a costa de la legitimidad del gobierno a largo plazo y extenderá el virus entre los más vulnerables. La necesidad de una respuesta rápida a la pandemia no debería ser una excusa para debilitar a las instituciones, sino una razón para fortalecer la integridad gubernamental.

### Palabras clave

Alertadores, coronavirus, corrupción, COVID-19, contratación pública, fraude, medicamentos, pandemia, riesgo moral, selección adversa, servicio de salud, sorteos, suministros (públicos), titularidad final, vacuna.

\* Traducción de José María Sauca.

\*\* Profesora Henry R. Luce de Filosofía del Derecho de la Universidad de Yale. Catedrática emérita de la Facultad de Derecho de Yale. Agradezco a Paul Shortell y Eunsun Cho por su excelente asistencia en la investigación.



**Abstract**

*The coronavirus pandemic has created incentives for corruption, fraud, and self-dealing that can be explained by the underlying political-economic incentives at work. Three characteristics of the COVID-19 crisis are especially important. First, the rapidly unfolding pandemic and the accompanying economic recession have led to fierce competition for essential resources. Second, governments have rapidly mobilized public funds (for both healthcare and economic stabilization) at an unprecedented scale, creating opportunities for rent-seeking of many kinds, including outright corruption. Third, politicians, bureaucrats and medical professionals exercise substantial discretion in the allocation of resources. A lack of transparency and weak oversight and enforcement have exacerbated the problems of corruption and fraud, and public measures against these offenses have not kept pace with the developing crisis. The paper discusses how these features interact in procurement processes, in government assistance to individuals and businesses, and in the development and licensing of pharmaceuticals. Those who benefit from corruption, be they contractors or individuals, will emerge from the pandemic better off than before it started if governments do not act. Tolerance of malfeasance will be at the expense of long-term government legitimacy and spread the virus to the most vulnerable. The need for a speedy response to the pandemic should not be an excuse for undermining institutions that strengthen governmental integrity.*

**Keywords**

*Adverse selection, beneficial ownership, coronavirus, corruption, COVID-19, fraud, government contracting, healthcare, lotteries, moral hazard, pandemic, pharmaceuticals, procurement (government), vaccine, whistleblowers.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Procedimientos de contratación urgente. 3. La rápida distribución de la asistencia gubernamental a los individuos y empresas. 4. Autorizaciones de medicamentos y uso de información privilegiada. 5. Conclusiones.

**1. Introducción**

Las guerras, catástrofes y calamidades alimentan el fraude y la corrupción al mismo tiempo que propician actos de sacrificio personal y de generosidad. Las acciones generosas pueden, ellas mismas, incluir sobornos y transgresión de las normas a medida que las personas se enfrentan a instituciones y prácticas diseñadas para tiempos normales. Sin embargo, la expansión del desprecio a las normas, tanto a las leyes como a las prácticas sociales, puede entorpecer los esfuerzos para mantener la situación bajo control y tener efectos a largo plazo después del fin de la crisis<sup>1</sup>. Esta dualidad de problemas a corto-largo plazo son manifiestos en la corrupción y fraude que acompañan a la respuesta al nuevo coronavirus. Una encuesta realizada en abril de 2020 a profesionales anti-corrupción de 58 países reportó incidentes de fraude en la adquisición de equipos de protección personal, bienes en el mercado negro y equipamientos defectuosos. El 19% de los encuestados informó de casos de malversación en el 58% de los países encuestados (distribuidos de forma desigual entre los países). Los sobornos fueron reportados en el 22% de los países por el 3% de los encuestados (Nemexis, 2020). Gran parte de la corrupción, por supuesto, nunca sale a la luz, por lo que el estudio no permite medir la incidencia y el impacto de la actividad ilícita, pero otras investigaciones e informes de prensa documentan su

<sup>1</sup> Sobre los riesgos de corrupción en los países que salen de una guerra civil véase: Rose-Ackerman y Palifka (2016, pp. 316-340). Para más detalles, véase: Rose-Ackerman (2009).

existencia en una amplia gama de países<sup>2</sup>. Además, incluso sin sobornos explícitos, los contratos pueden favorecer a los compinches de los políticamente poderosos<sup>3</sup>.

La corrupción puede acompañar a cualquier crisis de rápido desarrollo que conlleve pérdidas de vidas, propagación de daños y enfermedades o destrucción de propiedades. Adoptando una aproximación político-económica, este ensayo identifica múltiples razones para esta conexión que es ejemplificada, de manera no exclusiva, por la actual pandemia<sup>4</sup>.

En primer lugar, los gobiernos necesitan responder rápidamente a las crisis, tales como un huracán, un incendio incontrolado o un terremoto. Algunos gobiernos habrán guardado fondos y personal de reserva, pero otros habrán escatimado en gastos al considerar que es imprudente desviar fondos de las necesidades diarias de los ciudadanos o reconocer riesgos de baja probabilidad. Sin tener en cuenta las limitaciones de recursos, muchos gobiernos simplemente se olvidan de hacer previsiones incluso para desastres bastante predecibles; las respuestas a los incendios incontrolados en California, los terremotos a lo largo del Anillo de Fuego o los disturbios urbanos pueden estar infra financiados, y las acciones preventivas como los códigos de edificación, las viviendas anti-incendios y la cualificación policial pueden tener una prioridad baja. Entonces, lo que podría haber sido una respuesta ordinaria a un evento predecible se convierte en una carrera desesperada contra el tiempo, con consecuencias devastadoras<sup>5</sup>.

Como resultado, los gobiernos gastan una gran cantidad de dinero y realizan cambios regulatorios en un corto período de tiempo con poca supervisión, precisamente cuando la elevadísima velocidad de respuesta supone que la supervisión es especialmente necesaria. Respuestas tan aleatorias pueden fortalecer el clientelismo político y terminar en despilfarro y fraude, a costa de la justicia y de la eficacia.

En segundo lugar, en el caso de la COVID-19, la necesidad de una respuesta rápida no es el único factor de riesgo; múltiples fuentes de incertidumbre complican las políticas de respuesta. El virus era y es comprendido limitadamente. Cuando empezó la pandemia, no había vacunas para limitar el riesgo de infección o antivirales testados que suministrar a los enfermos. Había una importante incertidumbre acerca de las mejores estrategias para hacer las pruebas a los enfermos, tratamientos y protocolos de seguridad que permitiesen equilibrar la seguridad con la continuidad de la vida económica y social. Ahora, han sido aprobadas múltiples vacunas en los Estados Unidos y en otros países, pero la efectividad de sus redes de distribución permanece incierta (Financial Times, 2020, 4 de diciembre).

Asimismo, los gobiernos pueden necesitar hacer cambios regulatorios inesperados con pocos precedentes de los que echar mano. Por ejemplo, los gobiernos a lo largo del mundo están permanentemente bajo presión para decidir sobre los tiempos, extensión y severidad de los confinamientos, sin forma de poder satisfacer a todos sus electores. Utilizar la capacidad existente para hacer diagnósticos en línea durante la pandemia implica resolver los conflictos con

<sup>2</sup> Por ejemplo, véase: Slattery y Brito (2020); URN (2020); Gascón Barberá (2020).

<sup>3</sup> Por ejemplo, véase: Sishi y Winning (2020); Harris, et al., (2020); Bradley, Gebredekidan y McCann, (2020); Maswood (2020).

<sup>4</sup> Las instituciones económicas internacionales, tales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, están sumamente alerta de esos riesgos. Véase, por ejemplo: World Bank Group (2020, 28 de Abril), y Gaspar, Mühleisen y Weeks-Brown (2020). Esta página Web proporciona enlaces a materiales del Banco Mundial sobre gobernanza y respuesta a la COVID-19: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/governance-institutions-covid-19-response-resources>

<sup>5</sup> Por ejemplo, véase: Sullivan (2018).

regulaciones particulares y crear nuevas directivas de uso masivo (Sultan Mahmood, et al., 2020).

En tales situaciones, la vigilancia contra la corrupción o, al menos, contra conductas egoístas depende mucho de la integridad profesional tanto de los agentes del mercado como de las agencias gubernamentales. Las oportunidades para la corrupción que se presentan por una grave incertidumbre van más allá del soborno y el fraude. Los individuos y compañías que buscan su propio beneficio pueden aprovecharse de las perturbaciones del mercado y de las lagunas regulatorias a costa del bien público. Así, la pandemia ha exacerbado los riesgos de corrupción que siempre existen cuando los agentes públicos están encargados de distribuir recursos limitados y cargas bajo normas jurídicas poco claras o inconsistentes<sup>6</sup>.

En tercer lugar, el sector de la salud difiere del mercado competitivo ordinario incluso en tiempos normales y las imperfecciones del mercado despuntan en los correlativos mercados de seguros. Algunos libertarios argumentan que la sociedad puede depender del sector privado para una respuesta inmediata. Los mercados competitivos, de conformidad con esta perspectiva, se precipitarán en desarrollar las pruebas necesarias, vacunas y medicinas anti-virales y las intervenciones gubernamentales para incrementar la accesibilidad a esos bienes solo servirán para suprimir los estímulos del beneficio de los productores<sup>7</sup>. Los individuos, al mismo tiempo, adoptarán precauciones para protegerse a sí mismos sin la necesidad de una acción gubernamental. Bajo este punto de vista, incluso aunque la sociedad no alcance una inmunidad de rebaño mediante la difusión de la infección, las elecciones individuales son preferibles a los confinamientos impuestos<sup>8</sup>.

Sin embargo, esta perspectiva ignora las extensas imperfecciones del mercado de la salud<sup>9</sup>. Los consumidores tienen un amplio desconocimiento de los tratamientos adecuados a sus dolencias, lo que refuerza la necesidad de que se satisfaga la competencia e integridad profesional de los prestadores del servicio. El seguro médico es objeto de riesgo moral y de la selección adversa (Arrow, 1963; Powell y Goldman, 2020). Es posible que los individuos no revelen a las compañías de seguros sus condiciones previas de salud con plena veracidad, si las aseguradoras establecen el precio dependiendo del riesgo de que cada persona presente una reclamación. Una vez asegurados, es posible que soliciten un cuidado excesivo porque no han pagado el costo total de sus propios bolsillos (riesgo moral). Tales acciones incrementarán el umbral de rentabilidad del coste del seguro y harán indisponibles ciertos tipos de cobertura. Además, si las compañías de seguros no pueden ajustar sus precios para reflejar los riesgos en sus resultados finales, las personas sanas podrían renunciar al seguro, lo que hace que el sistema de seguros se desmorone, porque éste depende del promedio de las reclamaciones entre los asegurados (selección adversa). En pocas palabras, a diferencia de muchos desastres naturales, la estructura subyacente del sector de la salud está plagada de ineficiencias que la pandemia ha exacerbado. Por supuesto que puede haber aumento de precios y contratos obtenidos de manera corrupta en la atención frente a desastres naturales y conflictos humanos, pero tener a la sanidad en el centro de la recuperación del desastre crea problemas especiales.

---

<sup>6</sup> Los incentivos subyacentes para la corrupción burocrática están expuestos en: Rose-Ackerman and Palifka (2016 pp. 51-92).

<sup>7</sup> Por ejemplo, véase: Lybecker (2020); Swan y Gerstein (2020).

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase: Brumfiel y Keith (2020); Cannon (2020).

<sup>9</sup> La economía del sector de la salud es un campo de estudio ampliamente desarrollado que se inició con el clásico artículo de Kenneth J. Arrow, «*Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*» (1963).

\*\*\*

Como observó el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa en su guía a los estados miembros:

[La corrupción relacionada con la COVID-19 puede tomar la forma de] facilitar pagos/sobornos para impulsar los procesos que pueden haberse retrasado debido a limitaciones de plantilla o al cierre de las oficinas públicas; la falsificación de documentos para reunir las condiciones de los programas de ayudas estatales con medidas paliativas de la pandemia; el evitar las exigencias de la certificación de los productos, la falta de acreditación de cadenas de suministro alternativas, donaciones, falta de recursos para supervisar conductas incorrectas de empleados individuales, etc.

Estas tres características de crisis de la COVID-19, consideradas conjuntamente, han incrementado significativamente los riesgos de corrupción. En primer lugar, el rápido desarrollo de la pandemia y la correlativa recesión económica han conducido a una feroz competencia por los recursos esenciales. En segundo lugar, los gobiernos han movilizado rápidamente fondos públicos (tanto para el sistema sanitario como para la estabilidad económica) en una escala sin precedentes, creando oportunidades para la captación de dinero fácil de muchos tipos, incluyendo las abiertamente corruptas. En tercer lugar, los políticos, los funcionarios y los profesionales sanitarios ejercen una discrecionalidad sustancial en la asignación de recursos. Una pérdida de transparencia y debilitamiento de la supervisión y del cumplimiento de las normas han exacerbado los problemas de corrupción y de fraude, y las medidas públicas contra esos delitos no han mantenido el paso del desarrollo de la crisis. Yo discuto cómo esas características interactúan en los procesos de adquisiciones y suministros (Sección 2); en la asistencia gubernamental a los particulares y a las empresas (Sección 3), y en el desarrollo y autorizaciones de los medicamentos (Sección 4).

## 2. Procedimientos de contratación urgente

La adjudicación de los contratos públicos durante una emergencia pública afronta retos que difieren de los que surgen en los tiempos ordinarios. La contratación pública es normalmente un mercado de compradores y las agencias de contratación tienen una influencia significativa sobre los proveedores. Sin embargo, durante una emergencia, el tiempo presiona y la pérdida de proveedores cualificados puede socavar la claridad y transparencia del proceso de contratación, creando un ambiente favorable a las compañías para implicarse en colusión en las licitaciones, aumento de precios y fraude<sup>10</sup>.

Los ejemplos abundan. Por señalar solo unos pocos, en los Estados Unidos, contratos de cientos de millones de dólares son adjudicados a compañías con poca o ninguna experiencia en producir los bienes necesitados, incluyendo las de la industria armamentística o con antecedentes de fraude<sup>11</sup>. En Eslovenia, de los aproximadamente 80 millones de euros en contratos adjudicados en la última semana de marzo del 2020, el treinta y nueve por ciento fueron a una compañía controlada

<sup>10</sup> Estos incentivos se suman a los riesgos de fondo de corrupción en las adquisiciones, discutidos en Rose-Ackerman y Palifka (2016, pp. 99-109). El relativo poder de negociación de los funcionarios públicos con las compañías privadas de suministros determina el nivel de los sobornos, pero puede no afectar su incidencia.

<sup>11</sup> Por ejemplo, véase: Gabrielson, et al. (2020); Salman y Penzenstadler (2020); Gelles y Abrams (2020).

por un dirigente de la industria del juego que no tenía ninguna experiencia previa en el sector de la salud (Delic y Zwitter, 2020). En Polonia, se transfirieron en torno a 60 millones de dólares a un suministrador que nunca había distribuido equipamiento médico (Slattery y Brito, 2020).

Aún en el caso de que los bienes y servicios se hayan entregado, se han podido suministrar en precios mucho más altos que en tiempos normales<sup>12</sup>. En Colombia, cuando los funcionarios comenzaron a entregar paquetes de ayuda alimentaria a las familias afectadas por el confinamiento del coronavirus, un miembro del legislativo observó los exorbitantes precios pagados a los suministradores. Una investigación reveló que el Estado estaba pagando más del doble del precio de mercado por ciertos bienes, por ejemplo, 2.81 dólares por 250 gramos de café que se vendía a 1.20 dólares en las tiendas (Faiola y Herrero, 2020). La comisión anti-corrupción de Kenia reveló un problema similar con las agencias estatales pagando por los bienes un 60 por ciento más que sus precios de mercado (Malalo, 2020).

En muchos países, causan sorpresa los contratos adjudicados a contratistas vinculados a la gente en el poder. En el Reino Unido, los contratos fueron adjudicados a compañías cuyos accionistas, consejeros y ejecutivos incluían actuales o anteriores cargos públicos de alto nivel (Tabby Kinder, et al., 2020). El partido gobernante en Sudáfrica se encontró con el clamor de protesta del público después de que el marido de la portavoz presidencial ganase contratos EPI (Sishi y Winning, 2020). Un estudio muestra que gobiernos locales en Colombia, con históricamente altos niveles de corrupción, fueron más propicios a adjudicar contratos a compañías donantes en las campañas electorales y experimentaron sobrecostes e ineficiencias durante la crisis de la COVID-19 (Jorge Gallego, et al., 2020).

Incluso después de que estas estrategias fraudulentas fueron descubiertas, muchas veces es difícil o imposible someter a rendición de cuentas a los transgresores y recuperar los activos. Los contratistas defraudadores no van a responder ante la Administración de Justicia o van a desaparecer en un laberinto de empresas fantasma que no dejan ningún rastro. La *Federal Bureau of Investigation* (FBI) de los Estados Unidos ha identificado numerosos casos de fondos perdidos que habían sido transferidos a contratistas fraudulentos y que, posteriormente, afloraron en los tribunales de los Estados Unidos (Federal Bureau of Investigation, 2020).

Son posibles múltiples tipos de respuesta, pero hay poca evidencia sistemática en torno a cómo deben ser priorizadas o combinadas. Las opciones incluyen: contratación abierta, pre-registro de proveedores, información sobre beneficiarios finales, leyes sobre libre acceso a la información, límites a los conflictos de intereses, supervisión de los organismos públicos y recursos de investigación suficientes para presentar los casos con prontitud y proteger y recompensar a los alertadores.

Numerosas organizaciones internacionales y ONGs han urgido al uso de los sistemas de contratación abierta para combatir la corrupción y el fraude en los procesos de contratación. Como resumía la ONG Open Contracting, los gobiernos deberían convocar procedimientos públicos de urgencia, requerir la justificación y documentación por escrito y publicar en datos abiertos los términos del contrato para permitir a la sociedad civil supervisarlos en tiempo y forma (Open Contracting, s.f.; Amin, 2017). Durante la crisis económica de 2008, la Ley de Recuperación y Reinversión de los Estados Unidos estipulaba que los contratos de compras y suministros no adjudicados mediante subasta debían divulgarse en una plataforma en línea centralizada (Congressional Research Service, 2009). La *Open Government*

<sup>12</sup> Por ejemplo, véase: Malalo (2020).

*Partnership* respalda las reformas anticorrupción de Ucrania que obligan a la publicación abierta de todos los contratos de urgencia, incluidos los términos de pago y entrega, y la cuantía. La sociedad civil ucraniana ha desarrollado una herramienta de inteligencia empresarial para supervisar las adquisiciones médicas y los gastos de emergencia. Ella puede rastrear las diferencias de precio de las pruebas de la COVID-19 en las regiones y en la capital del país, para verificar el precio de los suministros médicos críticos y asegurarse de que las autoridades se comprometan a llenar los centros de tratamiento y no los bolsillos privados (Gavin Hayma, 2020). Será importante comprobar si estas reformas pueden contrarrestar los, por otra parte, altos niveles de corrupción de Ucrania.

Una estrategia complementaria usada en Colombia se centra en el pre-registro de proveedores. Un Decreto de urgencia regula la contratación pública durante la crisis de la COVID-19, habilitando los procedimientos de adquisición de bienes y servicios. La Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente (CCE), ha solicitado a todas las compañías que quieran contratar el suministro de esos productos críticos que se registren. La CCE verifica la información e incluye a los contratistas cualificados en un instrumento marco, facilitando a las todas las agencias del país contratar eficientemente y comparar en línea los precios y las características<sup>13</sup>.

Estas medidas podrían ayudar a limitar los conflictos de intereses en tiempos de emergencia. Una regulación normativa realista necesita reconocer que, especialmente en países pequeños o en procedimientos de contratación especializados, puede haber sólo unos pocos proveedores locales. Reglas estrictas en los conflictos de intereses pueden dar un excesivo poder de negociación a las pocas compañías habilitadas para la contratación. Algunas veces es preferible permitir a muchas compañías que concursen y adoptar normas de contratación abierta, que imponer rigurosos estándares y supervisar una buena relación calidad-precio. Las agencias de contratación necesitan hacer frente a exigencias claras y por escrito para mantener registros completos y adecuados y procedimientos para medir la idoneidad y desempeño de los contratistas (Office of the Inspector General for the U.S. Department of Defense, 2015; Rose-Ackerman, 2014). Sin embargo, si las circunstancias excepcionales hacen que la publicación oportuna de las adjudicaciones sea imposible, la autoridad contratante debería publicar un informe después de los hechos que justifique las decisiones adoptadas (European Commission, 2020). Por su parte, los agentes públicos deberían estar obligados a depositar sus acciones en las compañías licitadoras que se benefician de los contratos adjudicados en un fideicomiso cuya composición sea desconocida por el beneficiario hasta el vencimiento de los programas (Oldfield, 2020).

Para verificar si hay fraude y recuperar los fondos desviados, los gobiernos y los agentes de control de la sociedad civil deben conocer a los beneficiarios finales de las empresas que obtienen los contratos. Algunos países han apuntado a la crisis como una razón para retrasar el cumplimiento de los requisitos de transparencia y beneficiarios finales. Por ejemplo, la *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos ha anunciado que para las instituciones de depósito aseguradas que sean elegibles en la administración federal, los préstamos de los Programas de Protección de Cheques de pago (PPP) «no requerirán de una nueva verificación» de la información de los beneficiarios finales de los clientes que existan «según los requisitos aplicables de la *Bank Secrecy Act* (BSA)

<sup>13</sup> NT. La autora se refiere al Decreto 440 de 20 de marzo de 2020, por el que se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, y al Instrumento de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios para el manejo de la emergencia por el COVID-19.

[Ley de secreto bancario], salvo que se indique lo contrario por parte de una visión basada en el riesgo de la institución para el cumplimiento de la BSA» (Wolf, 2020). Un debilitamiento similar de las normas se ha producido en Bahamas donde la obligación de cumplir con las previsiones del Registro de Beneficiarios Finales ha sido suspendida durante la emergencia pública y por 60 días adicionales después de que esta haya terminado (Renee Farquharson, 2020). El Gobierno polaco extendió el término final para registrar a los beneficiarios finales en lo que ya era una vigilancia de bajo perfil (Linklaters, 2020).

El debilitamiento de las reglas de transparencia bajo la excusa de relajar la carga sobre los negocios puede ser un tiro que sale por la culata. Esa política expone a las empresas y a los particulares a un incremento del riesgo de los fraudes y de la corrupción, socavando la efectividad de los programas. Los registros de potenciales contratistas y de datos sobre contratos adjudicados pueden hacer imposible trazar los beneficiarios finales de los contratos públicos, especialmente si residen fuera de las fronteras de su jurisdicción<sup>14</sup>. Como un paso en esa dirección, el Fondo Monetario Internacional (FMI) reportó que Gabón, Moldavia y Nigeria se habían comprometido a publicar información sobre la contratación pública relativa a la crisis y a los beneficiarios finales de las compañías que contrataban con la Administración (International Monetary Fund, 2021). El FMI espera que esos programas sean ejemplos positivos para terceros.

Si las propias prácticas del gobierno están debilitándose, la sociedad civil puede ser capaz de hacer uso de las *Freedom-of-Information Acts* (FOIAs) [leyes de Acceso a la Información] disponibles en muchos países. Estas leyes que se han expandido globalmente en los últimos años, habilitan a cualquiera –incluidos los ciudadanos ordinarios, los grupos de la sociedad civil y los medios de comunicación– para requerir información de la Administración (Ackerman y Sandoval, 2006). Pueden ser potentes instrumentos si realmente no tienen demasiadas excepciones abiertas y si la Administración responde diligente y adecuadamente a las solicitudes. Aunque una difusión por adelantado es una vía más simplificada y sencilla para ofrecer la información, las solicitudes *ex post* FOIA pueden suplementar las leyes de contratación abierta, mediante el aseguramiento de que la información solicitada esté realmente disponible al público.

Sin embargo, durante la crisis, el responder a tales solicitudes puede tener una prioridad baja. El gobierno puede permitir la relajación temporal de las normas de la FOIA para permitir flexibilidad en la situación de alarma. Algunas jurisdicciones han extendido explícitamente los plazos para responder a las solicitudes hasta que termine la pandemia, dejando claro que las solicitudes basadas en la FOIA no tienen prioridad<sup>15</sup>. En los Estados Unidos, los grupos de la sociedad civil han interpuesto demandas contra las agencias gubernamentales que se han negado a facilitar información relativa a la respuesta a la pandemia<sup>16</sup>. Todavía está por ver si conseguirán mejorar la efectividad de las FOIA para controlar los abusos.

<sup>14</sup> Por ejemplo, véase: Open Ownership (2020).

<sup>15</sup> Por ejemplo, véase: Frary (2020); Office of the Governor State of Hawaii (2020); D.C. Policy Center (2020).

<sup>16</sup> Por ejemplo, véase: Compliant for Injunctive and Declaratory Relief. *Knowledge Ecology International v. National Institutes of Health*. Case No. 8:20-cv-2927. (United States District Court for the District of Maryland, 2020). Recuperado de: <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/1092020KEINIHFIOIAComplaint.pdf>; Complaint. *Pro Publica, Inc. v. United States Department of Health & Human Services*. Case No. 20-4092 (United States District Court for the Southern District of New York, 2020). Recuperado de: <https://www.documentcloud.org/documents/6935608-2020-05-28-DE-001-Complaint-DMWEST-40181066.html>

Algunos gobiernos pueden retrasar el cumplimiento de las solicitudes de la FOIA como parte de un intento por anular las reformas, alegando la emergencia como excusa. Tales acciones se arriesgan a facilitar que la corrupción se oculte más fácilmente en el corto plazo y pueden socavar la legitimidad del gobierno si las actividades ilícitas afloran más tarde. La presión económica severa y la dificultad de obtener información pueden suponer una doble barrera a los medios locales y a los grupos de vigilancia (Vittori, 2020).

Las *Law enforcement investigations* [investigaciones para el cumplimiento de las leyes] se concentran en los comportamientos delictivos del fraude o la corrupción, pero algunos tipos de conducta ilícita pueden ser también perseguidos como ilícitos civiles cometidos por compañías privadas y como violaciones de las reglas funcionariales y códigos éticos. En los Estados Unidos, diversas instituciones gubernamentales, incluidos el Departamento de Justicia (DOJ), el de Seguridad Nacional (DHS) y el de Salud y Servicios Sociales, pueden interponer acciones anti-corrupción y anti-fraude relacionadas con la crisis de la Covid-19, incluyendo las comprendidas bajo la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) [Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero] que criminalizan el pago de sobornos para conseguir negocios en el exterior<sup>17</sup>. Sin embargo, incluso en los Estados Unidos, la capacidad de investigación de las instituciones gubernamentales sigue estando limitada en relación con la magnitud de los desembolsos financieros del gobierno.

Debido a que los numerosos tipos de fraudes y corrupción tienen participantes dispuestos a ello por ambos lados, es especialmente importante para los fiscales ser capaces de animar y proteger a los alertadores (*whistleblowers*) (Rose-Ackerman y Palifka, 2016, pp. 219-221). La encuesta a los profesionales anti-fraude citada antes indica que las represalias a los alertadores se producen en casi la mitad de los países encuestados (46%) y los problemas que los alertadores señalaron son múltiples (Nemexis, 2020; Feinstein, 2020). Incluso, aunque haya leyes para la protección de los denunciantes, estas solo pueden proteger una estrecha gama de personas y de revelaciones y las medidas para proteger los derechos de los alertadores pueden ser inadecuadas (OECD Webinar, 2020, 22 de mayo). Los Estados Unidos generalmente tienen sistemas de protección de los alertadores más fuertes que en otros muchos países y los alertadores en el sector privado pueden obtener recompensas por reportar acciones ilícitas relativas a los contratos públicos. No obstante, el sistema no siempre funciona adecuadamente. Por ejemplo, cuando una antigua empleada del Departamento de Salud de Florida alegó que había sido despedida después de rechazar manipular los datos COVID-19, la policía de Florida registró su casa bajo la acusación de que había intentado *hackear* al Departamento, al intentar iniciar una sesión informática con credenciales caducadas (Ceballos, 2020; Chappell, 2020).

En una crisis de evolución rápida es poco probable que los procedimientos ordinarios que tardan meses, faciliten la publicidad y las acciones oportunas. Si una crisis genera una importante presión económica, es posible que los alertadores sean incluso más reacios a embarcarse en una conducta que pueda costarles su trabajo (OECD Webinar, 2020, 22 de mayo). Si las garantías existentes son insuficientes, es importante que la ley incluya protecciones especiales para los alertadores en los programas de estímulo en el estado de emergencia y que envíe mensajes consistentes al público reforzando que el denunciar las conductas ilícitas es importante y merece gratitud.

---

<sup>17</sup> Por ejemplo, véase: Office of the Attorney General (2020); Department of Homeland Security (2020); Department of Health and Human Services, Office of Inspector General (2020).

El control de la especulación de precios requiere un enfoque matizado. Puede haber una genuina escasez de algunos productos que generen incrementos temporales en los precios. A pesar de que los cárteles oportunistas deberían ser castigados, las limitaciones de precios pueden crear un mercado negro y los castigos severos pueden desalentar la producción de los bienes necesarios. Sin embargo, el gobierno puede limitar la presión ascendente de los precios mediante procesos de coordinación y centralización de los suministros. Los gobiernos estatales (NT, los gobiernos autonómicos) y locales pueden aprovechar la concentración de su poder de compras, mientras que el gobierno nacional y federal pueden ayudar mediante la coordinación y la obtención de suministros suplementarios (Folliot Lalliot y Yukins, 2020).

No obstante, la mera confianza en los mecanismos del mercado no es la solución. A parte de las graves implicaciones éticas de permitir que las oportunidades de sobrevivir dependan de los privilegios que existen, una distribución basada únicamente en el mercado es, asimismo, ineficiente para aprovechar las externalidades positivas de algunas ventajas del sistema de salud. Además, a causa de las consecuencias sociales que surgen de la asignación de beneficios escasos, su distribución debería hacerse sistemáticamente y no dejando las decisiones a los médicos de cada caso.

El método de distribución debería depender de la naturaleza de cada suministro, así como de la preocupación por la justicia distributiva. Al igual que en tiempos de guerra, pueden ser necesarias cartillas de racionamiento, los sorteos o procedimientos de solicitud. Durante una pandemia, asegurar el suministro del equipamiento de protección personal y de las vacunas a los trabajadores médicos y esenciales, y luego racionar su disponibilidad para otros, sería más efectivo para controlar la propagación del virus que dejarlos accesibles solo para los que cuentan con los recursos adecuados (Glazer, 2020). La atención por el orden de llegada tampoco es muy recomendable ni sobre las bases de la justicia ni de la eficiencia, y puede incentivar usos extraoficiales e ilegales para adelantarse en la cola (Meskell, 2020).

Cualquier aproximación debiera tener en cuenta el principio de imparcialidad y el posible beneficio colateral con las salvaguardias adecuadas contra la corrupción (Bloom, 2020; Bersad et al., 2009). De forma ideal, la distribución debiera estar basada en criterios que sean fáciles de identificar a fin de minimizar el espacio para la discrecionalidad y la manipulación. Pero, cuando se afrontan demandas incontenibles que provienen de grupos formados por personas indiferenciadas, el sistema de sorteo es una alternativa porque es imparcial y puede ser menos susceptible de corrupción si opera bajo normas transparentes (Emanuel et al., 2020; Kenen, 2020; Vogel, et al., 2020). La claridad comunicativa con el público sobre las necesidades y las bases de las reglas de distribución sería la clave para preservar la legitimidad de la intervención y reducir la motivación para eludir o desobedecer a las normas.

Un beneficio adicional para usar el sorteo para distribuir un tratamiento experimental escaso es que también tiene un mérito científico. Al afrontar la escasez, todos los pacientes son tratados imparcialmente ya que todos tienen una igual oportunidad de ser seleccionados. Por añadidura, como subrayan dos doctores en medicina, el propio sorteo facilita información acerca de la eficacia del tratamiento. Si hay alguna razón para dar prioridad a algunos tipos de pacientes, tales como los trabajadores de la salud que están en primera línea, entonces, el sorteo puede ser diseñado para darles una mayor probabilidad de ser seleccionados (White y Angua, 2020). Este ejemplo ilustra el valor de los métodos de distribución diferentes al

mercado y la necesidad de prevenir que la corrupción y el favoritismo los debiliten. El dejar esas elecciones en manos de los médicos individuales corre el riesgo de incurrir en favoritismos y propiciar acuerdos corruptos. El acceso corrupto no solo es injusto, sino que también impide un análisis adecuado de la utilidad del tratamiento en la población.

### 3. La rápida distribución de la asistencia gubernamental a los individuos y empresas

Muchos países han puesto en marcha programas de ayuda económica para las personas y las empresas. El rápido desenvolvimiento de las transferencias urgentes a individuos y compañías ha amplificado los riesgos de soborno, el fraude y malversación. La gestión inadecuada de los fondos públicos puede adoptar diversas formas, incluyendo los pagos para el acceso a los servicios sanitarios, los pagos para la reapertura de los negocios o para evitar las acciones en cumplimiento de la ley; los pagos para recibir tratos preferentes o ayudas gubernamentales, y la auto-contratación y el cobro de comisiones ilegales. La especial dificultad que se plantea aquí radica en el gran número de beneficiarios –de forma que los esfuerzos singulares para el cumplimiento de la ley son excesivamente costosos– y en que las autoridades normativas están sometidas a una intensa presión por parte de los grupos de interés, en la medida en que las empresas intentan moldear la distribución de beneficios a su favor (Vogel, et al., 2020). Los estudios muestran que, en el primer trimestre de 2020, cuando el Congreso de los Estados Unidos se encontraba debatiendo los 2 billones de dólares de la *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act* [Ley de Ayuda, Alivio e Impacto Económico ante el Coronavirus (CARES [cuidados])] los gastos de cabildeo aumentaron notablemente en varios sectores y el gasto y las inscripciones del sector de la salud aumentaron todavía más rápidamente (Olson, et al., 2020).

Es especialmente importante limitar previamente los incentivos a la corrupción en la estructura básica de los programas de estímulo. Eso implica optar por la selección de estándares sencillos y con casos claros, incluso aunque no sean los estándares ideales en un mundo perfectamente honesto. Por ejemplo, un estudio del Banco Mundial señala que en aquellas regiones donde la capacidad administrativa del Estado es débil, los objetivos categóricos basados en características fácilmente observables que están directamente correlacionadas con la pobreza pueden sustituir a criterios de elegibilidad que son más difíciles de medir como el ingreso (Tabor, 2002). Independientemente de qué criterio sea empleado, la información sobre la elegibilidad y el objetivo del beneficio debería ser fácilmente accesible y estar acompañada por el compromiso de incrementar la comprensión pública de los beneficiarios deseados (United Nations Office of Drugs and Crime, 2020, p. 2; Ellena, Brown y Dreher, 2020, p. 13).

Sin embargo, el control y la revisión a posteriori siguen siendo importantes. Lamentablemente, en los Estados Unidos parece haber debilidades en los mecanismos de supervisión de la Ley CARES. La supervisión es una condición necesaria para prevenir la ilicitud y castigar a aquellos que se pasan de la raya. La Ley CARES establece que el programa será supervisado mediante tres mecanismos: La *Congressional Oversight Commission* [La Comisión de Supervisión del Congreso] que presenta evaluaciones mensuales del fondo de estabilización de quinientos mil millones de dólares del Departamento del Tesoro; la *Pandemic Response Accountability Committee* [Comité de Rendición de Cuentas de la Respuesta a la Pandemia] que supervisa la implementación de la Ley CARES para detectar y prevenir el fraude, el despilfarro y el abuso, y el *Special Inspector General for Pandemic Recovery* [Inspector General Especial para la Recuperación de la

Pandemia], nombrado por el presidente para informar sobre la adecuación del gasto por parte del Departamento del Tesoro (Mellman y Eisen, 2020).

A pesar de que la ley se aprobó a finales de marzo de 2020, el *Special Inspector General* que se prevé que supervise las actividades del Departamento del Tesoro, no fue confirmado por el Senado hasta mediados de junio, más de dos meses después de que la Ley CARES fuese promulgada (Rappeport, 2020). El presidente de la *Congressional Oversight Commission* no ha sido ratificado hasta mediados de febrero de 2021 (Congressional Oversight Commission, 2021). Después de que el presidente Trump destituyese al director inicial del *Pandemic Response Accountability Committee* (un grupo de 21 inspectores generales [IGs]), el Comité ha seguido adelante sin un nuevo director designado oficialmente. Actualmente, el grupo está dirigido por los IGs del Departamento de Justicia y de la NASA (PRAC, 2021; The White House, 2020, marzo).

Las emergencias anteriores ilustran cómo pueden surgir las dificultades. Tómese en consideración el Huracán Katrina en los Estados Unidos y la Epidemia del Ébola. El Huracán Katrina golpeó directamente a Nuevo Orleans en agosto de 2005. Siguiendo la información facilitada por *The Hill*, la *Government Accountability Office* [Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno] ha estimado que para junio de 2006 aproximadamente mil millones de dólares de la ayuda por el Huracán Katrina habían sido distribuidos incorrectamente y habría sido potencialmente obtenida de forma fraudulenta. Para 2012, 1439 personas que abarcaban a 41 distritos federales, fueron acusadas con cargos federales relacionados con el huracán por fraude contra el gobierno. Para 2014, había sido arrestado por delitos federales relacionados con corrupción, el decimoséptimo funcionario de Nuevo Orleans, incluyendo a un miembro de la dirección de una escuela, un senador estatal, un representante del Estado, un juez, múltiples miembros de corporaciones locales, un forense y numerosos alcaldes. Hasta el momento, no está claro cómo mucha de la ayuda para el Huracán Katrina se perdió en fraude y corrupción (Cortese, 2020).

El Ébola golpeó África Occidental en 2014-2016. La Cruz Roja Internacional estimó el coste de la corrupción asociada con el brote en Guinea y Sierra Leona en más de seis millones de dólares. Los informes muestran que la epidemia del Ébola provocó el desvío y la mala administración de fondos, desviaciones en la justificación de salarios, la duplicación de pagos de suministros y el soborno de profesionales de la salud para recibir atención médica y salir de las zonas en cuarentena (Divjak y Dupuy, 2015).

Para complementar e incentivar la responsabilidad en el gasto de los países de bajos ingresos, los donantes bilaterales y multilaterales podrían incorporar medidas anti-corrupción más fuertes en sus paquetes de ayuda. A principios de año, el FMI y el Banco Mundial fueron inundados con peticiones de ayuda extranjera<sup>18</sup>. Los prestamistas multilaterales han mantenido que todos los fondos serán sometidos a exigencias de previa integridad debido, en parte, quizá a la continua presión de muchas ONGs anti-corrupción. Como afirmó el Departamento de Asuntos Fiscales del FMI en 2020: «Haz lo que sea necesario, pero guarda los recibos» (International Monetary Fund Fiscal Affairs, 2020). Su director ejecutivo declaró: «No queremos que la rendición de cuentas y la transparencia pasen a un segundo plano» (International Monetary Fund, 2020, 15 de abril). El FMI señaló que el 58% de todos los tratados económicos contienen compromisos específicos para controlar el riesgo de corrupción tales como la auditoría del gasto de COVID-19 y la publicación de

<sup>18</sup> Por ejemplo, véase: World Bank Group (2020, 19 de mayo); International Monetary Fund (s.f.).

información sobre suministros (Berazategui, 2020; International Monetary Fund, 2020, 30 de junio).

Estos compromisos voluntarios con indicadores no son suficientes para garantizar que los fondos se gasten de manera responsable, especialmente en países con antecedentes de corrupción endémica. La cuidadosa documentación del gasto es una condición necesaria para la rendición de cuentas, pero ¿Es suficiente? ¿Qué significa «haz lo que sea necesario»? Esto apunta a la deferencia del FMI respecto de las opciones de los países miembros sobre cómo reaccionar, pero, en muchos casos, puede simplemente consolidar contactos basados en el favoritismo y el clientelismo. Aunque se pueda comprender la poca disposición del FMI a involucrarse en la dirección de políticas a nivel micro, los ciudadanos de cada país, las empresas, los trabajadores y la sociedad civil no debieran conformarse únicamente con una rendición de cuentas a posteriori. Incluso, aunque no se pagasen sobornos, pueden producirse fraudes evidentes en los casos donde hay comprobantes, pero no se entregaron los suministros contratados o fueron defectuosos.

Se han propuesto muchas medidas para controlar el riesgo de corrupción en la ayuda exterior. En los Estados Unidos, la Fundación Carnegie está destacando la *Countering Russian and Other Overseas Kleptocrats (CROOK) Act* (H.R. 3843/S. 3026) [la Ley para la Lucha contra los cleptócratas rusos y otros en el extranjero (CROOK [mangante])] como una parte del futuro paquete de gastos relacionados con el coronavirus. La norma formaría un Fondo de Acción Anti-corrupción para dar soporte urgente a los países deseosos de adoptar una respuesta rápida contra la corrupción, tal y como la crisis actual exige (Bellows, 2020). La propuesta es neutral desde el punto de vista presupuestario y disfruta del apoyo de los dos partidos. Sin embargo, como señala algún observador, la ley CROOK no se encarga de las causas de la corrupción que surgen en las interacciones personales y de la discrecionalidad generada por diversas barreras comerciales y otras regulaciones distorsionadoras (Koehler, 2020). Una propuesta de ley presentada por el Senado en 2019 ha solicitado al Departamento de Estado que evalúe los riesgos de corrupción en los países que reciben ayuda exterior de los Estados Unidos y desarrolle los mecanismos anti-corrupción adecuados<sup>19</sup>. Este año, el Ministro de Desarrollo de Alemania anunció un plan para reducir el número de receptores de ayuda y hacer del buen gobierno, del respeto a los derechos humanos y de la lucha contra la corrupción los criterios para la futura cooperación en materia de ayuda (Deutsche Welle, 2020, 5 de mayo). Otros mecanismos que se proponen incluyen enlazar el desembolso de ayuda a la acreditación de resultados tales como los niveles de realización de test y de vacunación (Loayza, 2020).

A pesar de que es cierto que los Estados varían en su capacidad de aplicar supervisiones rigurosas, la mayoría de ellos tienen la infraestructura y los recursos necesarios para un nivel básico de control presupuestario. En el pasado y durante la actual pandemia, los países donantes y las agencias fueron capaces de trabajar con los gobiernos locales para desarrollar sistemas de seguimiento a fin de identificar a los beneficiarios previstos en los programas de ayuda (International Monetary Fund, 2020, mayo 19). La supervisión en tiempos de crisis no es un privilegio reservado para los países desarrollados. Si centralizan y optimizan el gasto en la respuesta a la crisis, minimizan los fondos extrapresupuestarios e introducen verificaciones *ex post*, también los países de bajos ingresos pueden reducir significativamente las pérdidas de recursos.

<sup>19</sup> Combating Global Corruption Act of 2019, S.1309, 116th Cong. (2019). Recuperado de: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1309/text>

#### 4. Autorizaciones de medicamentos y uso de información privilegiada

La pandemia ha inundado de dinero la investigación y el desarrollo en medicamentos, y la mayoría del mismo han sido recursos públicos. La velocidad con la que las autoridades responsables de las políticas públicas están buscando soluciones a la pandemia crean oportunidades para que las empresas sorteen la revisión regulatoria ordinaria para introducir medicamentos en el mercado o en programas financiados con fondos públicos. Ello también contribuye a que algunos productores de medicamentos se aseguren un trato preferente no sólo para obtener las autorizaciones, sino también obtener ventajas fiscales y otros beneficios. Al mismo tiempo, las leyes de protección de la propiedad intelectual limitan la transparencia en el desarrollo del producto reduciendo la capacidad de terceros para desafiar los comportamientos corporativos.

Un tipo de tratamiento favorable es el de «seguimiento rápido». Por ejemplo, la *Food and Drug Administration* (FDA) [La Administración de Alimentos y Medicamentos] de los Estados Unidos concedió rápidamente a Gilead Sciences el estatus de medicamento huérfano a un medicamento experimental para tratar la COVID-19, una designación reservada usualmente para el tratamiento de enfermedades raras. Ese estatus comporta exclusividad en el mercado, exenciones fiscales y la dispensa de tasas regulatorias (Chua y Cont, 2020). La compañía finalmente desistió de tal estatus a causa de las protestas (Lupkin, 2020). Los estándares contractuales de la Administración federal estadounidense para subsidiar la investigación médica durante la pandemia podrían debilitar la capacidad del gobierno para otorgar licencias genéricas a competidores si la compañía subsidiada no logra que el producto sea accesible en términos razonables (Rowland, 2020). En circunstancias normales, las prácticas mercantiles de esta industria han suscitado preocupaciones éticas y, durante la pandemia, las compañías privadas pueden aprovechar esta oportunidad para enriquecerse a expensas del interés público.

Las esperanzadoras vacunas que están ahora recibiendo aprobación regulatoria sugieren que la pandemia pueda ser controlada en 2021, pero será importante para los gobiernos seguir vigilantes. Por supuesto que las farmacéuticas debieran ser capaces de obtener beneficios de sus descubrimientos, pero no deberían explotar las posiciones vulnerables de los gobiernos y de los pacientes, especialmente en los países de bajos ingresos.

El uso de información privilegiada puede ser una fuente de preocupación. Cuatro senadores de los Estados Unidos fueron públicamente acusados de uso de información privilegiada después de que apareciese que se habían beneficiado de ventas de acciones tras una sesión informativa privada para todos los senadores sobre el coronavirus (Lipton y Fandos, 2020)<sup>20</sup>. Esto ha dado pie a que la *Securities and Exchange Commission* [Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos] emita una alerta sobre el material informativo no público relacionado con el virus (Avakian y Peikin, 2020).

Las cadenas de producción de medicamentos y de aparatos médicos se extienden frecuentemente a través de las fronteras nacionales pero la crisis de la COVID-19 ha perturbado las pautas regulares de producción, venta y exportación. Como se mencionó antes, la necesidad de contratar con nuevos suministradores en una emergencia puede circunvalar los procesos ordinarios de diligencia debida. El

<sup>20</sup> Tres casos fueron cerrados en mayo de 2020.

imperativo de obtener suministros para la asistencia sanitaria tan rápido como sea posible puede, por ejemplo, estimular el pago de sobornos a los agentes reguladores y a los funcionarios de aduanas. Los bufetes de abogados están prestos a remarcar que las compañías que actúan rápidamente están potencialmente expuestas a responsabilidad bajo las leyes sobre sobornos en el extranjero y de anti-lavado de dinero<sup>21</sup>. Las iniciativas de contratación abierta y de registro de los beneficiarios finales pueden ser aquí tan útiles como lo son en cualquier otro tipo de contratación de suministros.

Pero los incentivos a la corrupción son más profundos en otros tipos de contratación de suministros a causa de las características peculiares del sector de la salud. Los riesgos surgen no solo de la necesidad de rapidez y de la posibilidad de que aquellos que tienen acceso a información privilegiada obtengan beneficios especiales. Además, la pérdida de conocimientos específicos de los consumidores, el riesgo moral y la selección adversa que caracterizan los mercados de seguros pueden hacer surgir riesgos en la lucha contra la corrupción en la pandemia (Arrow, 1963; Powell y Goldman, 2020). El estudio de la corrupción siempre plantea la cuestión de cuándo utilizar el sistema de precios y del mercado privado para distribuir bienes y servicios escasos, y de cuándo seleccionar los métodos de distribución basados en el mérito, la eficacia o el valor social en su conjunto. La información insuficiente sobre el futuro es un problema para todos y puede conducir al fatalismo o a la creación de mercados de seguros para difuminar el riesgo sobre cierta población –para los accidentes de automóvil, la esperanza de vida, los riesgos de incendios y robo– y, por supuesto, los riesgos para la salud.

La información insuficiente, sin embargo, no es el único problema. Además, el mismo dólar representa un desembolso trivial para una persona y un gran sacrificio para otra. El mercado privado es un mecanismo deficiente para la redistribución del ingreso de aquellos que están en la peor posición. Es más, si el consumo de una persona genera beneficios y costes colaterales para otros, el consumidor puede no tomar en consideración esos efectos externos. Algunos productos no pueden ser diseccionados en paquetes de consumo individual; son consumidos en común. Así, aunque una vacuna proporciona un beneficio personal a un individuo, la generalización de un programa de vacunación beneficia incluso a aquellos que eligen no ser vacunados.

El sector de la salud es una prominente ejemplificación de estos efectos distributivos y de los fallos del mercado. Así, incluso sin la cobertura de la pandemia, un mercado de la salud competitivo y sin regulación no es ni eficiente ni justo. Es más, las políticas públicas deberían atender tanto a las cuestiones de la justicia distributiva como a tomar en cuenta las debilidades de información y efectos externos. De hecho, el sector de la salud está protegido con programas públicos y regulaciones en todas sus políticas. El seguro médico de salud es una compleja mezcla de prestaciones públicas y privadas en la mayoría de los países, aunque algunos han tratado de prohibir tanto la prestación privada como los seguros privados. Para el sistema de salud, donde la escasez se combina con la regulación y donde el sector público determina quién está cualificado para prestar y recibir el tratamiento, los incentivos a la corrupción existen en los tiempos ordinarios y se han incrementado durante la pandemia<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Por ejemplo, véase: Kostolampros, et al. (2020)

<sup>22</sup> Por ejemplo, los productos farmacéuticos y los equipamientos médicos se han convertido en muy relevantes fuentes de beneficio para los principales agentes de ventas a los hospitales chinos y han pagado sobornos a los funcionarios de contratación para hacer las ventas. Véase: Rose-Ackerman y Tan (2015).

Para el seguro médico, las respuestas a los problemas del riesgo moral y de la selección adversa pueden crear incentivos a la corrupción. Considérese el riesgo moral. Los individuos pueden demandar atención sanitaria con poca conciencia de su coste social si el dinero que sale de su bolsillo es poco o simplemente no lo pagan. Sin embargo, hay una fuerza opuesta operativa durante la pandemia. La prevención y el tratamiento es problemático y oneroso para los individuos, pero los beneficios de sus acciones están parcialmente afectados por otras personas que afrontan menos riesgos de exposición por las acciones preventivas de otros. Estos beneficios externos son una justificación fuerte para requerir a los individuos que realicen acciones onerosas que les beneficien tanto a ellos como a los otros. A causa de que algunos de esos beneficios fluyen hacia terceros, los individuos pueden no tomarlos en cuenta. En alguna medida, estos dos efectos pueden equilibrarse, pero, lamentablemente, las acciones para la protección ajena no son siempre las mismas que aquellas que benefician a uno mismo, su familia o su comunidad religiosa. Así, es predecible que la corrupción y otros tipos de elusión de la responsabilidad en común puedan darse en esas situaciones. Por ejemplo, el dueño de un restaurante puede pagar a los inspectores para que rebajen la exigencia de desinfección de las instalaciones y podría ahorrarse los eficaces dispositivos de protección individual para su personal. Los proveedores de tales dispositivos podrían pagar a los funcionarios para obtener la aprobación de productos inadecuados que se puedan vender como conformes. La policía puede dejar a la gente evitar los confinamientos y cuarentenas a cambio de sobornos<sup>23</sup>. Las empresas que usan estos productos tienen pocos incentivos para comprobar su eficacia, en parte porque no tienen la cualificación para hacer juicios de calidad y, en parte, porque su principal preocupación es la de atraer clientes sosteniendo que siguen las directivas gubernamentales.

Considérese ahora la selección adversa donde las personas de bajo riesgo optan por no asegurarse. Una respuesta a este problema es requerir a todos que obtengan cobertura o cargar con una tasa a quienes no lo hagan, como se hizo en la versión original de la *Affordable Care Act* [Ley del Cuidado de Salud a Bajo Precio conocida como el *Obamacare*] de los Estados Unidos<sup>24</sup>. Si los gobiernos adoptan esas normas, las personas de bajo riesgo podrían hacer pagos para evitar una reclamación por incumplimiento o podrían evitar una sanción mediante el pago de un soborno. Este incentivo existe en cualquier caso que evite la selección adversa, pero tiene costes adicionales durante la pandemia. Ahora, las personas de bajo riesgo que optan por no tener cobertura pueden infectar a otras personas si caen enfermos. Aquellos que no adoptan la cobertura pueden incluir, no solo a los de bajo riesgo, sino también a aquellos que son más tolerantes con el riesgo de la persona media. Si eso es cierto, los costes externos de su falta de aseguramiento serán especialmente perjudiciales desde un punto de vista social si ellos se enferman. La selección adversa puede llevar a la totalidad del programa de seguro médico a desmoronarse, ya que el rechazo de algunas personas de bajo riesgo a sumarse incrementa el riesgo total del programa, lo que hace que las personas de nuevo marginales se retiren, y así sucesivamente. En contraste, si aquellos que optan por no asegurarse no son de bajo riesgo, sino que tienen una alta tolerancia a todos los niveles de riesgo, entonces el conjunto de los asegurados no se desmoronará. Simplemente cubrirá a menos gente. Sin embargo, la última versión de la selección adversa será especialmente dañina en el contexto de una enfermedad altamente contagiosa. Ahora, las personas que aceptan el riesgo sin conciencia social pueden extender el virus a otras personas que son más reacias al riesgo, o que son más susceptibles de contraer la enfermedad y/o

<sup>23</sup> Por ejemplo, véase: Transparency International (2020).

<sup>24</sup> La regulación de la Ley del Cuidado de Salud a Bajo Precio imponía una tasa a aquellos que no suscribieran un seguro médico bajo la misma u otro equivalente o con una cobertura superior. Esta parte de la ley fue revocada en 2019 (Eibner y Nowak, 2018).

que tienen afecciones de salud que amenazan su vida. Así, hay de nuevo una razón fuerte para requerir que todos tomen precauciones y para tener asegurada la cobertura. El fin no solo es repartir ampliamente los costes, sino también implementar medidas preventivas. Denegar la atención o facturar la atención sanitaria no asegurada puede proporcionar un incentivo para inscribirse, pero aquellos que permanecen fuera del sistema de seguros están imponiendo los costes a terceros. Las sanciones necesitan reflejar los costes externos impuestos por las personas sin seguro sobre todos los demás. Sin embargo, si el programa reflejó los costes, los incentivos individuales para buscar una excepción mediante pagos corruptos podría ser alta. Los funcionarios corruptos podrían registrar a personas en el programa incluso aunque no hayan pagado nada a la autoridad regulatoria. Alternativamente, si el estado asegura gratuitamente a todos, de forma que no haya ninguna selección adversa, el riesgo moral seguirá siendo un problema. Entonces, los incentivos para la corrupción son idénticos a aquellos que surgen siempre que el gobierno proporciona un servicio público que puede variar de calidad según los beneficiarios. La corrupción puede ser un mecanismo de distribución que favorece a los ricos o a la gente sin escrúpulos, como ocurrió en el sistema de salud de Europa del Este tras la caída de los sistemas del socialismo real. En esos países, la salud siguió siendo una responsabilidad pública, pero no estaba suficientemente financiada para satisfacer las demandas de la clase media (Rose-Ackerman, 1995; Kornai y Eggleston, 2008; Stepurko, et al., 2015). Como resultado, se produjo un floreciente pero ilegal mercado privado de la salud en muchos países que permitió sobrevivir al viejo sistema, pero con baja calidad y amplios niveles de desigualdad en la atención. Si ese sistema hubiese coincidido con la pandemia el resultado podría haber sido trágico.

## 5. Conclusiones

La política económica de la pandemia del coronavirus ha creado incentivos a la corrupción, el fraude y la auto-contratación. Junto a una conducta generosa de millones de trabajadores en primera línea, funcionarios públicos y de particulares y empresas, otros han buscado beneficiarse de la situación a costa del público y de las víctimas de la pandemia. Esta conducta anti-social se explica fácilmente por los incentivos económicos que funcionan en la correspondiente crisis sanitaria, donde los gobiernos deben actuar rápidamente y en un contexto de incertidumbre sobre cuál es el mejor camino a tomar. A diferencia de otros tipos de catástrofes, como las climatológicas, terremotos o erupciones volcánicas, la emergencia sanitaria genera problemas especiales. Los pacientes afrontan problemas de riesgo moral y de selección adversa que socavan las soluciones del mercado libre y demandan una respuesta del sector público incluso en los tiempos ordinarios. Es más, cuando el coronavirus empezó a expandirse por todo el mundo no existía ni una vacuna ni un medicamento antiviral. La rápida respuesta de los investigadores farmacéuticos ha producido numerosas vacunas en un tiempo récord, pero este esfuerzo coexistía tanto con cuidados fraudulentos como con equipamientos de protección con precios sobrevalorados o inútiles.

Aunque algunas actividades ilícitas son probablemente inevitables en una pandemia, no debieran ser ignoradas. Por encima de todo, aquellos que se benefician de la corrupción, sean contratistas o particulares, saldrán de la pandemia mejor de lo que entraron si los gobiernos no actúan. La tolerancia de las actividades ilícitas se hará a costa de la legitimidad a largo plazo de los gobiernos y dirigirá la expansión del virus hacia los más vulnerables. La necesidad de una respuesta rápida no debería ser una excusa para debilitar a las instituciones, sino una razón para fortalecer la integridad gubernamental.

## Bibliografía

- Ackerman, J. M. y Sandoval, I. (2006). The Global Explosion of Freedom of Information Law. *Administrative Law Review* (58), pp. 85-130.
- Amin, L. (2017). Making the Case for Open Contracting in Healthcare Procurement. *Transparency International*. Recuperado de: [http://ti-health.org/wp-content/uploads/2017/01/Making\\_The\\_Case\\_for\\_Open\\_Contracting\\_TI\\_PHP\\_Web.pdf](http://ti-health.org/wp-content/uploads/2017/01/Making_The_Case_for_Open_Contracting_TI_PHP_Web.pdf)
- Arrow, K. J. (1963). Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *American Economic Review* (53), pp. 941-973.
- Avakian, S. y Peikin, S. (2020, 23 de marzo). Statement from Stephanie Avakian and Steven Peikin, Co-Directors of the SEC's Division of Enforcement, Regarding Market Integrity. *Securities Exchange Commission Hearings*. Recuperado de: <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-enforcement-co-directors-market-integrity>
- Bellows, A. (2020, 13 de abril). How Global Corruption Threatens the U.S. Pandemic Response. *Carnegie Endowment for International Peace*. Recuperado de: <https://carnegieendowment.org/2020/04/13/how-global-corruption-threatens-u.s.-pandemic-response-pub-81545>
- Berazategui, M. E. (2020, 29 de julio). The IMF, COVID-19, and Anti-Corruption: the Story So Far. *Transparency International*. Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/blog/the-imf-covid-19-and-anti-corruption-the-story-so-far>
- Bersad, G., et al. (2009). Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions. *The Lancet* 373, Issue 9661, pp. 423-431. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673609601379>
- Bloom, D., et al. (2020, abril). A Matter of Life and Death." IMF Finance & Development Article. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2020/04/allocating-scarce-medical-resources-during-the-COVID19-pandemic-bloom.htm>
- Bradley, J., Gebredekidan, S. y McCann, A. (2020, 17 de diciembre). Waste, Negligence, and Cronyism: Inside Britain's Pandemic Spending. *New York Times*. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/94c87005-7eb1-47c4-9698-5afb2b12ab54>
- Brumfiel, G. y Keith, T. (2020, 4 de septiembre). President Trump's New COVID-19 Adviser Is Making Public Health Experts Nervous. *National Public Radio*. Recuperado de: <https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/09/04/909348915/president-trumps-new-covid-19-adviser-is-making-public-health-experts-nervous>
- Cannon, M. (2020, 16 de abril) Libertarian Perspective on Government's Role In Health Crisis. Interview by Michel Martin. *National Public Radio*. Recuperado de: <https://www.npr.org/2020/04/26/845224133/libertarian-perspective-on-government-s-role-in-health-crisis>
- Ceballos, A., et al. (2020, 9 de diciembre). Florida investigation into COVID-19 whistleblower draws rebuke from Crist, others. *Tampa Bay Times*. Recuperado de: <https://www.tampabay.com/florida-politics/buzz/2020/12/08/florida-investigation-into-covid-19-whistleblower-draws-rebuke-from-crist-others/>
- Chappell, B. (2020, 8 de diciembre). Florida Agents Raid Home of Rebekah Jones, Former State Data Scientist. *National Public Radio*. Recuperado de: <https://www.npr.org/2020/12/08/944200394/florida-agents-raid-home-of-rebekah-jones-former-state-data-scientist>
- Charlis, A. (2020, 15 de junio). Polish opposition pressures government over medical purchases. *Reuters*. Recuperado de: <https://fr.reuters.com/article/instant-article/idUKKBN23M2NO>
- Chua, Kao-Ping y Conti, R. M. (2020, 17 de agosto). Policy Implications of the Orphan Drug Designation for Remdesivir to Treat COVID-19." *JAMA Internal Medicine*. Recuperado de: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarti>



- [cle/2769375](#)
- Congressional Oversight Commission (2021). *About*. Recuperado de: <https://coc.senate.gov/about>. (Accessed February 19, 2021).
- Congressional Research Service (2009, 11 de mayo). *General Oversight Provisions in the American Recovery and Reinvestment Act of 2009 (ARRA): Requirements and Related Issues*. Recuperado de: <https://www.everycrsreport.com/reports/R40572.html>
- Cortese, K. (2020, 6 de abril). COVID-19 and the Coming Corruption Pandemic. *The Hill*. Recuperado de: <https://thehill.com/opinion/criminal-justice/491300-covid-19-and-the-coming-corruption-pandemic>
- D.C. Policy Center (2020, 23 de abril). *How D.C. is Responding to COVID-19 (Updated)*. Recuperado de: <https://www.dcpolicycenter.org/publications/covid19-emergency-legislation/>
- Delic, A. y Zwitter, M. (2020, 3 de abril). Opaque Coronavirus Procurement Deal Hands Millions to Slovenian Gambling Mogul." *OCCRP*. Recuperado de: <https://www.occrp.org/en/coronavirus/opaque-coronavirus-procurement-deal-hands-millions-to-slovenian-gambling-mogul>
- Department of Health and Human Services, Office of Inspector General (2020). *5 Things about COVID-19 Fraud*. Recuperado de: <https://oig.hhs.gov/coronavirus/fraud-alert-covid19.asp>
- Department of Homeland Security (2020, 24 de abril). *Fact Sheet: DHS is Taking on COVID-19 Related Fraud*. Recuperado de: <https://www.dhs.gov/news/2020/04/24/fact-sheet-dhs-taking-covid-19-related-fraud>
- Deutsche Welle* (2020, 5 de mayo). *Germany to Overhaul Foreign Aid Policy*. Recuperado de: <https://www.dw.com/en/germany-to-overhaul-foreign-aid-policy/a-53342353>
- Divjak, B. y Dupuy, K. (2015, marzo). Ebola and Corruption: Overcoming Critical Governance Challenges in a Crisis Situation. *U-4 Anti-Corruption Resource Center*. Recuperado de: <https://www.u4.no/publications/ebola-and-corruption-overcoming-critical-governance-challenges-in-a-crisis-situation>
- Eibner, C. y Nowak, S. (2018, 11 de julio). The Effect of Eliminating the Individual Mandate Penalty and the Role of Behavioral Factors. *Commonwealth Fund*. Recuperado de: <https://www.commonwealthfund.org/publications/fund-reports/2018/jul/eliminating-individual-mandate-penalty-behavioral-factors>
- Ellena, K., Brown, A. y Dreher, C. (2020, agosto). Preventing Government Corruption in Crises. *International Foundation for Electoral Systems*. Recuperado de: [https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes\\_covid-19\\_briefing\\_series\\_preventing\\_government\\_corruption\\_in\\_crisis\\_august\\_2020.pdf](https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_preventing_government_corruption_in_crisis_august_2020.pdf)
- Emanuel, E. J., et al. (2020, 21 de mayo). Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid -19. *New England Journal of Medicine* 382: 2049-2055. Recuperado de: <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMs2005114?articleTools=true>
- European Commission (2020). *Guidance from the European Commission on Using the Public Procurement Framework in the Emergency Situation Related to the COVID-19 Crisis*. 2020/C 108 I/01. Recuperado de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)
- Faiola, A. y Herrero, A. V. (2020, 27 de abril). A Pandemic of Corruption: \$40 Masks, Questionable Contracts, Rice-Stealing Bureaucrats Mar Coronavirus Response. *The Washington Post*. Recuperado de: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/coronavirus-corruption-colombia-argentina-romania-bangladesh/2020/04/26/c88a9a44-8007-11ea-84c2-0792d8591911\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/coronavirus-corruption-colombia-argentina-romania-bangladesh/2020/04/26/c88a9a44-8007-11ea-84c2-0792d8591911_story.html)
- Farquharson, R. (2020, 1 de mayo). In summary – emergency powers (COVID 19) (no. 2) order 2020. *Graham Thomson Attorneys*. Recuperado de: <https://grahamthompson.com/news/in-summary-emergency-powers-covid-19-no-2-order-2020/>

- Federal Bureau of Investigation (2020, 13 de abril). *FBI Warns of Advance Fee and BEC Schemes Related to Procurement of PPE and Other Supplies During COVID-19 Pandemic*. Recuperado de: <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-warns-of-advance-fee-and-bec-schemes-related-to-procurement-of-ppe-and-other-supplies-during-covid-19-pandemic>
- Feinstein, S. (2020, 8 de abril). COVID-19: The Largest Attack on Whistleblowers in the World. *Government Accountability Project*. Recuperado de: <https://whistleblower.org/blog/covid-19-the-largest-attack-on-whistleblowers-in-the-world/>
- Financial Times (2020, 4 de diciembre). *COVID Vaccine Tracker: How do the Leading Jabs Compare?* *Financial Times*. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/ac5e5ef8-bccb-482b-9f8d-0dab5cac6f9a>
- Folliot Lalliot, L. y Yukins, C. R. (2020). COVID-19: Lessons Learned in Public Procurement. Time for a New Normal? *Concurrences* 1 (3), pp. 46-58. Recuperado de: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=faculty_publications)
- Frary, M. (2020, 1 de mayo). How FOI Laws are Being Rewritten During the COVID-19 Crisis. *Xindex*. Recuperado de: <https://www.indexonensorship.org/2020/05/how-foi-laws-are-being-rewritten-during-the-covid-19-crisis/>
- Gabrielson, R. et al. (2020, 7 de mayo). A Closer Look at Federal COVID Contractors Reveals Inexperience, Fraud Accusations and a Weapons Dealer Operating Out of Someone's House. *ProPublica*. Recuperado de: <https://www.propublica.org/article/a-closer-look-at-federal-covid-contractors-reveals-inexperience-fraud-accusations-and-a-weapons-dealer-operating-out-of-someones-house>
- Gallego, J., et al. (2020, 25 de septiembre). Corruption in the Times of Pandemia. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3600572](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600572)
- Gascón Barberá, M. (2020, 24 de junio). Romania Investigates Allegations of Bribery in Covid-19 Masks Contract. *Balkan Insight*. Recuperado de: <https://balkaninsight.com/2020/06/24/romania-investigates-allegations-of-bribery-in-covid-19-masks-contract/>
- Gaspar, V., Mühleisen, M. y Weeks-Brown, R. (2020, 28 de julio). Corruption and COVID-19. *IMF Blog*. Recuperado de: <https://blogs.imf.org/2020/07/28/corruption-and-covid-19/>
- Gelles, D. y Abrams, R. (2020, 7 de octubre). An Arms Dealer, an Ex-N.F.L. Player and Huge Federal Contracts for Medical Gowns. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2020/10/07/business/ppe-coronavirus-us-contracts.html>
- Glazer, A. (2020, 24 de abril). Price Controls Don't Work – But Mask Rationing Is the Exception that Proves the Rule. *The Conversation*. Recuperado de: <https://theconversation.com/price-controls-dont-work-but-mask-rationing-is-the-exception-that-proves-the-rule-136595>
- Group of States against Corruption (GRECO) of the Council of Europe (2020). *Corruption Risks and Useful Legal References in the context of COVID-19*. Recuperado de: <https://rm.coe.int/corruption-risks-and-useful-legal-references-in-the-context-of-covid-1/16809e33e1>
- Harris, B. et al. (2020, 7 de julio). Coronavirus corruption cases spread across Latin America. *Financial Times*. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/94c87005-7eb1-47c4-9698-5afb2b12ab54>
- Hayma, G. (2020, 24 de marzo). Emergency Procurement for COVID-19: Buying Fast, Open and Smart. Recuperado de: <https://www.opengovpartnership.org/stories/emergency-procurement-for-covid-19-buying-fast-open-and-amart/>
- International Monetary Fund (s.f.). *COVID-19 Financial Assistance and Debt Service Relief*, *International Monetary Fund*. <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker> (fecha de acceso: diciembre 1, 2020).
- International Monetary Fund (2020, 30 de junio). *How the IMF is Promoting*

- Transparent and Accountable Use of COVID-19 Financial Assistance*. Recuperado de: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/04/30/how-imf-covid19-financial-help-is-used>
- International Monetary Fund (2020, 19 de mayo). *Budget Execution Controls to Mitigate Corruption Risk in Pandemic Spending*. Recuperado de: <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLs/covid19-special-notes>
- International Monetary Fund (2020, 15 de abril). *Transcript of International Monetary Fund Managing Director Kristalina Georgieva's Opening Press Conference, 2020 Spring Meetings*. Recuperado de: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/15/tr041520-transcript-of-imf-md-kristalina-georgieva-opening-press-conference-2020-spring-meetings>
- International Monetary Fund Fiscal Affairs (2020). *Keeping the Receipts: Transparency, Accountability, and Legitimacy in Emergency Responses*.
- International Monetary Fund (2021). *How the IMF is Promoting Transparent and Accountable Use of COVID-19 Financial Assistance*. Recuperado de: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/04/30/how-imf-covid19-financial-help-is-used>
- Kenen, J. (2020, 27 de marzo). A Lottery for Ventilators? Hospitals Prepare for Ethical Conundrums. *Politico*. Recuperado de: <https://www.politico.com/news/2020/03/27/ventilators-coronavirus-lottery-152574>
- Kinder, T., et al. (2020, 18 de noviembre). Watchdog Criticises Government over Awarding of £17bn Covid Contracts. *Financial Times*. Recuperado de: <https://www.ft.com/content/ee4f2220-9b22-4a4d-87c285e8034f8e8c?emailId=5fb658eac4c22f0004dfb925&segmentId=2785c52b-1c00-edaa-29be-7452cf90b5a2>
- Koehler, M. (2020, 27 de mayo). The Notion That the CROOK Act Is Going To Reduce 'Pressure That U.S. Businesses Face To Pay Bribes Overseas' Is Fanciful. *FCPA Professor*. Recuperado de: <https://fcpaprofessor.com/notion-crook-act-going-reduce-pressure-u-s-businesses-face-pay-bribes-overseas-fanciful/>
- Kornai, J. y Eggleston, K. (2008). *Welfare Choice and Solidarity in Transition: Reforming the Healthcare Sector in Eastern Europe*. Cambridge United Kingdom: Cambridge University Press.
- Kostolampros, G., et al. (2020, 4 de mayo). Bribery and Corruption Expected to Increase in Wake of COVID-19 Pandemic. *Venable*. Recuperado de: <https://www.venable.com/insights/publications/2020/05/bribery-and-corruption-expected-to-increase>
- Linklaters (2020). *COVID Aid Law Gives Polish Entrepreneurs Extra Time to Register Their Beneficial Owners*. Recuperado de: [https://lpscdn.linklaters.com/-/media/digital-marketing-image-library/files/01\\_insights/publications/2020/april/ubo-registration-alert-eng.ashx?rev=0d6c0144-15f2-4181-a92e-caf7ae311684&extension=.pdf&hash=21F9812E23593182FE9CF286E761B11C](https://lpscdn.linklaters.com/-/media/digital-marketing-image-library/files/01_insights/publications/2020/april/ubo-registration-alert-eng.ashx?rev=0d6c0144-15f2-4181-a92e-caf7ae311684&extension=.pdf&hash=21F9812E23593182FE9CF286E761B11C)
- Lipton, E. y Fandos, N. (2020, 19 de marzo). Senator Richard Burr Sold a Fortune in Stocks as G.O.P. Played Down Coronavirus Threat. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2020/03/19/us/politics/richard-burr-stocks-sold-coronavirus.html>
- Loayza, L. (2020, 6 de mayo). Aid Effectiveness during the COVID-19 Pandemic: This time It Must Be Better." *World Bank Blogs*. Recuperado de: <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/aid-effectiveness-during-covid-19-pandemic-time-it-must-be-better>
- Lupkin, S. (2020, 25 de marzo). Gilead Declines 'Rare Disease' Status For Experimental Coronavirus Drug. *National Public Radio*. Recuperado de: <https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/03/25/821534016/drugmaker-asks-fda-to-rescind-rare-disease-status-perks-for-covid-19-drug>
- Lybecker, K. (2020, 6 de agosto). Trudeau Government Move undermines COVID-19

- Response. *Fraser Institute*. Recuperado de: <https://www.fraserinstitute.org/article/trudeau-government-move-undermines-covid-19-response>
- Mahmood, S. et al. (2020). Global Preparedness against COVID-19: We Must Leverage the Power of Digital Health. *JMIR Public Health and Surveillance* 6(2). Recuperado de: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7164944/>
- Malalo, H. (2020, 24 de septiembre). Kenya Anti-Graft Agency Slams Procurement of COVID-19 Equipment. *Reuters*. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/us-kenya-corruption/kenya-anti-graft-agency-slams-procurement-of-covid-19-equipment-idUSKCN26F3CC>
- Maswood, M. H. (2020, 13 de julio). No Let-up in Health Sector Corruption. *Newage Bangladesh*. Recuperado de: <https://www.newagebd.net/article/111033/no-let-up-in-health-sector-corruption>
- Mellman, A. y Eisen, N. (2020, 22 de julio). Addressing the Other COVID Crisis: Corruption. *Brookings Institution*. Recuperado de: [https://www.brookings.edu/research/addressing-the-other-covid-crisis-corruption/?preview\\_id=942009](https://www.brookings.edu/research/addressing-the-other-covid-crisis-corruption/?preview_id=942009)
- Meskill, Z. (2020, 26 de octubre). Corruption and the COVID-19 Vaccine: the Looming Problem of Distribution. *The Global Anticorruption Blog*. Recuperado de: <https://globalanticorruptionblog.com/2020/10/26/corruption-and-the-covid-19-vaccine-the-looming-problem-of-distribution/>
- Nemexis (2020, mayo). *Fraud's Impact on Healthcare during COVID-19*. Recuperado de: <https://nemexis.de/wp-content/uploads/2020/05/NMXS-Survey-Covid-19.pdf>
- OECD Webinar (2020, 22 de mayo). Emergency Measures to Protect Whistleblowers & Promote Reporting during the COVID-19 Crisis & Beyond. *Youtube*. Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=DHuLN5EYmtM&ab\\_channel=OECD](https://www.youtube.com/watch?v=DHuLN5EYmtM&ab_channel=OECD)
- Office of the Attorney General (2020, 16 de marzo). *Memorandum for All United States Attorneys: COVID-19--Department of Justice Priorities*. Recuperado de: <https://www.justice.gov/ag/page/file/1258676/download>
- Office of the Governor State of Hawaii (2020, 16 de marzo). *Supplementary Proclamation*. Recuperado de: <https://governor.hawaii.gov/wp-content/uploads/2020/03/2003-109-ATG-COVID-19-Supplementary-Proclamation-signed.pdf>
- Office of the Inspector General for the U.S. Department of Defense (2015, marzo 31). *Contingency Contracting: A Framework for Reform –2015 Update. Report No. DODIG-2015-101*. Recuperado de: <https://media.defense.gov/2015/Mar/31/2001713485/-1/-1/1/DODIG-2015-101.pdf>
- Oldfield, J. (2020, 22 de junio). Literature Review on Anti-Corruption Safeguards for Economic Stimulus Packages. *Transparency International*. Recuperado de: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/anti-corruption-safeguards-for-economic-stimulus-packages>
- Olson, A., et al. (2020). Lobbying Expenditures of the Health Sector during the COVID-19 Pandemic. *Journal of General Internal Medicine*. Recuperado de: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-020-06085-6>
- Open Contracting Partnership (s.f.). *Emergency Procurement for COVID-19: Buying Fast, Smart, and Open*. Recuperado de: <https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/covid19/>
- Open Ownership (2020, mayo). Five Areas Where Beneficial Ownership Transparency Is Key in Addressing Coronavirus. Recuperado de: <https://www.openownership.org/news/five-areas-where-beneficial-ownership-transparency-is-key-in-addressing-coronavirus/>
- Powell, D. y Goldman, D. (2020, agosto). Disentangling Moral Hazard and Adverse Selection in Private Health Insurance. *Journal of Econometrics* (220). Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0304407620302529?via%3Dihub>

- PRAC. *Members*. <https://www.pandemicoversight.gov/our-mission/prac-members>
- Rappeport, A. (2020, 2 de junio). Senate Confirms Inspector General to Oversee Virus Bailout Funds. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2020/06/02/us/politics/virus-bailout-inspector-general.html>
- Rose-Ackerman, S. (1995). *From Elections to Democracy: Building Accountable Government in Hungary and Poland*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. (2009). Corruption in the Wake of Domestic National Conflict. En: R. I. Rotberg (Ed.), *Corruption, Global Security, and World Order* (pp. 66-95). Washington DC, United States of America: Brookings Institution Press.
- Rose-Ackerman, S. (2014). Corruption and Conflicts of Interest. En: J. B. Auby, E. Breen, y T. Perroud (Eds.), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach* (pp. 3-11). Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. J. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform, 2d. edition*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. y Tan, Y. (2015). Corruption in the Procurement of Pharmaceuticals and Medical Equipment in China: The Incentives Facing Multinationals, Domestic Firms, and Hospital Officials. *UCLA Pacific Basin Law Journal* 32(1), pp. 1-54. Recuperado de: <https://escholarship.org/uc/item/5742d68k>
- Rowland, C. (2020, 1 de julio). Trump Administration Makes It Easier for Drugmakers to Profit from Publicly Funded Coronavirus Drugs, Advocates Say. *The Washington Post*. Recuperado de: <https://www.washingtonpost.com/business/2020/07/01/vaccine-coronavirus-bar-da-trump/>
- Salman, J. y Penzenstadler, N. (2020, 7 de julio). Hundreds of Millions of Dollars Goes to COVID-19 Contractors Accused of Prior Fraud. *USA Today*. Recuperado de: <https://www.usatoday.com/in-depth/news/investigations/2020/07/07/covid-19-contracts-overlook-fraud-claims-masks-sanitizer-and-ppe/5352886002/>
- Sishi, S. y Winning, A. (2020, 16 de septiembre). COVID-19 Graft Scandals Fuel South Africans' Anger with Ruling ANC. *Reuters*. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-safrica-corruption/covid-19-graft-scandals-fuel-south-africans-anger-with-ruling-anc-idINKBN2671ES>
- Slattery, G. y Brito, R. (2020, 25 de septiembre). The Ventilators Never Came: How Graft Hampered Brazil's COVID-19 Response. *Reuters*. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-brazil-corruption/the-ventilators-never-came-how-graft-hampered-brazils-covid-19-response-idUSKCN26G1EW>
- Stepurko, T., et al. (2015). Informal Payments for Health Care Services: The Case of Lithuania, Poland and Ukraine. *Journal of Eurasian Studies* 6, pp. 46-58. Recuperado de: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1016/j.euras.2014.11.002>
- Sullivan, L. (2018, 13 de julio). FEMA Report Acknowledges Failures In Puerto Rico Disaster Response. *National Public Radio*. Recuperado de: <https://www.npr.org/2018/07/13/628861808/fema-report-acknowledges-failures-in-puerto-rico-disaster-response>
- Tabor, S. (2002). Assisting the Poor with Cash: Design and Implementation of Social Transfer Programs." *The World Bank Social Safety Net Primer Series*. Recuperado de: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.203.1376&rep=rep1&type=pdf>
- The White House (2020, 27 de marzo). *Statement by the President*. Recuperado de: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-by-the-president-38/>
- Transparency International (2020, 23 de septiembre). *Police Corruption Is Becoming a Pandemic Too*. Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/news/police->

- [corruption-is-becoming-a-pandemic-too](#)
- United Nations Office of Drugs and Crime (2020). *Accountability and the Prevention of Corruption in the Allocation and Distribution of Emergency Economic Rescue Packages in the Context and Aftermath of the COVID-19 Pandemic*. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/COVID-19\\_and\\_Anti-Corruption-2.pdf](https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/COVID-19_and_Anti-Corruption-2.pdf)
- URN (2020, 5 de mayo). OPM Officials Arrested over COVID Food Fraud Granted Bail. *The Observer*. Recuperado de: <https://observer.ug/news/headlines/64611-opm-officials-arrested-over-inflated-prices-of-covid-food-granted-bail>
- Vittori, J. (2020, 20 de marzo). Corruption Vulnerabilities in the U.S. Response to the Coronavirus. *Carnegie Endowment for International Peace*. Recuperado de: <https://carnegieendowment.org/2020/03/20/corruption-vulnerabilities-in-u.s.-response-to-coronavirus-pub-81336>
- Vogel, K., et al. (2020, 20 de marzo). Coronavirus Stimulus Package Spurs a Lobbying Gold Rush. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2020/03/20/us/politics/coronavirus-stimulus-lobbying.html>
- White, D. B. y Angua, D. C. (2020, 28 de julio). A Proposed Lottery System to Allocate Scarce COVID-19 Medications: Promoting Fairness and Generating Knowledge. *Journal of the American Medical Association* 324, pp.329-330. Recuperado de: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2767751>
- Wolf, B. (2020, 7 de abril). U.S. Treasury Struggles to Ease Bank Concerns Over COVID-19 Rescue Loans, Issues Statement on Beneficial Ownership Duties. *Thomson Reuters*. Recuperado de: <https://blogs.thomsonreuters.com/answeron/u-s-treasury-struggles-to-ease-bank-concerns-over-covid-19-rescue-loans-issues-statement-on-beneficial-ownership-duties/>
- Woodruff Swan, B. y Gerstein, J. (2020, 3 de julio). White House 'Free Marketeers' Raised Concerns over Coronavirus Price-gouging Crackdown. *Politico*. Recuperado de: <https://www.politico.com/news/2020/07/03/white-house-coronavirus-price-gouging-348434>
- World Bank Group (2020, 28 de abril). *Governance Covid-19 Response, Ensuring Integrity in Governments' Response to COVID-19*. Recuperado de: [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33705/Ensuring\\_Integrity\\_in\\_the\\_Government\\_Response\\_to\\_COVID19April%202020.pdf?sequence=7&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33705/Ensuring_Integrity_in_the_Government_Response_to_COVID19April%202020.pdf?sequence=7&isAllowed=y)
- World Bank Group (2020, 19 de mayo). *100 Countries Get Support in Response to COVID-19 (Coronavirus)*. Recuperado de: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/05/19/world-bank-group-100-countries-get-support-in-response-to-covid-19-coronavirus>

# Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX

## Reinhart Maurach. Life and work of a twentieth century German criminal lawyer

Francisco Muñoz Conde  
 Universidad Pablo de Olavide  
 ORCID ID 0000-0003-4442-0739  
[fmuncon@upo.es](mailto:fmuncon@upo.es)

### Cita recomendada:

Muñoz Conde, F. (2021). Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 61-85.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6063>

Recibido / received: 30/11/2020  
 Aceptado / accepted: 17/02/2021

### Resumen

Este artículo ofrece un repaso exhaustivo a la trayectoria vital y académica del profesor Reinhart Maurach, con especial atención a su compleja relación con el régimen nacionalsocialista, su participación en la Segunda Guerra Mundial y su intervención en los procesos de Núremberg.

### Palabras clave

Maurach, Derecho penal, nacionalsocialismo.

### Abstract

*This article aims to offer a thorough revision of Professor Reinhart Maurach's vital and academic career, with particular emphasis to his complex relation with the national socialist regime, his partaking in the Second World War and his further intervention during the Nuremberg Trials.*

### Keywords

Maurach, Criminal law, national socialism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La contribución de Maurach a la Dogmática penal: Su posición ecléctica entre el causalismo y el finalismo. 3. Maurach en la Universidad de Breslau. 4. La participación de Maurach en la Segunda Guerra Mundial. Su testimonio sobre la masacre de Kaunas y la pasividad del ejército alemán ante la misma. El Informe Stahlecker. 5. La participación de Maurach como asesor de la defensa de Ohlenndorf en el Proceso de Núremberg contra los



*Einsatzgruppen*. 6. Maurach en la Universidad de Múnich. 7. Reflexión final.

## 1. Introducción

Hace ya algunos años publiqué una extensa nota bibliográfica (Muñoz Conde, 2016a) a propósito de la obra de Viktor Nerlich *Reinhart Maurach y la primera época de la investigación en Alemania sobre el Derecho del Este (europeo)* (2015). Posteriormente, dicha nota fue publicada también como artículo independiente, aunque sin revisar y con el mismo título, en otro lugar (Muñoz Conde, 2016b).

En mi comentario a la obra de Nerlich, incluía además algunos datos que ya tenía de una investigación que años atrás había iniciado sobre Reinhart Maurach, paralela a la que en esos momentos llevaba a cabo sobre otro profesor de Derecho penal de la Universidad de Múnich, contemporáneo de Maurach, Edmund Mezger (Muñoz Conde, 2003). La importancia que para mí tenía en aquellos momentos esta última investigación, a lo que habría que añadir la pérdida de algunos de los documentos que había encontrado sobre Maurach en el *Bundesarchiv* de Berlín, hizo que pospusiera entonces la publicación de mi trabajo sobre Maurach. Posteriormente, y a la vista del nuevo material documental y bibliográfico que directamente también se refiere a Maurach, como la interesante monografía de Thomas Ditt (2011), y los propios datos que obtuve durante mi investigación en el *Bundesarchiv*, me parece importante volver a ocuparme de la vida y la obra de este importante penalista, que refleja muy bien las luces y sombras de muchos de los más importantes e influyentes penalistas alemanes de aquella generación y de la propia nación alemana durante todo el siglo XX.

## 2. La contribución de Maurach a la Dogmática penal: su posición ecléctica entre el causalismo y el finalismo

La Ciencia penal alemana, sobre todo en lo que se refiere a la elaboración sistemática llevada a cabo por la llamada Dogmática jurídico-penal, ha tenido gran prestigio y ejercido mucha influencia entre los penalistas españoles, y es referente obligado en las obras generales, Manuales y Tratados de Derecho penal, y, por tanto, en la enseñanza de esta materia en las Facultades de Derecho.

A ello contribuyó en gran medida la excelente traducción del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger que en 1935 había realizado el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia José Arturo Rodríguez Muñoz, quien añadió además valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la orientación dogmática en el estudio del Derecho penal español. El vacío cultural y el desierto bibliográfico que se produjeron tras la Guerra civil pudieron ser colmados gracias al Tratado de Mezger, que sirvió de modelo a las exposiciones generales del Derecho penal tanto en España (del Rosal, Antón Oneca), como en la mayoría de los países latinoamericanos de lengua española, en los que se habían refugiado algunos penalistas españoles exiliados en la posguerra. El más relevante entre estos últimos fue Luis Jiménez de Asúa, quien ya desde la Lección que impartió en la Inauguración del curso 1931/32 en la Universidad de Madrid se había decantado decididamente, tras algunos devaneos con el positivismo criminológico italiano, por el sistema dogmático de la Teoría del Delito expuesto en el Tratado de Mezger.

Sólo a mediados de los años 50 del pasado siglo empezó a conocerse en España un sistema dogmático, en parte distinto al de Mezger, patrocinado por otro penalista alemán, Hans Welzel, quien a partir también del sistema de la Teoría del Delito establecido a principios del siglo por Ernst Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1907) como una acción típica, antijurídica y culpable, preconizó un concepto ontológico final de acción que determinaba que lo que para Beling o Mezger eran formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa o imprudencia, fueran consideradas como elementos de la tipicidad subjetiva o tipo subjetivo. De esta reestructuración sistemática derivaba además Welzel consecuencias en materia de error, autoría, etc., trastocando, aunque no cuestionando, el sistema propuesto ya anteriormente por Beling, M.E. Mayer y Mezger.

El sistema finalista fue dado a conocer por primera vez en España por José Arturo Rodríguez Muñoz, traductor y anotador del Tratado de Mezger, en la Lección inaugural del curso 1954/55 que impartió en la Universidad de Valencia. Posteriormente fue introducido por el discípulo directo de Welzel José Cerezo Mir, quien además tradujo *El Nuevo Sistema del Derecho penal* (1964), en el que Welzel exponía los principales rasgos de su sistema de la Teoría del Delito.

Con ello se inició en el ámbito hispano parlante, primero tímidamente, luego con verdadero entusiasmo, la polémica entre los partidarios del sistema causalista de Mezger y el finalista de Welzel que, como ya he indicado en otro lugar (Muñoz Conde, 2015), también sirvió en España como válvula de escape para evitar comprometerse con el Derecho penal de la dictadura franquista; y en muchos países latinoamericanos para evadirse igualmente de la dura realidad de injusticia social y del brutal Derecho penal de las dictaduras que imperaban en muchos de ellos.

Sin embargo, ya a comienzos de los años 60 del siglo pasado apareció en Alemania una posición intermedia entre el causalismo de Mezger y el finalismo de Welzel que tomaba, por así decir, lo mejor de ambos modelos: una fijación del contenido material de la antijuricidad a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tal como propugnaba Mezger en su Tratado; y una ubicación sistemática del dolo (y en parte de la culpa) en el ámbito de la tipicidad del delito, dejando el potencial conocimiento de la antijuricidad y por tanto la relevancia del error de prohibición en el ámbito de la culpabilidad, tal como proponía Welzel. El principal representante de esta posición conciliadora entre ambas concepciones de la Teoría del Delito fue precisamente el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich Reinhart Maurach, cuyo Tratado de Derecho penal en su segunda edición fue excelentemente traducido y adicionado con notas del Derecho penal español por Juan Córdoba Roda en 1962.

A través de esta traducción, el Tratado de Maurach se convirtió pronto en el referente obligado de los penalistas de habla española, tanto si eran partidarios del modelo causalista, como si lo eran del finalista; y ello no por casualidad, por esnobismo o por simple mimetismo de la última teoría que viniera de Alemania, sino por la propia importancia que objetivamente tenía este Tratado. Efectivamente, el Tratado de Maurach, cualquiera que fuera la posición teórica, causalista o finalista, que se adoptara en sus páginas, era ante todo y sobre todo un gran Tratado de Derecho penal, que además de una excelente Parte general, también se ocupaba en otro volumen de la Parte especial, algo realmente poco común entre los penalistas alemanes tanto entonces como ahora.

La concepción dogmática de Maurach va más allá de las polémicas teóricas habidas entonces entre causalistas y finalistas. En su Parte general, destaca la importancia que le da a la relación entre culpabilidad y peligrosidad, que son el

fundamento de un sistema dualista de los presupuestos del sistema de sanciones que pueden aplicarse al autor de un delito: cuando es culpable del hecho típico y antijurídico que haya cometido, se le aplica una pena; pero cuando no es culpable pero es peligroso y su peligro consiste en la probabilidad de volver a cometer un delito, se le aplica una medida de seguridad. Esta distinción entre pena y medida de seguridad es la solución de compromiso a la que se llegó en la Dogmática penal alemana tras la llamada Lucha de Escuelas que venía enfrentando a los penalistas desde finales del siglo XIX. En esta materia Maurach propone un sistema dualista diversificado que, con algunas correcciones, sigue siendo el modelo que acoge el Derecho penal alemán, salvo en lo que se refiere al llamado «internamiento en custodia de seguridad», introducido en la época nazi, frente al que Maurach expone sus críticas y que actualmente ha sido declarado inconstitucional.

En la Teoría del Delito, una vez asumida la sistemática finalista de incluir el dolo en la tipicidad del delito, como elemento subjetivo de la misma, expone Maurach las distintas formas de congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, ofreciendo un tratamiento autónomo del error de prohibición, como elemento de la culpabilidad, siguiendo también en ello la sistemática de la teoría finalista de la acción.

Su principal aportación en este ámbito es, a mi juicio, la inclusión de una nueva categoría sistemática entre las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad, una categoría autónoma a la que llama la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*). En esta nueva categoría incluye casos límites como el estado de necesidad entre bienes de igual valor, la no exigibilidad en general, los excesos en la legítima defensa por miedo o ira, o la obediencia debida. En estos casos, Maurach considera que no existe verdadera justificación o exclusión de la antijuricidad del hecho, pero tampoco una verdadera culpabilidad del sujeto que actúa en esas circunstancias excepcionales, por lo que deben tratarse como un paso previo a la determinación de la culpabilidad, en una única categoría a la que llama «atribuibilidad» (*Zurechenbarkeit*<sup>1</sup>). Esta tesis es mantenida todavía en la actualización de esta obra llevada a cabo por Gössel y Zipf, cuya 7ª edición, de 1987, fue traducida al español por Bofill Genzsch (Maurach, 1995). Actualmente la editorial Müller anuncia en su catálogo una actualización de esta obra llevada a cabo por Christian Jäger, que aparecerá en 2021.

Esta tesis de Maurach no ha tenido mucho seguimiento en la Dogmática penal; sin embargo, como veremos más adelante, y aunque el mismo Maurach no lo mencione expresamente, constituyó, en parte, la base dogmática de un dictamen que hizo en la posguerra en favor de la defensa de Otto Ohlendorf en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen* (véase apartado 5).

Como he dicho, Maurach es además uno de los pocos penalistas alemanes autor de una magnífica Parte especial del Derecho penal. Siguiendo el modelo iniciado por Karl Binding en su *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* a principios del siglo XX, Maurach acometió la tarea, ya desde la primera edición en 1953, de exponer toda la Parte especial del Derecho penal utilizando como criterio sistemático ordenador de las distintas figuras delictivas el concepto de bien jurídico, aglutinándolas, en primer lugar, en torno al bien jurídico común (por ejemplo, la vida como bien jurídico común al homicidio, al asesinato y a la ayuda al suicidio; el patrimonio como bien jurídico común al hurto, al robo, a la estafa, a la apropiación indebida o a las insolvencias punibles; la seguridad colectiva en los delitos contra la salud pública, incendios, etc., etc.) y posteriormente analizando para su interpretación

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, capítulos 30 y 31 del segundo volumen de la versión española de su *Tratado* en 1962 y las notas de Juan Córdoba Roda en estos capítulos.

el bien jurídico concretamente protegido en cada una de ellas, partiendo siempre, como no podía ser de otro modo por imperativo del principio de legalidad, de la regulación legal vigente, pero utilizando un sistema expositivo propio que no coincidía con el sistema utilizado en el Código penal.

Este criterio de ordenar e interpretar las distintas figuras delictivas en función del bien jurídico protegido en las mismas tiene unas ventajas evidentes frente a los que siguen estrictamente el orden legal, bien sea en los Comentarios al Código penal, casi siempre en autoría de diversas manos, bien sea en otras exposiciones teóricas de la Parte especial más elementales.

Siguiendo este criterio, Maurach distingue los diversos tipos delictivos en dos grandes grupos: Delitos contra las personas y Delitos contra la sociedad. Los Delitos contra las personas se dividen a su vez en Delitos contra los valores de la personalidad (vida, integridad física, libertad, libertad sexual, honor) y Delitos contra los valores patrimoniales (bien contra elementos concretos del patrimonio, como hurto, robo, apropiación indebida o insolvencias punibles; bien contra el patrimonio como un todo: estafa, infidelidad, usura...). Por lo que respecta a los Delitos contra la sociedad, distingue Maurach, por un lado, los Delitos contra los valores sociales supra estatales (contra la seguridad colectiva, incendios, salud pública, falsedad documental) y, por otro, los Delitos contra los valores sociales estatales (bien contra la propia existencia del Estado, como alta traición; bien contra la organización del mismo, como por ejemplo los delitos contra Administración de Justicia y contra la Administración pública, entre los que incluye los delitos cometidos por los funcionarios públicos; véase como ejemplo de esta sistemática la 5ª edición de su *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil* (Maurach, 1969).

La utilidad de esta exposición sistemática es evidente y constituye hoy en día un modelo que se sigue en la mayoría de los Manuales y Tratados dedicados a la Parte especial del Derecho penal, que no sean meros Comentarios que siguen el orden legal. La mejor prueba de ello es que, igual que sucede con la Parte general, la Parte especial sigue editándose en Alemania después de la muerte de Maurach, en una actualización llevada a cabo por Friedrich Christian Schröder y Manfred Maiwald, en dos volúmenes publicados separadamente (Maurach, 2019 y 2012).

### 3. Maurach en la Universidad de Breslau

Como sucede en general con todos los penalistas alemanes de su generación, la obra de Reinhart Maurach como penalista se inicia en el período nacionalsocialista. Durante la mayor parte de ese período, desde 1933 a 1939, Maurach estuvo vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Breslau, en la que se habilitó y en la que ocupó el cargo de Director de la Sección Jurídica del Instituto de Derecho del Este Europeo.

El interés de Maurach por el «*Ostrecht*», literalmente Derecho del Este, referido al Este europeo, se comprende perfectamente si se conocen los detalles más relevantes de su biografía, de la que, por ejemplo, Nerlich ofrece una detallada información (Nerlich, 2015, pp. 177 y ss.).

Nacido el 25 de marzo de 1902 en Simferopol, en la península de Crimea, a donde se había trasladado su padre médico recién casado con una mujer perteneciente a la alta burguesía alemana ubicada en los Países Bálticos. Allí trabajó en el hospital de la ciudad, en el que fue Director de la Sección de Oftalmología.

Lógicamente, Maurach, en un principio, tuvo la educación que tendría cualquier niño en el seno de una familia alemana viviendo en un país extranjero con diferentes lengua y costumbres, bien recibiendo directamente de sus padres las primeras letras y conocimientos (su madre, Antonie, tenía un buen nivel intelectual, que demostró en los años 30 escribiendo varios artículos sobre el tiempo pasado en Crimea), bien de forma privada de algún preceptor particular alemán, ya que no había en la ciudad ninguna escuela alemana. Ya en la adolescencia tuvo que asistir también, por tanto, a un instituto ruso, recibiendo las enseñanzas correspondientes a lo que sería un bachillerato ruso, idioma que llegó a hablar como su propia lengua materna.

En la última fase de esta etapa, durante la Primera Guerra Mundial, tanto él como su familia tuvieron que sufrir el rechazo de los rusos por su origen alemán, ya que en esa guerra Alemania y Rusia eran enemigos. Esta situación se agravó aún más tras la Revolución rusa en 1917, en la que ya no sólo se les cuestionaba como alemanes, sino como miembros de una burguesía con la que la revolución comunista quería acabar. A pesar de todo, Maurach tenía también la nacionalidad rusa y en esa lengua recibió los conocimientos sobre la forma de vida y la cultura rusa, que luego le servirían para convertirse en especialista en el Derecho de lo que tras la Revolución sería la Unión Soviética, y también posteriormente para trabajar como traductor de las tropas alemanas en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial.

Según cuenta Nerlich, en otoño de 1918, a los dieciséis años, aprovechando que Crimea estaba ocupada todavía por las tropas alemanas, Maurach consiguió huir a Riga, Letonia, donde se refugió en casa de sus primos, la familia Seraphim, con uno de los cuales, Peter-Heinz, tuvo desde entonces una estrecha relación. Allí participó como soldado voluntario de la *Baltische Landeswehr* en la guerra que entre 1918 y 1920 hubo en los Países Bálticos por conseguir su independencia frente a las tropas de la naciente Unión Soviética mandadas por Trotsky<sup>2</sup>. En los Países Bálticos vivían también otros muchos alemanes que posteriormente huyeron de estos territorios, cuando pasaron a ser ocupados por las tropas rusas y a formar parte de la Unión Soviética.

El sentimiento antibolchevique y anticomunista tuvo que estar, por tanto, presente en Maurach a lo largo de su vida y, por lo menos desde el punto de vista de su experiencia personal en aquellos años, es comprensible. Más adelante veremos si ese sentimiento se tradujo también en un sentimiento antisemita, al que pudo llegar, al menos en una parte de su trayectoria como especialista en Derecho del Este de Europa, al entender que comunismo, bolchevismo y judaísmo estaban indisolublemente unidos; argumento que, como veremos más adelante, utilizó después en su dictamen en defensa del dirigente de los *Einsatzgruppen* Otto Ohlendorf, en el Proceso que contra él y otros dirigentes de esos grupos se llevó a cabo en Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

Tras estudiar Derecho en Würzburg y Breslau, donde se doctoró en 1925 con una tesis sobre «La situación jurídica de los extranjeros en la URSS», bajo la dirección de Hans Helfritz, hizo sus prácticas como referendario en la Administración de Justicia y obtuvo luego plaza como Juez de Instancia en Breslau. En 1933, tras afiliarse el 1 de mayo al Partido Nacionalsocialista, pasa a ser Director de la Sección Jurídica del Instituto de Europa del Este de Breslau, con el que ya venía colaborando desde 1925. En 1934 consigue habilitarse, con el apoyo de su maestro, Johannes Nagler, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Breslau, en Derecho del Este y en Derecho

---

<sup>2</sup> A este respecto Nerlich cita un artículo de Maurach, que entonces utilizaba el nombre de Reiko, contando su experiencia como soldado en dicha Guerra (Nerlich, 2015, pp. 186-187).

penal, materias sobre las que escribió dos monografías, una sobre el Derecho penal soviético (Maurach, 1933), y otra sobre el estado de necesidad (Maurach, 1935).

Cuando parecía que en la vida todo le iba bien, ya afincado profesional y familiarmente en Breslau, donde nacieron sus dos hijos, un varón en 1934 y una hembra en 1935, aparecieron los primeros problemas en su carrera.

Como aspirante a convertirse en Profesor de Derecho penal, Maurach encontró en la propia Facultad todo tipo de obstáculos, incluso para conseguir su habilitación. La causa inicial de sus problemas en este ámbito fue la actitud de rebeldía o incluso de desprecio que, según Nerlich, mostró Maurach cuando, de acuerdo con la regulación de la carrera docente que había introducido el régimen nacionalsocialista, tuvo que realizar un curso de capacitación o adoctrinamiento ideológico en una *Dozentakademie* en Kiel-Kitzeberg.

En su opinión, dicho curso era una pérdida de tiempo, e incluso llegó a criticar que dicho curso estuviera controlado por gente de la *Kieler Schule*, es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, a la que, junto con la de Breslau y Königsberg, se les había designado como «*Stosstruppfakultät*», es decir, en una terminología belicista especialmente amada por los jerarcas nazis, «Facultades de Asalto», encargadas especialmente de dar una orientación distinta a la enseñanza del Derecho y educar a los futuros juristas de acuerdo con los parámetros ideológicos del nacionalsocialismo.

Sin embargo, pronto surgieron discrepancias entre los profesores más importantes de las respectivas Facultades, que no entendían del mismo modo en qué debía consistir esa reorientación o renovación (*Erneuerung*) de la enseñanza del Derecho, y sobre todo del Derecho penal.

Sobre este enfrentamiento entre los penalistas de Kiel y de Breslau, que en ningún momento cuestionaban su fidelidad al nacionalsocialismo, ofrece una buena información la obra de Thomas Ditt sobre lo que llama «ascenso y caída de Maurach» (Ditt, pp. 150 y ss.). Según Ditt, la actitud reticente de Maurach respecto a la Escuela de Kiel no sólo podría deberse a la antipatía que le provocaba que jóvenes penalistas de su misma edad, como Dahm y Schaffstein, pudieran enseñarles una forma de entender el Derecho penal que no coincidía con la tradición clásica que seguía su maestro Johannes Nagler, discípulo directo de Binding, y, como él, representante de una visión dogmática tradicional del Derecho penal. Por supuesto, no se trataba de un rechazo al régimen nacionalsocialista ni a su ideología, con la que todos estaban de acuerdo, sino más bien de un enfrentamiento personal y de una lucha por la supremacía en la nueva orientación que se le quería dar a la enseñanza del Derecho. Johannes Nagler, el maestro de Maurach, era, junto con otros penalistas igualmente relevantes en aquella época como Mezger o Kohlrausch, miembro de la Comisión creada en 1933 por el régimen nacionalsocialista para la reforma del Código penal. Es más, fue uno de los penalistas que defendió la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la pena de muerte a los presuntos autores del incendio del Reichstag en 1933, así que difícilmente podía ser calificado como contrario al nacionalsocialismo<sup>3</sup>.

Pero igual que otros penalistas conservadores de aquella época, Nagler miraba con reticencia los esfuerzos de los jóvenes integrantes de la llamada Escuela de Kiel en crear un Derecho penal de la voluntad, o incluso un Derecho penal de autor,

---

<sup>3</sup> Sobre Nagler, véase la breve nota bibliográfica en Wikipedia, <https://de.wikipedia.org>; y también la nota necrológica que publicó Maurach en *Juristenzeitung* (Maurach, 1952).

en el que lo decisivo para determinar la ilicitud de un hecho era la actitud interna del autor más que la gravedad del delito cometido, sustituyendo el concepto de bien jurídico como fundamento material de la antijuricidad del delito, por el de fidelidad a la comunidad del pueblo y, en última instancia, a la voluntad del *Führer*. No parecía, por tanto, que Nagler fuera muy partidario de este tipo de renovación del pensamiento jurídicopenal tradicional que preconizaban los miembros de la Escuela de Kiel, y así lo debió expresar muchas veces, en público y en privado, y sobre todo en las reuniones de la Comisión para la reforma del Derecho penal en la que también se integraban algunos miembros de esa Escuela como Georg Dahm. Quizás por esto desde el primer momento los jefes nazis que preconizaban desde el Ministerio de Educación una renovación de las enseñanzas del Derecho de acuerdo con la ideología nacionalsocialista, buscaron poner al lado de Nagler, como contrapeso a su actitud conservadora, un penalista de la nueva generación, claramente afín a las tesis de la Escuela de Kiel. Y así fue como se propuso como catedrático de Derecho penal de la Universidad de Breslau a Heinrich Henkel, quien ya se había destacado por sus trabajos sobre el papel del juez en el nuevo régimen nacionalsocialista. En el libro de Ditt (2015, pp. 86 y ss.) se describen muy bien las discrepancias y enfrentamientos que desde el primer momento surgieron entre Nagler, entonces Decano, y el Ministerio de Educación respecto a la provisión de las plazas de profesores en dicha Facultad.

En todo caso, parece, pues, que fue su vinculación con Nagler y sus críticas a los cursos de adoctrinamiento que impartían los miembros de la Escuela de Kiel lo que hizo que Maurach, a pesar de haber conseguido su habilitación como *Privatdozent*, primer paso para obtener una cátedra, tuviera dificultades para siquiera poder dar clases en la Facultad. Así, por ejemplo, Ditt (2015, p. 151, nota 79) menciona una petición de Nagler para que Maurach lo sustituyera en su labor docente durante un semestre sabático que le habían concedido, fue rechazada contundentemente por el Ministerio, que igualmente puso dificultades para que Maurach se hiciera cargo interinamente de otras vacantes; y todo ello, a pesar de la pertenencia de Maurach al partido nacionalsocialista, e incluso después de haber vuelto a realizar el curso de adoctrinamiento docente que impartían los miembros de la Escuela de Kiel.

Pero el principal problema que tuvo Maurach para continuar su carrera académica como penalista, y que estuvo a punto de acabar también con su carrera como especialista en Derecho del Este europeo, fue un expediente disciplinario que se le abrió en 1937 por el Departamento de Seguridad del propio Partido nazi, como consecuencia de una denuncia anónima en la que se le acusaba de tendencias probolcheviques y de mantener contactos con juristas judíos de algunos países del Este europeo.

Una denuncia de este tipo sólo podía provenir de gente del propio Instituto y de colegas que, de forma abierta o encubiertamente, pretendían ocupar su puesto o, en todo caso, echarlo del Instituto. Uno de ellos era un tal Ernst H. Bockhoff, furibundo nacionalsocialista y antibolchevique, que escribió expresamente varios memorándums y artículos criticando la posición de Maurach respecto al Derecho soviético, acusándolo directamente de probolchevique, projudío e incluso de masón.

Evidentemente se trataba de una campaña orquestada para expulsar a Maurach del Instituto, como efectivamente sucedió, pues a raíz de estas denuncias, como el mismo Maurach relató después, fue suspendido de su cargo como Director de la Revista de Derecho Europeo y de la Sección de Derecho del Este Europeo que hasta entonces había ocupado en el Instituto, en el que se le prohibió incluso la entrada. Según relata, durante horas fue interrogado en varias ocasiones por

inspectores del Servicio de Seguridad venidos directamente de Berlín sobre los hechos por los que había sido denunciado y tuvo que soportar además el registro de su casa, de su despacho, de la correspondencia y otros documentos, y el secuestro de los libros de su biblioteca.

En el capítulo 4 de la citada obra de Nerlich (2015, pp. 209-296), éste informa exhaustivamente no sólo del procedimiento disciplinario mismo, cuyas actas se encuentran en el *Bundesarchiv* y he podido consultar también personalmente, sino de los escritos de Backhoff, a los que califica de «*Verleumdung*» (calumnia), motivada por rencillas y odios personales (Nerlich, 2015, pp. 230-283).

Durante todo el tiempo que duró este procedimiento hasta que fue rehabilitado en 1939, Maurach se defendió frente a estos ataques afirmando continuamente su fidelidad al régimen y a la ideología nacionalsocialista, rechazando cualquier «veleidad» o proclividad con el bolchevismo y el judaísmo, llegando a decir, como prueba de que no era nada proclive al judaísmo, que hizo todo lo que pudo para que su antecesor en el Instituto fuera expulsado del mismo precisamente por ser judío y así pasar él a ocupar su puesto.

Hay que tener en cuenta que en aquel tiempo ser acusado de probolchevique y projudío era tan grave como que en la época más dura de la Inquisición Española, en los siglos XVI o XVII, alguien hubiera sido acusado de «hereje» o de «judaizante», con las consecuencias que de ello se derivaban por más que después fuera absuelto de esas acusaciones.

Y efectivamente las acusaciones contra Maurach, aunque finalmente el procedimiento fue sobreseído a mediados de 1939 por resolución de la Secretaria del Canciller y, por tanto, del propio Hitler, determinaron que nunca más pudiera regresar a su antiguo puesto de Director de la Revista y de la Sección Jurídica del Instituto, y que tampoco se le permitiera ejercer como profesor sustituto o simplemente como docente o encargado de cátedra en la Universidad de Breslau, en la que se había habilitado cinco años antes, a pesar de que siempre tuvo el apoyo de su maestro Nagler y de otros colegas de la Facultad de Derecho. Paradójicamente, durante todo ese tiempo siguió como Juez con el apoyo del Ministerio de Justicia, que en relación con el «caso Maurach» estuvo directamente enfrentado con el Ministerio de Educación.

Como consecuencia de todo ello, a Maurach no le quedó otra salida, para continuar su carrera docente e investigadora, que aceptar en 1940 un encargo de cátedra en la Universidad de Königsberg, cuya Facultad de Derecho también había sido designada como *Stosstruppfakultät*, en la que finalmente fue nombrado en 1941 Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Derecho del Este Europeo. Pero el nombramiento le llegó demasiado tarde para poder desempeñar con efectividad las funciones de los puestos que tanto había ambicionado.

En efecto, al poco tiempo de llegar a Königsberg, comenzó la Operación Barbarossa (22 de junio de 1941), por la que, tras el Pacto de no agresión firmado años antes entre el régimen nazi y la Unión Soviética (Pacto Molotov-Ribbentrop), las tropas alemanas invadieron Rusia sin previo aviso, desencadenando una guerra abierta que, en un principio, determinó un avance imparable del ejército alemán en Polonia, en los Países Bálticos y en el mismo territorio ruso. Esta invasión militar fue reforzada en la retaguardia por la acción de los *Einsatzgruppen*, grupos de voluntarios encargados de lo que se llamaba «limpieza étnica», asesinando indiscriminadamente a grupos enteros de judíos, incluyendo mujeres y niños, y a personas sospechosas de apoyar a los comunistas. En dicha contienda Maurach actuó primero como

intérprete de las tropas alemanas y finalmente como soldado, cayendo prisionero de los rusos en marzo de 1945.

Mientras tanto, ya en 1939, se había operado un cambio importante en la orientación investigadora de Maurach. Como se puede ver en la exhaustiva lista de las publicaciones de Maurach entre 1939 y 1944, que añade Nerlich en el Apéndice de su libro (2015, pp. 539-540), prácticamente casi todas sus publicaciones tratan de temas relacionados con los judíos en la Unión Soviética, sobre todo a partir de su extensa monografía *Russische Judenpolitik* (Maurach, 1939). En todas estas publicaciones se puede observar un claro sentimiento antisemita, haciendo especial hincapié sobre todo en la relación que, a su juicio, existía entre judaísmo y comunismo, en la influencia de los judíos en la política de la Unión Soviética y en la amenaza que esto representaba para los intereses de la Gran Alemania. Es posible que con ello Maurach sólo quisiera demostrar la inconsistencia de las denuncias que le habían hecho sus colegas del Instituto de Breslau por sus presuntas tendencias prosoviéticas y projudías. Pero en todo caso el contenido antisemita de estas publicaciones es evidente. Y conviene recordar que en esa época ya se había generalizado la persecución y exterminio de los judíos, y no meramente la discriminación jurídica y política que se manifestó en las Leyes de Núremberg de 1935. Sobre todo, tras la llamada *Kristallnacht* en noviembre de 1938, que Maurach tuvo que conocer o incluso presenciar como cualquier otro ciudadano alemán. Aquel día se destruyeron e incendiaron en casi todas las grandes ciudades alemanas centenares de comercios y casas particulares de judíos que fueron además víctimas de asesinatos y de graves agresiones personales. A partir de ese momento comenzó el internamiento masivo de los judíos en los Campos de Concentración y en 1942, tras la reunión en Wannsee en la que un grupo de jefes nazis decidió la «*Endlösung*» (la «Solución Final») de la población judía, su progresivo exterminio, internándola en guetos y finalmente en los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka.

¿Tuvo Maurach en aquel momento conocimiento de lo que estaba sucediendo con los judíos?

Nerlich se esfuerza en la parte dedicada a esta etapa de la vida de Maurach en matizar o al menos relativizar el evidente antisemitismo que se refleja en las publicaciones de esta época, achacándolas a su afán por desmentir las acusaciones de Backhoff, Achmeteli y de otros que habían provocado su expediente disciplinario y su expulsión del cargo que ostentaba en el Instituto de Breslau (Nerlich, 2015, pp. 365-380). Pero independientemente de cuáles fueran sus motivos personales, lo cierto es que ya anteriormente Maurach había dado prueba de su antisemitismo en las declaraciones que hizo ante los Inspectores encargados de la instrucción del expediente disciplinario, hasta el punto de llegar a decir que había sido él quien en 1933 más se había esforzado en expulsar del Instituto a su antecesor en el cargo, Friedrich Schöndorf, precisamente por ser judío. Pero es que además en la época de Königsberg, Maurach se había integrado en grupos antisemitas congregados en torno a la figura de Alfred Rosenberg, figura destacada en el régimen nacionalsocialista por su antisemitismo, por lo que luego fue condenado a muerte y ejecutado en el Proceso contra los principales responsables del nacionalsocialismo en Núremberg. En estos grupos se integraban otros juristas, economistas, profesores universitarios, etc., como los hermanos Seraphim, primos de Maurach, uno de los cuales, el economista Peter-Heinz, había ocupado también un cargo en el Instituto de Breslau, y luego posteriormente escribió en 1949 un libro junto con Maurach y Wolfrum, reivindicando los territorios del Este de Europa, entre el Oder y el Niese, como territorios alemanes.

A la vista de estos datos, ¿se puede negar el sentimiento antisemita que, por lo menos en aquella época, inspiraba y animaba los trabajos que Maurach publicaba sobre los judíos y su influencia, a su juicio pernicioso, sobre la política de la Unión Soviética, considerada oficialmente por el régimen nacionalsocialista, a partir del desencadenamiento de la Operación Barbarossa, como el gran enemigo y la más grave amenaza para la existencia de la Gran Alemania?

#### 4. La participación de Maurach en la Segunda Guerra Mundial. Su testimonio sobre la masacre de Kaunas y la pasividad del ejército alemán ante la misma. El Informe Stahlecker

Desde principios de 1945 Maurach luchó en el frente como soldado hasta que cayó prisionero de los rusos en marzo de ese año. Pero ya desde 1941 venía actuando como traductor y *Sonderführer* de las tropas alemanas en el frente ruso, por lo que obviamente tuvo que presenciar también los asesinatos y actos de exterminio que paralelamente llevaban a cabo los *Einsatzgruppen* en la retaguardia contra los grupos judíos y eslavos sospechosos de colaborar con las tropas soviéticas.

Es el mismo Maurach quien relata esta experiencia en una sesión que tuvo lugar en 1956 en el Instituto de Historia contemporánea de Múnich. En dicha sesión Maurach relató que presencié directamente el asesinato de decenas de judíos ejecutados el 25/26 de junio de 1941 en las afueras de la ciudad lituana de Kaunas, en el patio de un garaje. Dicha masacre fue llevada a cabo por lituanos partisanos nacionalistas ante la pasividad del ejército alemán, que acababa de entrar en la ciudad pocos días antes después de comenzada la Operación Barbarossa.

Según cuenta Maurach, escandalizado o enfadado («*mit Empörung*», según sus propias palabras) ante lo que estaba viendo, se dirigió al Coronel que mandaba las tropas alemanas para que pusiera fin a dicha matanza, pero éste le contestó que «tenía orden de no inmiscuirse en asuntos internos»<sup>4</sup>.

El testimonio de Maurach se confirma en las declaraciones que respecto a la masacre de Kaunas hizo también en dicha sesión el Coronel Lothar von Bischoffshausen. El testimonio de dicho Coronel está igualmente recogido en el libro de Krausnick y en casi todos los artículos, trabajos, libros y referencias que hay en Internet en relación con la masacre de Kaunas<sup>5</sup>.

Según cuenta el Coronel von Bischoffshausen, en la tarde del 27 de junio de 1941, mientras patrullaba por la ciudad, se encontró con una multitud de personas que se habían reunido junto a una estación de servicio. Cuando preguntó qué estaba pasando allí, le contestaron que un sujeto llamado el «tratante de la muerte» estaba castigando a todos los «traidores y colaboradores». Y efectivamente allí estaba, según cuenta el Coronel, un joven rubio de unos 25 años, apoyado en una barra de hierro, y a sus pies, como lo demuestran las fotos que hay de aquel hecho, unas quince o veinte personas moribundas o ya muertas, a las que había golpeado con la barra de hierro, esperando otras que le iba entregando, uno a uno, un grupo de hombres armados. Los golpes eran acompañados de una salva de aplausos y vítores de la multitud allí congregada, entre la que había mujeres, hombres que llevaban sobre sus hombros a niños para que presenciaran la escena y algunos soldados

<sup>4</sup> Krausnick (1981, p. 179). Asimismo, en las notas 311 y 313 se refiere a la declaración del Prof. Dr. R. Maurach realizada el 13.10.56 en una sesión del *Arbeitskreis der Europ. Publikation E.V., Institut für Zeitgeschichte de Munich* (IfZ, ZSI 28, p. 59) citado por Krausnick (1981, lug. cit.).

<sup>5</sup> Por ejemplo, en Youtube o en <https://fotoscuriosas.org> se pueden ver además fotos de aquella masacre verdaderamente espeluznante.

alemanes que miraban curiosos sin intervenir en ella. Con razón dice el citado Coronel, un militar profesional avezado que ya había participado en la Primera Guerra Mundial, que nunca había presenciado antes un hecho tan brutal como el que había visto en Kaunas. No obstante, a pesar de la repugnancia que debió causarle el hecho, no hizo nada por impedirlo, probablemente porque, según cuenta también Maurach, tenía órdenes de «no inmiscuirse en asuntos internos».

Es interesante destacar, como hace Krausnick, que esta actitud pasiva mostrada por los responsables de las tropas alemanas ante la masacre de ciudadanos judíos que se estaba produciendo ante sus propios ojos, parece no importarle mucho al mencionado Coronel, a pesar de que claramente contradice y contradecía las reglas más elementales del Derecho de guerra y las Convenciones internacionales, que reconocen como una de las principales misiones proteger la vida y bienes de la población civil no beligerante (Krausnick, 1981, p. 179). Es cierto que la responsabilidad de los superiores militares se refiere ahora en el art. 28 del Estatuto de Roma a los delitos que cometen sus subordinados, pero no cabe duda de que también éstos tienen la obligación, por Derecho humanitario consuetudinario recogido en las Convenciones de Ginebra, de proteger a la población civil y evitar los ataques a la misma. Evidentemente, masacres como la de Kaunas se produjeron luego, además de en la misma Kaunas, en la llamada Séptima Fortaleza, y el 29 de octubre de 1941, en otros muchos lugares de Lituania, donde fue asesinado el 90 o 95 por ciento de la población judía. Hechos similares se produjeron en otros muchos lugares de Polonia, Bielorrusia, Países Bálticos y Rusia. Según Krausnick, el que el ejército alemán no interviniera directamente en estos hechos y no hiciera nada para impedirlos, tanto cuando las masacres de judíos eran llevadas a cabo por los propios nacionales de esos países, como, lo que era más frecuente, cuando las realizaban los escuadrones de voluntarios alemanes integrados en los *Einsatzgruppen*, demuestra la connivencia del ejército alemán con dichos escuadrones y, por tanto, su responsabilidad en los crímenes de guerra y el genocidio que éstos llevaban a cabo como parte de la «*Endlösung*» («Solución Final») del pueblo judío que poco tiempo después decretaron los altos cargos del régimen nazi reunidos en la Isla de Wannsee, cerca de Berlín, en 1942.

La connivencia entre el ejército alemán y los *Einsatzgruppen* y la consiguiente responsabilidad penal de los mandos del ejército alemán, aunque sólo fuera por omisión, en las masacres de judíos que se cometieron en su presencia no sólo en Lituania en 1941, sino en otros muchos lugares del Este europeo, está más que probada, como también lo están los crímenes cometidos por el propio Ejército alemán no sólo contra el personal civil, sino también apoderándose de las riquezas económicas, cosechas y patrimonio artístico de los pueblos que ocupaban. Götz Aly (2006) demuestra claramente que la actuación del ejército alemán en los países del Este de Europa no fue tan impecable como algunos defienden, y que no sólo se limitó a las operaciones bélicas: también directa o indirectamente dejaron en manos de la población autóctona o de los *Einsatzgruppen* la tarea de lo que ellos llamaban «limpieza étnica».

De ello hay también datos concretos en el volumen IV de la colección de Actas de los Juicios de Núremberg (Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office [en adelante USGPO por sus siglas en inglés], 1950, p. 435). En dichas Actas se recoge el informe del *SS-Brigadeführer* Stahlecker (Informe Stahlecker), realizado el 15 de octubre de 1941, en el que se relata con todo detalle la masacre de Kaunas y otras similares que sucedieron poco después.

El informe de Stahlecker (USGPO, 1950, p. 435) dice lo siguiente:

Comienzo de las actividades de autolimpieza. Si se considera el sufrimiento que padeció la población de los Países Bálticos en la época en la que estuvieron integrados en la URSS bajo el dominio del bolchevismo y del judaísmo, era presumible que, tras su liberación del dominio extranjero, con la retirada del Ejército Rojo, trataran de exterminar la masa de enemigos que se habían quedado en el país. La misión de la Policía de seguridad era poner en marcha las legítimas aspiraciones de limpieza y dirigirlas adecuadamente, para conseguir lo antes posible esa acción de limpieza. No menos importante era crear posteriormente la circunstancia existente y comprobable para que la población liberada pudiera por sí misma emplear las más duras medidas contra el enemigo bolchevique y judío, sin que fuera necesaria ninguna orden o instrucción por parte alemana. En Lituania ocurrió esto por primera vez con la actuación de los partisanos. Al principio, sorprendentemente no fue fácil poner en marcha un Pogrom de gran magnitud contra los judíos. Esto lo consiguió el jefe del citado grupo de partisanos, Klimatis, que fue encargado por un pequeño comando ya establecido anteriormente de organizar un Pogrom, sin que fuera necesario por parte alemana ninguna instrucción o encargo para que ello se hiciera. En el trascurso de este Pogrom, en la noche del 25/26.6, fueron eliminados por los partisanos lituanos más de 1500 judíos, varias Sinagogas fueron incendiadas o destruidas y unas 60 casas del barrio judío incendiadas. En las siguientes noches fueron exterminados del mismo modo unos 2300 judíos. También se llevaron a cabo acciones similares, siguiendo el ejemplo de Kawnas, en otras partes de Lituania, aunque de menor importancia, limitándose a los comunistas que allí habían quedado. *Con la debida información a los organismos competentes del ejército alemán, que aprobaron completamente estas acciones*, continuaron sin problemas las acciones de limpieza. Desde un principio pareció lógico que sólo los primeros días tras la ocupación alemana sería posible llevar a cabo esos Pogroms o acciones de limpieza, que concluyeron una vez que los partisanos fueron desarmados (la cursiva es mía).

Es evidente que el tal Stahlecker (muerto posteriormente en 1942 en acción de guerra), con esta declaración pretendía desviar también la responsabilidad de este tipo de ejecuciones masivas que se llevaron a cabo en los territorios ocupados por las tropas alemanas, a los grupos nacionalistas lituanos, que ciertamente colaboraron a veces con entusiasmo en las ejecuciones que llevaban a cabo los *Einsatzgruppen*, que incluso llegaron a inducirlos directamente para que las realizaran, como sucedió concretamente en Kaunas y en otros lugares que tuvieron lugar en los siguientes meses en todo el territorio lituano. Pero incluso aunque en el caso de la masacre de Kaunas el 25/27 de junio de 1941 (la primera de las otras que siguieron después) el ejército alemán se hubiera mantenido en total pasividad, contemplando cómo los grupos nacionales lituanos la llevaban a cabo, el hecho no deja de ser igualmente grave, teniendo en cuenta que, como Stahlecker dice expresamente, la misma actitud de pasividad, cuando no de connivencia, mostraron los mandos del ejército cuando, una vez que los nacionalistas lituanos fueron desarmados, estas acciones de limpieza fueron continuadas ya directamente por los *Einsatzgruppen*.

En todo caso, lo que parece obvio es que estando Maurach en aquellos lugares como «*Sonderführer*» e intérprete de las tropas alemanas, tuvo necesariamente que contemplar también esas masacres, aunque no participara directamente en ellas. Por eso, no deja de ser sorprendente que, como veremos en el siguiente epígrafe, no tuviera ningún problema en intervenir luego en el Proceso de Núremberg que luego se llevó a cabo contra los *Einsatzgruppen*, precisamente como asesor de la defensa de uno de los principales responsables de esas masacres: el General de División de las SS Otto Ohlendorf.

## 5. La participación de Maurach como asesor de la defensa de Ohlenndorf en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen*

Al final de la Guerra, en marzo de 1945, Maurach cayó prisionero de las tropas soviéticas, lo que, en principio, dados sus antecedentes y sus publicaciones antibolcheviques y antisemitas de los años anteriores, podía haberlo llevado directamente al paredón o, como les sucedió a tantos otros compañeros de cautiverio, a quedarse mucho tiempo en algún campo de prisioneros ruso. Pero probablemente, como él mismo reconoció en sus declaraciones posteriores, debido a su dominio del idioma ruso, a su colaboración como traductor en los interrogatorios a los que eran sometidos otros prisioneros alemanes y a su mal estado de salud, fue pronto liberado y ya en 1946 lo vemos, como tantos otros alemanes huidos de los territorios del Este europeo ocupados por las tropas soviéticas, en Baviera, buscando trabajo como profesor en diversas Universidades de la zona, como Würzburg o Múnich.

Como tantos otros profesores, funcionarios y antiguos miembros del partido nacionalsocialista, también Maurach tuvo que pasar por los procesos de «desnazificación» que habían puesto en marcha los Aliados para depurar la administración alemana de los elementos más directamente relacionados con dicho régimen. También aquí parecía que Maurach, dados sus antecedentes, podía tener serias dificultades para salir bien librado de este proceso; pero una vez más tuvo suerte. Según informa Nerlich (2015, pp. 389 y ss.), sacando el dato directamente del expediente del proceso de desnazificación, Maurach fue clasificado, efectivamente, al principio, como «*Belastet*»; es decir, como implicado con el régimen nazi. Pero, como tantas veces sucedió en aquellos procesos, que se convirtieron finalmente en una verdadera farsa, Maurach, gracias a certificados que le firmaron amigos y parientes que juraron y perjuraron que él había sido siempre crítico con el régimen nazi, y gracias también al expediente disciplinario al que había sido sometido por el Servicio de Seguridad nazi en su etapa en el Instituto de Breslau, pero sobre todo gracias a que la Comisión encargada de la desnazificación no llegó a tener noticias de las publicaciones antisemitas durante su etapa en Königsberg, Maurach consiguió ser clasificado como «*Unbelastet*», lo que, según él mismo confesó en carta a un amigo, suponía «su completa rehabilitación».

Nerlich (2015, pp. 396 y ss.) relata pormenorizadamente las actividades de Maurach en aquella época como asesor de editoriales, autor del Manual de Derecho penal *Grundriss des Strafrechts* (1948) y director de alguna revista. Pero lo más importante para él fue, sin duda, que, por fin, logró incorporarse como profesor a la Universidad de Múnich, contando, entre otros, con el apoyo decisivo de Edmund Mezger. Finalmente, consiguió la cátedra de Franz Exner, importante criminólogo, que acababa de fallecer y que años antes había redactado para el Gobierno nacionalsocialista, junto con Mezger, el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad<sup>6</sup>.

A tenor de la correspondencia que mantuvo Maurach con algunos colegas y amigos que lo apoyaron en su *reentrée* universitaria, aquellos años fueron para él unos años difíciles, pero también felices, porque, por fin, pudo rehacer su vida familiar y profesional. Tras las penurias pasadas, Maurach volvió a encontrarse con su familia en Múnich, halló una buena vivienda y regresó a su actividad como profesor, una ilusión que no había podido llevar a cabo, por las razones ya dichas, en Breslau, y que apenas había podido satisfacer durante el breve tiempo que estuvo como profesor

<sup>6</sup> Sobre este Proyecto puede verse Muñoz Conde (2003, capítulo III). Exner había sido además abogado defensor del General Jodl en el Proceso de Núremberg contra los principales responsables del régimen nacionalsocialista (Proceso 1). Jodl fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

en Königsberg. Tras ser nombrado Profesor de Derecho penal en la Universidad de Múnich publicó una importante monografía sobre culpabilidad y responsabilidad en Derecho penal: *Schuld und Verantwortung im Strafrecht* (Maurach, 1949), y un *Grundriss* o Manual tanto de Parte General como Especial (Maurach, 1948a y 1948b). También siguió ocupándose del Derecho del Este europeo, publicando a partir de 1948 diversos trabajos sobre la Constitución soviética, la situación de los prisioneros de guerra alemanes en la URSS, el Derecho penal soviético y naturalmente también, a partir de la división de Alemania en dos naciones, sobre el Derecho penal de la República Democrática Alemana (DDR en sus siglas alemanas).

Sin embargo, este panorama casi idílico, en el que Maurach volvió a llevar una vida normal como profesor universitario y buen padre de familia, se vio pronto perturbado por otra serie de problemas que se presentaron poco después de tomar posesión de su cátedra de Múnich. Estos problemas tuvieron su origen en el Dictamen de Maurach y su asesoramiento en favor de la defensa de Otto Ohlendorf.

Según Nerlich (2015, pp. 403-404), Maurach escribió dictámenes para diversos procesos de Núremberg: para la defensa de los acusados en el Proceso 6 contra la IG-Farbe (fabricante del gas Zyclon B usado en las cámaras de gas de los Campos de Exterminio para exterminar masivamente a los reclusos en ellos); para la de los acusados en el Proceso 7 contra los Generales del frente Suroeste y para la de los acusados en el Proceso 12 contra los Jefes del Estado Mayor del Ejército Alemán (OKW), acusados por Crímenes de Guerra cometidos en el ámbito de sus respectivas competencias. Todos ellos demuestran no sólo el prestigio que ya entonces tenía Maurach como especialista en Derecho penal, sino también su estrecha vinculación con los círculos jurídicos encargados de defender a los acusados en estos procesos, a los que lógicamente les venía muy bien el apoyo o asesoramiento jurídico de un reputado profesor de Derecho penal y especialista en el Derecho de los países del Este europeo.

Pero de todos estos dictámenes, el más importante y el que realmente le trajo luego problemas fue el que escribió en favor de Otto Ohlendorf en el Proceso que tuvo lugar en Núremberg entre el 17 de septiembre de 1947 y el 10 de abril de 1948 contra los *Einsatzgruppen* (el Proceso 9 de los llamados «*Nachfolgenprozesse*» tras el primero contra los principales responsables del régimen nazi).

Merece la pena dedicarle algunas páginas a este dictamen, no sólo por las consecuencias negativas que luego tuvo para Maurach, sino también porque en él sostiene una tesis que ya antes había mantenido y que coincidía con una de las tesis principales del régimen nacionalsocialista, y, por tanto, también de los miembros de los *Einsatzgruppen* acusados en dicho proceso: considerar a los judíos como una especie de aliados naturales del bolchevismo a cuya expansión en la Rusia soviética habían contribuido y contra los que, por tanto, había que luchar y exterminar en defensa del Estado nacionalsocialista.

Que Maurach estuviera o no de acuerdo en su fuero interno también con las brutales acciones que en defensa de esta idea llevaron a cabo los *Einsatzgruppen* en el Este de Europa, es algo que obviamente sólo él podría contestar. En todo caso, de su dictamen se pueden sacar algunas conclusiones.

El dictamen se encuentra recogido por la *Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office* (USGPO, 1950). Este volumen contiene las Actas del proceso contra los *Einsatzgruppen*. En él se juzgó a los principales responsables de estos «grupos de intervención» formados por voluntarios que tenían como misión eliminar sobre todo a los judíos que se encontraban en los territorios ocupados por

las tropas alemanas en el Este de Europa, principalmente Polonia, Países Bálticos y Rusia. En dichas operaciones se llevaron a cabo ejecuciones masivas de judíos, incluyendo mujeres y niños, brutalmente asesinados, en un número que se calcula pudo superar el millón de personas.

El principal acusado en este proceso fue el Jefe de uno de estos grupos, Sección D, el economista y alto cargo de las SS, Dr. Otto Ohlendorf.

Según se recoge en las Actas del proceso (USGPO, 1950, pp. 593-594), como experto legal y asesor de la defensa, llevada a cabo por el Dr. Aschenauer, actuó el Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo, el Dr. Reinhart Maurach, quien el 15 de octubre de 1947 compareció ante el Tribunal y prestó su testimonio ante el mismo. En el volumen IV se recoge sólo un resumen (*extract*) de este testimonio, traducido al inglés (pp. 339-355). Dicho informe, según se aclara en la nota 2 de la página 339, por acuerdo entre la defensa y la acusación, fue presentado por escrito y no oralmente.

#### Índice del dictamen de Maurach:

Introducción: Objeto y delimitación de este informe.

#### A. El derecho aplicable.

1. La llamada Parte General de la Ley No.10.
2. El sistema jurídico utilizable como «Parte General de la Ley No.10».

B. Los requisitos legales del estado de necesidad putativo y de la legítima defensa putativa conforme a las concepciones jurídicas continentales.

#### I. Legítima defensa.

1. Conforme al Derecho alemán.
2. Conforme al Derecho soviético.

#### II. Estado de necesidad.

1. Conforme al Derecho alemán.
2. Conforme al Derecho soviético.

III. Conclusiones que se derivan de la comparación entre estos dos sistemas jurídicos.

#### C. Inclusión del caso concreto en los requisitos jurídicos establecidos.

1. Los requisitos objetivos: La guerra contra la Unión Soviética como guerra excepcional.

- a. La actitud de la Unión soviética en relación con el Derecho internacional desde su formación hasta el comienzo de la guerra en 1941.
  - aa) Lucha de clases y guerra internacional a la luz de la teoría soviética.
  - bb) Uso del Derecho internacional como instrumento en la lucha contra los Estados no comunistas.
  - cc) La práctica de la Unión Soviética en atención al Derecho internacional antes del comienzo de la guerra con Alemania.
- b. La conducta de la URSS tras el comienzo de la guerra en 1941.
  - aa) Sobre el carácter vinculante de los usos bélicos.
  - bb) La conducta de los llamados partisanos en la guerra.

2. Los requisitos subjetivos: bolchevismo y judaísmo.

- a. La aparición del «problema judío con el problema bolchevique», según la teoría oficial nazi.
- b. Las vinculaciones entre judaísmo y bolchevismo en las experiencias y concepciones personales del acusado.

3. Conclusiones desde el punto de vista del Derecho penal.
  - a. Defensa putativa de terceros en caso de desastre.
  - b. Estado de necesidad putativo.

Lo primero que hay que decir de este dictamen es que Maurach en ningún caso negó los hechos de los que eran acusados Ohlendorf y los demás coacusados, lo que por lo demás era difícil no sólo porque las pruebas de los mismos eran apabullantes, sino también porque los propios acusados los habían confesado, con más o menos matices. Así que desde el primer momento Maurach manifiesta muy claramente que él no se va a ocupar de la *antijuricidad* de los actos que éstos realizaron, sino de la *culpabilidad* de los acusados (cursivas en el original; USGPO, 1950, p. 339). Esta contundente afirmación sorprende tanto al Tribunal que hasta llega a decir en la sentencia que «las afirmaciones del Dr. Maurach más bien sirven para apoyar las tesis de la acusación que de la defensa» (*sic*: USGPO, 1950, p. 465). Pero como después el mismo Tribunal constata, Maurach, en una suerte de «malabarismo jurídico», buscando argumentos que puedan ayudar a exonerar o al menos atenuar la responsabilidad de su mandante, realiza una serie de consideraciones sobre el estado de necesidad y la legítima defensa, cuyos límites y presupuestos interpreta en relación con el caso que se está juzgando.

Al Tribunal le sorprende también que Maurach utilice para fundamentar su opinión el Derecho penal soviético, con el argumento de que el lugar en el que se cometieron la mayor parte de sus hechos era territorio de la URSS, pues, como dice luego en la sentencia, cualquiera que fuera la regulación del Derecho soviético sobre estas materias, resultaba paradójico que se quisiera invocar el Derecho de un país cuya destrucción política, social, económica y jurídica era precisamente lo que pretendían los acusados.

Ya entrando en el fondo del problema, el Tribunal también rechaza la pretensión de Maurach de considerar que la URSS había perdido su condición de sujeto de Derecho internacional desde el momento en que las tropas alemanas no eran atacadas por las tropas del Ejército rojo como en una guerra convencional, respetando las normas del Derecho internacional de guerra, sino por grupos de partisanos, salidos de la población civil, que actuaban de forma sorpresiva, sin uniforme militar, realizando acciones de sabotaje en la retaguardia. Para Maurach se trataba de una forma peculiar de guerra, de una «guerra de excepción», en la que las tropas alemanas tenían que actuar para defenderse utilizando medidas excepcionales, como las represalias sobre la población civil de los pueblos cercanos a los lugares donde las tropas alemanas eran atacadas. Aunque no lo dijera claramente, con ello Maurach pretendía ofrecer una peculiar forma de legitimación de la barbarie cometida por los *Einsatzgruppen*, argumentando que la tarea oficial de estos era asegurar la retaguardia de las tropas alemanas, eliminando los grupos de partisanos y acabando con presuntos colaboradores, espías etc., la llamada «quinta columna», que podían atacar por la espalda al ejército alemán. En un peculiar entendimiento del *ius in bello*, esto les permitía utilizar todos los medios que fueran necesarios y eficaces para asegurar su misión. Partiendo de esta peculiar concepción del Derecho de guerra, venía a decir que los *Einsatzgruppen* en esas circunstancias podían emplear cualquier medio con tal de acabar con el enemigo en la retaguardia.

El Tribunal rechaza el argumento de Maurach recordando que fue Alemania la que invadió sorpresivamente a la Unión Soviética, rompiendo sin previo aviso el Pacto de No Agresión que poco antes habían firmado los representantes de ambas naciones, conocido como el Pacto Molotov-Ribbentrop, y considera que la invasión de la Unión Soviética era una verdadera «Guerra de Agresión».

En este punto el Tribunal muestra una rara ecuanimidad y objetividad, no dejándose conmovir por las continuas referencias que hace Maurach al peligro que supone el comunismo para la civilización occidental, a su voluntad de dominio el mundo (característica, según él, del pensamiento judío) y a la estrecha vinculación entre bolchevismo y judaísmo. Cualquiera que fuera la ideología de los jueces, que se puede suponer no era nada afín al comunismo bolchevique, condenan no sólo la invasión de la Unión Soviética, sino, además, con toda contundencia, la forma brutal y despreciativa con la que los *Einsatzgruppen* trataron a la población civil, las ejecuciones masivas de personas inocentes, incluyendo a niños que obviamente no podían representar ningún peligro para la seguridad del Estado nacionalsocialista (USGPO, 1950, p. 446).

Desde luego, lo que no podían esperar los *Einsatzgruppen* es que los judíos se entregaran mansamente al exterminio que les aguardaba sólo por el hecho de ser judíos. Ya en esa época, y concretamente desde finales de 1938, había comenzado en Alemania el internamiento en Campos de Concentración de los judíos, su posterior aislamiento en guetos como el de Varsovia y la pérdida de sus derechos como ciudadanos, para terminar finalmente con su eliminación física. Esto hizo que muchos judíos radicados en los países del Este de Europa o en los territorios de la Unión Soviética se integraran en los grupos de la resistencia a las tropas alemanas, exponiéndose así a las represalias consiguientes.

Por lo que se refiere a las actividades de los *Einsatzgruppen*, éstos no se limitaron sólo a acabar con los grupos de resistencia, formados por partisanos, judíos o no, sino que se dedicaron además a la eliminación directa de familias enteras, mujeres y niños incluidos, o a su deportación en masa a los Campos de Exterminio, tras incendiar sus casas y sinagogas. ¿Cómo podía decirse que los que cometían esas fechorías actuaban en estado de necesidad o en una situación de legítima defensa putativa del estado nacionalsocialista «por razones ideológicas»?

A esta pregunta Maurach responde que los *Einsatzgruppen* no asesinaban a los judíos porque fueran judíos, sino porque los identificaban con los bolcheviques, es decir, con los comunistas y, por tanto, al eliminarlos, lo hacían para defender a Alemania de la amenaza comunista. Por tanto, cualquiera que fueran las fechorías y crímenes que cometieron contra los judíos, lo hacían con el «elemento subjetivo» de defender a su patria, Alemania, de la amenaza bolchevique-comunista (USGPO, 1950, dictamen de Maurach, C, 2).

El argumento principal de Maurach es que los acusados, y concretamente su comandante el General de División de las SS, Ohlendorf, habían sido previamente adoctrinados en la tesis oficial nacionalsocialista de que judaísmo y bolchevismo eran una misma cosa, que ponía en peligro la misma existencia del Estado nacionalsocialista, y que, por tanto, siguiendo fielmente esta doctrina y las órdenes impartidas por el *Führer*, actuaban convencidos de que eliminando a los judíos, cuantos más mejor, incluyendo niños, defendían al Estado nacionalsocialista. Maurach no llega a decir que este adoctrinamiento ideológico fuera correcto, pero desde luego este argumento coincide casi literalmente con lo que él mismo había dicho respecto a esta cuestión en muchos de los artículos y monografías que había publicado entre 1939 y 1944. Pero independientemente de sus convicciones personales, lo que Maurach viene a decir es que esta ideología estaba tan profundamente arraigada entre los miembros de los *Einsatzgruppen*, que era comprensible que actuaran como actuaron; es decir, en la creencia errónea, pero fundada de que estaban defendiendo la existencia de Alemania, tal como la entendía el régimen nacionalsocialista, y, por tanto, expresado en los términos de la dogmática

jurídico penal alemana, en «legítima defensa (putativa) del Estado por razones ideológicas».

Curiosamente, en este contexto Maurach cita como uno de los ideólogos nazis que habían contribuido a crear esa mentalidad entre los *Einsatzgruppen* y en amplios sectores de la población alemana, además de a Hitler y Rosenberg, a su antiguo enemigo Backhoff, quien con sus escritos de denuncia contra Maurach había sido uno de los causantes de que en 1937 se le abriera el expediente disciplinario que le costó la expulsión del Instituto de Europa del Este de Breslau y puso en peligro su carrera académica. Lo que no dice, por supuesto, es que él también contribuyó a esa teoría, al menos en sus escritos a partir de 1939, precisamente para demostrarle a Backhoff que él era más antibolchevique y antisemita que los que lo habían denunciado. Con ello se pone de relieve no sólo la astucia de Maurach, sino también su afán en devolverle la pelota a su antiguo denunciante Backhoff, quien por lo demás, igual que él, se reinsertó sin problemas en el nuevo sistema democrático de la República Federal Alemana, en la que llegó a ocupar puestos importantes.

Desde el punto de vista dogmático, Maurach se mueve, por tanto, en un terreno resbaladizo entre la justificación y la exculpación, en el que sin afirmar, en ningún caso, que las acciones de los *Einsatzgruppen* estuvieran justificadas, pretende exonerar a sus autores a través de un entendimiento muy peculiar del estado de necesidad y de la legítima defensa, sin decir claramente cuál de las dos exenciones vendría en consideración, utilizándolas unas veces de forma alternativa y otras conjuntamente.

La posibilidad de invocar la obediencia debida a las órdenes del *Führer* es rechazada también enérgicamente por el Tribunal, que considera que éstas nunca podían ser vinculantes, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, para justificar las ejecuciones masivas de grupos enteros de judíos y civiles, incluidos niños, que no habían atacado a las fuerzas alemanas ocupantes. El argumento de Maurach de que los *Einsatzgruppen* actuaban convencidos de que matar judíos era igual que matar bolcheviques, es rechazado por el Tribunal, que lo considera una perversión de los más elementales valores éticos de la humanidad.

En consecuencia, rechazando el dictamen de Maurach, el Tribunal de Núremberg condenó a Ohlendorf, por su responsabilidad en unas 90.000 ejecuciones, a la pena de muerte (USGPO, 1950, pp. 510 y 587), que, tras haber sido confirmada, finalmente se ejecutó en 1951<sup>7</sup>.

## 6. Maurach en la Universidad de Múnich

A los que Maurach tampoco convenció con sus argumentos fue a los miembros del Órgano de control del Gobierno de los Aliados, que consideraron que con este dictamen Maurach había revelado su verdadera ideología, directamente

---

<sup>7</sup> Según cálculos aproximados, los *Einsatzgruppen* llegaron a matar a más de un millón de personas entre la población civil ubicada en los territorios del Este europeo. El total de muertos en la población civil rusa durante la Segunda Guerra Mundial fue superior a los diez millones y el total de muertos por parte rusa en la guerra con los alemanes superó los veinte millones. En relación con este tema y con la intervención de Maurach como asesor de la defensa en el proceso contra los *Einsatzgruppen*, véase Goldhagen (1987, p. 393), que llega incluso a decir que «Maurach, igual que los que cometieron los hechos, seguía todavía en el período posterior a la guerra, poseído de esta ideología, así que procedía a defenderla como si fuese correcta». Nerlich se opone enérgicamente a esta conclusión, señalando que Maurach en ningún caso dijo que el hecho estuviera justificado ni defendió como propia la ideología de su mandante, pero admite ciertamente que su dictamen era confuso a este respecto: «*allerdings vermeidet er interessanterweise eine eindeutige Stellungnahme*» («ciertamente evita de forma interesada una clara posición») (Nerlich, 2015, p. 405).

nacionalsocialista, y, por tanto, debía ser expulsado inmediatamente de la cátedra para la que acababa de ser nombrado en la Universidad de Múnich. Concretamente, el Director de la sección cultural de la Oficina del Gobierno militar norteamericano, el General Alonso Grace, solicitó a la Universidad de Múnich que revocara el nombramiento de Maurach pues en su «meditada opinión gente del espíritu del Profesor Maurach representaba un muy serio peligro para la democratización de Alemania y la paz mundial» (Nerlich, 2015, p. 403). Y el que fue fiscal en el Proceso de los *Einsatzgruppen*, Ferencz, decía que Maurach tenía «el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich Himmler».

Esta solicitud motivó que el Ministerio de Educación abriera un expediente y solicitara de Maurach y de la propia Facultad de Derecho una explicación. El Decano de la Facultad, Prof. Kaufmann solicitó a un grupo de profesores, entre ellos Edmund Mezger, que manifestaran su opinión sobre el Dictamen de Maurach en el Proceso contra los *Einsatzgruppen*. La respuesta de este grupo de profesores fue que no era su misión juzgar las actividades que a título particular pudiera realizar un miembro de esa Facultad, aunque deploraban y rechazaban el contenido del dictamen como tal, con el que decían no estar de acuerdo. El Ministerio de Educación, por su parte, dio largas al asunto, entendiendo que en ningún caso podía prohibirse a un profesor que expresara su opinión científicamente fundada respecto a cualquier tema y que, igual que un abogado tenía todo el derecho a defender a su mandante cualquiera que fuese el delito del que era acusado, como ya había hecho el antecesor de Maurach, el Profesor Exner defendiendo al General Jodl, de igual manera un profesor podía expresar su opinión y ofrecer argumentos al abogado para su defensa, no existiendo ninguna diferencia entre ambas funciones.

La oficina del Gobierno de los Aliados no se dio por satisfecha con estas explicaciones y siguió solicitando la revocación del nombramiento de Maurach como profesor e incluso la revisión de su proceso de desnazificación. El hecho, según Nerlich, tuvo cierta trascendencia mediática e hizo que durante el semestre de verano de 1949 Maurach quedara apartado de su actividad docente. Pero una vez pasada esta «tormenta de verano», Maurach reanudó su actividad académica sin mayores problemas. Poco a poco el caso se fue diluyendo. Los Procesos de Núremberg habían terminado. Los rusos habían bloqueado el acceso a Berlín. La Guerra Fría había comenzado y a los Aliados, principalmente a los norteamericanos, ya no les interesaba tanto lo que habían hecho en el pasado los antiguos nazis, sino su anticomunismo, del que habían dado ya prueba durante la etapa nacionalsocialista y que diariamente manifestaban en sus actividades profesionales, académicas o políticas. En el caso de Maurach no había la menor de duda de su anticomunismo. Sólo tuvo que ocultar el antisemitismo del que había hecho gala entre 1939 y 1944.

Algunos años más tarde Maurach volvió a manifestar claramente de qué lado estaban sus simpatías ideológicas y no tuvo inconveniente en extender el manto piadoso de su tesis de la exención de responsabilidad penal a un sujeto acusado de haber cometido hechos similares a los de los *Einsatzgruppen*, aunque aduciendo otro tipo de argumentos.

Según relata Hans Magnus Enzensberger (1968, pp. 23-24):

A principios de 1964 compareció en juicio el ex sargento mayor L. Scherer en Kempten/Allgäu. Fue acusado de haber encerrado en una choza de madera a quince hombres, mujeres y niños, a quienes había sorprendido en la tala de una zona de bosques en el distrito de Brjansk durante la Segunda Guerra Mundial, pegando luego fuego a la choza y arrojado encima granadas de mano. El profesor Maurach de la Universidad de Múnich presentó un informe al tribunal. En él sostenía la opinión de que al dictar sentencia habría que tener en cuenta la «extraordinaria excitación del

soldado». La matanza de quince hombres, mujeres y niños la consideraba él como «no contraria a la ley». El tribunal dictó sentencia absolutoria. El acusado, según consta en los considerandos de la sentencia, se vio precisado a cumplir órdenes en estado de crisis<sup>8</sup>.

Con su nombramiento como Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, y como Director del nuevo Instituto Derecho del Este Europeo creado a instancias suyas en 1957, Maurach se asentó definitivamente en la Facultad de Derecho de la capital bávara, en la para él segura y grata compañía de otros importantes profesores de Derecho que igual que él habían estado muy relacionados con el régimen nacionalsocialista, lo que no había sido ningún obstáculo para volver a ocupar sus respectivas cátedras; entre ellos estaban el penalista Edmund Mezger, el constitucionalista Theodor Maunz o el civilista Karl Larenz.

Mientras tanto Maurach se había rehabilitado ante las autoridades americanas a las que ya no parecía importarles demasiado su pasado nazi. Junto con otros profesores y antiguos miembros de las SS, el SD, ex militares de la *Wehrmacht* y la Gestapo, se convirtió en miembro de la Organización Gehlen, una especie de Subagencia de la Agencia norteamericana CIA. Dicha Organización, mandada por un antiguo General de la *Wehrmacht*, Richard Gehlen, que luego fue nombrado por Adenauer como Primer Presidente de la Agencia federal de noticias (*Bundesnachrichtendienst*), se encargaba, bajo la supervisión y con la financiación de la CIA, de suministrar información, del contraespionaje y del espionaje militar en la zona soviética, y también de combatir el «peligro comunista» dentro de la propia República Federal de Alemania<sup>9</sup>.

No cabe duda de que Maurach, tanto por su dominio del idioma ruso, como por sus conocimientos del Derecho del Este europeo, y su absoluto y visceral anticomunismo, encajaba perfectamente en una organización que no era más que una tapadera o sucursal de la famosa CIA.

¿Qué más podía pedir la CIA, cuya principal misión era precisamente la lucha contra el comunismo y contra la Unión Soviética? Pero ¿qué dirían el General norteamericano y el Fiscal del Proceso contra los *Einsatzgruppen* que cinco años atrás habían calificado a Maurach como un verdadero peligro para la democracia y la paz mundial y que habían dicho de él que tenía «el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich Himmler»?

En los años 60, tuvo Maurach aún algún problema por sus relaciones con el régimen nacionalsocialista. En 1968 fue uno de los profesores cuyas clases, junto con las de otros profesores con parecidas relaciones con el nacionalsocialismo, fueron boicoteadas por un grupo de alumnos que solicitaban su expulsión de la Universidad. En el verano de 1968 se podían ver algunos carteles que había pegados por las

<sup>8</sup> La noticia de la sentencia se encuentra también recogida en el periódico de la entonces República Democrática Alemana *Neues Deutschland*, de 28 de febrero de 1964. Por lo que he podido comprobar personalmente, aquel mismo año el *Bundesgerichtshof*, es decir, el Tribunal Supremo alemán, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial (*Landesgericht*) de Kempten/Allgäu, considerando que el *Schwurgericht*, Tribunal de Jurado, había absuelto correctamente al acusado al apreciar que éste había actuado en un estado de necesidad putativo, temiendo que si no cumplía las órdenes recibidas de matar a los doce miembros de una familia rusa, incluyendo dos niños pequeños, podía verse expuesto a ser enviado a un batallón disciplinario o incluso algo peor (cfr. BGH, 15.12.1964 -1StR 254/64). Esta sentencia que yo sepa no ha sido objeto del menor comentario en la bibliografía especializada de la época).

<sup>9</sup> Véase la información que se ofrece al respecto en Wikipedia [https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n\\_Gehlen](https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_Gehlen), o la de García Cuartango (20 enero, 2020).

paredes de la Facultad de Derecho que decían «*Maurach, Maunz aus der Universität raus*»<sup>10</sup>.

También desde la República Democrática Alemana se denunciaba su pasado nacionalsocialista. En 1965 se publicó por el Consejo Nacional de la República Democrática Alemana el llamado «*Braunbuch*» («el libro marrón»). En dicho libro, también presentado en 1967 en la Feria del Libro de Frankfurt, donde fue secuestrado por orden judicial, se contenía una lista de importantes personalidades de la política, de la empresa, de la judicatura, de la administración y de las universidades de la República Federal que habían tenido estrechas relaciones u ocupado puestos importantes en el régimen nacionalsocialista. Uno de ellos era Reinhart Maurach, del que el «*Braunbuch*» decía lo siguiente (la traducción es propia):

Maurach, Reinhart, Prof. Dr.

Antes de 1945: Profesor fascista de Derecho penal y Director del Instituto de Derecho del Este europeo en la Universidad de Königsberg (Kaliningrad); Director de Sección en el Instituto del Este Europeo en Breslau (Wroclaw); Juez nacionalsocialista; destacado por sus publicaciones antisemitas; publicó artículos en la revista «*Weltkampf*», órgano central del antisemitismo en la Alemania fascista; miembro activo del Partido Nacionalsocialista (NSDAP).

Después de 1945: Profesor y Director del Instituto de Derecho penal y proceso penal, así como de Derecho del Este Europeo en la Universidad de Múnich; miembro del Consejo de investigación «*Johann-Gottfried-Herder*».

## 7. Reflexión final

Estos son los rasgos más destacados de la vida y la obra de Reinhart Maurach, un penalista alemán del siglo XX que recientemente ha sido objeto en Alemania de dos extensas y documentadas investigaciones (Ditt, 2011; Nerlich, 2015), a las que me he referido varias veces a lo largo de este artículo. Dichos estudios monográficos se ocupan sobre todo de la obra de Maurach como especialista del Derecho del Este europeo, prestándole poca atención a su obra como penalista. Sin embargo, Reinhart Maurach fue también uno de los penalistas más destacados del siglo XX, y desde luego uno de los que más han influido en la formación dogmática de una buena parte de los penalistas del ámbito hispano y latinoamericano de mi generación.

Cuando mi director de tesis, el Profesor José María Navarrete Urieta, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla, discípulo directo de Mezger, me aconsejó que me fuera a Múnich a estudiar con Reinhart Maurach, con el que Navarrete, tras su larga estancia en Múnich, seguía en contacto, no tuve la menor duda de que aquél iba a ser un momento importante en mi carrera académica. Conocí personalmente a Maurach y estuve vinculado a su cátedra durante el curso 1969/1970. Por allí estaban por entonces sus asistentes científicos, Heinz Zipf, quien acababa de habilitarse y de recibir el llamamiento a la cátedra de Salzburgo, y Karl Heinz Gössel, luego catedrático en Erlangen-Nuremberg, que fue el que se ocupó personalmente de mí y con el que llegué a tener una buena amistad. En esa época su otro discípulo F.Ch. Schröder había obtenido ya la cátedra de Regensburg, aunque siguió vinculado a Múnich como sucesor de Maurach en la Dirección del *Institut für*

<sup>10</sup> «Maurach y Maunz, fuera de la Universidad». Theodor Maunz era un famoso constitucionalista que se había distinguido en la época nazi por ser un apasionado defensor de un estatus fuera de todo control jurídico y directamente responsable sólo ante Hitler de las tristemente famosas SS.

*Ostrecht*. El otro asistente, Martin Fincke, luego catedrático en Passau, se ocupaba más bien de las actividades de este Instituto.

En aquellas fechas estaban también en Múnich los discípulos de Juan Córdoba Roda, José Ramón Casabó, luego catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia, y luego los profesores de Derecho penal de la Universidad de Barcelona José María Escrivá Gregori, Ángel de Sola Dueñas y Santiago Mir Puig.

Durante el tiempo de mi permanencia en el curso 1969/70 en la Universidad de Múnich, asistí a las clases y Seminarios dirigidos por Maurach y me entrevisté varias veces con él. Siempre me atendió amablemente y en el curso de una de esas entrevistas me dedicó un ejemplar del libro que acababa de editar *50 Jahre des Soweitsrechts (50 años de Derecho soviético)*, que todavía conservo. También escribió un *Gutachten* o carta de recomendación apoyando mi solicitud de una Beca de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt, que finalmente me concedieron.

Como ya he manifestado en mi *Selbstdarstellung* o autobiografía (Hilgendorf (2019, pp. 319 y ss., y especialmente pp. 323 y ss.), cuando regresé a Múnich en septiembre de 1971 como becario de investigación de la Fundación Humboldt, el Profesor Maurach se había jubilado y desde ese mismo mes el nuevo titular de su cátedra era el Profesor Claus Roxin, con quien culminé mi formación en la Dogmática jurídico-penal.

Cualquiera que conozca la evolución de mi carrera académica a partir de mi estancia como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Múnich al lado del Profesor Claus Roxin, puede comprobar hasta qué punto la obra de Roxin ha influido en mi formación como penalista, aunque no por eso dejo de reconocer la importancia que tuvieron en mis estudios iniciales del Derecho penal las obras de otros importantes penalistas como Mezger y Maurach, y en menor medida la del italiano Filippo Grispigni<sup>11</sup>.

Fueron los libros de estos tres autores los que me recomendó que estudiara el Profesor José María Navarrete Urieta. Y realmente no puedo decir ahora, cincuenta años después, que en ellos encontrara nada que hiciera sospechar que estos penalistas habían sido también, marcados por el signo de la época que les tocó vivir, al menos en una parte de sus vidas, fieles seguidores de la ideología nacionalsocialista o fascista. Obviamente ello en nada desmerece la importancia de sus obras en el estudio dogmático o técnico-jurídico del Derecho penal; pero cincuenta años después, a la vista de lo que he descubierto personalmente o he llegado a saber sobre la vinculación con el régimen nacionalsocialista de Mezger y Maurach, y la de Grispigni con el régimen fascista de Mussolini, no está de más recordar a las generaciones de futuros juristas y penalistas, y a todos los fervientes admiradores de las grandes construcciones de la Dogmática jurídica y concretamente de la Dogmática jurídico-penal, que también la más refinada Dogmática, y lo mismo cualquier otra actividad científica o intelectual jurídica, puede ir paralela o servir incluso de legitimación a la barbarie, aunque aparezca revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho.

---

<sup>11</sup> Respecto a este penalista italiano y a sus relaciones con Mezger y con el régimen fascista de Benito Mussolini remito a mi artículo en Zaffaroni (2009).

## Bibliografía

- Aly, G. (2006). *La utopía nazi. Cómo Hitler compró a los alemanes*. Barcelona, España: Crítica.
- Ditt, T. (2011). *Stosstruppfakultät Breslau*, Tubinga, Alemania: Mohr Siebek.
- Enzensberger, H.M. (1968). *Política y delito*. Barcelona, España: Anagrama.
- García Cuartango, P. (20 enero, 2020). Richard Gehlen, el espía que pasó de servir a Hitler a ser una pieza clave para la CIA. ABC. Recuperado de [https://www.abc.es/cultura/abci-reinhard-gehlen-espia-paso-servir-hitler-pieza-clave-para-202001271447\\_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/cultura/abci-reinhard-gehlen-espia-paso-servir-hitler-pieza-clave-para-202001271447_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F).
- Goldhagen, D.J. (1997). *Hitler's Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*. Londres, Reino Unido: Vintage Books.
- Hilgendorf, E. (2019). *Die Ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Die internationale Rezeption des Deutschen Strafrechts*. Berlín, Alemania: De Gruyter.
- Krausnick, H. (1981). *Hitlers Einsatzgruppen*. Frankfurt del Meno, Alemania: Fischer.
- Maurach, R., Schröder, F.C., Maiwald, M., Hoyer, A. y Momsen, C. (2019). *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1*. Heidelberg, Alemania: C.F. Müller.
- Maurach, R., Schröder, F.C., y Maiwald, M. (2012). *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 2*. Heidelberg, Alemania: C.F. Müller.
- Maurach, R., Gössel, K.H., y Zipf, H. (1995). *Derecho Penal. Parte general* (dos volúmenes). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Maurach, R. (1969). *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*. Heidelberg, Alemania: C.F. Müller.
- Maurach, R. (1952). Johannes Nagler zum Gedächtnis. *Juristenzeitung*, vol. 8, p. 124.
- Maurach, R. (1949). *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*. Wolfenbüttel, Alemania: Wolfenbüttel Verlagsanst.
- Maurach, R. (1948a). *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Wolfenbüttel, Alemania: Wolfenbüttel Verlagsanst.
- Maurach, R. (1948a). *Grundriss des Strafrechts. Besonderer Teil*. Wolfenbüttel, Alemania: Wolfenbüttel Verlagsanst.
- Maurach, R. (1939). *Russische Judenpolitik*. Berlín, Alemania: Deutscher Rechtsverlag.
- Maurach, R. (1935). *Kritik der Notstand Lehre*. Berlín, Alemania: C. Heyman.
- Maurach, R. (1933). Grundlagen des räterrussischen Strafrechts. *Quellen und Studien. Abteilung Recht*, Nueva Época (10).
- Muñoz Conde, F. (2016b). Reinhart Maurach, un penalista venido del frío. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (número 2), pp. 225-248.
- Muñoz Conde, F. (2016a). Reinhart Maurach, un penalista venido del frío. *Revista Penal*, pp. 291-309.
- Muñoz Conde, F. (2015). La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista. *Revista Penal México* (número 8), pp. 161-170.
- Muñoz Conde, F. (2009). Comentarios a Mezger/Grispigni. La reforma penal nacionalsocialista. En Zaffaroni, E.R. (ed.), *El penalismo olvidado*. Buenos Aires, Argentina: Ediar. Edición alemana Muñoz Conde, F. (2014). Einige Bemerkungen über Filippo Grispigni und das fachistische Strafrecht. *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, volumen 15* (número 1). Edición italiana Muñoz Conde, F. (2019). Alcune osservazioni su Filippo Grispigni e il diritto penale fascista. *Archivio Penale* (número 3).
- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch. Edición alemana Muñoz Conde, F. (2007). Edmund Mezger und das Strafrecht seiner Zeit. *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*

- (número 1), pp. 9-15. Edición portuguesa Muñoz Conde, F. (2004). *Edmund Mezger é o Direito penal do suo tempo*, Sao Paulo, Brasil: Lumen Juris.
- Nerlich, V. (2015). «A Baltico ad Euxinum». *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung*. Berlin, Alemania: Erich Schmidt Verlag.
- Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office (1950). *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nurenberg october 1946-april 1949*.  
[https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_war-criminals\\_Vol-IV.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf).

# ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina

## Judges in politics or politicians in courts? Reflections around the judicialization of politics from cases of Latin America

Marisa Ramos Rollón  
 Universidad Complutense de Madrid  
 ORCID ID 0000-0001-7541-3529  
[mlramos@ucm.es](mailto:mlramos@ucm.es)

### Cita recomendada:

Ramos Rollón, M. (2021). ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 86-103.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6064>

Recibido / received: 11/01/2021  
 Aceptado / accepted: 05/03/2021

### Resumen

En este artículo, se analiza el fenómeno de la judicialización de la política, aportando una revisión del concepto y sus expresiones que podría facilitar su contraste empírico. Para ello, se revisa la naturaleza del concepto, sus distintas acepciones y la eventual confusión que genera la asociación del fenómeno a la vertiente sustantiva del proceso judicial más que a la orgánica o funcional. Para avanzar en las posibilidades de la observación empírica, se propone una tipología de expresiones de judicialización de la política que se contrasta, posteriormente, con casos paradigmáticos de América Latina.

### Palabras clave

Judicialización de la política; activismo judicial; democracia representativa; poderes judiciales; América Latina.

### Abstract

*In this article, the phenomenon of the judicialization of politics is analyzed, providing a review of the concept and its expressions that could facilitate its empirical contrast. The nature of the concept, its different meanings and the possible confusion generated by the association of the*



*phenomenon with the substantive aspect of the judicial process rather than the organic one, that is, the political as matter, are reviewed. To advance the possibilities of empirical observation, a typology of expressions of judicialization of politics is proposed, which is subsequently contrasted with paradigmatic cases in Latin America.*

### **Keywords**

*Judicialization of politics; judicial activism; representative democracy; judicial powers; politicization of justice; Latin America.*

SUMARIO. 1. Introducción: el creciente protagonismo político de los sistemas judiciales. 2. Naturaleza del fenómeno de la judicialización de la política. 2.1. Del «activismo Judicial» a la «judicialización de la política». 2.2. Expresiones de la judicialización de la política. 2.3 Una propuesta de tipología de expresiones de judicialización de la política. 3. Algunas expresiones de la judicialización de la política en América Latina. 4. Conclusión: la judicialización de la política y su impacto en la democracia.

## **1. Introducción**

Desde hace ya varias décadas, los sistemas judiciales han cobrado un protagonismo creciente en la arena política, adquiriendo un supuesto papel central en la resolución de conflictos sociales y/o políticos o tomando decisiones que generan impactos de envergadura política. De hecho, la centralidad del poder judicial en el contexto político actual crece a medida que decrece la legitimidad del sistema democrático en su conjunto y en las instituciones de representación política en particular, es decir, parlamentos y partidos políticos. También resaltan los tribunales en contextos de transición política y en paralelo a procesos de empoderamiento de la sociedad civil. Además, en este protagonismo ha influido el activo papel y la toma de posición política de los mismos poderes judiciales, ansiosos muchas veces de participar en la contienda política. Finalmente, también esta centralidad de las instituciones judiciales en los sistemas políticos ha ido asociada al hecho de que, en las últimas décadas, muchos Gobiernos, así como cortes supremas con competencias de política pública y de iniciativa legislativa, han promovido reformas judiciales de carácter más o menos integral, buscando resituar el rol, la función y la legitimidad de las instituciones del sector justicia, lo que ha colocado a estas instituciones en el centro de la agenda política y mediática. Estas reformas han sido variadas, respondiendo esa diversidad a la misma complejidad de los sistemas de justicia, a los diferentes fines y objeto de las mismas y, en suma, a los distintos enfoques desde los cuales se han planteado<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Las reformas que, desde la premisa de la justicia como servicio público, han promovido modificaciones en torno a la eficacia, la eficiencia y la calidad de la justicia, o introduciendo formas más amigables de acceso a la misma y promoviendo procesos de transparencia y de justicia abierta (lo que se está ya trabajando en países de América Latina a través de la Cumbre Judicial o en el marco de la OEA vía la Ley Interamericana de Acceso a la Información). Las reformas llevadas a cabo desde la premisa de la justicia como regulador de la economía, a través de las cuales se pretenden disminuir los costes de transacción entre los actores económicos, reducir trámites, simplificar procesos y promover acciones que contribuyan a aportar seguridad jurídica al sistema. Finalmente, poniendo el foco en los diseños institucionales y en las interacciones entre poderes, se han llevado a cabo procesos de cambio que han tenido como fin promover una mayor independencia de los poderes judiciales, así como incentivar un mejor ejercicio de responsabilidad política por parte de estas instituciones. En este marco, los cambios se alinean en torno a un eje de tensión entre dos principios clave: la necesaria independencia judicial, por un lado, y la compleja exigencia de responsabilidad política a los jueces, por otro. En definitiva, y sintetizando un debate complejo, se recrea la recurrente tensión entre la idea de separación de poderes frente a la del control entre poderes, a la que hace referencia Ackerman (1999) o Jiménez Asencio (2017), entre muchos otros. Específicamente, y con el fin de proteger y garantizar la independencia judicial, se han diseñado distintos modelos de Gobierno judicial, con diferentes sistemas de acceso y carrera judicial

Esta supuesta centralidad política de los poderes judiciales está siendo interpretada tanto como producto de un fenómeno «normal», resultado del mayor activismo judicial al que desembocan ciertos cambios institucionales o procesos de madurez democrática, como expresión de un fenómeno «patológico», consecuencia de crisis políticas y sociales que afectan a la tradicional división de poderes, al normal funcionamiento del Estado de derecho y, en definitiva, a la misma democracia representativa. En el primer caso, el desarrollo de la justicia constitucional por una parte, y la llegada a los tribunales de casos «excepcionales» de naturaleza política, como pueden ser aquéllos que cuestionan al mismo Estado, al sistema social que el ordenamiento jurídico tiene como función regular o a algunos de sus más altos mandatarios, ponen a las estructuras judiciales en situación que, saliéndose de su papel tradicional (los delitos o, en general, las controversias «comunes»), les obliga a intervenir en «delitos de naturaleza política», asumiendo a veces funciones para las que no fueron creados y/o poniendo en peligro sus propias costuras. En el segundo supuesto, son los propios poderes judiciales los que, por distintas razones, deciden intervenir, haciéndolo de forma nítida en cuestiones de tipo político. Ambos fenómenos, en todo caso, están siendo conceptualizados como fenómenos de judicialización de la política.

A esta judicialización de la política se ha llegado por distintas causas<sup>2</sup>, siendo lugar común referirse a la misma como consecuencia de la crisis de la democracia representativa y de la carencia de canales de resolución de conflictos. A su vez, este desplazamiento de los canales de resolución de conflictos y de los mecanismos de toma de decisiones está impactando, de forma indudable, en el funcionamiento de las democracias.

Este protagonismo de los jueces ha despertado el interés por el estudio de la justicia desde el ámbito politológico, que hasta ese momento había desatendido, en gran medida, el estudio de los sistemas de justicia<sup>3</sup>. El desarrollo de la corriente de análisis de *Judicial Politics* está, afortunadamente, resituando la temática en la agenda académica e investigadora. Sin embargo, las investigaciones sobre este indeterminado y etéreo proceso, aun siendo cada vez más numerosas, no están avanzando a la misma velocidad que el tratamiento mediático del problema, lo que dificulta el análisis de sus causas e impactos. Además, esta temática requiere una complementariedad de enfoques de análisis para captar adecuadamente los diversos planos del mismo, tanto políticos como jurídicos.

Por ello, se considera necesario avanzar y profundizar en la naturaleza del fenómeno de la judicialización a partir de experiencias latinoamericanas, no solo para diferenciarlo de otros fenómenos con los que pudiera confundirse, sino para identificar

---

o de separación entre las funciones administrativas y jurisdiccionales, entre otros, modelos que acaban teniendo impactos diferenciados en el fin perseguido (ver Ramos Rollón, 2017).

<sup>2</sup> Ferejohn (2002) analizó ya hace algunos años los factores explicativos de la judicialización de la política, apelando a la hipótesis de la fragmentación (la fragmentación del poder limita la capacidad de parlamentos y gobiernos para legislar, abriendo espacios a los poderes judiciales), a la hipótesis de los derechos (los tribunales como defensores de derechos de minorías) o la hipótesis contra mayoritaria (la asociación de los poderes judiciales a los intereses de las minorías frente al rodillo de las mayorías en los parlamentos y Gobiernos). También se han planteado explicaciones vinculadas al diseño institucional y las mayores competencias de los poderes judiciales como consecuencia de las reformas derivadas tanto del avance del constitucionalismo como de las demandas de independencia (Carvalho, 2007).

<sup>3</sup> Ha sido en los últimos años cuando se ha producido un acercamiento sólido y estable al análisis de los sistemas judiciales desde la ciencia política, especialmente en el ámbito anglosajón, menor en el europeo y aún testimonial desde la ciencia política en España. No deja de ser paradójico este desdén por el estudio de los sistemas de justicia desde la ciencia política, en tanto que las judiciales son instituciones clave, imprescindible para el adecuado análisis de los actuales sistemas políticos.

las dimensiones del mismo, así como sus expresiones típicas, con el fin de contribuir a avanzar en su investigación y contraste empírico. Este análisis se apoya en la importante contribución de diversos autores que han analizado el papel de los tribunales en la política latinoamericana de las últimas décadas y que han contribuido a comprender las transformaciones generadas en la relación entre poderes y a resituar las funciones de los poderes judiciales y su impacto en la democracia<sup>4</sup>. Este trabajo, sin embargo, aborda un plano no necesariamente cubierto por las investigaciones previas, esto es, la determinación del repertorio de expresiones de la judicialización identificadas a partir de casos actuales, con el fin de delimitar las manifestaciones genuinas de judicialización y aquellas otras que, siendo similares, encajan mejor en otras conceptualizaciones.

Avanzar, por tanto, en estos dos planos es el objeto del presente trabajo. En una primera parte, se abordará la naturaleza del fenómeno, así como algunas de sus expresiones y de las dimensiones que permitirían su medición. A continuación se analizarán algunas de sus expresiones concretas, tomando como referencia casos de América Latina<sup>5</sup>. La hipótesis del trabajo es que algunas expresiones habitualmente vinculadas al concepto de la judicialización se asocian a procesos históricos y son, por tanto, resultado de la maduración de algunos desarrollos institucionales (como la justicia constitucional), muy distintos de aquellos otros vinculados a la extralimitación o perversión de las funciones propias de los poderes judiciales y su utilización o captura con fines políticos.

Con ello se trata de contribuir, desde un enfoque politológico, a la comprensión del fenómeno y a su eventual medición. Hay que tomar en consideración que la judicialización de la política puede estar impactando de forma muy contundente en el funcionamiento de las democracias actuales, pero que no está recibiendo suficiente atención en la agenda de investigación politológica, entre otras razones, por las dificultades asociadas a su naturaleza y a su contrastación empírica. Este tipo de análisis es especialmente necesario tomando como fuente de información las realidades y los procesos generados en sistemas judiciales «continentales» (América Latina y España entre otros), muy distintos, en este ámbito, de los «anglosajones» que han inspirado la mayor parte de los análisis teóricos sobre judicialización de la política<sup>6</sup>. Contribuir a mejorar el ajuste del concepto a realidades distintas de aquellas que lo inspiraron puede justificar también el análisis planteado en este trabajo.

## 2. Naturaleza del fenómeno de la judicialización de la política

### 2.1. Del «activismo judicial» a la «judicialización de la política»

Como ya se ha mencionado, la judicialización de la política se ha convertido en un fenómeno recurrente en el debate público, tanto en medios de comunicación como en conversaciones y foros diversos en numerosos países del ámbito occidental. Académicos como Guarnieri y Pederzoli (1999) o Hirschl (2008) hicieron ya referencia, hace algunos años, a este fenómeno como el Gobierno de los jueces o la «juristocracia». Fueron, sin embargo, Tate y Vallinder (1995) quienes acuñaron el término para referirse a algo tan impreciso y etéreo como el aumento de la influencia de los tribunales en asuntos considerados políticos. En términos generales, la judicialización se ha asociado, por ejemplo, a la actuación de los tribunales en casos

<sup>4</sup> Ver, entre otros, Ríos Figueroa (2010) o Sieder, Schjolden y Angell (2005).

<sup>5</sup> Tomando en cuenta la metodología de estudios de casos, sobre la que han teorizado, entre otros Eckstein (1979) o Flyvbjerg (2006).

<sup>6</sup> Así lo plantea López (2018) al estudiar el caso de la Corte Constitucional colombiana y la política pública minera.

con amplia repercusión política o a hechos en los que están implicados políticos de alto rango; a casos en los que deben actuar de árbitro entre instituciones; a situaciones de revisión de decisiones adoptadas por otros poderes; o a circunstancias de promoción e impulso de políticas públicas a partir del reconocimiento y promoción de derechos resultantes de sus decisiones. En definitiva, la judicialización va asociada a situaciones tan imprecisas y recurrentes en la actualidad como aquellas en las que los jueces adquieren la condición de actores protagonistas, de una forma u otra, de la vida política de un país.

Esta situación se ha equiparado en muchas ocasiones al fenómeno del activismo judicial<sup>7</sup> (Feoli 2015). El análisis del activismo judicial ha sido realizado, sobre todo, desde el ámbito anglosajón, tomando como referencia las acciones de los jueces o de los poderes judiciales que traspasan su genuina función judicial para actuar como limitadores de los demás poderes del Estado, fundamentalmente a través del control judicial, o que son promotores de decisiones orientadas al reconocimiento de derechos y a la posterior implementación de políticas para protegerlos y garantizarlos. Es, por tanto, un fenómeno muy asociado al desarrollo del «constitucionalismo» y al creciente rol de la justicia constitucional<sup>8</sup>, de acuerdo a los dos modelos, el continental y el anglosajón<sup>9</sup>. El activismo judicial, además, ha sido analizado, generalmente, desde planteamientos críticos, sobre todo de corte conservador (Cross y Lindquist, 2006, p. 1756), entendiendo que el perfil de juez activista<sup>10</sup> socava las bases del Estado de derecho, en tanto que el modelo de juez autorestringido las refuerza (Brenes, 2012)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> El concepto fue introducido por Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947.

<sup>8</sup> La competencia de revisión judicial se inició en Estados Unidos en el siglo pasado y se generalizó en Europa en el siglo XX. Fue Hans Kelsen quien con posterioridad a la I Guerra Mundial (concretamente en 1920 con su obra «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?») impulsó la justicia constitucional en un modelo concentrado (encargando su defensa a un órgano externo al poder judicial, los tribunales constitucionales, a los que se reconoce una naturaleza jurídico-política), frente al modelo difuso norteamericano (1803, caso *Marbury vs. Madison*) en el que es todo el poder judicial el encargado de la defensa de la Constitución, teniendo como cúpula al Tribunal Supremo. En Europa ya en el período de entreguerras comenzaron a surgir Tribunales constitucionales, primero en Austria, y más tarde en España con el Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República. Con posterioridad a la II Guerra Mundial se generalizó este modelo en la mayor parte de los países europeos, de forma que en estos momentos la mayor parte de estos países cuenta con un Tribunal Constitucional. También los países de América Latina se han acogido al sistema europeo de supremacía constitucional de revisión judicial. La ola democratizadora que se desarrolló a partir de 1990 se acompañó de Tribunales específicos de justicia constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana), de salas especializadas con plena competencia en la Corte Suprema (Costa Rica, El Salvador y Venezuela) y de salas especializadas sin plena competencia (Argentina, Brasil, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay) (Martínez Barahona 2016, 225). Consecuentemente, en estos momentos, existen dos grandes formatos de control constitucional: el concentrado, de inspiración kelseniana, aplicado en Europa, y el abstracto, que se desarrolla en Estados Unidos. Ver Guarnieri y Pederzoli (1999), Ríos Figueroa (2010) o Sieder, Schjolden y Angell (2005), entre otros.

<sup>9</sup> Cada uno de estos modelos tiene diferente impacto en el activismo político, lo que, en combinación con otros elementos institucionales da lugar a diferentes tipologías de control y consecuentemente de activismo judicial y de judicialización de la política.

<sup>10</sup> Brenes (2012, 298), apoyándose en Courtis (2005, 60) plantea, sin embargo, la ausencia de relación entre actividad/autorestricción del juez y orientación ideológica.

<sup>11</sup> Aunque el constitucionalismo en modelos continentales ha sido analizado de forma intensa desde el derecho constitucional. Ver, al respecto, Atienza (2011), así como la revisión realizada por Marín (2017) vinculando la judicialización y el nuevo constitucionalismo. El trabajo de Ríos Figueroa y otros (2010) constituye una referencia en el análisis de la justicia constitucional latinoamericana. También Nash Rojas (2011) ha analizado las tendencias jurisprudenciales de la justicia constitucional latinoamericana y su impacto en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, Sotomayor (2019) analiza la tipología de poderes constitucionales en América Latina y el impacto político de estas diferencias.

En general, el activismo judicial se expresa de dos formas: 1. Cuando el juez o los tribunales controlan a los otros poderes, imponiéndoles sus preferencias (Feoli, 2015, p. 184); 2. Cuando el juez o el poder judicial interviene en decisiones políticas a través, fundamentalmente, del reconocimiento de derechos y de la consecuente implantación de sus decisiones en políticas públicas (Holland, 1991, p. 1), ampliando de esta forma el espectro de los derechos (Epp, 1998, pp. 12-13). Estas dos formas se podrían corresponder con los dos modelos de activismo judicial que plantea Carvalho (2007, p. 1): el *Policy-making approach*, que supone una expansión de la jurisdicción sobre el *policy-making*, en tanto que los tribunales intervienen en asuntos políticos, de forma que las decisiones judiciales van también marcando la agenda política; y 2) el *Unconstrained courts approach*, que afecta a las situaciones en que los tribunales actúan sin ataduras, libres y activos para expandirse y para intervenir en temas relevantes social y políticamente. Un «juez activo» se equipararía, por tanto, también al tipo de juez que Guarneri y Pederzoli (1999, p. 65) denominaron «político», frente al juez «mero ejecutor de las normas» (o juez «boca de la ley»), guardián o delegado. Un juez activo sería propio de un modelo de sistema judicial en el que los jueces poseen altos niveles de autonomía respecto a las instituciones político-representativas y respecto al propio sistema normativo, encajando más, por ello, con los modelos anglosajones que con los continentales.

El activismo judicial, de acuerdo con esta visión, sería concebido por algunos (López, 2018, p. 176) como expresión de una desviación de la función judicial, o como un exceso de dicha función, asumiendo, por tanto, que la función judicial está «limitada a resolver casos concretos y del derecho en clave positivista». Quizá también se pueda añadir una explicación adicional, de acuerdo a la cual determinados tipos del denominado activismo judicial no son ni producto de la desviación ni consecuencia de la extensión de sus funciones, sino expresión del desarrollo o de la recuperación del normal funcionamiento del poder judicial en un sistema democrático, con el consiguiente control por parte de jueces y tribunales, también, de los hechos desarrollados en las actividades políticas o, en otros términos, de los «actos políticos» y de «gobierno», hechos o actos que antes quedaban fuera del control jurisdiccional.

En general, el activismo judicial se ha considerado una condición necesaria, aunque no suficiente, para la judicialización de la política. Este proceso que, según Ferejohn (2002) se ha ido desarrollando progresivamente en el contexto de las democracias occidentales después de la II Guerra Mundial ha supuesto, en sus palabras, «un desplazamiento de los parlamentos a los tribunales», siendo expresión no solo de procesos de activismo judicial, sino también de debilitamiento de los poderes políticos, que es compensado por los tribunales. Bien es verdad que, de nuevo, esta referencia genérica a los tribunales que plantea Ferejohn (2002) aplica mejor al ámbito anglosajón que al de influencia latina. En Europa y en América Latina las discusiones en este aspecto deben estar referidas, en correspondencia, con los tribunales constitucionales, a los que se les atribuye una naturaleza mixta jurídico/política que es clave a los efectos del análisis sobre la judicialización. En los tribunales latinoamericanos, ese protagonismo político ha tenido como cabeza a las salas de lo constitucional más que a las «cortes supremas» ordinarias.

## 2.2. Expresiones de la judicialización de la política

Plantea también Ferejohn (2002) tres formas esenciales de expresión de la judicialización de la política: 1) Tribunales aptos para limitar y regular a los parlamentos; 2) Tribunales en los que se hacen las políticas y, 3) Tribunales como espacios de regulación de la conducta política. También otros autores han incorporado el activismo judicial (Tate, 1995; o Sieder, Schjolden y Angell, 2005), como ingrediente clave para definir el concepto.

Otros, sin embargo, consideran que los elementos genuinos del concepto de judicialización están asociados al debilitamiento de las instituciones representativas y a su incapacidad para canalizar intereses y resolver conflictos. Así, Domingo (2016, p. 37) señala que se estará en presencia de una judicialización de la política cuando cada vez más conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad se resuelven en los tribunales; o cuando diversos actores políticos y/o sociales encuentran incentivos en recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses, en el sentido planteado por Uprimny (2011, p. 13) cuando lo circunscribe al hecho de que «ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido resueltos por el sistema político empiezan a ser decididos por los jueces»; cuando es creciente la presencia «de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad» (Sieder, Schjolden y Angell, 2005, p. 19). También resulta interesante la definición aportada por Nosetto (2018, pp. 150-152) que concibe la judicialización de la política «como el efecto estratégico de la captura de las prácticas políticas», que se expresaría a través de cuatro tipos de acciones: demandas sociales que se canalizan a través de los tribunales; debate político que se resuelve en las cortes o por los jueces; oposición política y control de producción legislativa que protagonizan las cortes constitucionales, y procesos de diseño y ejecución de políticas en los que intervienen los tribunales.

De acuerdo con esta rápida revisión, se podrían identificar al menos tres elementos presentes en los procesos de judicialización de la política: 1. Activismo judicial expresado en la actividad intensa en materia de reconocimiento de derechos y en la adopción de decisiones de contenido político; 2. Conflictos políticos canalizados a través de los tribunales o resueltos por los jueces; 3. Utilización de los tribunales por parte de ciertos actores políticos y sociales para proteger y/o defender sus intereses. Sin embargo, estos rasgos constituyentes también podrían ser expresión de aquéllos que definen la esencia misma del sistema judicial: por ejemplo, los tribunales se justifican, precisamente, por su ejercicio como poder moderador para pacificar conflictos sociales; los tribunales constitucionales tienen entre sus funciones esenciales la de intervenir en los conflictos políticos como poder moderador; y en cuanto a la intervención de la jurisdicción en el diseño y ejecución de ciertas políticas, ello es consecuencia del sometimiento de la Administración a la jurisdicción. Por tanto, se requiere identificar algún otro elemento que sea genuino y específico de la judicialización de la política.

En general, el concepto de judicialización de la política se ha definido a partir de dos premisas distintas. Por una parte, desde su concepción como expresión de un proceso de activismo excesivo y de expansión de la actuación de los poderes judiciales, se pone el foco en la acción de control de los tribunales sobre los otros poderes, limitando o incidiendo en sus acciones, especialmente las de regulación y las de elaboración de políticas (Ferejohn, 2002; Tate y Vallinder, 1995; Stone Sweet, 2002, entre otros), acciones que son propias de los poderes políticos (parlamentos y Gobiernos). Por otra, a partir de la consideración de la judicialización de la política como un proceso de redistribución de poder entre los diferentes poderes, instituciones o actores, se pone el acento en el mecanismo a través del cual los tribunales asumen poder político por decisión propia o por decisión de otros, en cuyo caso sus funciones son utilizadas o capturadas por otros poderes o para otros fines (Nosetto, 2018; Hirschl, 2008).

El primer enfoque pone el énfasis en lo sustantivo o material del proceso, es decir, en la intervención de los tribunales en materias «políticas» o de gobierno, en tanto que el segundo enfoque acentúa la vertiente orgánica del proceso, es decir, en los tribunales como actores políticos y en su comportamiento como tales. En otros

términos, no se trata tanto del resultado de la acción judicial, sino del proceso político que determina ese resultado. Por ello, la inclusión del componente del activismo judicial y especialmente la equiparación de la judicialización de la política con la intervención en materias de contenido político (incluyendo los casos de gran corrupción o el reconocimiento de derechos a partir de decisiones de las cortes o salas constitucionales) puede confundir más que aclarar. En el modelo continental, al que pertenecen los sistemas latinoamericanos, la creación de los derechos se lleva a cabo a través de textos declarativos; tema distinto es que sus perfiles o su expansión puedan desarrollarse mediante el dictado de resoluciones por los Tribunales. Sin embargo, esa «definición» de los derechos puede ser, y lo es habitualmente, consecuencia de una tarea «ordinaria» del desarrollo de un modelo de jurisdicción, la constitucional, y por tanto resultado del desarrollo de la justicia constitucional y del proceso de «constitucionalización» de derechos, proceso en el que ha influido también de forma decisiva la maduración de las sociedades civiles y de sus organizaciones sociales, que han ido ampliando su repertorio de estrategias, incluyendo en él también la legal<sup>12</sup>. Por tanto, resulta problemático considerar al activismo judicial elemento esencial para definir la judicialización de la política. Más bien habría que considerarlo un producto del desarrollo del constitucionalismo o una consecuencia de la actividad de los jueces cuando les llegan casos de contenido «político».

### 2.3. Una propuesta de tipología de expresiones de judicialización de la política

Por tanto, en un intento de ceñir la judicialización a sus elementos más genuinos, es decir, a los aspectos relacionados con las transformaciones en cuanto a órgano y función judicial y, por tanto, los referidos tanto a la canalización de conflictos políticos en los tribunales como a la utilización de los mismos con fines políticos, se plantean las concretas expresiones del concepto que podrían servir para acotar sus límites. En los cuatro primeros tipos los jueces o los tribunales se sitúan en una posición pasiva, al menos inicialmente, mientras que en los dos últimos adquieren un rol activo que provoca la judicialización de la política:

1. Ruptura del ordenamiento jurídico como expresión política: una expresión del fenómeno de la judicialización de la política puede hacer referencia a situaciones genuinamente «políticas» que no encuentran su salida en ese ámbito, de forma que sus actores dirimen sus diferencias, sin importar la materia de que se trate, rompiendo el ordenamiento jurídico y realizando actos ilícitos de diversos tipos que obligan a intervenir a los tribunales. En el grupo entrarían las situaciones a las que deben enfrentarse los tribunales ante rupturas del ordenamiento jurídico como intentos de golpe de Estado o las tomas de tierras por parte de grupos de campesinos (como en Honduras, con la invasión de tierras en El Bajo Aguán por parte de campesinos y la paralela militarización y judicialización del conflicto en beneficio de los intereses de grandes multinacionales).
2. Demandas políticas canalizadas a través de la justicia: en otras ocasiones, no se trata tanto de romper el marco constitucional, sino de llevar a cabo actos políticos a través de medios que no son los habituales en «la política», y ello como consecuencia de que esos caminos «políticos» han sido «cerrados» por «la otra parte». Es, entonces, cuando la realización de ciertos actos por esa parte, que no encuentra circuitos propiamente políticos, judicializa el caso, llevando a los jueces a resolver «cuestiones ordinarias» pero politizadas en su génesis, orientación o desarrollo. Formarían parte de este grupo, por ejemplo,

<sup>12</sup> Ver al respecto Smulovitz (2008) y Ruibal (2015).

los casos de prevaricación en los que están implicados funcionarios o políticos responsables por la falta de acción política o por la toma de decisiones claramente injustas, uno de cuyos muchos ejemplos pueden ser los casos no investigados de delincuencia común, que lleva en muchas ocasiones a una escalada en las reclamaciones ciudadanas que puede terminar desembocando en procesos judiciales claramente politizados por la carga política que conllevan.

3. Utilización de los recursos judiciales: se refiere al uso de las técnicas de control de la constitucionalidad, que han permitido a los partidos en minoría y a la oposición en general obstaculizar, sirviéndose de los tribunales, la entrada en vigor de las leyes. En este caso se produce esa judicialización de la política al convertirse los tribunales en meros instrumentos involuntarios de la política.
4. Utilización de los tribunales para hacer oposición o para hacer política: también hay supuestos de clara utilización de los tribunales para la contienda política, cuando se usa la justicia como mero altavoz político de las controversias partidistas, y los tribunales aceptan jugar ese papel convirtiéndose de esa manera en actor político, tanto para hacer oposición como para hacer política en general. En el caso de la oposición, acudiendo a los tribunales se consiguen los fines sin los costes de la contienda «cuerpo a cuerpo», forma especialmente efectiva en casos de mayorías parlamentarias que actúan como «rodillos» (Tate y Vallinder, 1995). Incluso, aunque los resultados del proceso no sean favorables, puede ser un incentivo suficiente la exposición a los medios que genera el proceso. Pero esta vía puede ser utilizada también por los mismos Gobiernos o por sus grupos políticos afines, aprovechando la ventaja de trasladar a los tribunales la decisión en torno a temas políticos «complejos o sensibles» (Domingo, 2004, pp. 108-111), o derivando hacia ellos las denominadas «patatas calientes» (Hirsch, 2008), es decir, los asuntos que generan divisiones o que son complejos. A través de esta estrategia, se intentan despolitizar ciertos temas, evitar la responsabilidad de la decisión final o salir del «callejón sin salida político» en el que pueden desembocar ciertos temas (Brenes, 2012, p. 299). La utilización de los tribunales para alterar el marco constitucional, como las decisiones de las cortes constitucionales latinoamericanas que han autorizado la reelección de los presidentes, son un ejemplo paradigmático de esta utilización de los tribunales con fines políticos. De igual forma, como parte de la contienda política, se están desarrollando estrategias ofensivas por parte de los actores políticos, utilizando los tribunales para fines políticos en lo que se ha denominado procesos de «lawfare». Especialmente, a propósito de la centralidad del debate en torno a la corrupción política, un mecanismo cada vez más frecuente del repertorio de estrategias políticas y del debate mediático es el de las denuncias por prácticas de corrupción, pivotando la agenda mediática y política en torno a los escándalos de corrupción. En este contexto, los tribunales de justicia se han llenado de casos en los que están implicados gobernantes, funcionarios y referentes políticos, acusados de participar en la comisión de delitos, con mayor o menor sustento jurídico. Estas causas, y sus tiempos, constituyen no solo demandas de justicia, sino también, siguiendo de nuevo a Noretto (2018), prendas de negociación política, en las que se ven afectados, a favor y en contra, los poderes judiciales que adquieren por ello un inevitable protagonismo político. El caso Odebrecht o el caso *Lava Jato* son solo los casos más conocidos de este fenómeno.
5. Toma de posición política por parte de los poderes judiciales (o politización de la justicia): bien inducidos por otros actores políticos o bien porque los

tribunales mismos, excediéndose en su papel, interfieren en decisiones que son genuinamente políticas, y empiezan a jugar como un agente político más, en la que sería, sin duda, la expresión más genuina de la política. Este supuesto se acerca de forma evidente a lo que se ha denominado la politización de la justicia.

6. Resolución de problemas clave del país: hace referencia a aquellos casos en los cuales los poderes judiciales, ante el absentismo de los poderes políticos y administrativos para abordar y resolver problemas claves del país, toman la decisión de intervenir y asumir responsabilidades para evitar crisis de naturaleza diversa (aunque sin salirse, formalmente, de su abstracta competencia). Indicadores de este tipo de judicialización serían la existencia de procesos abiertos en torno a grandes problemas de ámbito social o político (por ejemplo, los casos de gran corrupción en el Perú de Fujimori, de la situación de los Desplazados en Colombia, de la defensa del medio ambiente en Perú a propósito de los problemas derivados de la minería ilegal; los ejemplos son innumerables).

### 3. Algunas expresiones de la judicialización de la política en América Latina

Por tanto, tomando en cuenta las expresiones que genuinamente dan contenido al concepto de judicialización de la política, es posible hacer referencia a algunos ejemplos paradigmáticos en América Latina que pueden contribuir a dar sustancia al fenómeno y a facilitar su análisis empírico. El recuento de casos que podrían servir para ilustrar el fenómeno desborda las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, sí hay ejemplos que podrían tener la consideración de casos paradigmáticos, que dan contenido a la idea de judicialización antes planteada.

En cuanto al primer tipo, un posible ejemplo de la ruptura del ordenamiento jurídico como expresión política es el caso del conflicto por la tierra en la zona de El Bajo Aguan (Honduras), que enfrenta desde hace años a más de 300.000 campesinos con algunos grandes propietarios de tierra. Los campesinos de esta región fueron despojados de las tierras que habían trabajado durante décadas gracias a los procesos de reforma agraria promovidos por el Estado de Honduras en la década de 1970, procesos que facilitaron el acceso a la tierra a los campesinos de la zona. Sin embargo, en la década de 1990, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley de Modernización y Desarrollo del Sector Agrícola de 1992, se facilitó un proceso de concentración de la tierra en manos de unos pocos y grandes propietarios, incluyendo algunas empresas extranjeras, que orientaron la tierra fundamentalmente al cultivo de palma. Este proceso supuso una pérdida de los derechos de propiedad de los pequeños campesinos y de las cooperativas que habían creado. A través de manejos irregulares y fraudes de ley, se les otorgó a los grandes propietarios la posibilidad de extenderse más allá de sus límites, realizándose traspasos de propiedad al margen de los marcos jurídicos existentes. A raíz de esta situación, los campesinos iniciaron procesos judiciales orientados a recuperar la titularidad de las tierras (OMCT-FIDH 2016, p. 29) procesos que, sin embargo, no tuvieron ningún impacto. A partir de 2010, el gobierno alcanzó un acuerdo con los movimientos campesinos, consistente en la compra por parte del Estado de tierras para entregar a los campesinos. Sin embargo, este acuerdo apenas se ha cumplido. En contrapartida, han recibido hostigamientos, amenazas y han sido asesinados representantes del movimiento campesino y defensores de derechos humanos, tal como ha recogido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015). Además, hay que destacar también el hostigamiento judicial en contra de estos defensores. Según la información de la CIDH, hasta octubre de 2014, 27 líderes campesinos habrían sido procesados por diversos delitos tales como usurpación de tierra, daño al medio ambiente y a la

propiedad privada (CIDH, 2015, p. 78)<sup>13</sup>. Por tanto, la ausencia de soluciones políticas y jurídicas al conflicto de la tierra y a la usurpación de tierras a los campesinos<sup>14</sup>, no solo ha provocado la utilización de procedimientos de ruptura del ordenamiento jurídico (la toma de tierras) por parte de los movimientos campesinos, sino también respuestas de hostigamiento judicial además de secuestros, amenazas y asesinatos de los campesinos y de sus defensores. Los procesos judiciales en torno a estos conflictos están, por tanto, en origen y desarrollo claramente politizados, instrumentalizados como parte del repertorio de acciones que está llevando a cabo el sector más poderoso del conflicto<sup>15</sup>.

Un ejemplo del segundo tipo de judicialización, la relativa a la utilización de la justicia para canalizar demandas que no encuentran solución por la vía política, podría ser el caso de los 43 de Ayotzinapa (México) y la cuestión específica relativa a la obstrucción de la justicia por parte del Gobierno de Peña Nieto. En septiembre de 2014, 43 estudiantes de la Escuela Normal de Iguala desaparecieron, después de ser detenidos por la policía acusados de tomar ilegalmente un autobús. A la gravedad de la desaparición de los 43 jóvenes se sumó el intento del Gobierno de Peña Nieto y de la Procuraduría General de la República por ocultar los hechos<sup>16</sup> y por obstaculizar las investigaciones. Así lo han ratificado informes independientes de la CIDH (2016) y de Naciones Unidas (2018). Este último informe acusó al gobierno de Peña Nieto de construir evidencias falsas y de torturar a muchos de los detenidos para que confesaran su participación en el crimen, poniendo el foco en la participación, como actores de la masacre, en un grupo de crimen organizado local, Guerreros Unidos (Sáez, 2019, 25 de septiembre). Por tanto, la impunidad y la corrupción de quienes tendrían que haberse ocupado de investigar y facilitar el proceso judicial del caso explican que, cinco años después, el crimen siga impune. Más aun, se han denunciado importantes irregularidades procesales en los casos judiciales en marcha, de forma que han tenido que ser liberados 77 de los 142 imputados y la mayoría de los implicados aún en prisión probablemente también tendrán que ser liberados (Wola, 2017). Ante esta situación, y para atender a las demandas de justicia por parte de las familias de las víctimas, el actual gobierno de López Obrador ha promovido la creación de una Comisión de la Verdad. El caso judicial de Ayotzinapa será, en todo caso, y sea cual sea su recorrido, ya un caso político.

En lo que se refiere al tercer tipo de judicialización, existen numerosos ejemplos de utilización de los recursos jurídicos y judiciales para llevar a cabo las actividades políticas, tanto por parte de la oposición como incluso por parte de los Gobiernos. Un caso que ilustra bien el uso que hace la oposición política del control constitucional es el brasileño, de forma que el 34,3% de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad entre 1988 y 2002 fueron promovidas por los partidos de oposición (Carvalho 2007, 6). También Nosetto (2018) recuerda el caso argentino en el que, siguiendo el modelo norteamericano de control de constitucionalidad, la oposición ha utilizado la vía del recurso de constitucionalidad como senda privilegiada para vetar las leyes aprobadas por el Congreso:

concretamente, en varios casos resonantes, cuando los legisladores que se oponen a un proyecto de ley no logran frustrar su trámite parlamentario, recurren a los tribunales de justicia, denunciando su inconstitucionalidad. Esta práctica da lugar en muchos

<sup>13</sup> Véase también: Informe de Observación Judicial (2016).

<sup>14</sup> Sobre la ausencia de intervención política en el conflicto, ver: Proceso Digital (2010, 15 de noviembre) y El Heraldo (2014, 7 de abril).

<sup>15</sup> Ver al respecto el amplio trabajo de investigación de *InsightCrime* (2016).

<sup>16</sup> En cuyo seno se creó el Grupo Internacional de Expertos Independientes para brindar asistencia técnica al gobierno en la investigación. Ver: <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/ResumenEjecutivo-GIEI.pdf>

casos a medidas cautelares que se prorrogan indefinidamente sin resolver sobre el fondo de la cuestión, impidiendo la puesta en vigencia de la normativa emanada del poder legislativo. De este modo, se produce una novedosa judicialización del proceso legislativo, producto muchas veces de expresiones políticas minoritarias o intensas, que prefieren ejercer el poder de veto ofrecido por instancias judiciales a entrar en las negociaciones que implica la actividad parlamentaria (Nosetto, 2018, p. 150)<sup>17</sup>.

En cuanto al cuarto tipo de judicialización, en América Latina la politización de la justicia es un rasgo endémico que, en los últimos años ha adoptado, simplemente, nuevos bríos. Hay muchos ejemplos de Tribunales que intervienen (y toman partido) en asuntos de alto calado político o de relevancia político-electoral, por su propia decisión o instrumentalizados por otros actores. El caso que ha afectado a Lula en Brasil o la intervención de las cortes supremas en los procesos de reelecciones presidenciales son algunos ejemplos representativos de este tipo de judicialización.

Un claro ejemplo de judicialización se refiere al proceso judicial que todavía tiene abierto el ex presidente Lula Da Silva en Brasil. De hecho, la vida política de Lula da Silva de los últimos 10 años ha estado marcada por decisiones judiciales. Lula Da Silva fue inicialmente implicado en el caso de corrupción de Petrobras (Amaya, 2016, 4 de marzo; Seco, 2016, 5 de marzo) y 11 días después de su detención, fue nombrado Ministro de la Casa Civil por el Gobierno de Dilma Rousseff, lo que fue interpretado por la oposición como un acto tendente a conseguir la inmunidad judicial. Este nombramiento fue suspendido por un Juez del Supremo Tribunal Federal de Brasil, pero un juzgado de Rio de Janeiro levantó la medida cautelar que impedía su nombramiento. Pero ese mismo día, el Juez del Tribunal Supremo, Gilmar Mendes, suspendió de nuevo la medida. En julio de 2017 Lula da Silva fue condenado en primera instancia a nueve años y seis meses de prisión por el Juez Sergio Moro (que posteriormente fue nombrado Ministro de Justicia en el Gobierno de Bolsonaro), siendo la primera vez en la historia que un ex Presidente de Brasil es condenado por corrupción pasiva. Estuvo en prisión desde abril de 2018 hasta noviembre de 2019 en que se ordenó su liberación. El 9 de junio de 2019 se conoció, a través de un extenso reportaje de *The Intercept*, la filtración de documentos, conversaciones e intercambio de opiniones entre el exjefe de *Lava Jato* y el actual ministro de Justicia, Sergio Moro, que revelaban la existencia de una coordinación entre Moro y algunos fiscales para encarcelar a Lula Da Silva por la operación *Lava Jato* (Greenwald y Pougy, 2019, 9 de junio). Por tanto, más allá de los aspectos sustantivos vinculados a estos casos, es evidente que los tribunales y los procesos judiciales han sido utilizados con fines políticos, siendo un hecho, además, el protagonismo de los jueces en el devenir político de Brasil de la última década.

También resulta ejemplo paradigmático de este tipo de judicialización la intervención de las cortes constitucionales o de las salas constitucionales en los procesos de reelección presidencial. Numerosos casos en las últimas décadas ilustran perfectamente este tipo de judicialización de la política y específicamente de la toma de posición de los tribunales en materias políticas. Como es conocido, a finales de la década de 1980, y con el fin de evitar situaciones cercanas a los regímenes autoritarios apenas superados, se llevaron a cabo una serie de cambios constitucionales prohibiendo la reelección de los presidentes de la república. Sin embargo, tan solo unos años después, la ambición de poder y su vocación de perpetuarse en el cargo, llevó a varios presidentes a iniciar procesos de contrarreforma constitucional, empezando por Perú y Argentina. De hecho,

---

<sup>17</sup> Como es sabido, también este instrumento se utilizó en España al inicio de la etapa democrática, cuando el PP se dedicó precisamente a la utilización intensiva del «recurso previo de inconstitucionalidad» como forma de hacer política. Este abuso obligó a modificar la LO del Tribunal Constitucional, eliminando este mecanismo.

actualmente sólo México, Paraguay y Guatemala la prohíben totalmente<sup>18</sup>. Un caso extremo en este grupo lo protagonizó el actual presidente de Honduras, Juan Orlando Hernández, que, imitando lo que hicieron otros mandatarios en distintos países para alcanzar el mismo objetivo, provocó una declaración de inconstitucionalidad de la norma constitucional que prohibía la reelección, con una interpretación, en claro fraude de ley, que remite a la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Suprema mantuvo que las cláusulas que prohibían la reelección presidencial estaban en conflicto con la libertad de expresión y conciencia y limitaban indebidamente la participación política y el debate<sup>19</sup>, y con su fallo permitió que el presidente se presentará a la reelección en 2017, provocando la fractura del país, denuncias de fraude electoral, fuertes desórdenes públicos, intervención de las tropas, muertos y acusaciones de traición constitucional<sup>20</sup>.

También en Bolivia, el presidente Morales fue elegido por primera vez en 2005 de acuerdo con el régimen constitucional anterior. En 2009 se aprobó una nueva Constitución según la cual se estableció el mandato presidencial de cinco años, permitiéndose una sola reelección consecutiva. El presidente Morales fue reelegido en 2009 y 2014. Sin embargo, pretendió modificar el límite de la reelección, para lo que se planteó un referéndum en 2016 que permitiera al presidente y al vicepresidente contender para un tercer periodo consecutivo. El referéndum se perdió, a pesar de lo cual, en una resolución en 2017, el Tribunal Constitucional declaró esta limitación inaplicable, apelando a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y al derecho de todo ciudadano a elegir y ser electo.

En lo que se refiere al quinto tipo, el caso abierto en el que está implicada la ex fiscal de Guatemala, Thelma Aldana, es paradigmático de la judicialización de la política como expresión de la toma de posición de los propios tribunales, inducidos por actores políticos y en connivencia con ellos. Durante su gestión como fiscal general y jefa del Ministerio Público, junto al comisionado de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), Iván Velásquez Gómez, Aldana lideró varias investigaciones de alto calado político en las que estaban implicados altos representantes del Gobierno. Entre ellas se encuentra el caso de «La Línea» que acabó con la renuncia y arresto del presidente Otto Pérez Molina y de la vicepresidenta Roxana Baldetti, entre otros altos cargos de ese Gobierno, u otros casos que involucraron a los ex presidentes Álvaro Colom, Álvaro Arzú y Jimmy Morales, como son los de Redes, Corrupción en SAT, Contenedores Puerto Quetzal, Cooptación del Estado y El Bodegón, entre otros. Posteriormente, en 2018, se postuló como candidata a la Presidencia de la República, siendo proclamada como candidata del Movimiento Semilla en enero de 2019. Sin embargo, Aldana no pudo iniciar su campaña debido a que no había recibido aún las credenciales del Tribunal Supremo Electoral. Apenas dos meses después, el juez Víctor Manuel Cruz Rivera<sup>21</sup> emitió una orden de captura en contra de la candidata Thelma Aldana (Monzón, 2019, 18 de marzo), a pesar de que ese mismo día fue inscrita como candidata presidencial por el Tribunal Supremo Electoral, situación que le brindaba inmunidad de conformidad con la Ley Electoral y de Partidos Políticos y que tendría que haber dejado sin efecto la orden de captura. La Corte de Constitucionalidad, sin embargo, rechazó el amparo

<sup>18</sup> La cuestión ha acabado en algún esperpento cuando las parejas –esposos, esposas– de presidentes en el cargo se han presentado a las elecciones para poder burlar limitaciones en la reelección –el caso de la mujer de Álvaro Colom fue especialmente patético–.

<sup>19</sup> Ver al respecto el informe de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) (2018), así como Martínez-Barahona (2010) o Cárdenas y Corredor (2018). Desde un enfoque más crítico acerca de la utilización de la justicia constitucional, ver Viciano y Moreno (2018).

<sup>20</sup> Ver Álvarez y otros (2019).

<sup>21</sup> El juez Víctor Cruz Rivera ha sido cuestionado por sus resoluciones polémicas emitidas en otros casos. Ver: Gramajo (2019, 19 de marzo).

que solicitaba inscribir a Aldana como candidata presidencial, de forma que, como resultado de esta resolución, Thelma Aldana quedó fuera del proceso electoral, que ganó el candidato oficialista Giamattei (Hernández, 2019, 15 de mayo). Esta resolución de la Corte Constitucional constituye un buen ejemplo de toma de posición política de este Tribunal incidiendo de forma directa en la dinámica política del país. Recientemente, Aldana ha recibido asilo político en Estados Unidos (Nómada, 2020, 24 de febrero).

Finalmente, en lo que se refiere al sexto tipo de judicialización, de intervención de los Tribunales en asuntos complejos para abordar una problemática de enorme gravedad que no es abordada por los poderes políticos (Legislativo y Gobierno) un ejemplo representativo lo constituye la intervención de la Corte Constitucional de Colombia en el caso de los Desplazados, en lo que constituye el fallo más ambicioso de sus casi dos décadas de existencia: la Sentencia T-025 de 2004. En ella se menciona que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia constituía un «estado de cosas inconstitucional». A través de esta figura, se estableció la existencia de una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada, situación agravada por problemas estructurales y por políticas públicas ineficaces o inexistentes. De acuerdo con esta sentencia, el Estado colombiano se vio obligado a adoptar una serie de políticas orientadas a cumplir lo establecido en la resolución judicial<sup>22</sup>.

Esta sentencia fue innovadora en tanto reconoció a los desplazados como víctimas centrales del conflicto, en tanto hasta ese momento se habían considerado solo un efecto secundario del mismo. Señalan Saravia y Rodríguez (2015) cuatro características de esta sentencia que la hacen especialmente valiosa no solo para Colombia sino para toda la protección y garantía de derechos humanos. En primer lugar, por el alcance de la sentencia, particularmente amplio, ya que afecta a un número muy importante de población víctima de violaciones de derechos especialmente graves y a un número de actores estatales y sociales también muy importante. De esta forma, la sentencia no sólo protegió a los que habían acudido a la jurisdicción sino a todos los desplazados, que según *Internal Displacement Monitoring Center* ascendían en 2013 a cinco millones de personas. En segundo lugar, la sentencia 025 es quizá el intento judicial más explícito y sistemático para asegurar la ejecución de una macro sentencia, generando durante seis años 84 decisiones de seguimiento (autos) y 14 audiencias públicas de discusión y balance de las tareas del Gobierno. Un tercer elemento valioso se refiere a la forma de las órdenes dictadas por la Corte que, sin fijar detalles, estableció procedimientos de adopción de políticas en los que se viera implicada también la sociedad civil, generando un proceso participativo y gradual sumamente novedoso. Finalmente, la sentencia es un ejemplo paradigmático de una jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional colombiana que se ha convertido ya en referente en jurisprudencia constitucional y protección de derechos<sup>23</sup>.

#### 4. Conclusión: la judicialización de la política y su impacto en la democracia

Que los sistemas judiciales han adquirido un protagonismo político que trasciende las funciones genuinas que histórica e institucionalmente tiene asignadas, es una premisa que no genera excesiva controversia. Aun así, uno de los mayores retos para las ciencias políticas y jurídicas es determinar dónde se sitúan los límites entre la política y la justicia y que tipo de interacciones entre ambos planos forman parte de los normales procesos, coyunturales e históricos, de intervención de los tribunales en

<sup>22</sup> Al respecto, ver el análisis completo realizado por Rodríguez y Rodríguez (2010).

<sup>23</sup> Ver Saravia y Rodríguez (2015), Saravia (2016) y Malagón (2016), entre otros.

la resolución de conflictos políticos (especialmente de la justicia constitucional) y cuales son expresión de una cierta perversión de esos límites, que es lo que se denominaría como judicialización de la política. Por tanto, el primer reto que hay que seguir confrontando es la identificación de dimensiones que permitan delimitar el concepto y distinguir entre la «normal» judicialización y la extraordinaria.

De hecho, en la revisión conceptual en torno a la judicialización, la utilización de análisis basados en el ámbito anglosajón complica su aplicación a las referencias latinoamericanas. La equiparación de la judicialización de la política a la de contextos marcados por dosis excesivas de activismo judicial desarrollado fundamentalmente por las cortes constitucionales o por las salas constitucionales de las cortes supremas en América Latina, resulta inadecuada por cuanto confunde el desarrollo del constitucionalismo y la «normal» actuación de los jueces y tribunales en el reconocimiento de derechos con situaciones excepcionales de intervención política de los tribunales. Es cierto que en América Latina el desarrollo del constitucionalismo ha presentado rasgos muy peculiares en algunos países, pero esta situación no debe ser problematizada en términos de judicialización. Más bien habría que concluir que la judicialización de la política no va vinculada a la materia (política) que entra en los tribunales, sino al abordaje, por parte de los mismos, de conflictos que se concreta en particulares ilícitos, pero que pertenecen en términos generales y no particulares, al ámbito de lo político. Por tanto, un adecuado abordaje del fenómeno de la judicialización requeriría profundizar más en los procesos políticos asociados a la intervención de jueces y tribunales en conflictos políticos, a la captura de estas instituciones por grupos políticos o de poder y a la utilización de las mismas como espacios de contienda política. Serían, por tanto, estas expresiones las que dan contenido genuino a la judicialización de la política. Por el contrario, asociar la judicialización a la intervención de jueces y tribunales en asuntos de contenido político derivados de la ampliación en el reconocimiento de derechos o de la llegada a los tribunales de casos en los que están implicados altos mandatarios o asuntos de alto calado mediático-político confunde más que aclara, en tanto éstos serían, más bien, expresiones del normal funcionamiento del Estado de derecho en contextos democráticos y de desarrollo constitucional maduros.

De acuerdo con ello, y tomando en cuenta los supuestos genuinos de la judicialización, es decir, la participación de los poderes judiciales en conflictos de tipo político (más allá de los casos específicos que lo motiven), se plantea una propuesta de tipología de situaciones de judicialización que pretende contribuir a precisar mejor este concepto. La aplicación de esta tipología a diversos ejemplos en América Latina pretende explorar los matices del concepto en contextos de aquellos que lo inspiraron. El incipiente contraste de esta tipología con la realidad latinoamericana ha puesto de manifiesto la recurrencia de situaciones basadas en el tipo de judicialización genuina según este trabajo, es decir, la asociada a la toma de posición política de los tribunales y a la instrumentalización de jueces y tribunales con fines políticos. De ello se infiere que la expresión más frecuente de judicialización de la política en América Latina es la relativa a la politización de la justicia, es decir, a la contaminación política del espacio judicial.

Este trabajo también pone de manifiesto la pertinencia de continuar avanzando en el análisis del fenómeno desde diferentes prismas teóricos y metodológicos, así como la oportunidad de su contraste empírico, especialmente en contextos lejanos a los que inspiraron el concepto, con el fin de conectar mejor el debate mediático existente sobre el tema con la evidencia científica necesaria para consolidarlo.

## Bibliografía

- Ackerman, B., y Alonso, G. (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona, España: Gedisa.
- Amaya, L. A. (2016, 4 de marzo). Escándalo Petrobras deja cercado a Lula da Silva. *El Tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16528353>
- Álvarez García, F.J. y otros (2019). El control de la corrupción en América Latina: agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción. *Documentos de trabajo - Fundación Carolina: Segunda época (11)*, pp. 1-31.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho (34)*, pp. 73-88.
- Brenes, L. (2012). Judicial Politics y Tribunales electorales. *Revista Justicia Electoral*, 1 (10), pp. 293-316.
- Cárdenas, E. y Corredor, F. (2018). El juez constitucional y la reelección presidencial en América Latina. *Revista de Economía Institucional*, 20 (38), pp. 45-70.
- Carvalho, E. (2007). La judicialización de la política en perspectiva comparada: Brasil, España y Portugal. *Ponencia presentada en VIII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración Política para un mundo en cambio*. Valencia, España.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) (2018). *Informe sobre los límites a la reelección parte I – presidentes. Aprobado por la Comisión de Venecia en su 114a Sesión Plenaria*. Estrasburgo, Francia. Recuperado de: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)010-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-spa)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Situación de los Derechos Humanos en Honduras*. Organización de Estados Americanos.
- Courtis, C. (2005). Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En F., Ojesto; J, Orozco Henríquez y R ., Vásquez. (Coords.). *Jueces y Política (pp. 59-84)*. Ciudad de México: México: Editorial Porrúa.
- Cross, F. B., y Lindquist S. A. (2006). The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review (91)*, pp. 1752-1783.
- Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, 11(1), pp. 104-126.
- Domingo, P. (2016). *Rule of law, politics and development: the politics of rule of law reform*. London, United Kingdom: Overseas Development Institute. Recuperado de: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/10420.pdf>
- Eckstein, H. (1979). On the "Science" of the State. *Daedalus*, pp. 1-20.
- El Heraldo (2014, 7 de abril). El periodismo necesita inversión. Para compartir esta nota utiliza los íconos que aparecen en la página. *El Heraldo*. Recuperado de: <https://www.elheraldo.hn/pais/569925-214/masivas-invasiones-de-tierras-en-honduras>
- Epp, C. (1998). *The rights revolution. Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Feoli, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho 22 (2)*, pp. 173-198.
- Feoli, M. (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27 (1), pp. 75-98(24).
- Ferejohn, J. (2002). Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales 45 (184)*, pp. 13-49.

- Flyvbjerg, B. (2006). Five misunderstandings about case-study research. *Qualitative inquiry* 12.2, pp. 219-245.
- Gramajo, J. (2019, 19 de marzo). Otros casos polémicos del juez que ordenó la captura de Aldana. *Soy 502*. Recuperado de: <https://www.soy502.com/articulo/juez-emite-orden-captura-contr-thelma-aldana-100931>
- Greenwald, G. y Pougy, V. (2019, 9 de junio). Hidden plot. *The Intercept*. Recuperado de: <https://theintercept.com/2019/06/09/brazil-car-wash-prosecutors-workers-party-lula/>
- Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Madrid, España: Taurus.
- Hernández, M. (2019, 15 de mayo). CC dice “no” a inscripción de Thelma Aldana. *Prensa Libre*. Recuperado de: <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/cc-dice-no-a-inscripcion-de-thelma-aldana/>
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review Political Science*, 11, pp. 93-118.
- Holland, K. (1991). *Judicial activism in comparative perspective*. Nueva York, Estados Unidos: St. Martin Press.
- Informe de Observación Judicial (2016). *Honduras: criminalización en el Bajo Aguán: Justicia a Medias*.
- InsightCrime (2016). Élités y crimen organizado en Honduras: Los Cachiros. *InsightCrime*. Recuperado de: <https://es.insightcrime.org/investigaciones/elites-crimen-organizado-honduras-los-cachiros/>
- Jiménez A. R. (2017). Jueces, Política y Separación de Poderes. *Agenda Pública*. Recuperado de: <http://agendapublica.elpais.com/jueces-politica-separacion-poderes/>
- López, H. (2018). Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41, pp. 171-192.
- Malagón, L. (2016). La reivindicación de derechos y garantías de los movimientos sociales (LGTBI – Desplazados) a través del activismo y progresismo de la Corte Constitucional colombiana. *Diálogo de saberes*, 45 (2), pp. 145-162.
- Marín, M. L. (2017). Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neo constitucionalismo. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía* (20), pp. 123-135
- Martínez Barahona, E. (2010). Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: el caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua. *Revista de Ciencia Política*, 30 (3), pp. 723-750.
- Martínez Barahona, E. (2016). El Poder Judicial en un sistema político democrático. En: M. Barreda y L. Ruiz (Eds), *Análisis de la política: enfoques y herramientas de la ciencia política* (pp. 221-238). Madrid, España: Huygens Eds.
- Monzón, K. (2019, 18 de marzo). Caso contra Thelma Aldana queda bajo reserva judicial. *Prensa Libre*. Recuperado de: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/caso-contr-thelma-aldana-queda-bajo-reserva-judicial/>
- Naciones Unidas (2018). *Double injustice. Report on Human Rights Violations in the Investigation of the Ayotzinapa Case*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.
- Nash Rojas, C. (2011). Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios constitucionales*, 9 (1), pp. 65-118.
- Nómada (2020, 24 de febrero). Entrevista: Thelma Aldana, la tristeza, la preocupación y el optimismo. *Nómada*. Recuperado de: <https://nomada.gt/pais/actualidad/entrevista-thelma-aldana-la-tristeza-la-preocupacion-y-el-optimismo/>
- Nosetto, L. (2018). Legitimidad democrática y judicialización de la política: el caso de la Argentina contemporánea. *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica*, 21, pp. 145-167.

- Proceso Digital (2010, 15 de noviembre). Se reaviva conflicto en el Bajo Aguán y Gobierno ordena militarizar la zona. *Proceso Digital*. Recuperado de: <https://proceso.hn/se-reaviva-conflicto-en-el-bajo-aguan-y-gobierno-ordena-militarizar-la-zona/>
- OMCT-FIDH (2016). Honduras, los defensores y defensoras de derechos humanos entre la espada y la pared. *Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos*. Recuperado de: [https://www.omct.org/files/2016/12/24084/honduras\\_informe\\_de\\_mision.pdf](https://www.omct.org/files/2016/12/24084/honduras_informe_de_mision.pdf)
- Ramos Rollón, M. (2017). La efectividad de las políticas de justicia de la última década en América Latina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (68), pp. 5-42.
- Ríos Figueroa, J. y otros (2010). Justicia constitucional y derechos humanos en América Latina. *Revista Latinoamericana de Política Comparada* (3), pp. 53-68.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En: C. Courtis y R. Avila (Eds.), *La protección judicial de los derechos sociales* (pp. 321-375) Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- Ruibal, A. M. (2015). Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis. América Latina. *Política y Gobierno*, 22 (1), pp. 175-198, XXII (1)1.
- Sáez, A. (2019). Cinco años de impunidad por la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa. *Periódico Internacional*. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20190925/cinco-anos-de-bloqueo-judicial-para-ayotzinapa-7649096>
- Saravia, J. y Rodríguez, A. (2015). Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. *Prolegómenos. Derechos y Valores* 18.35, pp. 121-134.
- Saravia J. (2016) *El papel de la Corte Constitucional Colombiana ante la asistencia estatal a los desplazamientos internos forzados por la violencia*. Tesis Doctorado. Universidad del País Vasco, 345 pp.
- Seco, R. (2016, 5 de marzo). La fiscalía de Brasil acusa a Lula de enriquecerse con la corrupción. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2016/03/04/actualidad/1457085729\\_531863.html](https://elpais.com/internacional/2016/03/04/actualidad/1457085729_531863.html)
- Sieder, R., Schjolden, L. and Angell, A. (2005). *The judicialization of politics in Latin America*. Nueva York, Estados Unidos: Palgrave Macmillan.
- Smulovitz, C. (2008). La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina. *Desarrollo Económico*, 48 (190/191), pp. 287-305.
- Sotomayor, M. P. (2019). El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las Cortes Constitucionales de la región. *Revista OPERA*, 24, pp. 5-26.
- Stone Sweet, A. (2002). Constitutional Politics in France and Germany. *Law, Politics, and Judicialization*, 82, pp. 184-201.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (Eds.) (1995). *The global expansion of judicial power*. Nueva York, Estados Unidos: New York University Press
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En: C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina* (pp.109-139). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Viciano, R. y Moreno, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 22, pp. 165-198.
- Wola (2017). Actualización sobre el caso de los 43 estudiantes desaparecidos en México. *Wola*. Recuperado de: <https://www.wola.org/es/2017/09/actualizacion-de-wola-sobre-el-caso-de-los-43-estudiantes-desaparecidos-en-mexico-septiembre-de-2017/>

# El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española\*

The right of relatives of persons who disappeared during the Spanish Civil War to appeal and obtain redress

Margalida Capellà i Roig\*\*  
 Universitat de les Illes Balears  
 ORCID ID 0000-0003-0830-2348  
[margalida.capella@uib.cat](mailto:margalida.capella@uib.cat)

## Cita recomendada:

Capellà i Roig, M. (2021). El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 104-140.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6065>

Recibido / received: 15/05/2020  
 Aceptado / accepted: 22/01/2021

## Resumen

Este estudio se centra en el derecho a reparación económica y el derecho a saber la suerte o el paradero de las personas civiles desaparecidas durante la Guerra Civil en España y a recuperar sus restos. El objetivo es explicar qué recursos existen en derecho español para que familiares de las víctimas civiles de las desapariciones relacionadas con la Guerra Civil y la represión franquista puedan reclamar una investigación judicial sobre los hechos acaecidos, la localización y exhumación de las personas desaparecidas y, además, una reparación del daño sufrido, en concreto por el trato inhumano y cruel infligido por acción o por omisión a estos familiares tanto durante los períodos mencionados como incluso en la actual democracia. Planteo si estos recursos son efectivos de acuerdo con los estándares internacionales y si la reparación prevista resulta adecuada, efectiva y rápida.

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto N° PID2019-104418RB-I00 «Más allá del subterráneo: del giro forense a la necropolítica en las exhumaciones de fosas comunes de la guerra civil», del Ministerio de Ciencia e Innovación.

\*\* Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público.



**Palabras clave**

Derecho internacional, reparaciones, derechos humanos, guerra civil española, personas desaparecidas, fosas comunes, franquismo, justicia de transición.

**Abstract**

*This study focuses on the right to economic reparation and the right to know the fate or whereabouts of civilians who disappeared during the Civil War in Spain and to recover their remains. The objective is to explain what remedies exist in Spanish law so that relatives of the civilian victims of the disappearances related to the Civil War and Franco's repression can demand a judicial investigation into the events that occurred, the location and exhumation of the disappeared and, furthermore, a reparation for the damage suffered, specifically for the inhuman and cruel treatment inflicted by action or omission on these relatives both during the mentioned periods and even in the current democracy. I ask if these remedies are effective in accordance with international standards and if the planned remedy is adequate, effective and quick.*

**Keywords**

*International Law, reparations, remedies, Spanish Civil War, disappeared people, mass graves, Francoism, transitional justice.*

SUMARIO. 1. El derecho a reparación en el marco jurídico internacional. 2. La regulación jurídica de la situación de desaparición de civiles durante la Guerra Civil hasta la actual Ley 52/2007 «de memoria histórica». 2.1. Inscripción de desapariciones durante y tras la guerra en el registro civil. 2.2. Pensiones extraordinarias y reparaciones relacionadas con la guerra para familiares de desaparecidos. 2.3. Exhumaciones, censos de desaparecidos de la Guerra Civil y homenajes como formas de reparación. 3. Falta de acceso igual a un recurso efectivo. 3.1. La vía penal. 3.2. La vía civil. 4. Propuestas de reforma legislativa. 5. Conclusiones.

En los últimos años distintos órganos internacionales han dejado constancia de las carencias y de la ineficacia de las medidas estatales adoptadas en España en relación con las víctimas de desapariciones forzadas y su acceso a medidas de reparación y búsqueda de sus familiares<sup>1</sup>. Numerosos factores legales, históricos y políticos explican esta situación, pero en este artículo me centraré en uno que bajo mi punto de vista no se ha explicado suficientemente desde la perspectiva jurídica: el trato desigual o asimétrico que desde el principio de la Guerra Civil las autoridades franquistas infligieron a los familiares de desaparecidos en la retaguardia republicana mediante la llamada «legislación de guerra» y que tuvo como objetivo y como resultado anular el reconocimiento del derecho a reparación de estas personas, sin que a día de hoy cuenten con un remedio efectivo para resarcirse de la discriminación sufrida.

En este estudio desarrollaré en concreto los problemas, obstáculos e impedimentos que han tenido y tienen aún los familiares de desaparecidos en la inscripción de la desaparición, en la obtención de una reparación económica, en la

<sup>1</sup> NU doc. A/HRC/27/56/Add.1, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España, de 22 de julio de 2014 (en adelante: Informe Relator, 2014); NU doc. A/HRC/27/49/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España, de 2 de julio de 2014; NU doc. CED/C/ESP/CO/1, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, 12 de diciembre de 2013; NU doc. CCPR/C/ESP/6, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, 14 de agosto de 2015.

localización y exhumación de fosas comunes y en el acceso a un recurso efectivo por la vía penal y la vía civil. Me referiré al final al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, una iniciativa legislativa anunciada en setiembre de 2020 pero que no ha sido registrada como proyecto de ley en el momento de cerrar este estudio<sup>2</sup>.

## 1. El derecho a la reparación en el marco jurídico internacional

El marco jurídico de este estudio se encuentra en el «derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la reparación». Este derecho se basa, en primer lugar, en la obligación internacional que asumen los Estados de respetar y aplicar las normas internacionales de derechos humanos cuando ratifican los tratados de derechos humanos. Las obligaciones asumidas por un Estado en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario entrañan consecuencias jurídicas, no sólo con respecto a otros Estados sino también con respecto a personas individuales o grupos de personas sujetos a la jurisdicción de un Estado (Pisillo, 2003). Este deber de garantizar el disfrute efectivo de los derechos humanos requiere que el Estado adopte todas las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para hacer efectivos los derechos garantizados en el derecho internacional, mediante todo su sistema legal, político e institucional, y para organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de modo que sean capaces de garantizar legalmente el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos<sup>3</sup>.

Brevemente, y a efectos de valorar las medidas adoptadas en España para garantizar el derecho a reparación de los familiares de personas desaparecidas en relación con la Guerra civil, hay que tener en cuenta que las diferentes obligaciones del Estado mencionadas en esta materia son complementarias y no alternativas (no pueden sustituirse entre sí), y además son incondicionales: es decir, aunque interrelacionadas, no dependen las unas de las otras, ni tampoco están condicionadas a una denuncia individual. Así, aunque las víctimas pueden renunciar a su derecho a la reparación, el Estado no puede, por ejemplo, eludir su obligación de investigar y llevar ante la justicia a los autores de graves violaciones de derechos humanos y ofrecer reparaciones en forma de pensiones e indemnizaciones: al tratarse de violaciones graves de derechos humanos el Estado tiene un deber no solo hacia las víctimas, sino también hacia la sociedad en general porque el deber de reparación contiene un elemento disuasorio encaminado a la prevención de futuras violaciones de derechos humanos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> El Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática el 15 de setiembre de 2020. Véase: La Moncloa (2020, 15 de setiembre) y Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (2020). Se sometió a participación pública del 11 de noviembre al 3 de diciembre de 2020.

<sup>3</sup> Véase el reciente manual sobre reparaciones de la Comisión Internacional de Juristas que recoge ampliamente jurisprudencia de los comités de derechos humanos y de los tribunales regionales, así como del Tribunal Internacional de Justicia y de los tribunales penales internacionales especiales sobre las características de las reparaciones (International Commission of Jurists, 2018, pp. 15-31).

<sup>4</sup> Como concluía ya en 1993 el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias: «Según el derecho internacional, los gobiernos están obligados a llevar a cabo investigaciones exhaustivas e imparciales sobre las denuncias de violaciones del derecho a la vida, identificar, llevar ante la justicia y castigar a sus autores, otorgarles indemnización a las víctimas o sus familias, y tomar medidas efectivas para evitar la recurrencia futura de tales violaciones. Los primeros dos componentes de esta obligación cuádruple constituyen en sí mismos el elemento disuasorio más efectivo para la prevención de violaciones de derechos humanos. Por el contrario, si los perpetradores pueden estar seguros de que no serán considerados responsables, es probable que tales violaciones continúen sin cesar [...] Otorgar una indemnización presupone el cumplimiento de la obligación de llevar a cabo una investigación sobre las denuncias de abusos contra los derechos humanos con el fin de identificar y procesando a sus perpetradores. Sin embargo, las compensaciones financieras o de otro tipo otorgadas

En segundo lugar, el derecho a la reparación se incluye en el derecho de las víctimas a un remedio o recurso efectivo cuando se produce una violación de derechos humanos, así es como se reconoce en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 14) o la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 39). En el ámbito del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional también prevén la reparación el Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (artículo 3), el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (artículo 91) y, asimismo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 68 y 75).

La jurisprudencia internacional ha sido clave en el desarrollo de los aspectos relacionados con la obligación de los Estados de garantizar la reparación. Aunque la interpretación y la terminología difieren de un sistema a otro, a menudo por cuestiones lingüísticas (por ejemplo el sentido más amplio del término «*remedy*» en inglés respecto del equivalente «recurso» en español), es posible identificar un conjunto coherente de principios sobre el derecho a recurso y reparación que ha sido sistematizado en los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones»<sup>5</sup> (en adelante «Principios de 2005 sobre recursos y reparaciones»). Preparados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y aprobados por la Asamblea General en 2005, dichos Principios son una referencia obligada cuando en el caso español planteamos la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Esta obligación comprende, entre otros, el deber de:

- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

---

a las víctimas o sus familias antes de que se inicien o concluyan tales investigaciones, no eximen a los gobiernos de esta obligación [...] El Relator Especial insta a los Estados a que introduzcan en la legislación nacional las disposiciones pertinentes y destinen fondos para quienes hayan sufrido daños como consecuencia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias». NU doc. E/CN.4/1994/7 (1994), Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1993, párs. 688 y 711.

<sup>5</sup> NU doc. A/RES/60/147, «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», de 21 de marzo de 2006. Además, NU doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», de 18 de febrero de 2005. Estos instrumentos corresponden a los estándares internacionales a que me refiero a lo largo de este estudio, que deben completarse con la jurisprudencia y las decisiones posteriores a 2005 de los órganos de derechos humanos. En el ámbito de la justicia de transición en el que cabe analizar las medidas de reparación adoptadas en España teniendo como referencias otras experiencias de transición, es relevante también el primer informe del Secretario General de la ONU sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, porque permite situar la cuestión de la justicia de transición, o el recurrente dilema «¿paz o justicia?» (o «reconciliación o justicia» en el caso español), dentro del concepto y las exigencias del Estado de derecho. Véase: NU doc. S/2004/616, «informe del Secretario General de la ONU sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos», de 3 de agosto de 2004, y sus posteriores desarrollos.

- b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;
- c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y
- d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación.

Entre los recursos eficaces contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran el derecho de acceso igual y efectivo a la justicia; el derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el derecho de acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Los recursos no solo deben ser eficaces, sino también adecuados, y rápidos, han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno<sup>6</sup>.

Tres cuestiones me parecen básicas para situar el problema de las reparaciones que nos ocupa.

En primer lugar, hay que entender el término «recurso eficaz» en su doble dimensión procedimental y substantiva en el sentido más amplio de remedio («*remedy*» en inglés) o resarcimiento: cabe referirnos tanto al remedio procedimental (derecho a un recurso judicial) como al remedio sustantivo (el derecho a una reparación en sí, mediante restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) (Shelton, 2005; International Commission of Jurists, 2018, p. xii). La dimensión procesal se subsume en el concepto de la obligación de proporcionar «recursos internos efectivos», explícito en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos. La reparación, por tanto, es un componente de los recursos internos efectivos y ello supone, como afirma el Comité de Derechos Humanos, que sin reparación, en caso de violación de los derechos humanos, no se cumple la obligación de proporcionar un recurso efectivo<sup>7</sup>.

En segundo lugar, también es necesario tener en cuenta que las diferentes formas de reparación mencionadas son complementarias y no alternativas entre sí<sup>8</sup>, y de hecho lo que se prevé internacionalmente es la creación de un programa amplio de reparaciones, combinando y complementando las diferentes formas de reparación, pues un programa efectivo de reparación debe caracterizarse por su amplitud<sup>9</sup>. En todo caso, no cualquier reparación cumple los estándares internacionales, pues se debe tratar de una «reparación en forma adecuada» y que variará según cada caso

<sup>6</sup> Principios sobre recursos y reparaciones de 2005, p. 14.

<sup>7</sup> NU doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Observación general n.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004.

<sup>8</sup> En consonancia con el artículo 34 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, que establece que la reparación total deberá tomar la forma de restitución, compensación y satisfacción «individualmente o en combinación».

<sup>9</sup> NU doc. E/CN.4/2004/88 (2004). «Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad», de 27 de febrero de 2004, párr. 60.

dependiendo de las circunstancias concretas que rodean cada caso y la naturaleza precisa y el alcance de la lesión<sup>10</sup>.

En tercer lugar, cabe precisar que el enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos también puede constituir en sí mismo una forma de reparación, en concreto una medida de satisfacción, y contribuye al derecho de las víctimas y sus familias a la verdad y a la lucha contra la impunidad como elemento de garantías. No obstante, el Estado tiene el deber de enjuiciar a los autores de violaciones graves de derechos humanos, independientemente de cualquier reclamo por reparación interpuesto por víctimas individuales.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la reparación también debe ser adecuada, efectiva y rápida, además de proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Se deben conceder por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario y se prevé que el Estado ha de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones<sup>11</sup>.

En los Principios de 2005 sobre recursos y reparaciones se establece también el contenido, las características y finalidades de las diferentes formas de reparación previstas<sup>12</sup>, de los que destacaría, en el caso de las desapariciones que nos ocupan, la imposible restitución de la víctima a la situación anterior a la detención; la necesidad de que la indemnización sea apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, y de que se conceda por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante o los perjuicios morales. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales y la satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones.
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el

<sup>10</sup> «El derecho a la reparación cubrirá todas las lesiones sufridas por la víctima; incluirá medidas individuales relativas al derecho de restitución, compensación y rehabilitación, y medidas generales de satisfacción según lo dispuesto por el derecho internacional». NU doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», cit., Principio 34.

<sup>11</sup> Principios de 2005 sobre recursos y reparaciones, párr. 17.

<sup>12</sup> *Ibidem*, párrs. 19 a 23.

deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad.

- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones.
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas.
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Finalmente, las garantías de no repetición han de incluir, según proceda: medidas que contribuyan a la prevención, en este caso de las desapariciones forzadas, entre otras, el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajusten a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad, o la revisión y reforma de las leyes que contribuyan o permitan las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario.

A continuación, explico cómo se han articulado en el derecho español los recursos y las reparaciones a familiares de desaparecidos durante la Guerra Civil y el franquismo. Empezaré con las dificultades que encontraron a partir de 1936 los familiares de desaparecidos por la represión franquista al inscribir la desaparición en los registros civiles. Posteriormente, indicaré las reparaciones económicas (pensiones) reguladas por la vía administrativa y los procedimientos administrativos para la localización de fosas comunes y recuperación de los cuerpos de los desaparecidos. Finalmente, trataré la respuesta que ha dado la justicia española y, por tanto, el ordenamiento jurídico español, ante la exigencia de reparación por la vía judicial.

## 2. La regulación jurídica de la situación de desaparición de civiles durante la Guerra Civil hasta la actual Ley 52/2007 «de memoria histórica»

Para los familiares de desaparecidos que no fueran afectos al régimen franquista ni personal civil, militar o combatiente en el bando franquista no existe ni ha existido un plan o programa nacional de reparaciones económicas (pensiones o indemnizaciones) de carácter integral, sino normativa escalonada, dispersa, sectorial, parcial, confusa, puramente asistencial y sin reconocimiento de los hechos como violaciones de derechos humanos (Tamarit, 2011, p. 740; Vallés, 2019, p. 28, 327; Baylos, 2008).

El punto de partida de este «tratamiento asimétrico», en términos del Relator especial sobre justicia de transición (Informe sobre España, 2014, párr. 6), es que la situación de las personas desaparecidas durante la guerra civil española fue tratada

de forma diferente según la afinidad política del desaparecido, el lugar donde se produjo la desaparición (zona nacional o zona republicana), el carácter militar, combatiente, funcionario o civil de la persona desaparecida y, finalmente, su adhesión al golpe de estado y al régimen franquista.

Un estudio de la normativa específica aplicada a la situación de desaparición nos permite afirmar que los familiares de los desaparecidos en «zona nacional» que fueron víctimas de la represión franquista sufrieron un trato desigual durante y después de la guerra en tres momentos:

- 2.1. En la inscripción de la desaparición en el Registro Civil a efectos de la declaración de ausencia y de fallecimiento,
- 2.2. En las prestaciones o pensiones extraordinarias creadas durante y después de la guerra, sin que esta situación se haya solucionado en democracia, y finalmente
- 2.3. En la búsqueda, localización y exhumación de las fosas comunes.

### 2.1. Inscripción de las desapariciones durante y tras la guerra en el Registro Civil

En este apartado se explica por qué las familias de víctimas civiles de la represión franquista durante la guerra y la inmediata posguerra tardaron más que las de víctimas de la retaguardia republicana en inscribir desapariciones y conseguir la declaración de fallecimiento. Incluso recientemente, en la Disposición adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se ha tenido que continuar legislando cómo inscribir la defunción de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la represión posterior para seguir eliminando los obstáculos que aún se encontraban en esa fecha.

La inscripción de la desaparición a efectos de la declaración de ausencia o de fallecimiento para la tramitación de expedientes de pensión a favor de las familias de los desaparecidos o, simplemente, para regularizar su fallecimiento a efectos legales, fue facilitada por las autoridades franquistas exclusivamente para las desapariciones de combatientes y de civiles víctimas de la retaguardia republicana. Las desapariciones en combate causadas por las tropas franquistas y por la represión franquista tuvieron un trato legal distinto desde el mismo momento de la inscripción en los registros civiles, a partir de sucesivas regulaciones que dejaron intencionadamente a cónyuges e hijos de las víctimas republicanas sin poder iniciar los trámites sucesorios ni acceder a prestaciones.

Una cronología de estas regulaciones permite apreciar el carácter progresivo, sistemático e intencionado del trato desigual de las víctimas «republicanas» civiles de desaparición forzada.

El Gobierno de la República reguló por el Decreto de 29 de agosto de 1936 un procedimiento específico para la inscripción del fallecimiento de militares, milicianos y paisanos ocurridos en campaña o de resultas de ésta pues la Ley provisional de 17 de junio de 1870 no preveía esta situación<sup>13</sup>. Este Decreto establece dónde se deben practicar las inscripciones de fallecimiento tanto de personas identificadas como de personas desconocidas o de hallazgos de cadáveres cuya identidad no era posible en aquel momento comprobar. Por esta regulación podemos encontrar descripciones muy detalladas de personas halladas muertas con signos de violencia en los asientos

<sup>13</sup> Gaceta de Madrid, nº 242. La Gaceta era el diario o boletín oficial del Gobierno republicano.

de los registros civiles, muchas de las cuales sirvieron en su momento o bien actualmente para identificar personas desaparecidas.

En caso de desaparición, de la que daban cuenta, principalmente, los familiares, se debía seguir lo previsto en el Código Civil vigente entonces de 1889 (CC 1889) para la presunción de muerte de un ausente: debían pasar treinta años desde que la persona desapareció o se recibieron las últimas noticias de ella (art. 191 CC 1889).

En la zona llamada «nacional» se impulsó normativa desde el primer momento en que triunfó el golpe de estado. Parte de esta normativa se refirió a la situación de los fallecidos y desaparecidos durante la guerra, ya fueran combatientes o civiles, y a las pensiones reconocidas inmediatamente a favor de las familias del personal militar y del personal civil del Estado, de las provincias y de los municipios, a medida que se iban produciendo bajas especialmente en las filas militares «nacionales». A principios de la guerra se regularon unas primeras pensiones extraordinarias para las familias de los militares que se hubieran adherido al golpe militar y que hubieran desaparecido «cuando existían vehementes indicios de haber sido asesinados por los rebeldes con ocasión de prestar o por haber prestado servicios a la causa nacional»<sup>14</sup>. El problema que presentaba la solicitud y reconocimiento de estas pensiones era cómo acreditar la condición de desaparecido y desde qué momento podía surtir efectos la desaparición para la declaración de fallecimiento.

El Decreto nº 67, de 8 de noviembre de 1936, del llamado «Gobierno de Burgos» (autoridades franquistas) reguló un procedimiento especial para la inscripción de fallecimiento o desaparición de personas, fueran o no combatientes, durante la guerra que se estaba desarrollando en ese momento y, además, estableció como plazo de presunción de muerte cinco años después de la inscripción de los desaparecidos a los efectos del artículo 191 CC 1889 indicado<sup>15</sup>.

Dos días después, la Junta Técnica del Estado emitió unas reglas para la aplicación de dicho decreto que sentaron las bases de la posterior discriminación, escasamente documentada por historiadores y juristas y que se aplicó durante años. Se empezó distinguiendo entre inscripción de defunción y de desaparición en el Registro Civil. Si se trataba de un fallecimiento acreditado judicialmente, el juez competente dictaba auto ordenando la inscripción de defunción y producía los efectos de una defunción ordinaria y no se debían esperar los cinco años previstos en el Decreto nº 67. Si no se podía acreditar el fallecimiento, se inscribía la desaparición (en una nota marginal) y esta producía los efectos jurídicos de una declaración de ausencia y cinco años después se podía declarar la presunción de fallecimiento<sup>16</sup>.

Pero además esta Orden, de 10 de noviembre de 1936, puede servir para probar el carácter sistemático de la represión franquista, porque queda patente que se confeccionaban listas de desaparecidos, que después se entregaban al juez para que quedara constancia en el Registro Civil a efectos de agilizar la tramitación de la defunción en unos casos. La Orden establecía que podían instar la incoación de la inscripción de fallecimiento o desaparición el cónyuge, los parientes hasta el cuarto grado, los interesados patrimonialmente, y también «los jefes de fuerzas militares o

<sup>14</sup> Decreto nº 24 de 13 de octubre de 1936 (Boletín Oficial del Estado, Burgos, 17 de octubre de 1936, nº 4).

<sup>15</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE), Burgos, 11 de noviembre de 1936, nº 27. Este era el diario oficial del Gobierno franquista, su denominación se ha mantenido en democracia.

<sup>16</sup> Orden de la Presidencia de la Junta Técnica del Estado de 10 de noviembre de 1936, dictando reglas para la aplicación del Decreto nº 67 sobre inscripción de fallecidos o desaparición, BOE nº 29, de 13 de noviembre de 1936, rectificada el 16 de agosto de 1939 (BOE nº 275, p. 5519).

militarizadas». Estas fuerzas militarizadas eran los grupos de falangistas que actuaban impunemente en la zona nacional. Los estragos de sus acciones pueden seguirse en los registros civiles mediante las inscripciones de fallecimiento y desaparición ya que, a pesar de la situación de guerra, los registros civiles no se pararon. Es frecuente por ello encontrar inscripciones de desaparición correlativas en el mismo libro de defunciones del Registro Civil y que corresponden a las «relaciones de individuos a sus órdenes [a las órdenes de los jefes de fuerzas militares o militarizadas] que hubiesen desaparecido» como establecía la Orden de 10 de noviembre. Estas listas debían ser enviadas por los jefes de estas fuerzas militarizadas, es decir, por los grupos de Falange (en nuestros días: grupos paramilitares) a los jueces de primera instancia o alcaldes, que debían remitirla a su vez en el plazo máximo de cinco días al juez de primera instancia del partido judicial. Finalmente, era el juez del domicilio u origen del presunto muerto o desaparecido quien dictaba auto aprobando o no la información practicada y ordenando en su caso la inscripción de la defunción en el Registro si estaba acreditada. Si solo estaba acreditada la desaparición (y la prueba era la relación enviada por el jefe de las fuerzas militares o militarizadas) se mandaba inscribir la desaparición en aquel registro.

En julio de 1939 comenzó la discriminación por razones políticas en el Registro Civil, porque se previó que las inscripciones de desaparición podían producir los efectos de una inscripción de defunción a los cinco años o incluso sin esperar a los cinco años previstos en el Decreto nº 67, siempre que se refirieran al «Glorioso Alzamiento Nacional»: con el objeto de evitar «la posibilidad de que los expedientes se refieran en algún caso a personas desafectas al Glorioso Alzamiento Nacional, huidas del territorio patrio». La siguiente Orden de 26 julio de 1939 del Ministerio de Justicia estableció la obligación de los jueces de exigir antes de ordenar la inscripción de desaparición «una prueba de antecedentes que robustezca la garantía de que en el desaparecido no existe justificación patriótica para que, si vive, no haya dado noticias de su existencia»<sup>17</sup>. Solo las inscripciones de desaparición que incluyeran esta prueba y que no hubieran sido impugnadas judicialmente podían producir los efectos previstos en el Decreto de 8 de noviembre de 1936, que consistían en normalizar las relaciones patrimoniales (abrir la sucesión) y familiares (condición de viudas/os y huérfanos/as a efectos de solicitar pensión y otros) con el plazo general de cinco años que, con la Orden de julio de 1939, pasó a aplicarse solamente a la inscripciones de desaparecidos afectos al régimen franquista.

Al acabar la guerra, el Gobierno franquista modificó la declaración de ausencia y fallecimiento en el Código Civil (Ley de 8 de setiembre de 1939) para hacer frente a la gran cantidad de personas desaparecidas y estableció nuevos plazos, que se han mantenido prácticamente hasta la actualidad<sup>18</sup>. Sin embargo, en los registros civiles se siguió aplicando el mencionado Decreto nº 67 de 11 de noviembre de 1936 con

---

<sup>17</sup> BOE nº 222, p. 4353. Por esta Orden de 26 de julio de 1939 los familiares de desaparecidos afectos a la causa franquista podían tramitar el expediente de defunción y éste se hacía efectivo automáticamente desde el momento de la inscripción sin esperar a los cinco años. El argumento era que los cinco años tenían sentido si el desaparecido residía en zona roja y no podía volver a «zona nacional», con lo que aún había esperanzas de que volviera, pero «lograda la unidad de España», si el desaparecido no se había reintegrado a su domicilio ni dado noticias de su actual paradero podía ser dado por muerto. En cambio, si se trataba de un desaparecido no afecto a la causa franquista, víctima de la represión franquista, los jueces exigían a los familiares, antes de ordenar la inscripción, una prueba que garantizara que el desaparecido había fallecido o bien esperar cinco años para inscribir la ausencia como defunción.

<sup>18</sup> A grandes rasgos: 10 años desde las últimas noticias del ausente o, a falta de estas, desde su desaparición; 5 años si el ausente hubiera cumplido 75 años; 2 años si en la fecha de su desaparición existía un riesgo inminente de muerte por causa de siniestro o de violencia contra la vida, entendiéndose como violencia una subversión del orden político y social; 2 años en caso de militares y combatientes en operaciones de campaña.

una importante modificación introducida por la Orden de 10 de agosto de 1939: los expedientes de desaparición durante la guerra iban a producir los efectos normales de toda inscripción de defunción «siempre que se refieran a personas afectas al Glorioso Alzamiento Nacional, a cuyo fin los Jueces de primera instancia comprobarán ese extremo en la tramitación de los oportunos expedientes». Si no se trataba de personas afectas al régimen, una vez transcurridos cinco años desde la inscripción, el juez a instancia de parte podía declarar la presunción de muerte, siempre que estuviera documentada e informada convenientemente.

La Orden de 10 de agosto de 1939 del Ministerio de Justicia posibilitó que las inscripciones de defunción fuera de plazo continuaran efectuándose sin tener que esperar los cinco años preceptivos, siempre que se refirieran «a personas afectas al Glorioso Movimiento Nacional»<sup>19</sup>. Incluso dos años después se siguió aplicando este procedimiento especial, pues, por Orden de 12 de agosto de 1941, se abrió un nuevo plazo de seis meses para promover expedientes de inscripción de desaparecidos o fallecidos, siempre que se pudiera presentar «la prueba exigida por la Orden de este Ministerio de 27 de abril de 1940, al objeto de hacer constar en el cuerpo de las actas de defunción haber muerto gloriosamente por Dios y por España». Finalmente, en mayo de 1942 una última prórroga establecía que, hasta nueva disposición en contrario, se podían promover expedientes de inscripción de desaparecidos o fallecidos con arreglo al mencionado Decreto de 8 de noviembre de 1936 «al objeto de hacer constar en el cuerpo de las actas de defunción haber muerto gloriosamente por Dios y por España»<sup>20</sup>.

El resultado de esta normativa es que solo pudieron beneficiarse de estos plazos los familiares de quienes habían ganado la guerra. Ello causó un grave perjuicio a cónyuges, hijos/as y padres/madres de personas desaparecidas que no pudieron acreditar ni beneficiarse tampoco de su condición de viudos/viudas, huérfanos o padres de fallecidos hasta mucho más tarde. Así, por ejemplo, los hijos de desaparecidos que habían «perdido la guerra» no fueron considerados legalmente como huérfanos ni siquiera para beneficiarse del Fondo de protección benéfico-social creado por Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución nacional y de la Guerra, la primera norma dictada por las autoridades franquistas que no requería adhesión a su causa.

Este procedimiento de inscripción de desaparecidos fue, además, un mecanismo facilitador de indemnizaciones o pensiones extraordinarias a favor de familiares de personas desaparecidas que fueran afectas al nuevo régimen franquista. Los familiares de los desaparecidos civiles del bando republicano no percibieron ninguna reparación hasta la aprobación de la Ley 5/1979, aunque, como se explicará más adelante, esta reparación no fue absoluta, ni integral ni efectiva en los casos de desaparición.

Por último, cabe destacar que en 2011 se volvió a modificar la inscripción de desaparecidos en el Registro Civil haciendo mención expresa a las personas

<sup>19</sup> BOE núm. 222, de 10 de agosto de 1939.

<sup>20</sup> BOE de 3 de mayo de 1942, p. 3124. Véase también la Orden de 29 de abril de 1940 por la que el Gobierno franquista modificó el artículo 85 de la Ley del Registro Civil: en todas las inscripciones en el Registro Civil relativas a personas asesinadas o cuya muerte fuese debida a la ejecución de sentencia dictada por las llamadas autoridades o tribunales marxistas; por fallecimiento durante su cautiverio; por heridas o enfermedades contraídas en los frentes de combate, formando parte del «Ejército sublevado», se hacía constar por nota marginal «Muerto gloriosamente por Dios y por España». Las pruebas para inscribir esta consigna eran documentadas por las personas que solicitaban la inscripción y los jueces encargados del Registro Civil debían comprobar la certeza y veracidad de la defunción recabando información de las autoridades militares, la autoridad gubernativa, el jefe de puesto de la Guardia Civil, y el jefe local de FET y de las JONS de la localidad del fallecido.

desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura y eliminando el requerimiento de declaración judicial para la declaración de fallecimiento en esos casos. En concreto, la Disposición adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>21</sup> bajo el título «Inscripción de defunción de desaparecidos durante la Guerra Civil y la dictadura» estableció que:

El expediente registral, resuelto favorablemente, será título suficiente para practicar la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la represión política inmediatamente posterior, siempre que, de las pruebas aportadas, pueda inferirse razonablemente su fallecimiento, aunque no sean inmediatas a éste. En la valoración de las pruebas se considerará especialmente el tiempo transcurrido, las circunstancias de peligro y la existencia de indicios de persecución o violencia.

Esta modificación era necesaria pues el propio Ministerio de Justicia consideraba en ese año que «acreditar certeza de la muerte que excluyera cualquiera duda racional», por ejemplo, mediante testigos o documentos oficiales, que es lo que exigía el artículo 278.1 del Reglamento del Registro Civil entonces sin tener en cuenta la situación de la anterior Guerra Civil o de un contexto semejante, era «un procedimiento judicial en expediente de jurisdicción voluntaria, largo y costoso». En cambio, los expedientes de registro civil son gratuitos. Se consideró que sería suficiente la tramitación de un expediente administrativo y no acudir a la vía judicial por estos motivos<sup>22</sup>. Como se verá, esta consideración del Ministerio de Justicia sobre el carácter largo y costoso de la jurisdicción voluntaria no ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2012 en la que dirige a los familiares de desaparecidos a la jurisdicción voluntaria para obtener una reparación consistente en la declaración judicial de la desaparición y la exhumación de los restos de la persona desaparecida, a pesar de que, efectivamente, es un recorrido largo y costoso económicamente.

Esta última modificación refleja la dificultad que aún encontraban en esta fecha reciente los familiares de desaparecidos que aún no habían inscrito la defunción de personas desaparecidas, o bien que ni tan solo habían inscrito su desaparición durante la guerra o en la inmediata posguerra, todo ello como resultado del trato desigual que se instauró en 1936.

## 2.2. Pensiones extraordinarias y reparaciones relacionadas con la guerra para familiares de desaparecidos

Durante la guerra, en la zona nacional se dictaron disposiciones especiales en materia de pensiones extraordinarias para familiares de personal militar o civil fallecido o desaparecido, tanto del Estado como de las provincias y los municipios<sup>23</sup>. Para casos

<sup>21</sup> BOE núm. 175, de 22/07/2011. En la anterior Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957 se establecía en el artículo 86: «Será necesaria sentencia firme, expediente gubernativo u orden de la autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por muerte violenta, que afirmen sin duda alguna el fallecimiento, para inscribir éste cuando el cadáver hubiere desaparecido o se hubiere inhumado antes de la inscripción».

<sup>22</sup> Artículo 278 del Reglamento del Registro Civil. «Cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado no basta para la inscripción la fama o posibilidad de muerte, sino que se requiere certeza indudable. En su caso, a la orden de la Autoridad Judicial que instruye las diligencias seguidas por la muerte, debe haber precedido informe favorable del Ministerio Fiscal, y si se trata de Autoridad Judicial militar, el del Auditor; si la Autoridad Judicial es extranjera, se instruirá para poder inscribir el oportuno expediente. Para precisar las circunstancias en el expediente o diligencias se tendrán en cuenta las pruebas previstas para el de reconstitución».

<sup>23</sup> Decreto de 2 de diciembre de 1936, BOE del 9 de diciembre; Decreto de 13 de octubre de 1936, BOE del 17 de octubre; Decreto de 8 de mayo de 1938, BOE del mismo día; Decreto de 18 de abril de 1938 (BOE de 23 de abril) por la que se concedieron pensiones extraordinarias a las viudas y huérfanos de los militares sublevados muertos en el cautiverio.

que no se encontraban entre estos supuestos generales, por ley se fueron concediendo individualmente pensiones extraordinarias a viudas de civiles afectos a la causa franquista fallecidos en el campo de batalla o defendiendo la causa nacional. Después de la guerra se crearon más pensiones extraordinarias siempre relacionadas con la guerra y el bando vencedor, así como, por ejemplo, pensiones en favor de padres pobres de sacerdotes muertos a consecuencia de la guerra, equiparados a funcionarios civiles. Las pensiones cubrían el 100%, el 50% o el 25% del sueldo del causante<sup>24</sup>.

En general, las familias de desaparecidos que no eran personal civil o militar no percibieron ninguna reparación económica, ni tampoco las familias de desaparecidos civiles que pudieran ser afectos al golpe de estado o al régimen franquista. Sin embargo, las familias de desaparecidos «no afectos al régimen franquista» no tuvieron las mismas facilidades que las familias «afectas al régimen» a la hora de tramitar la declaración de fallecimiento tras la inscripción de desaparición, al no constar como causa de la desaparición una inscripción referida a la guerra, a las «hordas marxistas» o al «Glorioso Movimiento Nacional». Sin esta referencia, de marcado carácter político, las familias de desaparecidos no afectos al régimen franquista no se atrevían a iniciar el expediente de defunción al haber transcurrido cinco años desde la inscripción de la desaparición, como preveía el Decreto nº 67 de 1936 ni tampoco los dos años establecidos en el Código Civil reformado en 1939 para el supuesto de riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida. Se esperaba al plazo de diez años desde las últimas noticias del ausente o, a falta de estas, desde la inscripción de su desaparición o bien, si no era necesario a efectos de sucesión u otros aspectos legales, no se tramitaba la declaración de fallecimiento.

Por su parte, las familias de fallecidos y desaparecidos del bando franquista pudieron beneficiarse de pensiones extraordinarias, en el caso de familiares de personal militar y personal funcionario civil, o bien, en todos los casos, de facilidades para inscribir la desaparición y conseguir la presunción de fallecimiento incluso sin esperar necesariamente los cinco años prescritos en el Decreto nº 67 de 1936. Asimismo, al finalizar la guerra se aprobó el acceso preferente a la función pública por parte de mutilados, ex combatientes y ex cautivos, así como a familiares de las víctimas de guerra («huérfanos y otras personas dependientes de las víctimas de la guerra y de los asesinados por los rojos») reservándoles el 80% de las vacantes existentes en las categorías inferiores de las plantillas de los diferentes servicios administrativos<sup>25</sup>. Entre estas «víctimas de guerra» no se incluyeron a las víctimas republicanas entonces ni en ningún momento de la dictadura franquista.

En los primeros años de la Transición se desarrolló normativa de forma escalonada y sectorial reconociendo pensiones y otras medidas de reparación a favor de las víctimas del franquismo y de la Guerra Civil<sup>26</sup> pero el resultado de este proceso administrativo de reparaciones es disperso e incoherente, no existe un plan o programa general de reparaciones ni tampoco un texto refundido que unifique toda la normativa vigente y expulse la normativa y las pensiones derogadas (Vallès, 2019,

<sup>24</sup> Ley de 11 de junio de 1941, BOE del 6 de junio; Ley de 16 de junio de 1942, BOE del 3 de junio; Ley de 31 de diciembre de 1941, BOE del 15 de enero; Ley de 13 de diciembre de 1940 por la que se concede pensión extraordinaria a los padres de los militares muertos en el cautiverio y a los familiares de los muertos en lucha o ejecutados por negarse a servir en el ejército rojo, BOE nº 364, 13 de diciembre de 1940, p. 8947.

<sup>25</sup> Ley de 25 de agosto de 1939, BOE de 1 de septiembre.

<sup>26</sup> El inicio de esta normativa se sitúa en el Real Decreto-ley 35/1978, de 16 de noviembre, por el que se conceden pensiones a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la guerra 1938-1939. Los supuestos no cubrían las desapariciones de civiles, se referían a muertos en acciones bélicas o como consecuencia de las heridas en campaña que no tuvieran reconocidas pensiones por la misma causa. Se derogó por Ley 5/1979, de 18 de septiembre, más amplia.

pp. 327-335). En todo caso, las medidas legislativas reparadoras iniciales no declararon la ilegitimidad de los actos represivos del franquismo y de la rebelión militar, sino más bien se encaminaron a considerar legítimo al régimen republicano para que se pudieran generar efectos jurídicos en el ordenamiento vigente para aquellas personas que sirvieron como funcionarios o combatieron al servicio de la República durante los años de la Guerra Civil. Se distinguió, a estos efectos, entre causantes que fueran personal civil o militar o combatiente y causantes que hubieran fallecido o hubieran desaparecido y no tuvieran ninguna de estas condiciones.

La Ley 5/1979, de 18 de setiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil fue la primera ocasión en la que el Estado, ya en democracia, facilitó la inscripción en el Registro Civil de personas fallecidas durante la guerra en el bando republicano (principalmente soldados), para que las viudas y huérfanos pudieran acogerse a la Ley y cobrar una pensión<sup>27</sup>.

El supuesto de los desaparecidos está regulado en el artículo primero de dicha Ley con la previsión de que causan derecho a pensión los desaparecidos en el frente o en otro lugar cuando pueda establecerse una presunción de fallecimiento por las causas enunciadas en los párrafos uno b) y dos b) del mismo artículo, a saber: por condena, acción violenta o en situación de privación de libertad, tanto durante como después de la guerra (a pesar de que la mayoría de desapariciones se produjeron durante la guerra).

Es posible también que familiares de desaparecidos que hubieran conseguido la declaración de fallecimiento por presunción de muerte hubieran solicitado estas pensiones acogiéndose a los supuestos de fallecimiento después de la guerra (apartado Dos del artículo 1 de la Ley), pues la fecha de la declaración de fallecimiento sería posterior a la finalización de la guerra por las razones explicadas. Sin embargo, la Ley 5/1979 restringe la aplicación del precepto a combatientes, mientras que en caso de civiles se exige que el fallecimiento se debiera a opinión política o sindical, una relación de causalidad entre la Guerra Civil y el fallecimiento, y que el fallecimiento no hubiera sido consecuencia de ejecución de sentencia ni derivado de acción violenta del propio causante.

No pudieron ser beneficiarios de esta pensión las viudas y los huérfanos de los civiles ejecutados por pena de muerte, los que habían muerto en la cárcel o en la comisaría, los que habían sufrido una ejecución extrajudicial y fueron asesinados por la policía franquista o por los fascistas; entre ellos también había personas desaparecidas.

---

<sup>27</sup> Se permitió la inscripción fuera de plazo, con carácter gratuito y con medios de prueba generales. Artículo 5. «Los que se consideren con derecho a las pensiones que esta Ley establece lo solicitarán acompañando a tal efecto la documentación que estimen pertinente para fundamentar su derecho. A tal fin se aceptarán cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho. Los titulares de los Registros Civiles deberán facilitar a los eventuales beneficiarios que lo soliciten copia literal del Acta de Defunción del causante, y, en caso de que no constara en el Registro, procederán a la inscripción fuera de plazo de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Registro Civil, todo ello con carácter gratuito. Asimismo, los Secretarios de los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil y militar deberán extender las certificaciones de sentencia relativas a los causantes que sean solicitadas por los eventuales beneficiarios. (...)» Las solicitudes debían presentarse en el plazo de dos años y se preveía que el derecho no decaía pasado este plazo, aunque los efectos económicos de la pensión, en caso de ser reconocida, solo tendrían vigencia desde la solicitud de la pensión.

La Ley 52/2007 eliminó estas restricciones, pero las pensiones reconocidas no tienen efectos retroactivos (a 1980), sino que surten efectos económicos solo a partir de 2008.

En todo caso, los beneficiarios de estas pensiones de la Ley 5/1979 están sujetos a criterios muy restrictivos, que no tienen que ver con su condición de víctimas de violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario, sino con su vulnerabilidad al faltar o al haber faltado durante más de cuarenta años la figura del padre de familia, fallecido o desaparecido durante la guerra o en relación con la guerra. Los supuestos beneficiados eran pocos y fueron interpretados restrictivamente, lo que implicó que el número de beneficiarios fuera menor que el número probable de casos reales.

Según el Informe de la Comisión ministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, de 28 de julio de 2006, se otorgaron 110.000 pensiones a los familiares de los fallecidos o declarados fallecidos o desaparecidos durante la Guerra Civil o con posterioridad, siempre que se hubiera podido establecer una relación de causalidad personal y directa entre ambos sucesos<sup>28</sup>. Estos datos no están desglosados por fallecimiento o desaparición.

Esta disposición de la Ley 5/1979 estaba pensada especialmente para las viudas de guerra que habían quedado excluidas de las pensiones extraordinarias de viudedad por el régimen franquista. En un país que no tenía establecido un sistema general de pensiones y donde la mujer no se había incorporado todavía masivamente al mundo laboral, sin duda significó una ayuda importante para estas mujeres. Sin embargo, estas pensiones:

1. Se otorgaron sin relación con la condición de víctimas de violaciones de derechos humanos, sin reconocimiento de los hechos ni responsabilidad del Estado ni la presentación de disculpas oficiales.
2. Son claramente asistenciales pues se reconoce la pensión solo a los huérfanos (hombres y mujeres) de padre y madre (en defecto de viuda) que estuvieran incapacitados y a las hijas que se consideraban vulnerables por el hecho de no estar casadas, lo que constituye un claro sesgo de género que ni la Ley 5/2007 ni otra ley posterior han eliminado: el artículo 2 de la Ley 5/1979 sigue reconociendo el derecho a la pensión regulada por dicha Ley «a las viudas, en su defecto los hijos incapacitados, las hijas solteras o viudas y los padres».
3. Los familiares de desaparecidos tuvieron dificultades para solicitar la pensión porque necesitaban copia literal del acta de defunción del causante y, según la Ley sobre el Registro Civil de junio de 1958, la inscripción de una defunción requería un certificado médico (art. 85). En caso de no contar con este certificado, el médico forense debía emitir un dictamen sobre la causa de la muerte, incluso mediante el examen del cadáver, trámites imposibles en caso de desaparecidos de la Guerra Civil

---

<sup>28</sup> Véase p. 43 de dicho informe en: <http://www.todoslosnombres.org/content/materiales/informe-general-la-comision-interministerial-para-el-estudio-la-situacion-las> (fecha de consulta: 27 febrero 2020). El informe no está publicado en web oficial. La Comisión interministerial fue creada en 2004 por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra civil y del franquismo (BOE nº 227, de 20 de septiembre de 2004). Pueden consultarse los datos en un reciente estudio publicado en 2019 que contiene datos requeridos al Ministerio de Hacienda en virtud de la Ley de transparencia, disponible en: <https://bit.ly/2kQkeAW> (Vallés, 2019).

o la dictadura. Además, el artículo 86 de dicha Ley requería acreditar sin duda alguna el fallecimiento mediante sentencia firme, expediente gubernativo u orden de la autoridad judicial. Para ello, los solicitantes debían justificar documentalmente su derecho y, en caso de no ser posible, se admitía la prueba testifical, cosa también difícil en estos supuestos pues dos personas debían declarar que el desaparecido había fallecido.

En todo caso, cabe insistir en que esta pensión no se contempló en ningún momento como una reparación económica a víctimas de violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario, sino como ayudas asistenciales pensadas para personas en una situación considerada vulnerable ante la ausencia del padre de familia: mujeres viudas (no se prevé para viudos aunque sin duda hubo mujeres que fallecieron durante la guerra), huérfanos incapacitados o hijas solteras o viudas, padres de combatientes o civiles republicanos que debían justificar que estaban imposibilitados para ganarse el sustento o bien eran mayores de setenta años, siguiéndose un criterio puramente asistencial<sup>29</sup>.

Por su parte, la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, reconoció pensiones a las viudas y huérfanos del personal militar de las fuerzas mencionadas, acentuando así la discriminación entre los hijos de personal civil o militar, por una parte, y los hijos de civiles que sufrieron la represión franquista, por otra, en concreto los civiles desaparecidos durante la Guerra Civil, pues la cantidad y las condiciones de la pensión es diferente.

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura<sup>30</sup> (llamada comúnmente "Ley de Memoria Histórica; en adelante, LMH) mejoró en su artículo 5 el importe de las pensiones de viudedad y orfandad previstas en la Ley 5/1979 pero no afectó a los casos de desaparecidos durante la guerra, pues la modificación se refiere al número 2 del artículo primero («los que hubieran fallecido después de la guerra») y la mayor parte de los casos de desaparecidos se produjo durante la guerra. En todo caso, esta modificación no se refiere tampoco a los supuestos de desaparición del apartado Tres del artículo 1, sino a los supuestos a) y c), no al b).

En el artículo 6 de la misma Ley se modificó el importe de las pensiones de orfandad en favor de «huérfanos no incapacitados mayores de veintiún años causadas por personal no funcionario al amparo de las Leyes 5/1979, de 18 de septiembre, y 35/1980, de 26 de junio». Sin embargo, no se modificó la disposición de la Ley 5/1979 por la que prevé que son beneficiarios, en defecto de las viudas, «los hijos incapacitados, las hijas solteras o viudas y los padres» y se desconoce si se sigue aplicando este criterio (solo hijas en esta situación) o bien se aplica la definición de beneficiarios que puede consultarse en la página web del Ministerio de Hacienda y Seguridad Social sobre «Clases pasivas y pensiones derivadas de la Guerra civil»: «El cónyuge viudo y, en su defecto, los huérfanos menores de 21 años o mayores de dicha edad, incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla o del fallecimiento del causante, y los padres del causante fallecido, siempre que reúnan

<sup>29</sup> Real Decreto 2635/1979, de 16 de noviembre para la aplicación y cumplimiento de la Ley 5/1979, BOE nº 277, de 19 de noviembre de 1979, p. 26669, artículo 2.c) cuatro.

<sup>30</sup> BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

las condiciones requeridas por la legislación general sobre Clases Pasivas aplicable en cada caso»<sup>31</sup>.

Este criterio sigue excluyendo a las hijas no incapacitadas solteras o viudas, al no haber modificado la Ley 15/1979 en este aspecto. La información distinta que ofrece la página web del Ministerio de Hacienda refleja la incoherencia y falta de claridad de la normativa que regula las pensiones relacionadas con la Guerra civil, en especial las que podrían beneficiar a familiares de personas desaparecidas. Además, no está actualizada pues no recoge la posterior modificación en la normativa sobre estas pensiones.

Finalmente, es necesario apuntar que desde el 1 de enero de 2013 no es posible obtener ya el reconocimiento de pensiones al amparo de la llamada «legislación de guerra». La Disposición adicional trigésima sexta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 estableció que a partir de esa fecha no se efectuarían «nuevos reconocimientos de pensiones en favor de huérfanos mayores de veintiún años no incapacitados al amparo de la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, ni de la legislación especial de guerra»<sup>32</sup>. Así, no es posible que un hijo o hija de persona desaparecida durante la Guerra Civil, mayor de veintiún años reclame una pensión de acuerdo con la Ley 15/1979. Sí pueden solicitar pensiones extraordinarias de orfandad, en cambio, los huérfanos a causa de actos de terrorismo, que según la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo será de aplicación a todos aquellos hechos que hayan tenido lugar desde el 1 de enero de 1960, por lo que se trata de una ley retroactiva, además de integral. Esta Ley es un claro ejemplo de cómo España es capaz de atender a víctimas de crímenes muy graves cometidos antes del inicio de la democracia y bajo otro régimen político atendiendo a los principios de respeto, justicia y solidaridad.

Cabe destacar en este apartado que en el Anteproyecto de Ley de Memoria democrática se prevé enmendar este problema con la derogación de la Disposición adicional de 2013 mencionada<sup>33</sup>, pero el hecho es que en todos estos años (2013-2021) no ha existido esta vía de reparación.

<sup>31</sup> Véase esta información en Ministerio de Hacienda: <https://www.clasespasivas.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/PensionesPrestaciones/PrestacionesDerivadasGuerraCivil/Paginas/Familiaresfallecidosenlaquerracivil.aspx>. Desde el 1 de enero de 2008 las pensiones de orfandad de huérfanos no incapacitados (sin actualizar desde el año 1981) se revalorizan en el mismo porcentaje que el resto de las pensiones públicas. En 2020, su cuantía está fijada en 159,70 €/ mes.

<sup>32</sup> BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012. Por «legislación especial de guerra» el Ministerio de hacienda comprende desde la Ley de 13 de diciembre de 1943, de pensiones extraordinarias de retiro (para militares afectos al régimen franquista) hasta la Ley 52/2007 «de memoria histórica» y la abundante normativa que la ha desarrollado, pasando por la Ley de amnistía de 1977, las principales leyes de reparación económica (Ley 5/1979 y Ley 35/1980) pero también toda la normativa primero autonómica y después estatal sobre indemnizaciones por tiempo de permanencia en prisión «durante la dictadura» (no durante la guerra) como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de amnistía, modificados por la Ley 52/2007 «de memoria histórica». Véase una recopilación de esta legislación, a la que se puede acceder desde la página web sobre la Ley de memoria histórica del Ministerio de Justicia (<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/memoria-historica>) en: <https://www.clasespasivas.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/QuienesSomos/Normativa/Coleccion%20Prestaciones%20Sociales/Sumario%20PS02%20Legislacion%20especial%20de%20guerra.pdf> (fecha de consulta: 27 marzo 2020).

<sup>33</sup> Se incluye en el Anteproyecto de Ley el apartado 2o de su Disposición derogatoria única, derogando expresamente las mencionadas disposiciones adicionales trigésima tercera y trigésima sexta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. En la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto se refiere que esta derogación «tiene un carácter reparador y eminentemente simbólico para los colectivos afectados, y tendrá un impacto económico prácticamente inapreciable, atendiendo a los datos de las últimas indemnizaciones concedidas en los dos últimos ejercicios en los

Como se ha indicado, en la página web del Ministerio de Hacienda a la que se reenvía desde la página web del Ministerio de Justicia sobre memoria histórica no se informa que desde 2013 no se reconocen nuevas pensiones al amparo de la legislación que recoge la propia web.

En este apartado sobre pensiones concedidas por causa de desaparición durante la Guerra Civil cabría apuntar que, además de la importancia que pueden tener para las víctimas individualmente, en conjunto conocer el número de pensiones concedidas por causa de desaparición durante la Guerra Civil sería un indicio para calcular el número de personas desaparecidas (evidentemente, en uno y otro bando).

Lamentablemente, esta información no es posible obtenerla porque, de acuerdo con la respuesta de la autoridad administrativa competente a una pregunta formulada al Portal de Transparencia del Gobierno de España para recabar datos para realizar este estudio, conocemos que los datos sobre pensiones en virtud de la llamada legislación de guerra no están desglosados por defunción o desaparición. A la pregunta sobre el número de pensiones concedidas al amparo de la Ley 5/1979 y 52/2007 a solicitantes que acreditan la desaparición forzada del causante durante la Guerra Civil y el franquismo, la Unidad de Información de Transparencia del Ministerio de Hacienda responde que<sup>34</sup>

Los datos disponibles en esta Dirección General son los globales, sin distinguir entre los distintos supuestos de hecho contemplados en la norma.

El número de pensiones reconocidas en aplicación de la Ley 5/1979, asciende a 112.968 pensiones (dato actualizado a 31 de diciembre de 2019), y el número de indemnizaciones reconocidas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 52/2007, es de 49.

### 2.3. Exhumaciones, censos de desaparecidos de la Guerra civil y homenajes como formas de reparación

Las exhumaciones de fosas relacionadas con la Guerra Civil empezaron durante la misma guerra porque se practicaron judicialmente exhumaciones en la zona republicana entre 1937-1938, mientras que en la zona nacional ya a partir de 1936 se permitió y se reguló exhumar cadáveres y fosas del «bando nacional» (es decir, víctimas de la retaguardia republicana), se facilitó la búsqueda de los desaparecidos del bando nacional y se confeccionó un censo de fallecidos y desaparecidos del bando nacional (Etxeberria, F.; Solé, Q., 2019; Capellà, 2009). En democracia no se ha emprendido hasta ahora un programa nacional de búsqueda de desaparecidos y localización y exhumación de fosas comunes, ni tampoco se ha confeccionado un censo de desaparecidos del bando republicano o un censo global de desaparecidos de la Guerra Civil. Todo esto lo hicieron, paradójicamente, las autoridades franquistas en la inmediata posguerra, pero solamente respecto de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones del bando republicano.

Es necesario conocer el desarrollo de la normativa franquista en materia de inhumaciones, exhumaciones y reinhumaciones para entender el trato desigual que

---

que estuvieron operativas (años 2012 y 2013), y que, de las 7 solicitudes presentadas en el año 2012, tan solo se concedió 1, y en 2013, se presentó una única solicitud que finalmente no fue concedida». Véase Ministerio de la Presidencia, «Memoria de análisis de impacto normativo» (sin fecha), p. 37, en <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/MAIN%20APL%20Memoria%20Democratica.pdf> (fecha de consulta: 21 enero 2021).

<sup>34</sup> Respuesta de la Unidad de Información de Transparencia del Ministerio de Hacienda (nº de expediente 001-040647), de 12 de febrero de 2020.

sufrieron los familiares de desaparecidos por represión franquista, el desamparo de estos familiares ante la inacción gubernamental treinta años después del final de la dictadura que les llevó abrir fosas a partir de 2000 y a presentar la querrela ante la Audiencia Nacional en 2006 por desapariciones forzadas, así como su frustración al ser adoptada la LMH en 2007. De esta inacción del Gobierno español surgen las leyes y políticas autonómicas en esta materia concreta, aunque unos años antes las Comunidades Autónomas (CCAA) ya habían empezado a cubrir graves fallos del sistema español de reparación a las víctimas del franquismo, como las indemnizaciones por tiempo de prisión en la década de 2000, o homenajes y monumentos a las víctimas de la represión franquista.

Justo al acabar la Guerra Civil, en mayo de 1939, se estableció en el BOE el procedimiento por el que toda persona que deseara «exhumar el cadáver de alguno de sus deudos que fueron asesinados por la horda roja, para inhumarlos de nuevo en el cementerio», pudiera solicitarlo del Gobernador Civil de la provincia correspondiente y, tratándose de víctimas del bando franquista, se eximió a los familiares de desaparecidos de pagar tasas municipales de inhumación, exhumación y traslado del cadáver<sup>35</sup>.

Se procedió, asimismo, a elaborar una suerte de censo de personas fallecidas o desaparecidas que no entraban en el supuesto de causantes de las pensiones reconocidas en la legislación de guerra (militares, combatientes, funcionarios civiles, sacerdotes) para «la protección económica de las familias de los caídos en defensa de la Patria que han quedado desamparadas por no reunir las condiciones precisas para disfrutar pensiones de viudedad u orfandad». Era necesario conocer el volumen del problema y por eso se facultó a formular a los familiares de estas víctimas una declaración con los datos del familiar «caído por España», en caso de carecer de pensión concedida por cualquier otro concepto<sup>36</sup>. Los beneficiarios podían ser «las viudas, hijos menores de edad y padres sexagenarios o impedidos para el trabajo»<sup>37</sup>. No se conoce, sin embargo, qué pensiones económicas se llegaron a conceder a los familiares de estas personas en conjunto, al margen de pensiones individuales a viudas de guerra que pueden consultarse en el BOE pero que no parecen seguir un procedimiento legal sino más bien discrecional.

Solo los familiares de las víctimas del bando franquista fueron autorizados a localizar, exhumar y reinarhumar los restos de sus allegados enterrados en fosas comunes. Estos familiares recibieron ayudas económicas para llevar a cabo estas tareas y algunas fosas pudieron acotarse y beneficiarse de la misma protección legal que los camposantos<sup>38</sup>. Además, se rindió tributo público a los muertos del bando

<sup>35</sup> Véase la siguiente normativa: Orden de 6 de mayo de 1939 y Orden de 1 de mayo de 1940 sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres de asesinados por los rojos (BOE nº 130, de 8 de mayo de 1939, p. 3157); Orden aclaratoria de la de 1 de mayo último sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres de personas asesinadas durante el período rojo (Boletín Oficial del Estado, núm. 207, de 25/07/1940, página 5.151); Orden sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos (Boletín Oficial del Estado, núm. 130, de 09/05/1940, página 3.157); Ley de 16 de mayo facultando a los Ayuntamientos para dispensar o reducir las exacciones municipales que gravan las inhumaciones, exhumaciones y traslados de cadáveres víctimas de la barbarie roja o muerta en el frente (Boletín Oficial del Estado, núm. 137, de 17/05/1939, páginas 2.687 a 2.688).

<sup>36</sup> Artículo 3.º «La declaración deberá contener los siguientes datos: Nombre, apellidos, profesión, estado, edad, y domicilio de la persona que la presente. Nombre del familiar caído por España y su parentesco con el declarante. Número de hijos menores de edad a su cargo. Bienes de fortuna o elementos de Dirección General de la Deuda y Clases Pasivas. Servicios prestados a la Patria por el familiar muerto».

<sup>37</sup> Orden de 18 de mayo de 1941, por la que se da plazo para establecer un censo de los familiares de los caídos en defensa de España. Boletín Oficial del Estado, núm. 145, de 25/05/1941, página 3.740.

<sup>38</sup> Orden de 4 de abril de 1940, disponiendo que por los Ayuntamientos se adopten medidas que garanticen el respeto a los lugares donde yacen enterradas las víctimas de la revolución marxista, BOE

vencedor, se erigieron monumentos y se hicieron inscripciones dedicadas a los «caídos por Dios y por España» en las fachadas de las iglesias, en las «cruces de los caídos» (en los cruces de caminos o a la entrada de los pueblos) y se construyeron mausoleos en los cementerios para «rendirles honores».

En cambio, en general los familiares de las víctimas de la represión franquista no pudieron desenterrar a los suyos ni les autorizaron a celebrar funerales. Sus nombres no quedaron grabados en las fachadas de las iglesias, en las placas conmemorativas, ni en las cruces de los «caídos». Muchos de ellos, como han documentado los historiadores, ni siquiera pudieron ser inscritos en el registro de defunciones hasta bien entrada la democracia, con todos los problemas que ello conllevó para sus familiares. Con grandes dificultades y riesgos, y asumiendo gastos muy elevados, durante la Transición se exhumaron fosas comunes y se realizaron y aún se realizan (en las comunidades autónomas donde no se han creado instituciones de memoria histórica ni se han adoptado políticas de memoria) lo que se han denominado procesos de «autorreparación» y «autohomenaje», ante la inacción del Estado, la indiferencia de los jueces y la presencia de unas élites políticas mayoritariamente reacias a mirar al pasado (Aguilar, 2018).

Las expectativas creadas en los familiares de desaparecidos tras la declaración de 2006 como «Año de la Memoria Histórica» por el Congreso español quedaron frustradas cuando se presentó el proyecto de ley de lo que después resultó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura (en adelante LMH). Esta frustración se debió, entre otros motivos (Chinchón, 2007; Capellà, 2005; Amnistía Internacional, 2008) a que fue tramitada y adoptada sin consulta ni información a las asociaciones o a familiares de desaparecidos y a que con la LMH la única obligación que asumió el Estado en materia de desapariciones forzadas fue «facilitar» la búsqueda de desaparecidos de la Guerra Civil y la dictadura (artículos 11 a 14). Ello implicó que:

- a) La investigación, localización e identificación de las personas desaparecidas recayó en la iniciativa de sus familiares porque el Estado no asumía más obligación que subvencionarlas<sup>39</sup>.
- b) El Estado no asumía esta competencia, sino que las exhumaciones de fosas comunes relacionadas con la Guerra Civil y el franquismo se contemplaron en la Ley como una actividad privada a desarrollar bajo la normativa sobre patrimonio histórico (competencia transferida, en general, a las comunidades autónomas), con previa autorización administrativa de la administración pública competente (sin especificar en la LMH cuál es), y cuyos gastos la Administración General debía sufragar con subvenciones (art. 11 in fine).

---

de 5 de abril de 1940, p. 2320. Se estableció la obligación de acotar y cerrar aquellos lugares «donde conste de manera cierta que yacen restos de personas asesinadas por los rojos, pero que no han sido identificados o reclamados por sus familiares», solicitar el carácter de tierra sagrada en la misma forma que si se tratase de un nuevo cementerio municipal, e incluso los propietarios particulares de estos terrenos estaban obligados a permitir el uso provisional como cementerios sin derecho a indemnización ni reclamación alguna. Los ayuntamientos disponían de ocho días para iniciar las obras a partir de esta disposición.

<sup>39</sup> Es la conclusión que repetidamente el Comité de Derechos Humanos indica al Gobierno español, la última ocasión en su informe de 2015. Véase: NU doc. CCPR/C/ESP/6, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, 14 de agosto de 2015, párr. 21.

- c) Las administraciones públicas no podían poner obstáculos a los particulares y a las asociaciones que pretendieran exhumar fosas por su cuenta, sino que, al contrario, debían facilitar la búsqueda.
- d) De acuerdo con la Ley, el Estado debía adoptar un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegurara la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones, así como unos mapas de fosas de todo el territorio español que tendrían que debían ser objeto de especial preservación por sus titulares.

La facilitación prevista en la LMH se redujo a subvencionar las exhumaciones por parte del Gobierno central, previa presentación de proyectos a las convocatorias que se sucedieron entre 2006 (hubo dos anteriores a la entrada en vigor de la LMH) y 2011, año en que el presupuesto para la LMH quedó a 0 euros tras cambiar la mayoría política de gobierno en España. Cabe señalar que recientemente el Gobierno español ha reprimido la política de subvenciones, lo cual sería positivo si no fuera porque, como señalan hace tiempo los organismos de derechos humanos, subvencionar las exhumaciones de fosas comunes no constituye una reparación adecuada<sup>40</sup>.

El protocolo previsto en la Ley de 2007 no se adoptó hasta setiembre de 2011 y no se le reconoció carácter vinculante, sino que se trató de una guía metodológica<sup>41</sup>, obviando que los restos humanos encontrados en fosas relacionadas con la Guerra Civil correspondían a muertes violentas y que tenían que ser considerados pruebas de delitos. En caso de localización de restos, dicho protocolo prevé que se comunique tanto a la comunidad autónoma, como a la entidad local, al juzgado de instrucción competente, como a la policía o guardia civil la entidad y características de los hallazgos, pero para el levantamiento de restos no se cuenta con policía forense ni presencia judicial, solo expertos en antropología forense que garantizan la cadena de custodia a efectos de la restitución de los cuerpos identificados.

No se ha realizado un mapa de fosas estatal completo y sobre el estado de los mapas autonómicos de fosas, a marzo de 2020 solo siete comunidades autónomas (CCAA en adelante) habían aportado información a la Dirección General de Memoria Histórica del Gobierno español<sup>42</sup>.

En la práctica, la exhumación de las fosas comunes y la posibilidad de conocer la suerte o el paradero de los desaparecidos de la Guerra Civil y del franquismo

---

<sup>40</sup> Según la Dirección General de Memoria Histórica del Gobierno español, ha recibido diez peticiones de financiación por particulares y asociaciones para realizar trabajos de exhumaciones, la mayoría en Andalucía, probablemente ante la suspensión de las políticas de memoria y, en consecuencia, de los planes de fosas, en esta comunidad autónoma. Se trata de exhumaciones de fosas y también de personas inhumadas en cementerios, sin que conste más información. Respuesta del Portal de la Transparencia del Gobierno (expediente 1-040646) a la pregunta «Comunicaciones de solicitudes de exhumación a la Administración General del Estado para su inclusión en el mapa de fosas previsto en artículo 12», de 9 de marzo de 2020.

<sup>41</sup> Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura (BOE, núm. 232, de 27 de septiembre de 2011).

<sup>42</sup> Respuesta del Portal de la Transparencia del Gobierno (expediente 1-040646) a la pregunta «Comunicaciones sobre datos de los mapas de fosas realizados por las administraciones territoriales y qué administraciones territoriales son (CCAA, municipios)», de 9 de marzo de 2020. Las CCAA que han aportado esta información son Islas Baleares, Castilla y León, Ciudad Autónoma de Melilla, Principado de Asturias, Comunidad Valenciana, Islas Canarias y Comunidad de Madrid.

depende en la actualidad de si una comunidad autónoma ha asumido o no esta competencia, expresamente o implícitamente.

En las comunidades autónomas que no han asumido la competencia específica sobre fosas comunes no se sabe a quién se debe comunicar este hallazgo, ni por razón de la materia (sanidad, cultura) ni por razón de la institución (ayuntamiento, comunidad autónoma, provincia). A la privatización de las labores de exhumación e identificación de los desaparecidos se suma la inseguridad jurídica de una tramitación que encuentra más obstáculos que facilidades, pues las administraciones autonómicas y locales son reacias a adentrarse en unas actividades que no están reguladas y para las que la normativa aplicable –en general la de patrimonio histórico, pues se contempla como una excavación arqueológica– no tiene sentido. Téngase en cuenta que cuando entró en vigor la LMH solo tres comunidades autónomas (País Vasco, Cataluña y Andalucía) habían iniciado políticas de memoria con la creación de comisiones interdepartamentales o comisionados, y que en la actualidad de un total de diecisiete comunidades autónomas solo siete cuentan con leyes autonómicas de memoria histórica y/o de búsqueda de desaparecidos y exhumación de fosas.

El resultado de esta falta de competencia es que las exhumaciones de la Guerra Civil no se han realizado ni se están realizando bajo tutela judicial, a excepción de algunos casos puntuales y, como consecuencia de la jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo en 2012, que se expone en el siguiente apartado, el archivo judicial de las denuncias cuando se encuentran en las fosas restos de personas con signos de violencia en las fosas es sistemático.

Ante el vacío jurídico existente en estas CCAA sin competencia en materia de fosas, las exhumaciones pueden realizarse con autorización administrativa como una excavación arqueológica o como dentro de la política sanitaria mortuoria, en el mejor de los casos, pues en la mayoría de ocasiones no se solicitan autorizaciones administrativas no por falta de voluntad, sino por falta de autoridad competente, tras acudir infructuosamente los familiares o las asociaciones a las posibles instituciones sin obtener una respuesta. La comunicación al juzgado de instrucción competente se lleva a cabo normalmente, pues las asociaciones están interesadas en que haya una intervención judicial, pero pocas veces acude el juez o la policía judicial a levantar acta del hallazgo de restos humanos con signos de violencia en una fosa común de la Guerra Civil, y, si lo hacen, al calcular el año de la inhumación, indican que el hallazgo no tiene interés judicial. Por otra parte, el temor a que la policía o la guardia civil o incluso el juzgado de instrucción competente ordene paralizar los trabajos de exhumación, una vez comunicado el hallazgo de los restos, bien por falta de autorización administrativa al no contar con administración competente, bien por prever una paralización administrativa o judicial de los trabajos de exhumación que pueda afectar el ritmo de la excavación, sume a los equipos de trabajo, a las asociaciones y a los familiares en una situación de preocupación permanente.

La reparación consistente en buscar a las personas desaparecidas y los cadáveres de las personas asesinadas, ayudar a recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos se ha caracterizado por la inexistencia de un plan o programa nacional y con reconocimiento de los hechos como violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. De hecho, en democracia aún no se ha celebrado a nivel estatal ninguna conmemoración ni ningún homenaje oficial a las víctimas de desaparición forzada de la Guerra Civil que no tuvieron reconocimiento durante la dictadura. A nivel autonómico –no en todas las CCAA– se han adoptado políticas públicas y leyes específicas sobre fosas o sobre «memoria histórica» o «memoria

democrática» que han desarrollado la obligación de reparación en el aspecto de búsqueda de desaparecidos y localización y exhumación, en su caso de fosas, y se han celebrado homenajes y actos de reconocimiento, pero en ningún caso se contempla reparación económica para las víctimas, en este caso los familiares.

La ausencia de un plan estatal en materia de desaparecidos y fosas comunes ha tenido como consecuencia que los familiares de desaparecidos solo pueden acceder a procedimientos administrativos de carácter público (es decir, sin asumir el coste económico) para esclarecer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y, en su caso, exhumar las fosas comunes correspondientes, en aquellas CCAA donde se encuentra la fosa en la que presuntamente se habría inhumado la persona desaparecida. Con ello se ha creado una grave discriminación entre las familias, porque solo siete de las diecisiete CCAA han asumido esta competencia<sup>43</sup>.

Ante esta discriminación, el Estado aún no ha adoptado medidas adecuadas para garantizar que en el resto de CCAA se realicen estos procedimientos y se espera que la futura Ley de Memoria democrática (aún no iniciada su tramitación como proyecto de Ley en el Congreso, a fecha de enero de 2021) colme este vacío asumiendo el Estado la competencia cuando no exista actuación o política autonómica.

En 2012 el Tribunal Supremo indicó que la vía que el Estado pone a disposición de los familiares de desaparecidos para ejercer un recurso efectivo es la jurisdicción voluntaria (el expediente de perpetua memoria), como se explica en el apartado siguiente, y el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática parece dirigir a los interesados en una exhumación a esta vía jurisdiccional en caso de ser necesario. Ello añade aún más discriminación, porque el coste de una exhumación practicada bajo tutela judicial a instancia de parte en estos procedimientos judiciales corre a cargo de la parte, que es una víctima de violaciones de derechos humanos, con lo que las fosas que se encuentran en un territorio sin ley ni política pública autonómica solo se pueden abrir, en la práctica, a cuenta de la víctima.

Atendiendo a los estándares internacionales en materia de reparación, indicados en la introducción de este estudio, cabe concluir que no solo no se han reconocido, sino que nunca hasta ahora se han verificado los hechos ni se ha procedido a una revelación pública y completa de la verdad. Dos factores dificultan esta misión: por una parte, que el Estado no cuenta con un censo de desaparecidos de la Guerra Civil y la dictadura y, por otra, que los datos que se pueden extraer de los Registros Civiles continúan estando sesgados políticamente a causa de una política institucional iniciada en 1936 que discriminó intencionalmente a los familiares

---

<sup>43</sup> En Cataluña: Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes, BOE núm. 186, de 3 de agosto de 2009, páginas 66161 a 66167. En Navarra: Ley foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936, BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2013, páginas 102302 a 102310. En Baleares: Ley 10/2016, de 13 de junio, para la recuperación de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el franquismo, BOE núm. 157, de 30 de junio de 2016, páginas 46625 a 46632. En la Comunidad Valenciana: Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana, BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2017. En Andalucía: Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. Comunidad Autónoma de Andalucía, BOE núm. 95, de 21 de abril de 2017. En Aragón: Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón, BOE núm. 14, de 16 de enero de 2019. En País Vasco no tienen ley concreta de memoria histórica, pero realizan políticas y acciones de localización de fosas a través del Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos Gogora, creado en 2014 por Ley 4/2014, de 27 de noviembre, de creación del Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos, Boletín Oficial del País Vasco, nº 230, de 2 de diciembre de 2014.

de desaparecidos por la represión franquista a la hora de realizar las inscripciones de desaparición y de conseguir la declaración de fallecimiento, como se explica en el apartado anterior.

Sin duda fue un avance que por ley se reconociera y declarara el carácter injusto de cualquier forma de violencia personal producida por razones políticas, ideológicas o de creencia durante la Guerra Civil y durante la dictadura (artículo 2 Ley 52/2007) pero no se han reconocido estos hechos como violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario ni de esta declaración se desprenden consecuencias jurídicas. Tampoco ha habido ni se ha planteado responsabilidad administrativa relacionada con las fosas ni los desaparecidos, por ejemplo, exigiendo responsabilidades a ayuntamientos o a particulares por la destrucción de fosas dentro o fuera de cementerios.

En definitiva, no se ha establecido ninguna medida eficaz hasta el momento para conseguir que no continúe la situación de desaparición forzada y la violación de derechos humanos de las familias de desaparecidos, en concreto el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, a día de hoy. Las únicas medidas adoptadas a nivel estatal en materia de fosas y desaparecidos han sido impulsadas con la Ley 52/2007, pero no se ajustan a estándares ni a obligaciones internacionales del Estado, pues la principal medida, la facilitación de las exhumaciones mediante subvenciones, no ha seguido ninguna planificación ni evaluación, y supuso, desde el primer día, que el Estado descargó su responsabilidad de localizar y exhumar las fosas comunes en las familias y asociaciones.

Por otra parte, ni los familiares de desaparecidos ni las asociaciones memorialistas participaron en el diseño y ejecución de la LMH: no fueron consultados a pesar de que precisamente en 2007, año de adopción de esta Ley, existía en España un movimiento memorialista ya consolidado que hubiera podido ser un interlocutor eficaz para que tanto las reparaciones simbólicas como la política de exhumación de fosas que se proyectaba fueran valoradas directamente por quienes tenían que ser sus beneficiarios. En cambio, es notorio el rechazo que provocó esta Ley tanto en las asociaciones como en los familiares de personas desaparecidas.

Finalmente, siguiendo también los estándares internacionales, cabría notar que no se han adoptado a nivel estatal medidas de rehabilitación: las víctimas de desaparición forzada (hijos y descendientes de los desaparecidos) no han tenido ni tienen una atención médica ni psicológica<sup>44</sup> apropiada a su condición de víctimas de desaparición forzada, especialmente por el sufrimiento causado durante años por la falta de noticias sobre el paradero y suerte de la personas desaparecidas, que se transmite de generación a generación; ni su caso se incluye de oficio en su expediente médico (anamnesis) ni se les prestan servicios jurídicos ni sociales en condición de víctimas de desaparición forzada.

### 3. Falta de acceso igual a un recurso efectivo

La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía<sup>45</sup> ha sido repetidamente señalada por los organismos internacionales de derechos humanos como la principal causa de que actualmente el ordenamiento jurídico español impida la investigación penal de las

<sup>44</sup> Ni siquiera se contempla con carácter general el acompañamiento psicológico a los familiares durante las exhumaciones. El protocolo estatal de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura no prevé esta medida. Solo está previsto en las leyes navarra (art. 7.4), balear (art. 7.2), valenciana (art. 9.4) y aragonesa (art. 12.6).

<sup>45</sup> Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, BOE nº 248, de 17/10/1977. Entrada en vigor el mismo día.

violaciones de los derechos humanos del pasado, en particular los delitos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias, aunque hay más motivos, que la Sala Penal del Tribunal Supremo ha enumerado y aplicado en la Sentencia nº 101/2012, causa especial nº 20048/2009, de 27 de febrero de 2012. Diversos estudios jurídicos (Chinchón, 2014; Escudero & González, 2013; Tamarit, 2014) han analizado esta sentencia especialmente desde la perspectiva de los principios de legalidad e irretroactividad aplicados en relación con el carácter permanente de las desapariciones practicadas a partir de 1936, la naturaleza consuetudinaria de la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad y sus corolarios (imprescriptibilidad, autonomía de la tipificación internacional y prohibición de las amnistías). En este artículo me interesaría profundizar en los recursos que el Tribunal Supremo considera que los familiares de desaparecidos tienen a su disposición para reclamar el derecho a reparación, en este caso la búsqueda y localización de las personas desaparecidas, y valorar si son efectivos en el sentido establecido en los estándares internacionales explicados anteriormente.

Para ello, es necesario tener presente que la Ley de Amnistía interrumpió la consideración legal de las obligaciones del Estado en la responsabilidad por crímenes de distinta naturaleza cometidos en su pasado antidemocrático. Pretendiendo pacificar el proceso de transición en una situación política y social condicionada por los aún afines al régimen franquista, extinguió la responsabilidad penal de las autoridades, funcionarios y agentes del orden público por las conductas criminales realizadas con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos que el régimen calificaba como actos punibles y de los funcionarios y agentes del orden público por los delitos contra las personas que hubieran podido cometer, además de la responsabilidad por delitos políticos, delitos relacionados con el restablecimiento de las libertades públicas y otros que no podían mantenerse como punibles en un sistema democrático<sup>46</sup>.

Lo que se indica insistentemente al Gobierno español por parte de los órganos internacionales de derechos humanos<sup>47</sup> es que esta Ley excluyó expresa e intencionadamente el derecho a un recurso efectivo a víctimas de delitos que no han podido ser judicializados en aplicación de esta Ley y en contradicción con las obligaciones internacionales contraídas por España.

Sobre el derecho a un recurso efectivo, ya explicado en la introducción como derecho de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, son un elemento de preocupación en las observaciones del Comité de Derechos Humanos que aplica el Pacto internacional de derechos civiles y políticos<sup>48</sup> en relación a la naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Pacto<sup>49</sup> en dicho artículo 2.3, a saber: «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

---

<sup>46</sup> Artículo 2 e) y f) de la Ley.

<sup>47</sup> Véase, entre otros: NU doc. CCPR/C/ESP/6, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, 14 de agosto de 2015, par. 21; NU doc. A/HRC/27/49/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su visita a España (23 a 30 de septiembre de 2013), 2 de julio de 2014, párrs. 37, 39, 43.

<sup>48</sup> La Ley de Amnistía fue adoptada con posterioridad a la ratificación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (27 de abril de 1977) y su publicación en el BOE (30 de abril de 1977). Véase el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE nº 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343.

<sup>49</sup> NU doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, cit., párr. 15.

Como señala el Comité de Derechos Humanos en el ámbito concreto del Pacto, esta obligación requiere que se «establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos». Los mecanismos judiciales permiten garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional. Por su parte, los mecanismos administrativos pueden dar cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. En España no se han creado estos mecanismos administrativos y, en cuanto a los judiciales, los familiares de desaparecidos han ejercido como recurso acudir a la vía judicial penal y civil (aunque en mucha menor medida, como se explicará) para reclamar como reparación la investigación de las desapariciones y la exhumación de fosas comunes.

### 3.1. La vía penal

Las querellas presentadas por familiares de desaparecidos y asociaciones memorialistas en diciembre de 2006 ante la Audiencia Nacional pusieron en conocimiento de la Audiencia Nacional los hechos de desaparición y el desconocimiento, hasta la fecha de la denuncia, de la situación de las personas desaparecidas, el lugar de enterramiento y las circunstancias de su fallecimiento. Asimismo, expusieron su derecho a saber y solicitaron la tutela judicial para el descubrimiento de la verdad, la práctica de las actuaciones necesarias y procedentes para la localización e identificación y, si fuera posible, la entrega a sus familiares para testimoniar su respeto y honra. Solicitaron que fuera admitida esta denuncia por crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada, y que se practicaran las diligencias interesadas en la denuncia, instruyendo el oportuno proceso penal para la averiguación y punición de los hechos, determinación de las responsabilidades penales, y satisfacción de las civiles a que hubiere lugar.

Es conocido que el caso llegó al Tribunal Supremo, que el 26 de marzo de 2010, en el marco de las cuestiones de competencia (acumuladas) dictó providencia, acordando suspender el curso del procedimiento hasta que no se resolviera la causa seguida por prevaricación contra el juez instructor. En febrero y marzo de 2012 se conoció el posicionamiento del Tribunal Supremo (TS) sobre la causa iniciada en 2008<sup>50</sup>.

De estas resoluciones judiciales me interesa especialmente el Auto de 28 de marzo, y no entraré en el análisis de la Sentencia pues pueden consultarse las opiniones de la doctrina, que en general responden a diferencias en apariencia irreconciliables entre disciplinas jurídicas, por ejemplo, en cuanto a la aplicación retroactiva de la regla de derecho internacional y que pueda afectar a la Ley de amnistía española (en contra: GIL, 2009, pp. 100 y 163; Tamarit, 2011, p. 745). Notemos, sin embargo, que el Tribunal Supremo consideró razonable la pretensión de las víctimas («satisfacer el derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció») pero su respuesta fue que esta pretensión «no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones», porque, por una parte, es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo para iniciar una investigación penal (por ello se juzgó de prevaricación al juez instructor) y, por otra

<sup>50</sup> Sentencia nº 101/2012, causa especial nº 20048/2009, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 27 de febrero de 2012.

«la interpretación de las normas aplicables a los hechos colisiona con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados, y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica».

En el posterior Auto de 28 de marzo de 2012 el Tribunal Supremo dirigió a los familiares a la vía de la jurisdicción voluntaria que se explica en el siguiente apartado.

Es muy interesante, a efectos de un estudio sobre reparación y recurso efectivo, analizar cómo el Tribunal argumenta que el legislador español optó en la Ley 52/2007 por la vía administrativa para la exhumación de las fosas comunes. Ello, a pesar de que la propia Ley prevé en su Disposición adicional segunda que esta y el resto de previsiones de la Ley «son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España», como no podía ser de otra manera si se siguen los estándares internacionales sobre reparación que no excluyen, sino complementan las diferentes formas de reparación. Paradójicamente, un tenor literal de la Sentencia da a entender que la Ley 52/2007 «de memoria histórica» podría haberse convertido en un obstáculo más para que los familiares de desaparecidos puedan obtener reparación por la vía judicial.

En todo caso, y sin posibilidad de extenderme sobre esta cuestión, cabe destacar que en la Sentencia de febrero de 2012 el Tribunal Supremo reconoció expresamente que los familiares de desaparecidos de la Guerra Civil que presentaron denuncia eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad (pero no en España), que estos familiares se encontraban en una situación de objetiva desigualdad respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la Guerra Civil, y, además, que «las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y la posguerra, pero no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió»<sup>51</sup>.

Es decir, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la reparación no es completa ni adecuada, que la reconciliación que pretendía la Ley de Amnistía no es efectiva y es obvio que, situándonos en el año 2021, la reparación dista de ser lo rápida que exigen los estándares internacionales. El problema, en este punto, está en qué recurso o remedio tienen los familiares de desaparecidos durante la Guerra Civil española para obtener esta reparación, que el Tribunal parece reducir a las tareas de localización y recuperación de las personas desaparecidas obviando otra forma de reparación como la satisfacción, que incluiría entre otros, recordemos, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad y la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones<sup>52</sup>.

Es en su posterior Auto de 28 de marzo de 2012, cuando el Tribunal Supremo, al resolver la cuestión de competencia, contextualizó la situación de los desaparecidos y de sus familias como «derechos de las víctimas de violaciones de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario» (razonamiento tercero) y donde «considera inobjetable» que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento y que tampoco cabe

<sup>51</sup> Punto 4 del Considerando sexto.

<sup>52</sup> Principios de 2005 sobre recursos y reparaciones, Principio XI, párr. 22.

imponer a sus familiares «el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles» (razonamiento cuarto).

Para satisfacer los derechos de estas víctimas, el Tribunal Supremo indica que el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que pueden canalizarse las acciones y exigir, como contrapartida, el deber del Estado de procurar de manera efectiva su satisfacción. El propio Tribunal ya se avanza al considerar que se va a discutir su suficiencia<sup>53</sup> pero, en la línea de la valoración que hace el Tribunal respecto de las medidas de reparación adoptadas, esta es la opción que ha seguido el Estado para que las víctimas obtengan reparación. Fallaría en este planteamiento el hecho de que las víctimas conocieran las vías apuntadas por el Tribunal en el Auto de marzo y también que las víctimas lo consideraran un recurso efectivo para satisfacer sus pretensiones.

Estos son los recursos que tienen los familiares de desaparecidos para satisfacer su derecho como afectados por tal clase de acciones criminales –que no son perseguibles ni punibles penalmente en España y según el ordenamiento español– a una reparación adecuada, que comprenda a) «la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad», b) «la búsqueda de [...] los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad», y c) poder contar con «una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella» (razonamiento cuarto):

- La vía administrativa prevista en la Ley 52/2007, que no excluye, según el Tribunal Supremo, el acceso a la jurisdicción penal excepto si de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se deriva la inexistencia de responsabilidad actualmente exigible, es decir, si los presuntos responsables ya han fallecido.
- La jurisdicción civil y, en concreto, los expedientes de jurisdicción voluntaria como el expediente de perpetua memoria (que se explica en el siguiente apartado).
- La inscripción de defunción de desaparecidos introducida por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil por la disposición adicional octava, que puede abrir un cauce a la actuación judicial.

La competencia para continuar tramitando las denuncias se trasladó a los juzgados de instrucción territoriales. Estos juzgados (y los que recibieron nuevas denuncias siguiendo el razonamiento de que si había indicios de presuntos responsables vivos, se mantenía abierta la posible vía penal) archivaron los casos basándose en el fallecimiento de los presuntos responsables y también invocando el principio de legalidad, la interdicción de retroactividad de normas procesales, la prescripción, la Ley de Amnistía, y, asimismo, remitiendo a la Ley 52/2007, es decir, aplicando uno o todos los argumentos dados por el Tribunal Supremo en sus resoluciones de febrero y marzo de 2012 (Amnistía Internacional, 2017, p. 9).

<sup>53</sup> «Al respecto, el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que –por más que su suficiencia se discuta– pueden canalizarse las acciones dirigidas a la satisfacción de los derechos de que se trata».

El resultado de las querellas presentadas en 2006 ha sido que de hecho se ha cerrado la vía judicial penal: solo sería posible en caso de las desapariciones de la Guerra Civil en que los presuntos autores estén vivos, lo cual es poco probable. En mi opinión, esta interpretación y aplicación del derecho español priva a los familiares de personas desaparecidas de ser consideradas víctimas de delitos y contradice estándares internacionales tales como el Principio V de los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», según el cual «una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima».

### 3.2. La vía civil

Si bien el Tribunal Supremo mantuvo la imposibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los hechos, por las razones indicadas en el apartado anterior, no excluyó un derecho a recuperar los restos de sus familiares, enmarcado expresamente en el Auto de marzo de 2012 en el deber de los Estados de procurar de manera efectiva su satisfacción de acuerdo con los mencionados Principios de 2005 sobre recursos y reparaciones. Sin embargo, la cuestión es cómo y ante qué órgano pueden invocar este derecho. De entrada, el Tribunal no excluyó cualquier órgano judicial, solamente los de la jurisdicción penal<sup>54</sup>.

Como se ha indicado, las denuncias presentadas en 2006 ante la Audiencia Nacional tenían como objetivo la averiguación y punición de los hechos denunciados, la determinación de las responsabilidades penales y la satisfacción de las civiles a que hubiere lugar. El Tribunal Supremo cerró la vía judicial penal como se ha descrito y no se pronunció sobre las responsabilidades civiles al apreciar que los hechos denunciados no eran punibles.

De las vías apuntadas por el Tribunal Supremo en su Auto de 28 de marzo de 2012 para encaminar a los familiares de desaparecidos hacia la jurisdicción civil, una podría ser eficaz para obtener, sin mayores obstáculos, la declaración de fallecimiento (la inscripción de defunción de desaparecidos introducida por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil por la disposición adicional octava), pero no para exhumar una fosa común, por lo que en mi opinión no es efectiva y explico a continuación por qué.

El problema que tienen los familiares de desaparecidos es, como ya se ha indicado, que no existe un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas y localización y exhumación de fosas comunes: la investigación sobre la suerte y paradero de estas personas y la localización y, en su caso, exhumación de una fosa depende de si existe o no una política autonómica que asuma estas tareas. En los territorios en los que no existan unos mecanismos para iniciar y proceder a estas tareas, los familiares tienen como único recurso acudir a la jurisdicción civil, en concreto al expediente de perpetua memoria. Mediante esta vía se ha conseguido al menos una exhumación vía judicial, el de dos víctimas de la represión franquista inhumados en el cementerio del Valle de los Caídos en 1959<sup>55</sup>. Considero que el procedimiento seguido en este caso es positivo a efectos del derecho a reparación de

<sup>54</sup> Siempre con la salvedad: «salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querella se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible».

<sup>55</sup> Auto 112/2016, de 30 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia, Sección 2ª, de San Lorenzo de El Escorial, Recurso 851/2014 de 30 de marzo de 2016.

las víctimas, porque la decisión judicial no se limitó a la aprobación y protocolización de información «*ad perpetuam memoriam*», sino que también autorizó la recuperación de los restos, su entrega por parte del órgano competente a los familiares y la inscripción de su defunción en el Registro Civil. Es decir, el Juez vinculó el procedimiento de publicidad en que consistían las informaciones para perpetua memoria con el derecho a recibir sepultura, y lo ligó a la dignidad propia del ser humano (artículo 10 de la Constitución española).

A pesar de este cambio cualitativo (Escudero, 2018), la argumentación de este Juzgado no se ha aplicado en más casos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y el resultado de este procedimiento en este caso es excepcional, pues se sabía dónde estaban los cuerpos: cuando fueron trasladados al cementerio del Valle de los Caídos se llevó un registro y estaba anotado el número de columbario donde reposaban los restos reclamados, no se trataba de fosas comunes, sino de nichos y, además, solo se exhumaron dos cuerpos y se identificaron con ADN. La realidad de las fosas comunes relacionadas con la Guerra Civil y el franquismo es muy diversa y es difícil afirmar que este procedimiento funcionaría en todos los casos, básicamente porque, para empezar, el procedimiento de perpetua memoria fue derogado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: en concreto, derogó los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil referidos a las informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 y ss.) y este expediente ya no existe expresamente<sup>56</sup>. Se podría entender que se trata de un cambio procesal que no afecta a la norma sustantiva y que se seguiría el procedimiento más generalista, pero hasta ahora no constan casos ni jurisprudencia en este sentido.

Para valorar si este procedimiento se podría volver a utilizar en otros casos y conjeturar si el recurso apuntado por el Tribunal Supremo es efectivo, resulta significativo que el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática prevé la modificación otra vez de la Ley 15/2015 mencionada, para volver a introducir un nuevo título sobre expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados<sup>57</sup>. De ello cabe deducir que hay dudas en la actualidad (2021) sobre la eficacia de esta vía tras la derogación de 2015, porque no existe, pero sigue siendo la vía apuntada por el Tribunal Supremo en 2012.

Además de estas dudas sobre la vigencia –y, por tanto, de la efectividad– del recurso al expediente de perpetua memoria y su aplicación en casos de desaparecidos en fosas comunes en las que no se conozca a ciencia cierta dónde ni cuantas personas están inhumadas, cabe señalar otra característica del procedimiento que no lo hace apto para afirmar que se trate de una reparación adecuada: los costos de las pruebas y de la exhumación, como demuestra el caso de las dos exhumaciones en el Valle de los Caídos explicado, son a cuenta de la parte actora, es decir, de los familiares del desaparecido. Como afirma el Juez en este caso, «la jurisdicción voluntaria no permite que se pueda acordar que un tercero sea el que haga frente al coste de las medidas o derechos reconocidos»<sup>58</sup>. Así, el trato a los familiares es claramente asimétrico, dependiendo de si la fosa se encuentra en una

<sup>56</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, B.O.E. de 3 de julio, vigente desde el 23 de julio. El caso referido al Valle de los Caídos se había iniciado en 2014 por lo que se aplicó la LEC de 1881 al ser la norma vigente cuando se incoó el procedimiento, conforme con la disposición transitoria primera referente a los expedientes en tramitación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015.

<sup>57</sup> Es el mismo texto que el presentado por el Grupo Socialista en el Congreso en julio de 2019, que viene recogido en: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 66-1, de 30 de julio de 2019. En esta línea, en el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática se pretende introducir en la Ley 15/2015 un nuevo Título IV bis («De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados») mediante la Disposición final segunda (Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

<sup>58</sup> Auto 112/2016, cit., Razonamiento jurídico quinto, *in fine*.

comunidad autónoma con competencias y políticas en materia de fosas comunes, pues en este caso los familiares no tienen que asumir el coste de la exhumación.

A ello hay que añadir que no es un procedimiento aplicable cuando los hechos se refieren a pleito pendiente, y muchos de los casos que podrían haber llegado a jurisdicción voluntaria estaban pendientes de los procesos ante los juzgados territoriales tras la inhibición de la Audiencia Nacional, o bien en la actualidad está pendiente la investigación ante la jurisdicción argentina por la vía de la jurisdicción universal. El problema de fondo de este procedimiento se encuentra en el origen del sistema de reparación elegido en su día por el Estado: vuelve a cargar la responsabilidad en los familiares y es posible, además, que surja algún conflicto, no solo entre familiares sino entre Administración y familiares, o bien entre particulares y propietarios de terrenos donde haya una fosa común: en este supuesto, se acabaría la jurisdicción voluntaria.

De aprobarse la reintroducción de los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados mediante una futura Ley de Memoria Democrática cabe tener en cuenta que en el nuevo título propuesto en la Ley 15/2015 se mantienen las condiciones que, como he señalado, pueden ser un obstáculo para esta declaración judicial (que de los hechos sobre los que se interesa la información no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada; que los hechos sobre los que se interesa la información no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite; que no exista otro procedimiento judicial legalmente indicado para la demostración de los hechos sobre los que se interesa la información) y también para la exhumación de fosas comunes, como recurso efectivo marcado por el Tribunal Supremo en su día para exigir una investigación judicial y una exhumación.

En mi opinión, y a modo de conclusión, en primer lugar entiendo que este recurso judicial no está en vigor en la actualidad, por lo que no existe el recurso judicial efectivo marcado por el Tribunal Supremo: se eliminó en 2015; y, en segundo lugar, considero que las características de la jurisdicción voluntaria la hacen un medio ideal de reparación para un Estado que no está dispuesto a confrontar su pasado ni a establecer responsabilidades, y no garantizan la reparación debida a las víctimas de violaciones de derechos humanos en un sentido integral: en jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta, se solicita la intervención del juez sin estar afectada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas y no hay contradicción o contenciosidad, porque el criterio determinante es la ausencia de conflicto<sup>59</sup>.

Por estos motivos, considero que la jurisdicción voluntaria, en general, no cumple en la actualidad con la obligación de reparar adecuadamente a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, la novedad de las previsiones del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática es que, si el Estado asume su competencia en materia de localización y exhumación de fosas en las CCAA que no la han asumido hasta ahora, la jurisdicción voluntaria sí que tendría sentido para la obtención de una declaración judicial, una vez la exhumación de una fosa ya no sería objeto de este expediente. Se trataría, así, de una jurisdicción complementaria, y que en todo caso estaría condicionada por las limitaciones comentadas que podrían conducir al archivo del expediente. La cuestión, este punto, es si esto se hace en previsión de que la jurisdicción penal siga cerrada a pesar de

---

<sup>59</sup> La legislación ya derogada preveía que los hechos objeto de información no están limitados siempre que concurren los requisitos: a) que el objeto sea posible; b) que sea lícito; c) que esos hechos no se refieran a pleito pendiente; d) que no resulte perjuicio para persona cierta y determinada; e) que no exista otro procedimiento distinto ordenado por la Ley para su demostración.

los cambios que introduciría la nueva Ley, que se explican a continuación.

#### 4. Iniciativas legislativas de ámbito estatal

Entre 2017 y 2020 se han presentado diversas proposiciones de ley en materia de memoria histórica en el Congreso de los Diputados. Su número se explica por el hecho de que han decaído al convocarse elecciones generales y disolverse el Congreso, pero se han vuelto a presentar, por una parte; y, por otra, en que los diferentes grupos parlamentarios de izquierdas no se han puesto de acuerdo en presentar una propuesta común y, de hecho, han votado en contra de las otras proposiciones presentadas. Estas iniciativas tienen puntos en común, otros claramente opuestos.

Así, por ejemplo, la Proposición de Ley de memoria histórica y democrática que presentó el Grupo Parlamentario Socialista en enero de 2020 no contemplaba ninguna previsión en materia de justicia ni tampoco la derogación parcial de la Ley de Amnistía en los aspectos incompatibles con el derecho a un recurso efectivo de las víctimas del franquismo, incluyendo los familiares de desaparecidos<sup>60</sup>. Sin embargo, en 2017 el propio Grupo Parlamentario Socialista había presentado una proposición de ley<sup>61</sup>, estando en la oposición, que preveía la competencia de los órganos judiciales competentes en el orden penal en la búsqueda de los desaparecidos, el principio de reparación como principio informador de la búsqueda judicial de desaparecidos (y no meramente el principio de punición) y la responsabilidad del Estado en la búsqueda de los desaparecidos, entre otras medidas que, lamentablemente, «desaparecieron» de sus iniciativas legislativas una vez el PSOE asumió el Gobierno en junio de 2018 hasta enero de 2020, con lo que la proposición de ley está visiblemente recortada.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que en la actualidad (enero de 2021) gobierna junto con el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), presentó en 2018 una Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición que sí recogía la nulidad de los epígrafes e) y f) del artículo 2 de la Ley de Amnistía que cubren de impunidad los crímenes del franquismo<sup>62</sup>. El Grupo Parlamentario Socialista votó en contra. La última proposición de ley presentada, al cierre de este artículo, es la Proposición de Ley de reconocimiento y protección integral a las víctimas del franquismo y de la memoria democrática del Estado español<sup>63</sup>, del Grupo parlamentario de izquierda confederal, en abril de 2020.

Destaca de estos textos un enfoque general de derechos humanos y la consideración de las víctimas del franquismo como víctimas de violaciones graves de

<sup>60</sup> Registro general de entrada 0006526, de 24 de enero de 2020. Es el mismo texto que el presentado en julio de 2019, recogido en: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 66-1, de 30 de julio de 2019.

<sup>61</sup> Proposición de Ley nº 122/000157 para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 190-1, de 22 de diciembre de 2017.

<sup>62</sup> Disposición adicional primera. Nulidad epígrafes e) y f) del artículo 2 de la Ley 46/1977 de Amnistía. Se declara la nulidad de los epígrafes e) y f) del artículo 2 de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía por ser contraria al derecho internacional, concretamente respecto a la imprescriptibilidad y prohibición de amnistía de los crímenes internacionales como son los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 317-1, de 15 de octubre de 2018.

<sup>63</sup> Registro general de entrada 24.510, de 21 de abril de 2020.

derechos humanos. Sin embargo, se echó en falta y sin duda defraudó a las asociaciones memorialistas y a los familiares de víctimas que en su momento los grupos parlamentarios proponentes de las tres propuestas legislativas fueran incapaces de ponerse de acuerdo, por ejemplo, en la cuestión de la derogación de parte de la Ley de Amnistía.

Por su parte, el Gobierno español presentó en setiembre de 2020 un Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática del que cabe apreciar el intento por adecuar la normativa española a las obligaciones y estándares internacionales de derechos humanos y garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas del franquismo y en especial de las víctimas de desaparición forzada. Sin duda constituirá un gran avance si se aprueba la propuesta de crear una Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos (artículo 29) con las funciones previstas en la Disposición final primera (Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)<sup>64</sup>, el reconocimiento del derecho de las víctimas a la verdad (artículo 14), la articulación de un Plan de Memoria Democrática cuatrienal (artículo 12) y toda la sección dedicada a la localización e identificación de personas desaparecidas (artículo 15 y siguientes), que incluye la asunción de competencia por parte de la Administración General del Estado y la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hallazgos de restos de exhumaciones. Especialmente revelador de la intención de avanzar en los aspectos que desde órganos internacionales se señalan a España en relación con los derechos de las víctimas del franquismo es la previsión de que «una persona será considerada víctima con independencia de que exista o no autoría conocida de la violación de sus derechos», en el Título I sobre las víctimas, y que «se garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasado relacionados con las víctimas» en el Capítulo II titulado «De la justicia». En la línea de lo que he expuesto en el apartado anterior, parece que esta declaración judicial sería en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, con los obstáculos y las posibles contradicciones que se han señalado.

A pesar de estos puntos positivos, algunas disposiciones chirrían en el documento presentado, como el recordatorio a los poderes públicos de que cuando se apruebe la ley deberá ser interpretada «de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en la materia ratificados por España, sin perjuicio de su aplicación directa cuando correspondiera» (artículo 2.1 sobre Principios generales), como si las anteriores (Ley 46/1977 de Amnistía, Ley 52/2007 «de memoria histórica») no lo tendrían que haber sido ya sin necesidad de una disposición legal específica. También extraña el hecho de incluir en el Censo nacional de Víctimas (artículo 9.2) como tales a quienes murieron en combate durante la Guerra Civil, en contradicción con el concepto general de víctima, el hecho de no mencionar expresamente las reparaciones económicas entre el contenido de una reparación integral a las víctimas (artículo 31). Como se ha indicado en el apartado anterior, en el Anteproyecto también se propone reintroducir en la Ley 15/2015 el título sobre expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados, manteniendo la vía marcada por el Tribunal Supremo de la jurisdicción voluntaria como vía judicial para obtener reparación y una investigación judicial. En todo caso, se trata aún de un Anteproyecto que no ha iniciado su tramitación parlamentaria y no es pertinente aún un análisis pormenorizado.

<sup>64</sup> Como la función (f) «Coordinar la acción del Ministerio Fiscal en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias en por esta materia. Asimismo, será el cauce de relación y coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional».

Quisiera notar, no obstante, que el actual Anteproyecto, en mi opinión, parte de un problema de fondo y de enfoque, pues plantea las violaciones de derechos humanos en el pasado y con fecha límite (la entrada en vigor de la Constitución española de 1978) cuando estas violaciones se han producido y se están produciendo jurídicamente desde esa precisa fecha, en concreto desde la ratificación por parte de España de los primeros tratados de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Humanos en 1977 y el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales en 1979. Era a partir de ese momento en que el Estado incumplió sus obligaciones internacionales, en especial con la Ley de Amnistía, y el hecho de que el Anteproyecto no plantee la derogación de la parte que obstaculiza la punibilidad de crímenes cometidos tanto durante la Guerra Civil como durante la dictadura es un motivo de preocupación y de duda en cuanto a la eficacia y especialmente las esperanzas depositadas en la futura Ley de Memoria Democrática, al menos en este aspecto.

## 5. Conclusiones

España no garantiza ni la verdad ni la justicia en relación con las víctimas de desaparición forzada de la Guerra Civil y el franquismo, y solo parcialmente la reparación.

Como observaba el anterior Relator Especial sobre justicia de transición tras su visita a España en 2014, las autoridades españolas no niegan la legitimidad de las pretensiones de los familiares de desaparecidos pero «la mayoría de las autoridades, con uniformidad casi absoluta, han argumentado que la vía de la investigación penal no es un cauce adecuado para hacer efectivo el derecho a la verdad, que la función de la acción penal es imponer una sanción a los responsables y que ante la imposibilidad de identificar un supuesto responsable o la presunción de su muerte, se extinguiría toda pertinencia de una investigación judicial» (Relator Justicia Transicional, 2014, p. 13). ¿Cuándo pasará de ser una pretensión legítima a tener el reconocimiento legal que existe en derecho internacional y en otros países? En el actual Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática se proponen diversas vías para abrir la vía penal, sin mencionar expresamente la situación jurídica de desaparecidos, y habrá que ver si estos cambios legislativos impulsan un cambio judicial.

En mi opinión, para hacer exigible el derecho a la justicia se tendrá que hacer un gran esfuerzo doctrinal y judicial en el ámbito penal para conseguir los cambios que hace años instan los órganos internacionales y reclaman las víctimas y las asociaciones, y que también propone el Anteproyecto de Ley de memoria Democrática. Para volver a abrir la vía penal en España, veo más probable que la querrela argentina provoque en algún momento que los tribunales españoles instruyan los casos para que sean investigados en España y no en Argentina en virtud de la jurisdicción universal vigente en ese país, a raíz de otro cambio anunciado desde la Fiscalía General del Estado<sup>65</sup>. De la vía marcada por el Tribunal Supremo en 2012 sobre los expedientes de perpetua memoria, los casos que han llegado a la vía de la jurisdicción voluntaria son escasos y la reforma de 2015 de la Ley de jurisdicción voluntaria cerró la vía abierta en 2016 ante el juzgado de El Escorial.

Para garantizar el derecho a la reparación, emprender el tan reclamado plan nacional de reparaciones es una prioridad, pero para ello se tendrá que tener en

---

<sup>65</sup> En agosto de 2020 la Fiscal General dejó sin efecto una orden firmada por su antecesora en el cargo, de septiembre de 2016, en la que se instaba al fiscal jefe de Madrid a oponerse a la tramitación de comisiones rogatorias relacionadas con la causa abierta en Argentina por crímenes franquistas entre 1976 y 1978.

cuenta que no hay datos fiables sobre la cantidad y la identidad de las personas desaparecidas porque, como he explicado a lo largo de este estudio, las inscripciones de desaparición en los registros civiles están sesgadas ideológicamente y las pensiones a familiares de desaparecidos no cuentan con datos desglosados atendiendo la situación del causante.

Por otra parte, he explicado también el trato desigual que se infligió a los familiares de personas civiles desaparecidas por represión franquista a partir de la tramitación de la inscripción de las desapariciones en los registros civiles, diferenciando a las víctimas de desaparición por la causa de la desaparición y cómo esta diferenciación ha resultado discriminatoria para sus familiares no solo durante la guerra y la dictadura franquista, sino también hasta nuestros días. Es posible que un hijo o hija de desaparecido por represión franquista no haya tenido la oportunidad de solicitar ni cobrar una pensión de huérfano mientras la hayan cobrado los huérfanos de guerra contemplados en la normativa franquista. Así, por ejemplo, los hijos de desaparecidos por represión franquista no pudieron acceder a las pensiones de huérfanos, creadas en 1940, porque no eran huérfanos legalmente. O bien una hija de persona desaparecida por represión franquista no podría haber solicitado pensión de orfandad con la Ley 5/1979 porque esta discriminaba a las mujeres casadas, solo las solteras podrían haberla conseguido. No es posible saberlo mientras no se desglosen los datos sobre pensiones y podamos comprobar cuántas personas han solicitado estas pensiones y la situación del causante (desaparecido). Este desglose no solo serviría a estos efectos sino también para responder a las reticencias que se suelen poner oficiosamente a la reclamación de reparar económicamente a los familiares de desaparecidos, al considerarse que será una cantidad inasumible para las arcas del Estado, pues hasta que no exista un censo oficial, riguroso y específico de personas desaparecidas, no será posible calcular el coste total de estas pensiones o indemnizaciones.

En mi opinión, el Estado ha adoptado y previsto medidas legislativas a partir de la Transición hasta nuestros días (Ley 5/1979, Ley 52/2007, Disposición adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), judiciales (Sentencias del Tribunal Supremo y sentencias de las jurisdicciones territoriales) y administrativas (reconocimiento personal, mapa de fosas, exhumaciones en CCAA con competencia) en relación con las víctimas de desaparición forzada, pero no son apropiadas, pues el resultado es claramente insuficiente para las víctimas e ineficaz a efectos del objetivo de dar reparación. Además, no son acordes con los estándares internacionales ni tampoco con las obligaciones internacionales asumidas por España, porque, a mi juicio, ha habido desarrollos normativos importantes a nivel internacional que no están siendo aplicados a estas víctimas, negándoles de forma discriminatoria el derecho a un recurso efectivo para exigir reparación respecto de otras víctimas de violaciones graves de derechos humanos.

Los familiares de personas civiles desaparecidas por represión franquista no han obtenido una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido como familiares de víctimas de violaciones graves de derechos humanos, y en concreto por el trato inhumano y cruel infligido por acción y por omisión a las familias de desaparecidos durante la guerra y la dictadura. Después, tampoco la han obtenido en democracia debido, en primer lugar, a la falta de reconocimiento de estos familiares como víctimas de desaparición forzada, con todo lo que comporta: deberían ser tratadas como víctimas de delitos, equiparables a otras víctimas de delitos muy graves como las víctimas de terrorismo, que sí cuentan con un plan integral y nacional de reparación, y respecto de las cuales el Estado se subroga en la responsabilidad civil de los autores de los delitos cuando no es posible que respondan por ellos civilmente. En segundo lugar, no existe en la actualidad un recurso accesible, efectivo y mucho

menos rápido a nivel nacional (lo cual a estas alturas es urgente dada la avanzada edad de los hijos de desaparecidos que puedan ejercer este recurso) para reivindicar sus derechos, en concreto el derecho a reparación económica y el derecho a saber la suerte o el paradero de las personas desaparecidas y a recuperar sus restos.

Estas carencias son conocidas internacionalmente. Recientemente (febrero de 2021) a raíz de una comunicación relacionada con la desaparición forzada de dos personas durante la Guerra Civil en Mallorca, el Comité de Derechos Humanos –a pesar de no admitirla a trámite por falta de competencia temporal–, ha reconocido «el profundo sufrimiento, angustia y estrés causados por la desaparición forzada de sus familiares y por la actitud de indiferencia mostrada por el Estado parte frente a las reiteradas solicitudes de las autoras durante diversas décadas por la verdad y la justicia»<sup>66</sup>.

Es necesario un enfoque de derechos humanos más claro, definir quiénes fueron «víctimas» desde esta perspectiva, articular una política integral de reparaciones sin precondiciones y, sobre todo, establecer el reconocimiento de la responsabilidad del Estado ante la indefensión y el desamparo de las víctimas de desaparición forzada de la Guerra Civil y el franquismo, en el pasado y también en el presente.

## Bibliografía

- Aguilar, P. (2018). Memoria y transición en España. Exhumaciones de fusilados republicanos y homenajes en su honor. *Historia y Política*, 39, pp. 291-325.
- Amnistía Internacional (2008). España: *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra civil y el Franquismo*, Índice EUR410008-20809, 31 de noviembre de 2008.
- Baylos, A. (2008). Derechos económicos e indemnizaciones derivados de la memoria histórica. En Martín Pallín, J.A; Escudero Alday, R. *Derecho y memoria histórica* (pp. 185-208). Madrid, España: Ed. Trotta.
- Capellà Roig, M. (2005). Las desapariciones forzadas en España durante la Guerra civil: crímenes y violaciones de derecho internacional sin castigo ni reparación. En Soroeta, J. (ed.). *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, volumen VI (pp. 265–303). San Sebastián, España: Servicios Editoriales de la Universidad del País Vasco.
- Capellà Roig, M. (2009). Situación jurídica de los desaparecidos y de las fosas comunes en España en relación con la Guerra civil y la represión franquista. En A. Segura; A. Mayayo, Q. Solé, *Fosas comunes y simbología franquista* (pp. 237-247). València, España: Ed. Afers.
- Chinchón Álvarez, J. (2007). El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional, 45 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2007)
- Chinchón Álvarez, J.; Vicente Márquez, L.; Moreno Pérez, A. (2014). La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición

<sup>66</sup> NU doc. CCPR/C/130/D/3599/2019, Decisión aprobada por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 3599/2019, de 10 de febrero de 2021, párr. 7.7.

- Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas. *Anuario Interamericano de Derecho Internacional Penal*, Bogotá, pp. 66-101.
- Escudero Alday, R.; Pérez González, C. (eds.) (2013), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid, España: Trotta.
- Escudero, R. (2018). Memoria histórica e imperio de la ley: el poder judicial ante el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo. *Derechos y Libertades*. Número 38, Época II, pp. 73-105.
- Etxeberria, F.; Solé, Q. (2019). Fosas comunes de la Guerra civil en el Siglo XXI: antecedentes, interdisciplinariedad y legislación. *Historia Contemporánea*, 2. pp. 401-438.
- Gil, A. (2009). *La Justicia de transición en España*, Madrid, España: Dikynson.
- International Commission of Jurists (2018). *The Right to a Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations. A Practitioners' Guide. Revised Edition*. Recuperado de <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/11/Universal-Right-to-a-Remedy-Publications-Reports-Practitioners-Guides-2018-ENG.pdf>,
- Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática de España (2020). *Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*. Madrid, España. Recuperado de: [https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Memoria%20Democrática.pdf?fbclid=IwAR1kK79f5yM1vD1xDgyhm2DYvLy6X2xL0a6VOJeDrLE\\_GsRQo8MIL2jqRNc](https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Memoria%20Democrática.pdf?fbclid=IwAR1kK79f5yM1vD1xDgyhm2DYvLy6X2xL0a6VOJeDrLE_GsRQo8MIL2jqRNc) (fecha de consulta, 15 enero 2021).
- Naciones Unidas (2014), Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff: Misión a España, 22 Julio 2014, A/HRC/27/56/Add.1.
- Pisillo Mazzeschi, R. (2003). Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview. *Journal of International Criminal Justice* 1, pp. 339–347.
- Shelton, D. (2005). *Remedies in International Human Rights Law*. 2d ed. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2011). Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain, *Journal of International Criminal Justice*, 9, pp. 729-752.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2014). Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal. *Anuario Interamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 2, pp. 43-65.
- Vallès, D. *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra civil española y del franquismo*. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

# Sexo, igualdad, diversidad y leyes LGTBI\*

## Sex, equality, diversity and LGBTBI laws

Paz M. de la Cuesta Aguado

Universidad de Cantabria

ORCID ID 0000-0001-5738-3776

[pazm.delacuesta@unican.es](mailto:pazm.delacuesta@unican.es)

### Cita recomendada:

Cuesta Aguado, P. M. de la (2021). Sexo, igualdad, diversidad y leyes LGBTBI. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 141-154.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6066>

Recibido / received: 13/05/2020  
Aceptado / accepted: 14/07/2020

### Resumen

Desde 2012 se ha generado una interesante actividad legislativa sobre el colectivo LGBTBI. Todas estas leyes intentan garantizar, con finalidad didáctica y voluntarismo, la igualdad y evitar la violencia y discriminación que padece el colectivo. Sin embargo, una ley estatal se hace necesaria ya que las leyes autonómicas son insuficientes y pueden generar situaciones de conflicto normativo. A continuación, se analizan algunos problemas de técnica jurídica y se reflexiona sobre la necesidad y oportunidad de medidas específicas de acción positiva, pues, sin tales medidas, las leyes no dejan de ser meros catálogos de buenas intenciones, salvo por los ya referidos efectos didácticos. Estas medidas de acción positiva son necesarias para la mejora de vida del colectivo, que también tendrán efectos directos beneficiosos en otros, como el de mujeres, y, en general, indirectamente en toda la sociedad.

### Palabras clave

Igualdad, diversidad sexual, no discriminación, leyes LGBTBI, vulnerabilidad.

### Abstract

*Since 2014, an interesting legislative activity has been generated on the LGBTBI community. All these laws try to guarantee equality, with didactic and voluntary purposes in order to avoid violence and non-discrimination situations. However, a state law is necessary since regional laws are insufficient and it can be generated regulatory conflicts. Some legal technical questions are analyzed, as well as the absence of specific and courageous measures of positive action. However, without such measures, the laws are still catalogs of good intentions, except for the aforementioned didactic effects. These positive action measures are necessary to improve the life of the group, but it will have direct beneficial effects on other groups, such as women, and, in general, indirectly throughout society.*

\*Artículo realizado en el seno del PID2019-107974RB-100 «Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica».



## Keywords

*Equality, sexual diversity, non-discrimination, LGTBI laws, vulnerability.*

SUMARIO. 1. Sobre la necesidad y la oportunidad de las leyes LGTBI. 2. Impulso político y racionalidad jurídica. 2.1. Modalidades de leyes LGTBI. 2.2. Exceso competencial. 2.3. Carencias derivadas de la técnica jurídica utilizada. 2.4 El problema terminológico. 2.4.1. Cuestiones generales. 2.4.2. Sobre el Título de la Ley y lo que ello conlleva. 3. Igualdad, no discriminación y acción positiva. 3.1. Medidas de acción positiva en el acceso al empleo público. 3.2. Sobre las pruebas físicas vinculadas al sexo biológico. 3.3. De la acción positiva en el deporte. 4. Reflexiones finales y sobre la necesidad de la identificación del propio sexo.

## 1. Sobre la necesidad y la oportunidad de las leyes LGTBI

Desde 2012, algunas autonomías han dictado en el ámbito de sus competencias leyes dirigidas al reconocimiento expreso y protección de derechos de las personas que pertenecen al colectivo de personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI) -y alguna otra ha iniciado la tramitación parlamentaria<sup>1</sup>-, en tanto que, en el ámbito estatal, se han presentado, con escaso éxito, diversas iniciativas ante el Parlamento<sup>2</sup>. Con independencia de lo controvertida (o no) que pueda ser la aprobación de estas leyes, y salvando las diferencias competenciales entre las leyes autonómicas y la *non nata* ley estatal, todas ellas comparten algunos problemas comunes en torno a los que gira esta reflexión.

Antes de entrar en el contenido de las diversas leyes, cabe detenerse sobre su necesidad, por dos motivos: primero, porque son leyes que, salvo en lo relacionado con el reconocimiento de nuevos derechos y prestaciones a las personas trans, dedican una gran parte de su articulado a reconocer o promover derechos que todas las personas tienen reconocidos en España y, segundo, porque, en relación con las leyes que están en estos momentos tramitándose en vía parlamentaria, incluso

<sup>1</sup> Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Cantabria, con el Proyecto de Ley de Cantabria *de garantía de derechos de las personas lesbianas, gais, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género*, remitido por el Gobierno (Boletín Oficial del Parlamento de Cantabria de 13 de diciembre de 2019). Finalmente, y tras el correspondiente procedimiento parlamentario, vio la luz como Ley 8/2020, de 11 de noviembre, *de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género* (Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2020).

<sup>2</sup> Así, la Proposición de Ley *contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de mayo de 2017) o la Proposición de Ley *sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de marzo de 2018). También, la Proposición de Ley *para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de marzo de 2019).

quienes las impulsaron empiezan a plantearse si *con la que está cayendo*<sup>3</sup> deben los parlamentos dedicarles su atención y esfuerzo. Aunque son cuestiones distintas, ambas están estrechamente relacionadas y la respuesta que se dé a la primera ha de servir, de ser válida, para responder a la segunda.

A todas las personas, por el hecho de serlo, nuestra Constitución y nuestras leyes reconocen, efectivamente, un conjunto amplio de derechos fundamentales y de libertades que constituyen un cuerpo normativo en continua expansión, impulsado por textos jurídicos internacionales<sup>4</sup>. Y, repito, este cuerpo normativo se aplica a todas las personas, con independencia de otras cuestiones, como pregona el principio de igualdad ante la ley. Como es bien conocido, no es este principio formal el que se ve afectado cuando las normas jurídicas con pretensión de generalidad y que se dirigen y vinculan a todas las personas por igual se aplican a colectivos que padecen discriminación.

Uno de los sectores sociales que mayor discriminación padece, histórica y actualmente, es el de las personas del colectivo LGTBI. En consecuencia, y sin necesidad de mayores explicaciones, por innecesarias<sup>5</sup>, la discriminación de hecho que sufre este colectivo en esta nuestra sociedad puede justificar -como ha sucedido ya con otros colectivos- el reconocimiento legal expreso de dicha discriminación y la también expresa mención y enumeración de aquellos derechos constitucionalmente reconocidos y que, sin embargo, no son efectivamente aplicados; lo que se materializa en situaciones vitales de discriminación y vulnerabilidad<sup>6</sup>, cuando no de odio<sup>7</sup>. En definitiva, esta real diferencia de trato explica, y creo que también justifica, las denominadas *leyes LGTBI*, que se presentan como una demanda de auxilio de un colectivo hacia la sociedad que le acoge. Desde luego, esta es la primera impresión que se extrae de la lectura de muchas de estas leyes: el anhelo de que la letra escrita

<sup>3</sup> En mayo de 2020, fecha en que se está redactando este artículo, España se encuentra bajo un estricto estado de alarma que ha determinado el confinamiento de los ciudadanos en sus domicilios desde el día 14 de marzo. En estos momentos, las duras medidas de aislamiento empiezan a relajarse, pero existen grandes temores de rebrotes y la seguridad de que los riesgos para la salud se mantienen y de que solo estamos en las primeras fases de lucha contra la COVID-19. En este sentido, empieza a extenderse la idea de que, tras la práctica paralización de los parlamentos (autonómicos y nacional), la vuelta a la *nueva normalidad* va a seguir restringiendo la actividad legislativa, de modo que habrán de reservarse los esfuerzos de los parlamentarios para cuestiones *más importantes*; básicamente, el control al Gobierno. Esta poco explícita opinión significa que, en la situación política actual, con un Gobierno nacional de coalición, sin mayorías absolutas en varias Comunidades Autónomas y una oposición muy centrada en el desgaste del Gobierno, que, por otro lado, ha sido quien ha liderado la lucha contra la COVID-19, el futuro inmediato de los parlamentos parece que será el del campo de batalla político, con la excepción de la aprobación de las necesarias modificaciones a los presupuestos y de leyes muy centradas en el impulso de la economía.

<sup>4</sup> Sobre este tema me remito a lo dicho en De la Cuesta Aguado, P.M. (2001). Persona, dignidad y Derecho penal. En L. A. Arroyo Zapatero/ I. Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 1 (pp. 209-228). Cuenca, España: Universidad de Castilla-La Mancha, *passim*.

<sup>5</sup> En cualquier caso, y a título de ejemplo, pueden verse: *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2011*, recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41\\_spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf) [citado: 11 de mayo de 2020] o el *Informe Anual 2018*, de Liiga, recuperado de [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Informe\\_Anual\\_2018\\_esp\\_web.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Informe_Anual_2018_esp_web.pdf), y el *Informe Anual 2019*, recuperado de [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Homofobia_de_Estado_2019.pdf) [ambos citados: 11 de mayo de 2020].

<sup>6</sup> Puede verse García Albertos, M. (2018). Mayores y diversidad sexual: entre la visibilidad y el derecho a la indiferencia. *Revista Prisma Social*, 21. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/494702> [citado: 11 de mayo de 2020].

<sup>7</sup> Las estadísticas sobre los delitos de odio en España pueden encontrarse en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> [citado: 11 de mayo de 2020]. Con todas las precauciones, puede observarse que entre los colectivos que más delitos de odio padecen se encuentra el colectivo LGTBI.

en la Ley acabe con la discriminación real en la calle. Y, junto a lo anterior, una clara finalidad didáctica dirigida a la sociedad en su conjunto, por una parte, y a sectores individualizados, por otra -Sanidad, Educación, Universidades, etc.-.

Sobre estas cuestiones volveremos más adelante, pero, en definitiva, la discriminación y vulnerabilidad que padece el colectivo justifica la necesidad de las leyes. Si esto es así, si las leyes LGTBI son necesarias para ayudar a paliar estas situaciones, también lo son, incluso más, en graves situaciones de crisis social, sanitaria y económica como la provocada por la pandemia de la COVID-19. Más aún, precisamente en situaciones de tensión social -como la que previsiblemente padecerá nuestra sociedad- es cuando los colectivos vulnerables, como este, más padecen la violencia y el odio.

Por lo tanto, las preguntas sobre la necesidad de las leyes LGTBI y la oportunidad de su aprobación en estos momentos han de recibir respuesta positiva, porque no solo es necesario, sino que nuestra sociedad democrática no debe renunciar a garantizar a todos los ciudadanos un trato igual, respetuoso con los derechos que les otorgan las leyes y unas condiciones de vida dignas. Y si esto es necesario en tiempos de calma, más aún lo es en tiempos convulsos.

## 2. Impulso político y racionalidad jurídica

Hemos adelantado que las así denominadas *leyes LGTBI*, tienen dos objetivos: contribuir a garantizar la igualdad de trato en todos los ámbitos de la vida a las personas que pertenecen al colectivo y mostrar a la sociedad las necesidades, discriminación y carencias que lo convierten en vulnerable.

Desde luego que ambos objetivos no juegan idéntico papel, pues la finalidad didáctica, en realidad es el medio para la obtención de la igualdad. Pero, en la práctica, la unión de ambos, unido al desconocimiento generalizado de la realidad LGTBI y, específicamente, trans, a los prejuicios culturales e ideológicos contra el colectivo y al desinterés, más o menos explícito, de los órganos de creación y control jurídico de las Administraciones -léase, cuerpos de letrados y asesores jurídicos-, hace que las leyes aprobadas adolezcan de serias carencias técnicas. O, dicho de otra forma, son leyes -las aprobadas- que han contado con el impulso político de los grupos de defensa de los derechos del colectivo, muy activos, y los grupos parlamentarios y partidos políticos, salvo la extrema derecha, en general, pero, el *statu quo* sigue manteniendo sus reservas, lo que se ha manifestado en la ruptura entre impulso político y racionalidad jurídica; binomio imprescindible para hacer buenas leyes, a su vez imprescindibles para un correcto, eficiente y democrático orden social.

Entre las carencias técnicas sobresalen dos grupos de ellas: las derivadas de la falta de competencia y las relacionadas con la técnica jurídica utilizada.

### 2.1. Modalidades de leyes LGTBI

Las leyes autonómicas se han ido dictando, como hemos visto, como consecuencia del impulso de los colectivos defensores de los derechos de las personas LGTBI ante las dificultades para conseguir una ley estatal -que sería lo adecuado-. Son numerosas las demandas y los ámbitos en los que se manifiesta la discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual o de género o expresión de género, pero, es el ámbito de la realidad trans donde las reclamaciones adquieren mayor

urgencia. Ello ha motivado que, en el panorama legislativo autonómico<sup>8</sup>, se puedan distinguir dos grupos de leyes por razón de la materia: Comunidades Autónomas que optan por leyes *generalistas* que abordan todos los problemas del colectivo y Comunidades Autónomas que optan por leyes específicas para el colectivo trans.

## 2.2. Exceso competencial

Ante la falta de una ley estatal, ambas modalidades de leyes se enfrentan al mismo problema: suplir con leyes autonómicas competencias que son nacionales.

Así, es habitual que tipifiquen como infracciones administrativas lo que son conductas que ya están sancionadas como delito, si bien, cierto es, con escasa o nula aplicación práctica. Esta falta de aplicación de los tipos penales se debe principalmente al desconocimiento de la realidad y a las prevenciones (cuando no prejuicios o criminalización ideológica) de los operadores jurídicos. A ello se une el hecho de que, en ocasiones, los delitos más específicos contra la discriminación tienden a transgredir los principios básicos del Derecho penal garantista y, en su afán por facilitar la persecución de los casos de discriminación más graves y sangrantes, acaban extendiendo exageradamente el ámbito de lo típico, lo que, ahora desde una perspectiva de la racionalidad jurídico-penal, también generan una cierta prevención.

Este fenómeno no es desconocido para el Derecho penal: lo hemos padecido siempre que ha intentado entrar a regular nuevos valores ajenos a los propios de la sociedad cristiano-liberal. Similares prevenciones y déficits de aplicación práctica padecieron los delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio o los delitos contra la violencia de género. De hecho, la tipificación y aplicación judicial de estos últimos pueden servirnos como modelo comparativo -también porque algunos de ellos sirven contra la discriminación de género y la discriminación por razón de orientación o identidad sexual e identidad de género-.

Por ello, en términos estrictamente jurídico penales, es preciso cuidar la corrección técnica de los tipos penales<sup>9</sup>, pues no puede olvidarse como los delitos contra la violencia de género han generado no solo una enorme controversia, sino una falsa apariencia de protección, por un lado, y de *injusta criminalización de los hombres*<sup>10</sup>, por otro, cuando, líneas jurisprudenciales como la aplicada al fenómeno de las denominadas «peleas mutuas» acaban sancionando más gravemente a la mujer<sup>11</sup>.

Pero, el exceso en la asunción de competencias está provocada por las dificultades para adecuar los datos registrales a la identidad de género o sexual de las personas.

El derecho a la propia imagen, al propio nombre y a que la persona sea identificada por terceros por el nombre que desea, según entiendo, viene amparado

<sup>8</sup> También en las Proposiciones de Ley presentadas ante el Parlamento de España.

<sup>9</sup> Demanda que, por cierto, no es exclusiva de este grupo de delitos, sino que se puede hacer extensiva a todas las reformas penales del nuevo milenio.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, más ampliamente, De la Cuesta Aguado, P. M. (2020). Violencia de género: heteroprotección y autoprotección. En R. Castillejo Manzanares/ C. Alonso Delgado (Dir.), *El género y el sistema de (in)justicia* (pp. 39-64). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión puede verse, con análisis jurisprudencial, Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2010). Dominación y machismo: ¿quién decide? (a propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el art. 148.4. CP). *Diario La Ley*, 7496, *passim*. También, San Millán Fernández, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios penales y criminológicos*, 39, pp.325-ss.; o De la Cuesta Aguado, P. M. (2020). Violencia de género: heteroprotección y autoprotección, cit., *passim*.

directamente, sin perjuicio de otras normas de menor rango, por la Constitución Española en sus artículos 10 -dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad-; art. 15 -derecho a la integridad moral, entendida como el respeto por parte del Ordenamiento Jurídico de las más íntimas decisiones acerca de uno mismo- y art. 18.1 -derecho al honor y a la propia imagen-. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el asunto *A.P. Garçon y Nicot contra Francia*, de 6 de abril de 2017, ha reconocido que elementos tales como el nombre, entre otros, caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en tal sentido, se ha pronunciado también la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 99/2019, de 18 de julio. Por su parte, la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales*, en su artículo primero<sup>12</sup> reconoce el derecho al cambio de los datos registrales correspondientes al nombre y al sexo, sin necesidad de acreditar mediante certificado médico o de psicólogo patología alguna.

Sin embargo, lo cierto es que, hoy en día, los registros civiles *más aperturistas*, siguen exigiendo certificado de disforia de género para el cambio de nombre y de tratamiento médico por dos años para el cambio registral del sexo. Ante esta situación, los colectivos reclaman la creación de registros en las Comunidades Autónomas que permitan a las personas utilizar su nombre elegido cuando se dirigen a la Administración Pública, con independencia del nombre que aparece en el Documento Nacional de Identidad. Esta cuestión es sumamente controvertida, por su utilidad, primero; por las dificultades y el alto coste para la creación de un registro de esas características, después; porque no se puede garantizar que en un futuro nuestra democracia no se vea comprometida o sustituida por un régimen autoritario, en cuyo caso, *tener agrupadas en un fichero* a personas históricamente perseguidas, es muy peligroso; y, finalmente, porque puede exceder de la competencia de las Comunidades Autónomas. De ahí que, una vez aprobadas tales leyes autonómicas, a continuación, se haya firmado un acuerdo con el Gobierno central en el que se reconoce que tales leyes se aplicarán, exclusivamente, dentro de las competencias de la correspondiente Comunidad Autónoma, lo que jurídicamente no parece más que la constatación de lo obvio, pero, que, en la práctica, deja sin efecto las mayores aspiraciones del colectivo y una de las *medidas estrella* de las leyes autonómicas<sup>13</sup>.

### 2.3 Carencias derivadas de la técnica jurídica utilizada

En general, se trata de leyes que repiten, a veces, innecesariamente conceptos; que no definen correctamente otros; que se caracterizan por la enunciación de principios

<sup>12</sup> «En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas».

<sup>13</sup> Entre otras y como ejemplo: Resolución de 12 de abril de 2013, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, *por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado/ Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley del País Vasco 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales* (BOE 99, 25/04/2013, BOPV 79, 25/04/2013) o Resolución de 30 de abril de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, *por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía* (BOE 118, 18/05/2015).

genéricos carentes de medidas prácticas que los acompañen, en parte, porque tales medidas y su aplicación corresponde a los reglamentos. Aunque, como parece que subyace latente la idea de que tales reglamentos ni están ni se les espera, las leyes se empeñan, o bien en bajar a ámbitos excesivamente concretos, o bien en enunciar, una y otra vez, principios y derechos. Este ímprobo esfuerzo por hacer que la letra de la Ley sustituya la realidad, tiene efectos perniciosos porque dota de argumentos formales (y aparentemente racionales para quien desconozca la realidad de discriminación efectiva) a quienes pretenden atacar estas leyes.

En lo que sigue, analizaremos algunas de estas cuestiones con la finalidad de ofrecer soluciones a los problemas planteados; soluciones que, a falta de la necesaria ley estatal, puedan hacer efectivos los principios de igualdad y no discriminación que se tratan de materializar. Ello no obsta para que las reflexiones que ahora siguen también puedan ser útiles a efectos de la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del actual o futuros proyectos o proposiciones de ley en esta materia<sup>14</sup>.

## 2.4. El problema terminológico

### 2.4.1. Cuestiones generales

Una de las cuestiones más controvertidas, desde el punto de vista de la técnica jurídica, que es, además, común a todas las leyes y proyectos o proposiciones de ley sobre la materia, es la de los términos utilizados para designar a la realidad que trata de definir y la necesidad de incorporar catálogos de definiciones en los primeros artículos de los textos legales.

Desde luego puede entenderse la finalidad de esta estrategia: potenciar y beneficiarse de los efectos didácticos de la ley. Pero, desde una perspectiva de técnica jurídica, se plantean algunas objeciones; pues, aunque las leyes puedan contener definiciones, estas han de tener una concreta finalidad *a los efectos de la ley*, pero *definir para enseñar* es más propio de reglamentos o de órdenes. Podría, en su caso, incluso, hacerse mediante un anexo al propio texto normativo, pero, introducir catálogos de términos en un texto legal tiene graves efectos distorsionadores<sup>15</sup>.

El primero de ellos deriva de que se están incorporando a la leyes o proyectos (o proposiciones) términos que ya son controvertidos en otros ámbitos. Así sucede, por ejemplo, con el término «transexual» para referirse a una persona que no se siente identificada con el género que el sistema social y jurídico asocia a sus caracteres sexuales externos. El término «transexual» aparece definido en algunas leyes, no siempre en idénticos términos, y en el Diccionario de la Real Academia. Esta situación puede llevar al absurdo de que el mismo término pueda tener un significado diferente según la Comunidad Autónoma y, además, otro para la RAE que es la que define el significado de las palabras en la lengua con la que nos comunicamos los ciudadanos. Esto, desde luego y con independencia de las connotaciones que conlleve en el ámbito médico, no es deseable y puede tener el efecto de forzar continuas reformas de las propias leyes para adecuar los conceptos al devenir social o científico –como

---

<sup>14</sup> Véase nota 1.

<sup>15</sup> A título de ejemplo, lo hace así, entre otras, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, *para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia*, de Cataluña.

ha sucedido ya, por ejemplo, con la Ley Vasca<sup>16</sup>– y, además, es uno de los argumentos que utilizan los detractores de estas leyes para atacarlas.

No es este el único ejemplo que podemos ofrecer sobre diversidad de definiciones sobre un mismo término, pero sí que sirve para ejemplificar el problema que queremos poner de manifiesto. En resumen: es necesario ser muy restrictivo con la incorporación de definiciones legales a las leyes LGTBI. Ello no significa que en ningún caso quepa incorporar una definición a *los efectos de la ley*, sino que es preciso que, cuando se haga, sea, primero necesario y, segundo, no contradiga el sentido ordinario, en el lenguaje no jurídico, del término.

La necesidad de incorporar al texto legal una definición puede venir determinada, en principio, bien por razones didácticas derivadas de la función de la propia ley; bien porque sea preciso concretar el significado de un término que, posteriormente, será utilizado con efectos jurídicos. Aquí se pone, también, de manifiesto la importancia de una ley estatal que sea la encargada de definir conceptos tales como «discriminación indirecta» o «discriminación múltiple», si se aceptara que su incorporación al texto legal tiene como finalidad denunciar que tales situaciones existen y que han de servir como criterios objetivos para detectar y definir situaciones de vulnerabilidad.

Pero, a ser posible, se debería prescindir de términos que no estén contenidos en otros preceptos de la propia ley, sin perjuicio de que se habiliten mandatos para que reglamentariamente se haga, con fines de difusión en el ámbito administrativo u otros, o que se incorpore, incluso a la propia ley, algún anexo con finalidades aclaratorias de conceptos con fines interpretativos.

En cualquier caso, la definición que se ofrezca normativamente a términos que proceden del lenguaje ordinario, médico o biológico, no debería alejarse de ellos ni, por supuesto, intentar impedir su evolución, primero, porque sería pretensión vana, y segundo, porque la definición jurídica puede quedar pronto alejada del significado no jurídico de los términos, lo que es fácil que suceda en un ámbito en el que el conocimiento está avanzando en términos exponenciales.

#### 2.4.2. Sobre el Título de la Ley y lo que ello conlleva

Una de las cuestiones que más llama la atención es la diversidad terminológica para designar a las singularidades de las personas que las citadas leyes quieren proteger. Esto se pone de manifiesto ya en el propio título de las diversas leyes, proyectos o proposiciones de ley, especialmente en aquellas cuyo objetivo no se reduce a las personas trans. Así, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, en el ámbito estatal la Proposición de ley 122/00097, de 12 de mayo 2017, se titula *Proposición de*

<sup>16</sup> La Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, *de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales*, contiene un único artículo del siguiente tenor: «Artículo único. Se modifica el artículo 3 de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 3. -Personas transexuales. La noción de transexualidad hace referencia a la situación por la que el sexo que se le supuso al nacer a una persona, en atención a sus genitales, no coincide con el sexo que esa persona siente y sabe que es. La transexualidad, por lo tanto, solo puede conocerse a través de la escucha de lo que la persona libremente expresa y, al igual que la identidad sexual, no se puede diagnosticar. No es una enfermedad, un trastorno o una anomalía, sino que forma parte de la diversidad humana. En consecuencia, a los efectos de esta ley, la consideración de persona transexual se regirá por el derecho a la libre autodeterminación de la identidad sexual. Este derecho no podrá ser limitado, restringido, dificultado o excluido debiendo interponerse y aplicarse las normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio del mismo. Las personas transexuales podrán acogerse a lo establecido por la presente ley sin necesidad de un diagnóstico o informe psiquiátrico, psicológico ni tratamiento médico».

*Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*<sup>17</sup>. Por su parte, una nueva Proposición de Ley, esta vez de 2018, es intitulada como *Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género*<sup>18</sup>. Estas leyes representan las dos orientaciones legislativas en la materia a que hemos hecho referencia con anterioridad, pero sirven para mostrar la ausencia de uniformidad terminológica. Esta situación se reproduce en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Así, la ley andaluza opta por «identidad de género» y «personas transexuales»<sup>19</sup>; Aragón prefiere «orientación sexual, expresión e identidad de género»<sup>20</sup>; Valencia, «personas LGTBI»<sup>21</sup>; y, por finalizar este breve repaso, Cataluña, «lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia»<sup>22</sup>.

Esta variedad terminológica se suele reproducir en los preceptos de los propios textos legales, que no siempre utilizan la misma terminología para definir las idénticas identidades, lo que puede generar confusión al intérprete.

Si nos fijamos en textos jurídicos internacionales, los PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA utilizan una expresión mucho más depurada y simplificada: «orientación sexual e identidad de género». Sin perjuicio de que esta más genérica y amplia designación parece preferible, quizá en la actualidad se perciba como insuficiente –recuérdese que fue aprobado en 2007–. De ahí que, en nuestra opinión, manteniendo este criterio de generalidad y simplicidad, se recomienda referirse a la pluralidad de supuestos que se encuentran –o pueden encontrarse– en el colectivo LGTBI con las siguientes cuatro expresiones: orientación sexual, identidad sexual, identidad de género y expresión de género. En este punto, podría parecer que «identidad sexual» e «identidad de género» hacen referencia a una misma situación, sin embargo, hay supuestos de intersexualidad que no se encontrarían incluidos en la expresión «identidad de género», por lo que consideramos que es preferible mantener, también en los textos legales, ambas denominaciones.

Y, desde luego, en cuanto al título de las diversas leyes, sería preferible, desde un punto de vista técnico, también reducir la complejidad y el tamaño de los títulos. Ciertamente es que las leyes que optan por una denominación compleja acaban convirtiéndose en términos coloquiales en «leyes LGTBI». Aun así, una denominación más correcta, simple e identificativa de las finalidades de protección sería de gran ayuda para su integración en la cultura colectiva. En este sentido, consideramos que las leyes, en su «nombre», deberían hacer referencia a la protección de Derechos Humanos –pues, de eso, y no de otra cosa, se trata– relacionados con la diversidad sexual y de género.

<sup>17</sup> Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de mayo de 2017.

<sup>18</sup> Proposición de ley 122/000191 *sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género*, de 12 de mayo de 2017 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de marzo de 2018).

<sup>19</sup> Ley 2/2014, de 8 de julio, *integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales* de Andalucía.

<sup>20</sup> Ley 18/2018, de 20 de diciembre, *de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género* en la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>21</sup> Ley 23/2018, de 29 de noviembre, *de igualdad de las personas LGTBI*.

<sup>22</sup> Ley 11/2014, de 10 de octubre, *para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia*.

### 3. Igualdad, no discriminación y acción positiva

Los principios de igualdad –material– y de no discriminación, no solo fundamentan, sino que también vertebran las leyes LGTBI. Tales principios se enuncian con carácter general y, también, sectorialmente, en el ámbito educativo, en el sanitario; en el del empleo; en el deportivo, etc.

Tales principios, por otro lado, son inmanentes a un sistema democrático y que legalmente están garantizados por la Constitución, tratados internacionales firmados por España, leyes diversas y cuentan con el aval jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. De modo que, la mera enunciación y proclamación de tales principios solo surte efectos didácticos y *de recordatorio* frente a la discriminación del colectivo, salvo que se adopten medidas de aplicación efectiva en los distintos ámbitos. Y aquí es donde surgen, precisamente, los problemas; porque, por un lado, las medidas de acción positiva de un texto legal generan enorme reticencias y, por otro, las medidas que efectivamente adoptan los textos legales que hemos analizado son, propiamente, medidas que, en una correcta técnica jurídica, deberían adoptarse mediante normas administrativas; es decir, reglamentariamente<sup>23</sup>.

Así, entre las medidas propiamente legislativas habría que enunciar las de acción positiva. Entre estas resaltan por su significado, importancia y dificultad las siguientes:

a) medidas de acción positiva en el acceso a la función pública.

b) medidas relacionadas con pruebas de acceso a la función pública que tomen en consideración características físicas vinculadas al sexo biológico desde una perspectiva exclusivamente binaria (es decir, que distinga entre «hombre» y «mujer» y todas las personas deban adscribirse a ellos en función del cromosoma Y y sus efectos).

c) medidas de acción positiva en el deporte.

d) medidas de reconocimiento de tratamientos específicos para la adecuación de los caracteres sexuales externos con el sexo o género sentido.

Vaya por adelantado lo controvertido de todas y cada una de estas posibles medidas; vaya por adelantado, también, que, si no se adoptan, la justificación de la labor legislativa queda muy mermada. Reitero, en este momento, algo ya advertido: la mayoría, si no todas, estas medidas deben ser adoptadas por una ley nacional y, todo lo más, posteriormente adaptadas a las necesidades autonómicas por los distintos parlamentos autonómicos. No es así como se está actuando y esto genera, desde luego, tensiones dentro del propio Ordenamiento Jurídico.

#### 3.1. Medidas de acción positiva en el acceso al empleo público

Como decíamos con anterioridad, las grandes afirmaciones de igualdad, no discriminación y los genéricos mandatos a las Administraciones Públicas para que adopten medidas de acción positiva quedarán en agua de borrajas si las propias leyes

<sup>23</sup> Reitero que las razones de tal confusión de órdenes, entre lo propio de la más genérica regulación legal y la más concreta del reglamento, se debe a que grupos parlamentarios y colectivo son conscientes de que las concretas medidas que no se adopten en sede parlamentaria -aunque sean tan concretas que debieran ser objeto de regulación reglamentaria- no se adoptarán en modo alguno, ante las dificultades y reticencias con que se encuentra la Administración Pública para ello.

no imponen medidas en concreto. Y, desde luego, entre otras posibles, las que no deberían faltar son las medidas de acción positiva en el acceso a la función pública mediante cuotas de reserva de empleo, como sucede con otros colectivos vulnerables; aunque, por supuesto, habrá que buscar fórmulas lo suficientemente seguras como para que surtan los efectos previstos y generen confianza –en la población, en general, y en su validez *a los efectos previstos*, en particular–.

No negaremos, sin embargo, que argumentos en contra caben muchos, especialmente en un mercado laboral precario e insuficiente. Pero, si realmente se cree el punto de partida, la necesidad y las razones que justifican la existencia de estas leyes que nos ocupan –es decir, que nos encontramos ante un colectivo muy vulnerable–, las cuotas de reserva son consecuencia necesaria, de lo que se deduce que cualquier argumento en contra, de hecho, niega la premisa mayor: la vulnerabilidad en la que se encuentran algunas personas de este colectivo porque es la propia sociedad, precisamente, la que les coloca en esa situación<sup>24</sup>. A este respecto es preciso recordar que, en la actualidad, no todos los sujetos del colectivo padecen idéntica discriminación, sino que este problema se plantea, específicamente, en relación con las personas trans<sup>25</sup>.

Las cuotas de reserva pueden, sin embargo, contradecir el derecho a la privacidad, lo que exigiría reserva sobre los datos personales de los solicitantes. Para evitar las previsibles suspicacias acerca de fraudes en la condición de la persona –o sea, que alguien «no trans» se hiciera pasar por «trans» para acceder a las cuotas reservadas–, se podría exigir demostración de las condiciones objetivas de vulnerabilidad, siempre y cuando ello no implique una prueba imposible o un atentado contra la dignidad e intimidad de las personas. Así, podría considerarse prueba objetiva de situación de vulnerabilidad la acreditación de haber padecido ataques violentos, insultos, etc., como consecuencia de la orientación sexual, de la identidad sexual o de la identidad de género; certificados médicos o psicológicos que acrediten los efectos graves que la situación de discriminación produce, etc.

Desde luego que estas medidas, probablemente muy controvertidas, no resolverían el problema del desempleo y de las dificultades de acceso a puestos de trabajo del colectivo, de la misma manera que no los resuelven con otros colectivos especialmente vulnerables, pero, en alguna medida ayudan a paliarlos y, sobre todo, ayudan a transmitir la imagen de la capacidad para trabajar de estas personas, lo que en el mercado de trabajo es esencial.

### 3.2. Sobre las pruebas físicas vinculadas al sexo biológico

Algunas plazas de empleo público, generalmente vinculadas con la seguridad del Estado (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) o las emergencias (bomberos, etc.), pueden exigir la superación de pruebas físicas que consisten en la realización de

<sup>24</sup> Puede verse Belsué Guillorme, K. (2011). Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española. *Acciones e investigaciones sociales*, 29, pp. 7-32.

<sup>25</sup> En general, aunque es difícil encontrar fuentes fiables, se puede afirmar que el colectivo alcanza altísimos índices de desempleo en España, que podrían llegar incluso al 80%. Las mujeres trans se ven especialmente afectadas. Muchas de ellas acaban dedicándose a la prostitución como única forma de subsistencia. Estos datos no están, en nuestra opinión, suficientemente contrastados, lo que no significa, sin embargo, que estén alejados de la realidad. En el conjunto de Europa, el desempleo se sitúa en el 50%, según el documento *Ser «trans» en la UE. Análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGBT en la UE*. Resumen recuperado de [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_es.pdf) [citado: 10 de mayo de 2020]. Estos datos tampoco son significativos de la situación en España que adolece de mayor tasa de paro que la media de la UE y, además, incluye entre los empleados a personas que perciben pensiones públicas, pero, en cualquier caso, es indicativo de que los índices de desempleo son altísimos.

determinados ejercicios o la superación de objetivos prefijados de esfuerzo físico. Tales ejercicios se condicionan y evalúan en función de la condición manifestada por los genitales externos al nacer (hombre o mujer), en general, en relación con otros parámetros como la altura.

La distinción de los baremos según el sexo ya fue un gran avance, pues los baremos tradicionales median criterios basados en modelos masculinos. Sin embargo, este modelo es, actualmente, insuficiente y, además, existen criterios médicos que pueden ajustar y hacer más equilibrada y justa la evaluación de las condiciones físicas<sup>26</sup>. Por lo tanto, sería importante repensar lo que miden los baremos y la necesidad de su vinculación con el sexo.

Téngase en cuenta que tales baremos se hacen sobre generalizaciones y medias. Por ejemplo, se considera que la altura media de las mujeres es 1,62 y la de los hombres, 1,72; que las mujeres entre 1,62 y 1,70, hacen una media de 5 km. por hora, etc., y, a partir de estos cálculos se construyen baremos por los que se evalúa a todas las personas. A falta de otros criterios, desde luego que estos son objetivos; pero, la cuestión es que hoy en día tenemos la posibilidad de precisar mejor en base a la consideración de otros datos más objetivos y más atinados. Baste como ejemplo recordar que es normal utilizar máquinas que miden y relacionan un variado número de parámetros para determinar las condiciones físicas que se quieren analizar (por ejemplo, capacidad muscular y parámetros como la altura, el peso, capacidad respiratoria, etc.). Quiero decir con ello que, hoy en día, podemos utilizar parámetros más *sensibles* y ajustados para definir la capacidad física de una persona que aquellos basados en uno o dos criterios (la altura y el sexo); parámetros más sensibles y que permiten valorar conjuntamente distintos datos por lo que precisan mejor la capacidad física –y ello con independencia del cromosoma Y–.

La adopción de criterios científicos mejor adaptados a las necesidades de la evaluación física tendrá efectos beneficiosos para todas las personas, pero para las personas trans tendrá la enorme ventaja de que evaluará realmente sus condiciones físicas, sin necesidad de que sean sometidas a indeseables privaciones de su intimidad y, de cara a terceros, los criterios de evaluación seguirán siendo objetivos, con lo que se evitarán las críticas fáciles y las, también fáciles, acusaciones de fraude.

### 3.3. De la acción positiva en el deporte

Algo similar sucede en el ejercicio del deporte. Desde luego que no es este el momento de entrar a debatir el problema que se plantea en las competiciones deportivas profesionales, sobre todo cuando de leyes autonómicas se trata. Ni siquiera lo plantearé en otras competiciones deportivas, aunque esta es una cuestión abierta y no se debe cerrar en falso si, como apuntan los datos, entre 5 % y un 10% de la población no se identifica con el sexo asignado al nacer.

Pero, desde luego, algo que debe resolverse legalmente es la posibilidad de que las personas puedan hacer deporte, cuando es una forma de juego, de diversión y esparcimiento, de socialización sin que ello signifique negarse a sí mismas o someterse a intolerables rupturas de la privacidad. Y, repito, no todo deporte es competición. No planteo este problema en el ámbito de la competición, pues no es

<sup>26</sup> Esto será así, además, siempre y cuando se siguiera considerando imprescindible una determinada condición física o potencia muscular, desde luego innecesaria para investigar crímenes o para hacer tareas de oficina y que, si no se mantienen en el tiempo, evidentemente, se pierden. Desde luego este no es objeto de este trabajo, pero sí pone de manifiesto que, quizá, la sociedad tecnológica ha superado o, al menos, permitido superar algunos criterios que, en otros tiempos, parecían imprescindibles. Y todo ello en beneficio de todas las personas y, por supuesto, de toda la sociedad.

este ni el foro, ni el objetivo. Pero, cuando el deporte *no sea competición* –¡al menos *cuando no sea competición!*– no existen argumentos para impedir el desarrollo y la manifestación de la propia identidad.

#### 4. Reflexiones finales y sobre la necesidad de la identificación del propio sexo

Estas últimas reflexiones ponen de manifiesto la inconveniencia de que las personas tengamos que identificarnos ante las Administraciones Públicas o en el ejercicio de nuestras actividades cotidianas en función de criterios que no implican en la actualidad un diferente estatuto jurídico.

Me explico: en otros momentos históricos, el hecho de ser hombre o ser mujer tenía trascendencia jurídica. Si eras hombre, según la edad, podías gozar de plenos derechos civiles; si eras mujer, nunca gozarías de plenos derechos civiles y dependerías jurídicamente de un hombre. En estas condiciones, era necesario que los documentos con trascendencia jurídica e incluso los actos y negocios jurídicos identificaran el sexo de las personas, pues de ello derivaba su capacidad jurídica. Es decir, cada sexo tenía asignado un diferente estatuto jurídico.

Igualmente, en otros tiempos era importante, a efectos jurídicos, saber si una persona estaba casada o soltera, si era viuda, o, incluso, si era divorciada –aunque no dejo de sospechar que esta última categoría tenía otras finalidades<sup>27</sup>.

Sin embargo, ninguna de estas situaciones personales, hoy en día, lleva aparejado estatuto jurídico diverso alguno. Es decir, a efectos jurídicos es indiferente el sexo, el estado civil, la viudedad o el constante matrimonio. Si, como digo, ninguna de estas circunstancias, condiciones, estados de las personas, lleva asignado estatuto jurídico distinto al común, porque todos los sexos y los estados civiles tienen igual tratamiento jurídico, no se entiende por qué las personas debemos identificar nuestro sexo o nuestro estado civil ante las Administraciones Públicas o ante otros particulares con quienes contratamos o nos relacionamos con trascendencia jurídica. Por ejemplo, no se entiende por qué para reclamar una prestación ante una Administración Pública, debemos identificar el sexo que se nos asignó al nacer. En concreto, en la vida cotidiana son muy pocos los supuestos en los que el sexo con que se nos identificó al nacer tenga trascendencia jurídica. Si esto es así, las personas deberíamos no tener que revelar nuestro sexo. Y algo similar sucede con el estado civil, aunque son imaginables más supuestos donde este pueda tener trascendencia jurídica. Pero, desde luego, cuando no surtiere efectos jurídicos, no debería exigirse ni, aún, preguntarse.

El abandono de hábitos jurídicos que responden a sistemas jurídicos discriminatorios y lesivos para los Derechos Humanos para adecuarlo a la realidad jurídica actual beneficia a toda la sociedad, por muy extraño que parezca. Desde luego beneficiará a las mujeres que concurren a un puesto de trabajo –dada la actual y evidente discriminación en el empleo que padecen–, ayudará a acabar con la discriminación indirecta, porque jurídicamente somos iguales y no se nos obligará continuamente a recordar que nuestros órganos sexuales nos distinguen. Pero quienes obtendrán una evidente mejora en su calidad de vida serán aquellas personas cuya personalidad no se adecúa al simplista modelo binario que depende de los caracteres sexuales externos.

---

<sup>27</sup> A título de ejemplo, puede verse Pestaña Ruíz, C. (2016). Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional, *Revista de Estudios Jurídicos*, 15. Recuperado de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3210> [citado: 11 de mayo de 2020].

Desde luego caben muchas opiniones contrarias a esta propuesta, creo que la mayoría de índole ideológico, religioso, etc.; es decir, derivadas de emociones y modos de pensar, todos muy respetables, pero alejados de la racionalidad jurídica de un Estado de Derecho respetuoso con los Derechos Humanos y el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución. Y, en cualquier caso, la necesidad de hacer estadísticas para ayudar a superar situaciones de discriminación o vulnerabilidad no puede ser argumento en contra, pues los datos que necesitan tales estadísticas podrían obtenerse de otro modo o, en cualquier caso, podrían ser voluntarios.

## Bibliografía

- Belsué Guillorme, K. (2011). Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española. *Acciones e investigaciones sociales*, 29, pp. 7-32.
- De la Cuesta Aguado, P.M. (2001). Persona, dignidad y Derecho penal. En L. A. Arroyo Zapatero/ I. Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 1 (pp. 209-228). Cuenca, España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2020), Violencia de género: heteroprotección y autoprotección. En R. Castillejo Manzanares/ C. Alonso Delgado (Dir.), *El género y el sistema de (in)justicia* (pp. 39-64). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- European Union Agency for Fundamental Right: *Ser «trans» en la UE. Análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGBT en la UE*. Recuperado de [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_es.pdf) [citado: 10 de mayo de 2020].
- García Albertos, M. (2018). Mayores y diversidad sexual: entre la visibilidad y el derecho a la indiferencia. *Revista Prisma Social*, 21. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/494702> [citado: 11 de mayo de 2020].
- ILGA, *Informe Anual 2018*. Recuperado de [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Informe\\_Anual\\_2018\\_esp\\_web.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Informe_Anual_2018_esp_web.pdf) [citado: 11 de mayo de 2020].
- ILGA, *Informe Anual 2019*. Recuperado de [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Homofobia_de_Estado_2019.pdf) [citado: 11 de mayo de 2020].
- Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2010). Dominación y machismo: ¿quién decide? (a propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el art. 148.4. CP). *Diario La Ley*, 7496.
- San Millán Fernández, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios penales y criminológicos*, 39, pp. 303-351.
- Pestaña Ruíz, C. (2016). Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional. *Revista de Estudios Jurídicos*, 15. Recuperado de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3210> [citado: 11 de mayo de 2020].

# Violencia hacia las mujeres y presunción de inocencia

## Violence against women and presumption of innocence

Ilse Carolina Torres Ortega

*Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente*

ORCID ID 0000-0002-5929-9137

[torresilse@iteso.mx](mailto:torresilse@iteso.mx)

Cita recomendada:

Torres Ortega, I. C. (2021). Violencia hacia las mujeres y presunción de inocencia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 155-171.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6067>

Recibido / received: 28/08/2020  
Aceptado / accepted: 10/03/2021

### Resumen

En el presente documento, se explora la acusación de que las reivindicaciones a favor de las mujeres tienen un tinte punitivo, en el sentido de que pretenden combatir los estereotipos de género a través de los medios más coercitivos del Estado, exigiendo, además, que este restrinja los derechos individuales de los procesados para lograr más castigos y más severidad en ellos. Desde el contexto mexicano, se analiza si, en efecto, las pretensiones a favor de las mujeres implican el debilitamiento de garantías, específicamente, de una tan importante como la derivada de la protección del derecho de presunción de inocencia de los individuos sujetos a un proceso penal por delitos que implican violencia hacia las mujeres.

### Palabras clave

Violencia, violencia hacia las mujeres, feminismo, presunción de inocencia, proceso penal.

### Abstract

*In this document, the text analyzes the allegations against the punitive nature of vindications in favor of women. The argument runs that to combat gender stereotypes feminism intends to use the most coercive means of the State, including restrictions of the defendant's rights so to raise the number of punishments and to increase its severity. From the Mexican context, the text studies whether the claims in favor of women necessarily imply the weakening of guarantees, undermining particularly the presumption of innocence of those who have been accused of crimes of violence against women.*

### Keywords

*Violence, violence against women, feminism, presumption of innocence, criminal process.*



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Impunidad. 3. La falsa oposición entre los derechos de los procesados –o de los condenados– y los derechos de las víctimas. 4. La presunción de inocencia y el estatus de víctima de las mujeres. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

A día de hoy, la relación entre el Derecho y la perspectiva de género sigue generando profundos interrogantes. Aunque discursivamente el género parece ocupar un espacio cada vez más importante en las agendas políticas, en nuestras comunidades político-jurídicas persisten situaciones que ponen en duda que haya plena consciencia sobre cómo el género coloca a los individuos en situaciones de desigualdad. No es ninguna osadía, entonces, señalar que continúa siendo necesario esclarecer a qué nos referimos cuando aseveramos la posibilidad –y la pertinencia– de que exista una perspectiva de género, así como edificar intersubjetivamente cómo esta se proyecta en actividades concretas, por ejemplo, en las funciones básicas del Derecho.

A estas dificultades de tipo cognitivo –¿qué es?, ¿cómo se satisface?, ¿cómo se traduce en las distintas actividades jurídicas?, etc.– hay que añadir otras dificultades que tienen que ver con factores subjetivos; por ejemplo, la resistencia a revisar críticamente ciertos postulados asumidos en torno al género o una actitud escéptica respecto a que esta sea una categoría relevante para el Derecho. Estas últimas dificultades tienen que ver –por eso las denomino subjetivas, en el sentido de relativas al sujeto– con estados mentales del agente que constituyen motivos y corresponde entender y conocer en tanto que dotan de sentido a las acciones u omisiones de las personas<sup>1</sup>. Estos motivos, vistos como razones explicativas de la acción, se configuran a través de emociones, intereses, creencias, evaluaciones y deseos que, aun cuando forman parte de la personalidad de un individuo, no quiere decir que sean rasgos inalterables. Precisamente una característica de la agencia es la posibilidad –y también el deber– de revisar si nuestras creencias y evaluaciones son racionales, en el sentido de si están o no justificadas<sup>2</sup>.

Todas estas dificultades tienen como consecuencia, en muchas ocasiones, la incompreensión. Pero, sucede que la falta de entendimiento respecto a las reivindicaciones de la perspectiva de género se ha recrudecido, precisamente, en aquellas que más visibilidad requieren. Es así como las perspectivas feministas, por ejemplo, constantemente ven cuestionada la legitimidad de los intereses que defienden, colocándoseles etiquetas peyorativas, que bien pueden ser producto de la incompreensión, pero cuyo resultado es la perpetuación de una forma de mirar a

<sup>1</sup> De ahí, por ejemplo, la discusión sobre la conveniencia de castigar más severamente los delitos cometidos por ciertos motivos, por ejemplo, el odio. Sobre esta cuestión y los problemas que plantea en relación con los postulados del Derecho penal liberal que proscriben castigar a alguien por sus rasgos de carácter, ver el trabajo de Laura Manrique (2019).

<sup>2</sup> En este sentido, González Lagier señala que «la irracionalidad de una creencia puede deberse a) a la ausencia de razones suficientes para creer (creencias dogmáticas); b) a que se derive a partir de una creencia a su vez injustificada, y c) a que se base en una presunción y regla de fiabilidad inadecuada» (2009, 111). Evidentemente, el entramado de estados mentales es complejo y se mezclan creencias racionales e irracionales; parafraseando un ejemplo que aporta el mismo autor, en el caso de una persona con sentimientos machistas, el odio que siente por X tiene su origen no solo en la creencia de que X es de un determinado género –la cual puede ser una creencia justificada–, sino también en determinadas creencias y juicios sobre ese género y sobre las diferencias de género en general –las cuales no están justificadas– (2009, 112).

mujeres y a hombres que implica una desigualdad sin más fundamento –esto es, ninguno– que la tradición de la división de nuestro lugar en el espacio y en las dinámicas públicas y privadas, atendiendo a cuál sea nuestro sexo. Y esto que afecta a mujeres y a hombres suele suponer, especialmente en el caso de las mujeres, una limitación en el ejercicio real de sus derechos.

Si bien no es posible negar que, al menos formalmente, existe la intención estatal de garantizar las libertades y derechos de las mujeres<sup>3</sup>, hay que recordar la advertencia de Norberto Bobbio respecto a que ciertos derechos pueden estar siendo tan solo expresiones de aspiraciones ideales, en tanto que hay una diferencia fundamental entre proclamar un derecho y satisfacerlo efectivamente: «El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido» (Bobbio, 1991, p. 22). Las perspectivas feministas han venido exigiendo el cumplimiento de ambas dimensiones de los derechos de las mujeres, al tiempo que han intentado también reducir la incompreensión y lograr un cambio social profundo en las relaciones entre los géneros.

Este trabajo pretende analizar una posición que resulta del inadecuado entendimiento de los intereses de las mujeres. Me refiero a la acusación de que el feminismo es irracional y punitivo, pretendiendo no solo que los estereotipos de género sean combatidos a través de los medios más coercitivos del Estado, sino, además, exigiendo que este restrinja los derechos individuales básicos de los procesados para lograr más castigos y más severidad en ellos. En lo que sigue exploraré si, efectivamente, las reivindicaciones a favor de las mujeres implican de alguna forma el debilitamiento de garantías, específicamente, de una tan importante como lo es el derecho de presunción de inocencia de los individuos sujetos a un proceso penal por delitos que implican violencia hacia las mujeres.

Para llevar a cabo lo anterior voy a realizar el siguiente recorrido. En primer lugar, revisaré brevemente cómo el vivir en un contexto de impunidad nos coloca en una situación de vulnerabilidad respecto a la posibilidad de padecer un daño y de no vernos respaldados en caso de sufrirlo, la cual tiene consecuencias especialmente perniciosas para las mujeres. Es necesario señalar que, para ello, tomaré como ejemplo el caso mexicano. Con lo anterior pretendo sostener que la violencia y la impunidad hacia el daño que sufren las mujeres están en el trasfondo de las preocupaciones del feminismo. En segundo lugar, abordaré cómo estas reivindicaciones legítimas pueden verse afectadas por el paralogismo de la falsa oposición, el cual tiene como consecuencia generar planteamientos falaces; por ejemplo, la aparente dicotomía entre los derechos de las víctimas y los derechos de quienes están siendo procesados o de quienes han sido condenados. Entre estas falsas dicotomías, me centraré en aquella que sostiene que respetar la presunción de inocencia es un obstáculo para el proceso penal en delitos de violencia hacia las mujeres o, incluso, que dicha presunción es una ventaja injustificada para aquel que está siendo investigado. En este orden de ideas, en tercer lugar, analizaré el derecho de presunción de inocencia para señalar las distintas dimensiones reconocidas jurisprudencialmente a este derecho –de nuevo, en el contexto mexicano– y también para mostrar cómo, en realidad, no estamos ante una genuina presunción. Esto último

---

<sup>3</sup> Una gran cantidad de Estados se han comprometido de muchas maneras a combatir la discriminación de las mujeres. Como muestra de ello, los múltiples tratados y convenciones internacionales sobre la materia como la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), la *Declaration of the Elimination of Violence against Women* (DEVAW) y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*.

me llevará a examinar cómo parte de la sostenida oposición puede proceder del falso carácter presuntivo de la inocencia, ya que su fundamento no es empírico, sino una cuestión normativa que atiende a fines y valores. La presunción de inocencia, como se sostendrá, destaca por ser un principio que fundamenta el Derecho penal, en tanto que establece una pauta de justicia sobre la distribución del error: es mejor declarar inocente a un culpable que condenar a un inocente. Esto, sin embargo, no significa que la presunción de inocencia no pueda ser –o esté siendo– utilizada de forma espuria para invisibilizar las exigencias de las mujeres. Y es que, en casos de violencia hacia estas, el Estado violenta institucionalmente de manera omisiva cuando ignora la situación de vulnerabilidad de las mujeres, cuando no emite las medidas de protección adecuadas para ellas, cuando cuestiona y dificulta el proceso de denuncia y de seguimiento del proceso penal. En estos casos, como se puede observar, en realidad no se trata de dos grupos de derechos que se oponen, sino de que el segundo grupo –el de las mujeres– es ignorado. Finalmente, voy a sostener que muchas reivindicaciones feministas están vinculadas con esto último y que, por tanto, es injusto calificar de irracionales a estas perspectivas. Es preciso, pues, liberarse de algunos prejuicios que nos colocan en frontal oposición con las pretensiones de un movimiento que, pese a su variedad, trata precisamente de hacer imperar la fuerza de la razón frente a la ceguera de los prejuicios. Pero para que esto suceda, para dar el paso adecuado, la razón imparcial ha de ser alcanzada al modo en que subrayan –y nos recuerdan– las palabras de Adela Cortina cuando habla de la razón práctica:

...solo una razón com-pasiva o com-padeciente, puesta en pie por la vivencia del sufrimiento, espoleada por el ansia de felicidad, asombrada por el absurdo de la injusticia, tiene fuerza suficiente para desentrañar la lógica que corre por las venas de este misterioso ámbito, sin contentarse con cualquier aparente justificación (2000, p. 20).

## 2. Impunidad y violencia

Es prácticamente un lugar común la afirmación de que en algunos países sus habitantes padecen un exceso de violencia. Pero, sucede que, además de estar siendo severamente dañados, en estos países suele haber también una crisis de impunidad y de ineficiencia del sistema de justicia para atender esta situación.

Por ejemplo, revisemos el caso mexicano. De acuerdo con los resultados más recientes de la *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública en México* (ENVIPE)<sup>4</sup>, en el año 2018 se estimó un total de 24.7 millones de víctimas de 18 años y más, representando una tasa de 28,269 víctimas por cada 100,000 habitantes (*Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública en México* [ENVIPE], 2021, p.7). De esa estimación, sin embargo, se denunció solo el 10.6% de los delitos ocurridos. Entre las razones para no denunciar destacan que se considera una pérdida de tiempo, la desconfianza en la autoridad y su actitud hostil. Esto quiere decir que el 93.2% de los daños sufridos por la población mexicana han quedado institucionalmente impunes. Del 10.6% en donde esto no ocurrió, se inició una averiguación previa –según el anterior sistema de justicia penal– o una carpeta de investigación en el 63.9% de los casos; es decir, tan solo en el 6.8%. Ahora bien, del total de las averiguaciones o carpetas de investigación, en el 51.1% de los casos no ocurrió nada o no se continuó con la investigación (ENVIPE, 2019, p. 31). Esta información esclarece el alcance de la crisis de impunidad en este país. Objetivamente los habitantes de México tienen una probabilidad muy alta de

<sup>4</sup> Consultable aquí: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf)

sufrir un daño en sus bienes y de que dicho daño no sea reconocido, investigado y reparado.

Los datos también nos proporcionan información útil sobre el sexo de quién ejerce y quién recibe la violencia. Los hombres son las principales víctimas en casi todos los delitos. Sin embargo, en delitos concretos las mujeres son más propensas a serlo. Por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales, por cada delito sexual cometido a un hombre se cometen once a mujeres (ENVIPE, 2019, p.14).

Los hombres son los principales sujetos pasivos de delitos violentos y también parece ser un hecho que los hombres son los principales ejecutores de esa violencia. Por ejemplo, tomando como referencia a la población penitenciaria, de acuerdo con el *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales* (CNGSSPE)<sup>5</sup>, en el año 2018 ingresaron a los centros penitenciarios de este país un total de 101, 512 personas, de las cuales el 92.6% son hombres responsabilizados, principalmente, por delitos de robo, narcomenudeo, homicidio, violación y secuestro (*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales* [CNGSSPE], 2019, p. 30).

Ahora bien, con esta información no pretendo sostener nada más allá de que la información estadística se orienta a mostrar que, tal y como sostiene Francesca Poggi al identificar distintas formas en las que un acto violento puede asociarse al género<sup>6</sup>, la violencia forma parte de un estereotipo de género asociado a la masculinidad. Antes de proseguir, es necesario tener presente la distinción que ha elaborado Federico Arena –y que es también recogida por Poggi– entre los estereotipos descriptivos y los estereotipos normativos. Pese a la carga emotiva negativa del término, los estereotipos descriptivos ofrecen información sobre el mundo, por lo que pueden ser epistemológicamente útiles y deben ser evaluados en función de su correspondencia con las propiedades reales del grupo al que se refieren –si tienen base estadística serán estereotipos descriptivos que nos dicen algo acerca del mundo y nos permiten predecir ciertos estados de cosas; de otra forma, serán estereotipos falsos–. Por su parte, los estereotipos normativos establecen una relación de deber ser entre la conducta asociada a un grupo específico y el ser un miembro de tal grupo; establecen que un individuo con determinadas características debe llevar a cabo ciertas tareas o asumir determinados roles sociales (Arena, 2016, p. 55). Teniendo en cuenta lo anterior, entonces, es posible afirmar que en términos estadísticos –esto es, lo que conforma la sustanciación de un estereotipo descriptivo– los hombres llevan a cabo más delitos violentos que las mujeres y que, en consecuencia, es más probable que un hombre cometa un delito de esta naturaleza.

Sin embargo, de lo anterior no es adecuado inferir una correlación normativa entre la violencia y la masculinidad, igual que tampoco lo es extralimitarse en el uso predictivo del estereotipo. Esto es, si bien este uso puede ser valioso en el contexto de las investigaciones penales, en el sentido de que nos autoriza a tener presente que es más probable que en determinados delitos –por ejemplo, los delitos de violencia hacia las mujeres– el autor sea un hombre, esto no implica presumir que, si el acusado es un hombre, entonces, es culpable (Poggi, 2019, p. 297). La presunción

<sup>5</sup>Consultable aquí: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2019/doc/cngspspe\\_2019\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2019/doc/cngspspe_2019_resultados.pdf).

<sup>6</sup> Poggi sostiene que en la literatura no existe una noción unitaria y clara de la violencia de género. Para avanzar en esta tarea, identifica distintos sentidos en los que la violencia se asocia el género: (1) la violencia como estereotipo de género; (2) la violencia motivada por cuestiones de género; y (3) la violencia basada en estereotipos de género –que incluye dos criterios: la violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada –criterio cuantitativo– y la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de serlo –criterio ideológico– (2019, pp. 294-305).

de inocencia establece, en este caso, un límite normativo –no debe considerarse a alguien culpable con base en un estereotipo de género por mucho sustrato que tenga en un porcentaje estadístico, ya que hacerlo sería dar un salto del nivel de la estadística al nivel de la naturaleza o de las propiedades del individuo en concreto–, pero también un límite por razones epistemológicas –no se puede considerar a alguien culpable porque el estereotipo, aun teniendo base estadística, no deja de ser una inducción sustentada en la probabilidad, no en la certeza.

Ahora bien, pese a la importancia de este límite, no hay que olvidar que la perspectiva de género pretende visibilizar las estructuras de dominación que subyacen a los procesos de justicia. Esto quiere decir que, en casos de violencia hacia las mujeres, junto a la advertencia de no sobrepasar el uso predictivo del estereotipo, también hay que hacer la advertencia de no invalidar o invisibilizar el sustento estadístico de dicho estereotipo, además de no pasar por alto cómo esta invalidación resulta, precisamente, de la existencia de estereotipos normativos sobre las mujeres. Así, ignorar en nombre de la presunción de inocencia el soporte estadístico de que, en determinados tipos de violencias las víctimas suelen ser mujeres y los victimarios hombres es una forma de mantener la desigualdad en las relaciones de poder en el marco del sistema de justicia. Tal y como indica Gema Fernández, es necesario hacer manifiesto que los estereotipos de género socaban el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia de distintas maneras; entre ellas (1) al legitimar el uso de la violencia en mujeres que no cumplen la normatividad sexual y de género –por ejemplo, la violación de mujeres lesbianas como método de corrección–; (2) al influenciar la manera en que son tratadas por el sistema judicial –por ejemplo, la falta de investigación en casos de violencia ejercida hacia las mujeres porque estas vestían de manera inapropiada o porque habían salido de noche–; o (3) creando obstáculos para aquellas que buscan formas de salir de la violencia –por ejemplo, al desconocer el peso de las responsabilidades sobre el cuidado familiar cuando hay dependencia económica– (Fernández, 2015, pp. 503 y 504).

La violencia, por supuesto, es compleja y dependiente de la noción de daño que se sostenga. Actualmente, hay cierto consenso respecto a que la violencia no incluye únicamente el daño físico y a que el ciclo de violencia, en realidad, incluye a muchas violencias –en plural–. De acuerdo con la última *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares de México* (ENDRHM)<sup>7</sup>, en 2016 el 66.1% de las mujeres de más de 15 años había sufrido al menos un incidente de violencia emocional (49%), económica o patrimonial o discriminación en el trabajo (29%), física (34%) o sexual (41.3%) (ENDRHM, 2016, p. 8). Estas violencias abarcan distintos ámbitos: escolar, laboral, comunitario, familiar y de la pareja. Pese a estos altos porcentajes, los datos sobre la búsqueda de apoyo y de denuncia son desoladores. Por ejemplo, del porcentaje de mujeres que sufrieron violencia física y/o sexual por parte de su pareja, el 78.6% no solicitó apoyo ni presentó una denuncia. Entre las razones para no hacerlo destacan el considerar que se trató de un evento sin importancia, el miedo a las consecuencias, la vergüenza, el pensar que no la creerían o que dirían que había sido su culpa (ENDRHM, 2016, pp.39 y 40).

La noción de violencia hacia las mujeres ha sido definida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGA) como cualquier acto de violencia que se base en la pertenencia al sexo femenino que resulte o pueda resultar en daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, sea que se desarrolle en la vida pública

<sup>7</sup> Consultable aquí: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016\\_presentacion\\_ejecutiva.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf)

o en la vida privada<sup>8</sup> (art. 1 UNGA). Dentro de esta categoría se incluyen, entonces, distintos tipos de conductas que vulneran a las mujeres; desde aquellas que vinculamos más fácilmente con la violencia, como el feminicidio o los delitos sexuales, hasta otro tipo de conductas que obedecen de forma más evidente a estereotipos normativos como el matrimonio infantil o la mutilación genital.

Todo lo anterior ha sido descrito para señalar que, objetivamente, las personas mexicanas están a merced de la inseguridad: la posibilidad de sufrir un daño es muy alta y la probabilidad de que dicho daño quede impune es también elevada. En este contexto, propio de la anomia social<sup>9</sup>, es de esperar que las mujeres se vean especialmente perjudicadas. Es muy probable que una mujer en México padezca algún tipo de violencia y que esta no se denuncie o no se investigue; teniendo en cuenta la naturaleza de la violencia que es ejercida sobre estas –por ejemplo, que en muchas ocasiones es llevada a cabo por personas de mucha cercanía como un familiar o por la pareja, o en contextos donde hay una gran presión por cumplir estereotipos normativos de género, hacer lo que se espera que uno haga porque se le identifica con tal o cual género–, es posible concluir que las mujeres se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. En este punto es interesante tener presente la reflexión de Susana Pozzolo cuando, al analizar la noción de autonomía relacional, señala cómo la vulnerabilidad de la mujer deviene de un contexto de relaciones y de factores –tanto externos como internos– y no de una vulnerabilidad intrínseca. Es decir, las mujeres no son vulnerables por el hecho de ser mujeres, sino porque el contexto relacional las vulneraliza. En palabras de la autora:

...la vulnerabilidad no es algo que depende del ser vulnerable in abstracto, sino que deriva del régimen de normas en el que ella está inmersa. Si esto es así, calificar una persona de vulnerable se vuelve potencialmente discriminatorio, pues se insistiría en hacer referencia a su ser –a su falta de– y no en atender a la responsabilidad social que conforma el régimen que la rodea, verdadera causa de la vulnerabilidad o, mejor, de su grado de vulnerabilidad (Pozzolo, 2019, p.8).

### 3. La falsa oposición entre los derechos de los procesados –o los condenados– y los derechos de las víctimas

Además del daño que conlleva una conducta delictiva, hay una serie de expectativas sociales que se ven afectadas cuando se comete un crimen. Y es que por más generalizada que esté la violencia, las personas no llevan a cabo sus vidas esperando ser dañadas. Por el contrario, tienen la expectativa de que las normas de mandato que proscriben determinadas conductas tendrán una cierta influencia en la decisión

<sup>8</sup> Dicha noción es tomada como referencia en las principales declaraciones e instrumentos internacionales vinculados con el combate a la violencia y discriminación hacia las mujeres, como la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), la *General Recommendation No. 19: Violence against women, la Declaration of the Elimination of Violence against Women* (DEVAW), la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o el *Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*.

<sup>9</sup> Este término de «anomia» fue acuñado por Émile Durkheim para referir la escisión en la relación entre los individuos y los procesos sociales, ocasionando una falta de interacción social que finalmente desemboca en la obtención de resultados sociales repetidos ineficaces. La anomia en esta concepción solo se entiende asociándola a la concepción sobre la integración social, ya que Durkheim consideró que esta integración constituye la condición para la existencia de la sociedad y la vida social; su ausencia sería la anomia y destruye la posibilidad de dicha sociedad. La integración no hace referencia únicamente a un respeto formal por el orden establecido, sino que implica una participación en la vida social que, precisamente, no se da en la anomia. En palabras de Durkheim: «Puesto que la forma definida que con el tiempo toman las relaciones que se establecen espontáneamente entre las funciones sociales es la de un conjunto de reglas, cabe decir, a priori, que el estado de anomia es imposible donde quiera que los órganos solidarios se hallan en contacto suficiente y suficientemente prolongado» (Durkheim, 1982, p. 433).

de acción de otros, quienes, incluso no asumiendo la inalienabilidad de ciertos bienes, se verán persuadidos a no dañarlos ante la inminencia de ser responsabilizados y sancionados. Asimismo, se espera que, en caso de que dichas normas no se sigan, las autoridades estatales cumplirán la amenaza de sanción.

Al tiempo de esta perspectiva centrada en la idea de prevención y cimentada en el principio liberal del daño<sup>10</sup>, actualmente se exploran algunas aportaciones de la filosofía política –por ejemplo, del liberalismo igualitarista o del republicanismo– que subrayan, primero, el papel activo que el Estado debe tener en el combate a las desigualdades envueltas en el fenómeno criminal –es decir, que no es suficiente un ejercicio de libertad negativa, de prohibición de conductas– y, segundo, la importancia de repensar dicho fenómeno en el contexto de una comunidad de ciudadanos<sup>11</sup>.

Cuando el foco de discusión incluye a los miembros de la comunidad y se asienta en algo más que figuras abstractas de delincuente y de víctima, es posible analizar con mayor detalle su condición y el contexto relacional que los acompaña. Por ejemplo, las condiciones de reprochabilidad del delincuente –una revisión en términos de justicia social acerca de si el individuo ha sido tratado con la consideración y el respeto de un miembro de la comunidad– y también las necesidades y derechos de las víctimas. Desde esta perspectiva, el juicio es visto como un escenario del sistema democrático donde se emplaza al acusado a responder –dar cuenta– como ciudadano frente a sus conciudadanos por un acto que presuntamente ha cometido en contra de los valores que definen a la comunidad a la que pertenece. Lo anterior enfatiza el carácter simbólico del proceso penal para las víctimas, ya que este implica el reconocimiento de que el daño que ha sufrido es relevante y que merece ser esclarecido: la víctima ha sido devaluada como persona, ha recibido el mensaje, por parte de otro ser humano, de que no es digna de disfrutar del derecho a la no injerencia (Braithwaite y Pettit, 2002, pp. 91). Por ello, la víctima requiere de este proceso –lo que no implica, necesariamente, un resultado específico– para ver restaurado –simbólicamente– su estatus de ciudadanía. Esto quiere decir que la ineficiencia institucional no solo implica la impunidad del daño padecido, sino también el abandono de la comunidad política a la que se cree pertenecer.

Desde el siglo pasado se ha venido denunciado que el sistema de justicia ha estado volcado completamente a la parte activa del delito<sup>12</sup>. Sin embargo, esta denuncia –legítima– en ocasiones es malinterpretada como una especie de preferencia del sistema de justicia que coloca en segundo plano a la parte pasiva. En la búsqueda de visibilizar a las víctimas, esta creencia juega un papel pernicioso que conduce a concluir –erróneamente– que esto solo será posible minando los derechos

---

<sup>10</sup> Este principio fue formulado por John Stuart Mill quien pretendió ofrecer un principio que rija la conducta de la sociedad con el individuo en todo lo concerniente a la coacción e intervención sobre él: «lo único que puede autorizar a los individuos individual o colectivamente para turbar la libertad de acción de alguno de sus semejantes es la protección de sí mismo. La única razón legítima que puede tener una comunidad para proceder contra uno de sus miembros es la de impedir que perjudique a los demás. No es razón bastante la del bien físico o moral de este individuo. No puede en buena justicia obligarse a una persona a hacer o no hacer una cosa porque esto fuera mejor para ella, porque le haría más feliz o porque en opinión de los demás esto sería más prudente o más justo» (1991, pp. 48 y 49).

<sup>11</sup> Tal y como señala Antony Duff: «Los ciudadanos republicanos se ven a sí mismos como pertenecientes a una comunidad política específica, y se ven conectados a sus conciudadanos a través de las costumbres y los valores de dicha comunidad» (2015, p. 25).

<sup>12</sup> En este sentido, George Fletcher identifica algunas grandes tendencias en el Derecho penal en el siglo XX, presentes tanto en nuestra tradición como en el *Common Law*. Entre ellas, por ejemplo, (1) la crítica feminista, la cual obligó a reevaluar críticamente algunos delitos como el de violación, así como las esferas de lo público y lo privado, analizando el tratamiento discriminatorio hacia la mujer en esta área y (2) el movimiento de los derechos de las víctimas que incluyó a víctimas potenciales y concretas como un grupo de presión en la justicia penal que exigía mayor protección y participación (Fletcher, 2001).

de los procesados o, en su caso, de los condenados. Lo anterior constituye una dicotomía u oposición artificiosa entre los derechos de unos y los de otros que termina por perjudicar los derechos de todos los involucrados en el proceso penal.

El problema de un –mal– razonamiento construido a partir de una falsa dicotomía es que las alternativas que propone, en realidad, no compiten entre ellas<sup>13</sup>. Además, la falsa oposición es un recurso retórico –persuasivo– esgrimido para mermar la credibilidad o el valor de una de las alternativas. El sofisma radica en que hay una exageración de una de las posturas que condena a la otra cuando la muestra como incompatible con la primera. Así, a veces el planteamiento de que el sistema de justicia debe elegir entre los derechos de las víctimas o los derechos de los procesados o de los condenados está orientado a desacreditar la protección de derechos de los segundos como si esto fuera incompatible con el estatus de víctima. A esto puede sumarse la peligrosa creencia de que es un derecho de la víctima disponer de aquel que la ha dañado<sup>14</sup>.

Algo similar a lo anterior sucede en el caso del derecho de presunción de inocencia: se presenta como incompatible sostener la inocencia del procesado hasta que se demuestre lo contrario y al tiempo sostener el estatus de víctima en lo que respecta al régimen de protección, de acompañamiento y de seguimiento del proceso penal. Como se verá en el siguiente apartado, lo que no es lógicamente posible es presumir la inocencia y presumir que la víctima ha sido dañada por la persona que se presume inocente. Nótese la diferencia entre (1) no poder presumir que X es víctima de Y en tanto que el proceso de asignación de responsabilidad se desarrolla y (2) no presumir que X es sincera cuando se dice víctima de una conducta dañina y, por tanto, no brindarle ningún tipo de protección y acompañamiento.

Los derechos de las personas no compiten unos con otros. Esto no implica desconocer que hay numerosas situaciones de conflicto en las que es necesario ponderar los valores involucrados para establecer justificadamente qué es lo más justo en una situación concreta; esto es, qué valor ha de prevalecer. En este sentido, no se puede pasar por alto que en el escenario institucional la parte más débil es la que está siendo señalada como delincuente, ya que es la persona hacia la cual se dirige la coacción estatal. El resultado del juicio puede ser un castigo tan severo como la privación de su libertad; de ahí que se establezca que lo más justo en este escenario es contar con un proceso de asignación de responsabilidad que sea lo más exhaustivo posible para verificar la hipótesis acusatoria.

Lo que pretendo señalar con esta argumentación es que, pese al escenario de violencia extrema que nos aqueja, no debemos olvidar la otra cara de la impunidad: esta puede significar no solo no hacer nada ante el delito, también puede tener como manifestación perversa la arbitrariedad del poder. Es necesario recordar que el origen de un Derecho penal más garantista está, precisamente, en la lucha contra los excesos del poder estatal. La existencia de un proceso que medie entre una acusación y un castigo –así como el hecho de que hoy proscribamos ciertas prácticas de castigo– es, sin duda, una conquista de los valores ilustrados y un compromiso por construir una comunidad política democrática.

<sup>13</sup> Aquí se hace alusión a lo que Vaz Ferreira denomina la falacia de la falsa oposición. Esta falacia está tan arraigada en nuestros razonamientos que gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc. de distintos ámbitos del conocimiento que se tratan como opuestas, no lo son (1979, p. 7).

<sup>14</sup> Esto forma parte de una concepción retribucionista del castigo muy básica que sostiene la existencia de una intuición ética generalizada de que la suma de dos males da como resultado un bien. Sobre esta razón se sustenta la conclusión de que los delincuentes deben ser penados en la misma proporción de su culpabilidad, independientemente de las consecuencias que esto genere.

La historia nos ha mostrado en numerosas ocasiones que no es azaroso que los regímenes no democráticos debiliten las garantías en el Derecho penal. Como bien indica Carlos S. Nino, en estos regímenes el contenido de las normas penales tiende a abarcar mayores espacios de la vida de las personas; las normas también suelen ser más imprecisas en la descripción de las conductas prohibidas; las normas procesales comúnmente facilitan la labor de juzgamiento –en perjuicio de los procesados, por supuesto–; y las penas previstas bajo estos sistemas de gobierno suelen ser muy severas (Nino, 2008, pp. 13 y 14). Conviene entonces subrayar que el Derecho penal es un arma a disposición del Estado y que el establecimiento de límites a la libertad solo tiene cabida –aunque no por ello sin dificultades– en un sistema democrático y a la luz de valores liberales que ven en el individuo el único –el último– sujeto ético.

Ahora bien, como señalé antes, este reforzamiento del proceso penal no ha de traducirse en la irrelevancia de las víctimas. En realidad, alimentar esta dicotomía es un ejercicio oportunista que beneficia a las autoridades responsables cuando no llevan a cabo su labor de manera diligente. Hemos de ser conscientes de que es una trampa de la propia anomia social pensar que facilitar la declaración de culpabilidad es algo que sanará a las víctimas.

En este orden de ideas, cuando las mujeres hablan de una inequidad del sistema de justicia puede que no esperen el falso antídoto de la violación de garantías del otro. Quizás esperan, entre otras cosas, un juicio justo en el que no sean revictimizadas por estereotipos normativos, en el que no esté normalizada la violencia que sufren, en el que no se les culpabilice o en el que no se desconfie –por el hecho de ser mujeres– de su testimonio y, en general, en el que no se sientan tan abandonadas por el sistema que termine siendo una opción más apropiada desistir y enfrentar su daño en soledad. En palabras de Encarna Bodelón: «el silencio de las mujeres y su huida del sistema penal es un síntoma de que el sistema penal sigue sin poder proteger eficientemente a las mujeres que sufren violencia de género» (2014, p. 140).

#### 4. La presunción de inocencia y el estatus de víctima de las mujeres

En el anterior apartado he intentado mostrar cómo no existe una genuina oposición entre los derechos de quienes están sujetos a un proceso penal y los derechos de quienes han sufrido un daño en sus bienes. Sin embargo, antes también he sostenido que el sistema de justicia penal requiere incorporar la perspectiva de género para atender adecuadamente los casos de violencia hacia las mujeres. Esto plantea cierta incoherencia: si es verdad que no existe tal oposición, que el sistema no privilegia los derechos de los procesados y que el problema de la impunidad es generalizado, ¿tiene algún sentido pensar que el género es relevante en este escenario?

En lo que sigue voy a sostener que la perspectiva de género en las investigaciones de violencia hacia las mujeres es un presupuesto para llevar a cabo adecuadamente la propia investigación. Esto es así porque los estereotipos normativos pueden jugar un papel negativo en la labor de los funcionarios, provocando sesgos cognitivos que derivan en un tratamiento a las mujeres que las violenta, y que en muchas ocasiones la presunción de inocencia del investigado se utiliza espuriamente para ocultar o justificar estos sesgos. Para ello, hay que analizar, en primer lugar, en qué consiste el derecho de presunción de inocencia y qué implicaciones tiene en la posibilidad de presumir que una mujer ha sido víctima de violencia de género. Para ello, utilizaré, nuevamente, el caso mexicano como unidad de análisis.

En México la presunción de inocencia se hizo explícita con la reforma del sistema penal acusatorio de 2008<sup>15</sup>, quedando consagrada de forma más o menos clara en el artículo 20 de la Constitución<sup>16</sup>. En este artículo se establece como un derecho de cualquier persona imputada que se presuma su inocencia hasta que no se concluya su responsabilidad en una sentencia. Sin embargo, como ahora expondré, es difícil delimitar este derecho porque múltiples artículos de la constitución se refieren a cuestiones vinculadas con este. Por ejemplo: (1) el artículo 14 constitucional establece la inalienabilidad de los bienes de una persona en tanto no exista un juicio previo en el que se cumpla el debido proceso; (2) en el apartado A del artículo 20 constitucional, que prevé los principios generales del proceso penal acusatorio, se determina que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad de una persona corresponde a la parte acusadora; (3) en este mismo apartado del artículo 20 se determina que el juez solo debe condenar cuando tenga convicción de la culpabilidad del procesado. Así, en una primera revisión, es fácil observar que la presunción de inocencia es un derecho de aquel que está sujeto a un proceso penal que establece una distribución de la carga probatoria específica –no le corresponde a este probar su inocencia, sino al Estado probar su culpabilidad– y que fija un estándar probatorio concreto –la inocencia del individuo solo puede dejar de presumirse cuando existe convicción de su culpabilidad–.

Esta diversidad de dimensiones que tiene tal derecho es algo asumido por los tribunales mexicanos, reconociéndose en diversos criterios que la presunción de inocencia consiste en un derecho poliédrico que tiene diversas manifestaciones relacionadas con garantías de distintos aspectos del proceso penal. Sin embargo, como bien advierte Jordi Ferrer (2012), esta diversidad de dimensiones y facetas tiene que ser revisada para evitar solapamientos y redundancias. Queda pendiente, pues, un trabajo de depuración acerca de qué facetas sí son propias de la presunción de inocencia y cuáles se refieren más específicamente a otras garantías previstas en la Constitución. Ferrer analiza críticamente las dimensiones de este derecho que tienen más relevancia en el Derecho español<sup>17</sup>. En tanto que, como ahora señalaré, el análisis de Ferrer es aplicable a las dimensiones reconocidas en México, paso a desarrollar la clasificación que propone el autor:

(1) Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. En esta dimensión, hay dos situaciones en las que esta presunción parece ser relevante: aquella en la que está implicado el poder sancionador estatal –que se refiere a las repercusiones de este principio en procesos similares<sup>18</sup>– y en las relaciones privadas –que se refiere

<sup>15</sup> Con ello no pretendo insinuar que este derecho antes no formara parte del sistema jurídico mexicano. De hecho, hay antecedentes de él desde la Constitución de Apatzingán de 1814 que establecía que «Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado» (Artículo 30). Lo que sucede es que antes de 2008 se consideraba que se trataba de un principio implícito en la constitución; así lo establecen distintos criterios jurisprudenciales, por ejemplo: «Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución Federal». (PSCJN XXXV/2002)

<sup>16</sup> A nivel convencional, hay que subrayar que la presunción de inocencia está contemplada en el artículo 8.2 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*: «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...»; y en el artículo 14.2 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

<sup>17</sup> El trabajo de este autor, como ya señalaba, está orientado a revisar cuáles de estas dimensiones y facetas corresponden concretamente a la presunción de inocencia. De este análisis concluye que casi todas las facetas llevan a la hipertrofia de la presunción y que las únicas que tiene sentido identificar específicamente con ella son las de la presunción como regla de trato procesal y como regla de juicio – siempre y cuando se resuelva el problema de la falta de objetividad del estándar de prueba– (Ferrer, 2012, p. 185).

<sup>18</sup> En un inicio la presunción de inocencia se estableció como un principio exclusivamente aplicable al procedimiento penal. Así se estableció en la tesis aislada –superada por contradicción–: «Presunción de

a las repercusiones del principio en el trato entre particulares; por ejemplo, la prohibición de que los medios de comunicación difundan información sobre la culpabilidad de un individuo sobre el que aún no hay una sentencia condenatoria<sup>19</sup>–.

(2) Dimensión procesal de la presunción de inocencia. Dentro de esta dimensión es posible identificar cuatro facetas: (2.1) La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal: en este sentido, la presunción establece un límite para el legislador en el diseño del proceso penal y para los aplicadores del derecho en sus interpretaciones. (2.2) La presunción de inocencia como regla de trato procesal: esta faceta establece el deber de tratar al procesado como si fuera inocente hasta que, después de un proceso debidamente desarrollado, se determine su culpabilidad<sup>20</sup>. (2.3) La presunción de inocencia como regla probatoria: esta faceta subraya que la forma de derrotar dicha presunción no es cualquier declaración judicial de culpabilidad, sino que esta debe ser el resultado de un procedimiento de asignación de responsabilidad que permita sostener que dicha persona es causalmente responsable de haber cometido la conducta<sup>21</sup>. (2.4) La presunción de inocencia como regla de juicio: esta faceta se centra en las etapas de valoración de las pruebas y de la toma de la decisión. Por una parte, establece que, en el supuesto de que no haya pruebas de la culpabilidad del individuo, este debe ser declarado inocente. Por otra parte, comprende el principio de *in dubio pro reo*: cuando el resultado de la valoración de la prueba sea insuficiente para satisfacer el estándar de prueba jurídicamente exigido –en el caso del proceso penal mexicano es el estándar de «más allá de toda duda razonable<sup>22</sup>»–, la consecuencia es que no se derrota la presunción y la persona debe ser declarada inocente<sup>23</sup>).

Esta breve aproximación al derecho de presunción de inocencia da lugar a dos importantes conclusiones:

---

inocencia. Constituye un principio constitucional aplicable exclusivamente en el procedimiento penal». (SSSCJ N XC/2012 [10a.]). Actualmente podemos observar cómo dicho principio se expande a procedimientos similares, por ejemplo: «Procedimiento para el fincamiento de responsabilidades resarcitorias. Le son inaplicables los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*». (TCC III.7o.A.34 A [10a.]) «Presunción de inocencia. Este principio es aplicable al procedimiento administrativo sancionador, con matices o modulaciones». (PSCJN 43/2014 [10a.]). «Presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado en materia penal. Este derecho fundamental puede tener un efecto reflejo en otros procedimientos o ámbitos donde se establezcan consecuencias desfavorables para una persona sujeta a proceso penal». (PSSCJN CCCLXXII/2014).

<sup>19</sup> Lo anterior se corresponde con la previsión del artículo 6 de la constitución cuando establece que la manifestación de ideas puede limitarse cuando ataque la vida privada o los derechos de terceros. Igualmente, existen también criterios que abundan específicamente en ello como: «Presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal. Elementos a ponderar para determinar si la exposición de detenidos ante medios de comunicación permite cuestionar la fiabilidad del material probatorio». (PSSCJN CCC/2016 [10a.]).

<sup>20</sup> Respecto a esta faceta encontramos criterios específicos como: «Presunción de inocencia como regla de trato procesal». (PSSCJN 24/2014 [10a.]).

<sup>21</sup> Por ejemplo, los siguientes criterios: «Pruebas de descargo. El juzgador debe valorarlas en su totalidad a fin de no vulnerar la presunción de inocencia del imputado». (PSSCJN CCXVII/2015 [10a.]). «Presunción de inocencia como regla probatoria». (PSSCJN 25/2014 [10a.]).

<sup>22</sup> El *Código Nacional de Procedimientos Penales* establece el estándar de prueba en el tercer párrafo del artículo 402: «Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado».

<sup>23</sup> En este sentido van los siguientes criterios jurisprudenciales: «Presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. Contenido de este derecho fundamental». (PSCJN VII/2018 [10a.]). «Presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. Condiciones para estimar que existe prueba de cargo suficiente para desvirtuarla». (PSCJN VI/2018 [10a.]). «*In dubio pro reo*. Este principio goza de jerarquía constitucional al constituir una regla implícita de la presunción de inocencia». (PSCJN VIII/2018 [10a.]) «Presunción de inocencia como estándar de prueba». (PSSCJN 26/2014 [10a.]).

(1) En realidad, no estamos ante una presunción, sino ante un principio constitucional complejo. Explicado de una manera muy simple, las presunciones establecen una relación entre hechos conocidos y hechos por conocer. Así, constituyen un deber para el juzgador al momento de valorar las pruebas: el juez debe tener por probados ciertos hechos cuando se prueban ciertos hechos previos –es decir, la estructura de la presunción es «si está probado A, entonces debe presumirse B<sup>24</sup>»–. Sucede que, además, en algunas ocasiones las presunciones son la formalización de máximas de la experiencia; esto es, el resultado inductivo de comprobar reiteradamente la regularidad entre dos acontecimientos<sup>25</sup>. Por ejemplo, la presunción de paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio tiene uno de sus fundamentos en la constatación de que, en la mayoría de los casos en los que una mujer casada tiene un hijo, el padre es el cónyuge de la mujer<sup>26</sup> –por supuesto, esto también responde a que lo anterior ofrece la protección más amplia al menor–. En el caso de la presunción de inocencia esto no sucede. En primer lugar, no se cumple con la estructura básica de cualquier presunción, ya que no hay un hecho base que, de probarse, active la presunción en el momento específico de la valoración probatoria. En segundo lugar, sería muy dudoso establecer que el sustento de la presunción de inocencia es la regularidad fáctica; en realidad, en muchos delitos, las máximas de la experiencia justo nos dirían lo contrario. De aquí que antes haya señalado que parte del desconcierto que provoca este derecho puede explicarse por el hecho de que la experiencia no apoya la tesis de que en la mayoría de los casos en los que existe una acusación contra una persona esta sea inocente. Es más, en algunos supuestos existen estereotipos descriptivos con sustento estadístico para presumir lo contrario.

(2) La relevancia de la presunción de inocencia como principio fundante del Derecho penal. Y es que a este derecho subyace un criterio de justicia que se ha considerado justificado para edificar este ámbito: el Derecho penal pretende castigar al culpable y absolver al inocente, pero en el caso de que no se tenga certeza de que esto se cumplirá, considera preferible absolver a un culpable que castigar a un inocente –la distribución del error–. Además, blindar la exigencia de comprobación de la hipótesis acusatoria es una especie de garantía epistemológica, en tanto que está orientada a buscar la culpabilidad verdadera –la que se corresponde con los hechos– del procesado.

Lo que podemos observar con todo lo anterior es que el derecho de presunción de inocencia se erige como una defensa contra la arbitrariedad de la autoridad. Así, el proceso penal se construye de tal forma que una persona solo puede ser declarada culpable cuando la hipótesis de la acusación ha sido constatada en la mayor medida posible. Tal y como señala Luigi Ferrajoli:

La presunción de inocencia hasta la condena definitiva es ciertamente un legado de la cultura jurídica moderna. En el proceso medieval este principio no existía; y la insuficiencia de la prueba, siempre que subsistiera una sospecha o duda respecto de

<sup>24</sup> Sobre esto también Ferrer: «... una norma que establece una presunción tiene la forma “Si está probado A, presúmase B”. A es el hecho base de la presunción. B el hecho presumido. Si la presunción es *iuris tantum*, será posible derrotarla en caso de que se pruebe que, aunque haya ocurrido A no ha ocurrido B, pero la no ocurrencia de B deberá ser probada para derrotar la presunción. Si la presunción es *iuris et de iure*, una vez probada la ocurrencia de A, B será presumido y aceptado en el razonamiento sin posibilidad de prueba en contrario» (2012, p. 168).

<sup>25</sup> En muchas ocasiones las presunciones no tienen sustento fáctico, sino que se trata de reglas tendentes a proteger otro valor distinto al de verdad.

<sup>26</sup> Es importante hacer notar que este mismo ejemplo también ha sido objeto de diversas interpretaciones derivadas de los estereotipos normativos de género. Por ejemplo, verla como una presunción que “protege” el honor de la mujer casada o como una presunción que establece un mandato implícito de que una mujer solo debe tener hijos de su esposo.

la culpabilidad, equivalía a una semiprueba, que conllevaba un juicio de semiculpa y la semicondena a una pena más leve (2018, p. 124).

En este sentido, hacer excepciones a este derecho se vuelve cuestionable porque interfiere, primero, con una pauta fundamental de la justicia penal (dimensión normativa) y, segundo, porque hace peligrar la fiabilidad de la comprobación de la hipótesis acusatoria –dimensión epistemológica–. Es decir, «el derecho que se examina es un derecho absoluto de su titular, que deberá regir para él sin restricciones ni atenuaciones posibles, pues tiene todo el derecho a toda la presunción de inocencia, en todos los casos» (Andrés Ibáñez, 2019, p. 62).

Ahora bien, hay que examinar si lo anterior es compatible con una perspectiva de género que, precisamente, requiere de acciones afirmativas que reviertan la desigualdad estructural de las mujeres en los procesos de justicia penal. Yo sostengo que dicha compatibilidad es posible en tanto no se pretenda equiparar el derecho de presunción de inocencia –en los términos antes señalados– con un derecho de presunción de víctima del mismo alcance. El potencial de dicha compatibilidad estaría entonces, en indagar sobre qué demandas legítimas hay detrás del reclamo de que el sistema de justicia violenta institucionalmente a las mujeres. Aquí me interesa destacar dos.

(1) Una de esas demandas consiste en que la construcción de un proceso penal que procure el esclarecimiento de los hechos y la determinación de una sentencia justa no implica una descalificación de quienes se identifican como víctimas. La existencia de estereotipos normativos afecta de manera particular la experiencia de las mujeres como víctimas, especialmente debido a la larga historia de cuestionamiento de la credibilidad de su testimonio (Fernández, 2015.). La aparente inocencia del procesado no trae aparejada la duda sobre la victimización. De hecho, son las afirmaciones que hace una persona como víctima las que serán objeto de indagación, por lo que el impacto de descalificar dichas afirmaciones, además de ser re-victimizante, puede afectar por completo el objetivo de búsqueda de la verdad del proceso penal. Tener por cierto, sin ningún tipo de investigación, el relato acusatorio de la víctima implica, ciertamente, presumir contra el reo, lo cual es contrario a la presunción de inocencia. Sin embargo, hay un salto infundado entre esto último y la hostilidad hacia la víctima, la devaluación de su fiabilidad y su abandono en tanto no se concluya que, en efecto, es víctima del condenado.

(2) Otra de las importantes demandas que hay que poner de manifiesto es que el Estado debe actuar positivamente de acuerdo con el grado de vulnerabilidad de quien se dice víctima. Esto no quiere decir que en todos los casos penales hayan de tomarse medidas que impliquen un reconocimiento del estatus de víctima, que incluso puedan implicar límites a la libertad de otros. La perspectiva de género reivindica lo que Iris Young identificaba como la política de la diferencia, la cual a veces envuelve el reconocimiento de que en algunos casos es necesario «ignorar el principio de igual tratamiento a favor del principio que postula que las diferencias de grupo deberían ser reconocidas en las políticas públicas y en las políticas y procedimientos de las instituciones económicas, con el objetivo de reducir la opresión real o potencial» (2000, p. 26). En definitiva, la toma de consciencia de una estructura social de dominación en perjuicio de las mujeres justifica que las autoridades deban diferenciar la situación de este grupo y diseñar una serie de medidas de protección y acompañamiento en aquellos casos en los que acuden al sistema penal como víctimas. Es necesario subrayar que el Estado violenta a las mujeres cuando sus agentes no actúan según sus obligaciones en casos de violencias por razón de género hacia ellas, siendo omisos respecto a la toma de medidas para prevenir la violación a sus derechos y para posibilitar su acceso a la justicia (Sordo, 2018, p. 425).

Las mujeres que han sufrido violencia y acuden a instancias judiciales se encuentran en una situación de vulnerabilidad que no puede atenderse solo manteniendo las formalidades del proceso. Hay algunos casos en los que la perspectiva de género puede motivar el asignar a una mujer la condición de víctima a efectos de recibir medidas de protección y recibir el auxilio necesario para reponer su posición. La existencia de estereotipos descriptivos con base estadística puede aportar un buen sustento en este sentido. Por ejemplo, en los supuestos en los que una mujer denuncia violencia o amenazas por parte de su pareja. Los datos sobre violencia ejercida en el ámbito de la pareja permiten sostener que es probable que, en efecto, esa mujer haya sufrido violencia y requiera del respaldo institucional para seguir el juicio y mantener su integridad intacta. Esto no constituye ningún detrimento al debido proceso ni debería predisponer al juzgador sobre la culpabilidad del procesado. Sin embargo, como he señalado ya, es necesario revisar críticamente las creencias que tenemos sobre el género. Así, aunque siga muy presente la idea de que la imparcialidad del juzgador consiste en su neutralidad, dado que ello permitirá que su deliberación parta de una página en blanco que se escriba solo con los hechos que consten en el proceso, esta idea de la jurisdicción parece muy alejada de la realidad. El desarrollo de los deberes profesionales es mucho más complejo y exige el discernimiento respecto a las creencias y motivos que subyacen a nuestras posiciones.

## 5. Conclusiones

No puede existir una presunción de víctima que tenga un papel similar al que tiene la presunción de inocencia entendida como principio constitucional complejo. Sin embargo, podemos tener políticas públicas e instrumentos jurídicos que combatan la discriminación hacia las mujeres y que garanticen la protección integral de las mujeres violentadas, así como funcionarios públicos que contribuyan a paliar las desigualdades, incorporando la perspectiva de género y, con ella, la reflexión situada en torno a los intereses de las mujeres cuando se encuentran en un entorno que las hace vulnerables. Por ejemplo, actitudes como minimizar el daño sufrido, exigir mostrar huellas de violencia física, insinuar que el daño no habría sucedido si se hubiera comportado de otra manera, etc. Elena Larrauri sostiene que «incorporar la variable género implica analizar cómo esta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son “idénticos”» (2009, p. 43). Así, hay que entender que ser una víctima mujer tiene implicaciones particulares, al igual que las tiene el ser una mujer procesada o castigada.

En México, desde el año 2007 se cuenta con una Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en la que se reconoce la violencia institucional como aquellos actos u omisiones de los funcionarios públicos que discriminan o que obstaculizan, demoran o impiden que las mujeres puedan satisfacer sus derechos. En este tema, pues, corresponde a nuestras instituciones y servidores públicos –aunque no solo a ellos– tomar consciencia y actuar sobre las desigualdades que aun afectan a las mujeres y sobre el rol que juegan los estereotipos normativos –sobre cómo debe vivir una mujer, cómo debe comportarse una víctima, cómo debe responderse a la violencia, etc.– en la investigación de delitos que implican violencia hacia ellas.

## Bibliografía

- Andrés Ibáñez, P. (2019). Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible. *Revista do Ministério Público*, 160, pp. 59- 77.
- Arena, F.J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de Derecho*, vol. XXIX, nº. 1, pp. 51-75.
- Braithwaite, J. y Pettit, P. (2002). *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Reino Unido: Clarendon Press.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema
- Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 48, pp. 131- 155.
- Cortina, A. (2000). *Ética mínima*. Madrid, España: Editorial Tecnos, sexta edición.
- Duff, A., (2015). ¿Hacia una teoría del Derecho penal? *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*, Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Fernández Rodríguez De Liévana, G. (2015). Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: El papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 5, nº. 2, pp. 498-519.
- Ferrajoli, L. (2018), *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2012). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia en *Contribuciones a la filosofía del derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Fletcher, G.P. (2001). Criminal Theory in the Twentieth Century. *Theoretical Inquiries in Law*, 2, pp.265–286.
- González Lagier, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y Derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2017). *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2016*. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016\\_presentacion\\_ejecutiva.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2019). *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2019*. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2019/doc/cngspspe\\_2\\_019\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2019/doc/cngspspe_2_019_resultados.pdf)
- Larrauri, E. (2009). Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y Derecho penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, pp. 37-55.
- Manrique, L. (2019). Delitos de odio y motivos emocionales. *Análisis Filosófico*, vol. XXXIX, nº. 2, pp. 191-220.
- Mill, J.S. (1991). *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Nino, C. S. (2008). Derecho penal y democracia. *Fundamentos de Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Gedisa.
- Poggi, F. (2019). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 42, pp. 285-307.
- Pozzolo, S. (2019). ¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 51, pp. 1-28.
- Sordo Ruiz, T. (2018). Violencia institucional por razón de género contra las mujeres: casos paradigmáticos en el Estado mexicano. *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 76, nº 149, pp. 421-440.
- Tesis Aislada núm. P. VIII/2018 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 11 de Enero de 2019.

- Tesis Aislada núm. P. XXXV/2002 (9ª.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 1 de Agosto de 2002,
- Tesis Aislada núm. 2a. XC/2012 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala, 31 de Enero 2013.
- Tesis Aislada núm. III.7o.a.34 a (10a.) de los Tribunales Colegiales de Circuito, 14 de Junio de 2019.
- Tesis Aislada núm. P./J. 43/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 30 de Junio de 2014.
- Tesis Aislada núm. 1a. CCCLXXII/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 31 de Octubre de 2014.
- Tesis Aislada núm. 1a. CCC/2016 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 2 de Diciembre de 2016.
- Tesis Aislada núm. 1a./J. 24/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 30 de Abril de 2014.
- Tesis Aislada núm. 1a. CCXVII/2015 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 30 de Junio de 2015.
- Tesis Aislada núm. 1a./J. 25/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 30 de Abril de 2014.
- Tesis Aislada núm. P. VII/2018 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 11 de Enero de 2019.
- Tesis Aislada núm. P. VI/2018 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 11 de Enero de 2019.
- Tesis Aislada núm. P. VIII/2018 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Pleno, 11 de Enero de 2019.
- Tesis Aislada núm. 1a./J. 26/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 30 de Abril de 2014.
- Vaz Ferreira, C. (1979). *Lógica viva. Moral para intelectuales*. Caracas, Venezuela: Editorial Biblioteca Ayacucho.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid, España: Ediciones Cátedra. Traducción de Silvina Álvarez.

**Cuando la salud sexual y (no) reproductiva es objetada a conciencia. Un análisis desde la teoría política y el enfoque de derechos**  
When sexual and (non-) reproductive health is objected to consciousness.  
An analysis from the political theory and the rights approach

María Julieta Cena

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

ORCID ID 0000-0003-4333-1451

[mjulietaacena@gmail.com](mailto:mjulietaacena@gmail.com)

**Cita recomendada:**

Cena, M. J. (2021). Cuando la salud sexual y (no) reproductiva es objetada a conciencia. Un análisis desde la teoría política y el enfoque de derechos. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 172-185.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6068>

Recibido / received: 14/01/2020  
Aceptado / accepted: 24/07/2020

**Resumen**

El presente trabajo aborda la tensión entre la salud sexual y (no) reproductiva y la objeción de conciencia cuando es ejercida ante interrupciones legales de embarazos, desde una perspectiva crítica feminista con enfoque de derechos. A tales fines, el análisis gira en torno al Estado de derecho como escenario político donde convergen las fuerzas antagónicas de los movimientos feministas y las resistencias heteropatriarcales religiosas. Para ello, se visibiliza a la salud sexual y (no) reproductiva en el marco de los derechos humanos, así como las particularidades de la objeción de conciencia en dicho terreno, sus consecuencias y efectos en términos de democracia e igualdad.

**Palabras clave**

Objeción de conciencia, salud sexual y no reproductiva, interrupciones legales de embarazos, Estado de derecho, democracia, igualdad, derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos.



**Abstract**

*This work deals with the tension between sexuality and non-reproduction health and conscientious objection when it is exercised in the face of legal interruptions of pregnancies, from a feminist critical perspective with a rights focus. For this purpose, the analysis revolves around the rule of law as a political scenario where antagonistic forces typical of the struggles of feminist movements and hetero-patriarchal religious resistance converge. Sexual and (non-) reproductive health is made visible in the framework of human rights and the particularities of conscientious objection in this field, as well as its consequences and effects in terms of democracy and equality.*

**Keywords**

*Consciousness objection, sexual and non-reproductive health, legal interruptions of pregnancy, rule of law, democracy, equality, human rights, sexual and reproductive rights.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La salud sexual y no reproductiva: definiciones desde un enfoque de derechos humanos. 3. Objeción de conciencia y el deber de obediencia en casos de salud sexual y no reproductiva. 4. La objeción de conciencia ante la salud sexual y no reproductiva: religión, Estado y movimientos sociales. 5. Algunas consideraciones sobre el alcance de la objeción de conciencia frente a la salud sexual y no reproductiva en términos de democracia e igualdad. 6. Reflexiones finales.

**1. Introducción**

La objeción de conciencia (en adelante OC) ha permitido en distintos momentos históricos, abstenerse de cumplir diversas obligaciones legales como acto de resistencia a las relaciones de poder hegemónicas (Puga y Vaggione, 2015, p. 94). Tradicionalmente, y en contextos de respeto al pluralismo, se ha presentado como una herramienta democrática que permite la convivencia de sectores de cosmovisiones éticas diferentes. Sin embargo, frente a los derechos sexuales y reproductivos (DSR), en general, y la salud sexual y (no) reproductiva (SS/SR), en particular, la figura se complejiza y obliga a su revisión.

Es menester destacar que la OC toma relevancia inscrita en un Estado de Derecho democrático<sup>1</sup> donde el imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular, exige la sumisión a ella de todos los poderes: estatales, no estatales, sociales, económicos, religiosos, etc., (Díaz, 2010, pp. 25-32). No obstante, y paradójicamente, mediante la OC los ordenamientos han posibilitado incumplimientos normativos en aras de la protección de derechos individuales.

Tradicionalmente, la OC fue justificada como un mecanismo que protegía al pluralismo y las disidencias ante los criterios mayoritarios consagrados en las leyes, sobre todo aquellas que legislaban sobre el servicio militar y la guerra. Con el tiempo, a la par que se debilitaba la utilización de la figura en dicho terreno, la figura fue

<sup>1</sup> El presente trabajo girará en torno a la OC en el marco del Estado de Derecho democrático por entender que la problemática es trascendente en dicho sistema socio-político legal. Sin embargo, a los fines de ejemplificar la manera en que la cuestión ha sido planteada frente a políticas de reivindicación e institucionalización de derechos de salud sexual y (no) reproductiva, en algunas oportunidades, haré referencia a situaciones específicas de ciertos países, conjugando así un análisis teórico-práctico.

ganando fuerza en el ámbito sanitario, principalmente ante interrupciones legales de embarazos<sup>2</sup> (en adelante ILE) (Triviño Caballero, 2018, p.199).

Por su parte, los DSR, en el marco de los derechos humanos (DH), supone entenderlos como aquellos que comprenden tanto derechos referidos al libre ejercicio de la sexualidad, como a la autodeterminación y a la reproducción sexual (Richardson, 2000, pp. 105-135; Peñas Defago, 2012, pp. 196-201). Ciertamente es que, en los ordenamientos jurídicos estatales, se pueden encontrar legislaciones relativas a derechos vinculados con la "reproducción" (por ejemplo, leyes sobre fertilizaciones asistidas, partos respetados, seguridad durante el embarazo, etc.), como a la "no reproducción" (anticoncepción, reasignación genital por identidad de género, contracepción quirúrgica, etc.). Estos últimos, y sobre todo las ILE, al escindir la sexualidad de la reproducción y cuestionar los roles de sexo genéricos, producen fuertes resistencias por parte de los sectores heteropatriarcales religiosos<sup>3</sup>.

Si bien los DSR importan una amplia gama de derechos vinculados con el respeto a la dignidad humana (tales como la igualdad, la educación sexual, el derecho a una vida libre de violencia, entre otros), a los fines del presente análisis me detendré en las tensiones de la OC cuando es interpuesta ante derechos de SS/SR, particularmente ante ILE. Tal especificidad responde al entendimiento de que, en el entramado de los DSR, las ILE cuestionan el control de los cuerpos gestantes inscrita en la SS/SR como DH.

A medida que los Estados legalizan las interrupciones de embarazos, sectores conservadores heteropatriarcales con fuerte impronta religiosa arbitran múltiples mecanismos de resistencia entre los que se destacan la OC (Cena, 2020, pp. 149-160; Savulescu, 2006, pp. 294-297; Vaggione y Puga, 2015, pp. 104-105). En ese marco, la OC ha abandonado el alcance tradicional y tomado una extensión significativa que, conjugado con el poder e influencia de los/as profesionales de la salud, potencia la posibilidad de que su implementación desarticule políticas públicas de acceso a la SS/SR (Puga y Vaggione, 2015, pp. 104-105; Alegre, 2009, pp. 21-22; Cena, 2020, pp.149-160). A esto debe agregarse la situación de desigualdad en el vínculo personal sanitario y usuario/a del sistema de salud, así como el deber relacional<sup>4</sup> de los/as profesionales de la salud, en tanto actores imprescindibles para las realizaciones de las prácticas relativas a SS/SR en el marco de los sistemas institucionales.

<sup>2</sup> Utilizaré el término "interrupciones legales de embarazos" por entender que el mismo nuclea los abortos reconocidos normativamente por los ordenamientos jurídicos, más allá del sistema o modalidad con el que se los permita (abortos por causales, interrupciones voluntarias, etc.). Para mayor información sobre los sistemas y contextos recomiendo la lectura, a la que, por razones de brevedad me remito, de Bergallo, P. (2011). Introducción. La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate. En P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (pp. 1-54). Buenos Aires, Argentina: Ed. del Puerto.

<sup>3</sup> La denominación intenta nuclear la heterogeneidad de características que guarda el activismo de los sectores opuestos a los DSR. En particular, sobre la OC, cabe aclarar que las convicciones que se aluden para la abstención de ILE están vinculadas a concepciones sobre la vida y el biopoder médico íntimamente ligados a lo religioso, más allá de la impronta secular. Para más información sobre la propuesta conceptual "activismo heteropatriarcal" recomiendo la lectura de Morán Faúndes, J. M. (2018). Religión, secularidad y activismo heteropatriarcal: ¿qué sabemos del activismo opositor a los derechos sexuales y reproductivos en Latinoamérica? *La ventana. Revista de estudios de género*, 5(47), 97-138. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-94362018000100097&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362018000100097&lng=es&tlng=es)

<sup>4</sup> Tal y como profundizaré más adelante, los "deberes relacionales" generan obligaciones en virtud de una determinada relación personal. En el caso de la OC en el ámbito sanitario, el vínculo surge en virtud del ejercicio de una profesión u oficio. Para mayor información sobre el concepto, recomiendo la lectura de Gardner, J. (2018). *From personal life to private law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

En este entramado el Estado cumple un rol trascendental como actor político de las acciones y decisiones necesarias para la consumación de la igualdad. Lo expuesto, en tanto por un lado reconoce el DH a la SS/SR mediante la legalización de las interrupciones de embarazos y, por el otro, permite que las personas obligadas se abstengan de cumplir la orden legal bajo el halo de objeciones de conciencias de amplia interpretación. En otras palabras, cuando el Estado, por acción u omisión, genera posibilidades de acción de la OC como una opción y no como un recurso excepcional incumple los compromisos democráticos de igualdad.

Por estas razones, en el presente trabajo analizaré la tensión existente entre la OC y las ILE (como derecho de SS/SR) desde un enfoque de DH que posiciona a los Estados como garantes de las obligaciones internacionalmente contraídas (Etchichury, 2015, pp. 13-15; Peñas Defago, 2012, p. 197). Concibo pues, que el Derecho debe ser entendido como un discurso social que en su interrelación dota de sentido las conductas y convierte en sujetos a quienes lo practican. Y, además, tiene la particularidad de detentar una función paradójica: por un lado, legitima las relaciones de poder y, por el otro, goza de potencialidad como un instrumento para la transformación (Ruiz, 2003, p.1).

## 2. La salud sexual y no reproductiva: definiciones desde un enfoque de derechos humanos

La noción DSR condensa procesos sociales, políticos y normativos (Petracci y Pecheny, 2007, p. 19) de reciente institucionalización, con fuerte participación y acción de los movimientos por los DH, la diversidad sexual y los feminismos. Así, los DSR están conformados por un conjunto de derechos enunciados en los tratados internacionales que, a partir de la década de los noventa, comienzan a incorporarse lentamente en el discurso de los DH (Vaggione, 2012, pp. 47-49) y en las legislaciones internas de los Estados.

En el año 1994, en Egipto, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo: El Cairo (CIPD)<sup>5</sup>, mediante la cual la comunidad internacional reconoció formalmente las desventajas y desigualdades sexo-genéricas perpetuadas por las estructuras, centrándose en una concepción de derechos más allá de los aspectos demográficos. Dentro de ese marco se desarrollaron importantes definiciones para las luchas por la igualdad de género, los DSR, las acciones para mejorar la situación de las niñas, el estatus de la mujer, la situación de los adolescentes, etc.

Las recomendaciones producto de esta conferencia conformaron lo que se ha denominado «Programa de acción». Este programa enfatiza tanto el derecho a la libre decisión como la necesidad de eliminar toda forma de coacción en relación a la salud como componentes básicos para garantizar la SS/SR de la población. De esta manera, se definió la salud reproductiva como un estado de bienestar general tanto físico como mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias vinculadas con el sistema reproductivo, funciones y procesos.

Tal como enunciara al comienzo, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como la libertad para decidir procrear o no, cuándo y con qué frecuencia (CIPD, 1994, p. 37). En efecto, la salud sexual se proyecta en «...el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente en el asesoramiento en materia de reproducción y enfermedades de

---

<sup>5</sup> Naciones Unidas. (1994, septiembre). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. Recuperado de [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf).

transmisión sexual» (CIPD, 1994, p. 37). Asimismo, la atención y ejercicio de la SS/SR se traduce en el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyan a evitar y resolver la afectación de estos derechos.

En cuanto al sistema universal de DH, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en el año 2016, emitió la Observación General N°22<sup>6</sup>, mediante la cual ratifica que la SS/SR forma parte del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Por consiguiente, los Estados partes del PIDESC deben garantizar que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluida la SS/SR.

La igualdad a la luz del derecho a decidir sobre la sexualidad y la reproducción o no, exige la visibilización de las desigualdades sociales, económicas y políticas de las mujeres y personas gestantes<sup>7</sup> en relación a los hombres. Corresponde entonces revisar el discurso de los DH desde el reconocimiento de la diversidad y los feminismos, así como de los contextos sociales y culturales (Correa y Petchesky, 1995, p. 117), en tanto las mujeres y personas gestantes no tienen las mismas posibilidades de decisión a causa de las relaciones de poder que permean la vida, reproducidas y perpetuadas por las estructuras y los activismos de los sectores heteropatriarcales religiosos.

El estatus de legalidad de las interrupciones de embarazos es crucial para la salud y los DH de las mujeres y personas gestantes, así como también el acceso a prácticas seguras y eficaces, para lo cual el Estado debe arbitrar legislaciones y políticas públicas adecuadas. De esta forma, las ILE, como parte de la SS/SR, plantean la reivindicación de una verdadera igualdad y acceso a la ciudadanía, susceptible de ser obstaculizada si no están dadas las condiciones necesarias y disponibles los recursos materiales humanos y simbólicos para el conjunto de individuos y grupos que forman la comunidad política de cada sociedad (Petracci y Pecheny, 2007, pp. 32-37). Dentro de ellos, se inscribe la capacidad de personal sanitario disponible para la atención permanente de las ILE.

### 3. Objeción de conciencia y el deber de obediencia en casos de salud sexual y no reproductiva

La doctrina ha conceptualizado clásicamente la OC como:

Aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones (Gascón Abellán, 1990, p. 85).

En este sentido, la OC se presenta como una clase de desobediencia al Derecho (Gascón Abellán, 1990, pp. 27-40; Pietro Sanchis, 2011, p. 981) que goza de resguardo jurídico al sortear las sanciones correspondientes por incumplimiento a

<sup>6</sup> Naciones Unidas. (2008, mayo). *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos hum Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos%20hum%20Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html)

<sup>7</sup> Usaré este término para referir tanto a los derechos de las mujeres como a los de otras identidades LGTBQ+ que tengan posibilidad de gestar y, por consiguiente, se encuentren en condiciones de requerir ILE.

la ley. Tal es, que las primeras incorporaciones a los ordenamientos jurídicos fueron asociadas a la abstención del servicio militar obligatorio sin condenas por infracción.

La potencia de las luchas que confrontaban el poder del Estado en democracias liberales promovió el reconocimiento explícito de la OC como un derecho, llegando incluso a consignarse en algunas constituciones nacionales. Actualmente, en el mundo occidental, siete cartas magnas refieren a la figura de manera expresa, principalmente ligado al servicio militar. Ellas son las constituciones de España, Rumania, Portugal, Ecuador, Paraguay, Cuba y Venezuela<sup>8</sup>.

Históricamente la doctrina diferenció la OC de la desobediencia civil, por determinar que aquella no debería apelar a un sentido de justicia, sino limitarse a no cumplir con una obligación legal por considerar que no existen bases para una comprensión mutua. Si bien los fundamentos para la abstención al servicio militar obligatorio giraron en torno a motivos políticos y/o religiosos<sup>9</sup>, su migración hacia el sistema sanitario estuvo fuertemente vinculado a convicciones heteropatriarcales de base religiosa motivadas por el reconocimiento de la SS/SR como derecho. En efecto, a la par de la legalización de las interrupciones de embarazos, la agenda jurídica también extendió el uso de la OC al personal sanitario. Tanto es así que, en muchas oportunidades, las licencias a no cumplir con las obligaciones profesionales en el ámbito de las ILE, surgen de las mismas normas que reconocen el derecho a la interrupción.

Se diría pues que ciertos sectores heteropatriarcales religiosos contrarios a los DSR, a través de la OC, adoptan una retórica secular<sup>10</sup> que les permite sostener las

<sup>8</sup> Constitución de Cuba. Título V. Capítulo II. Artículo 54: «La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos».

Constitución de Ecuador. Título II. Capítulo 6. Artículo 66: «Se reconoce y garantizará a las personas: (...) El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza».

Constitución de España. Título I. Capítulo Segundo. Artículo 30.2.: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». Título I. Capítulo Cuarto. Artículo 53.2.: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

Constitución de Paraguay. Parte I. Título II. Capítulo II. Artículo 37: «Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan». Parte I. Título II. Capítulo XI. Artículo 129: «Quienes declaren su objeción de conciencia prestarán servicio en beneficio de la población civil, a través de centros asistenciales designados por ley y bajo jurisdicción civil. La reglamentación y el ejercicio de este derecho no deberán tener carácter punitivo ni impondrán gravámenes superiores a los establecidos para el servicio militar».

Constitución de la República Portuguesa. Parte I. Título II. Capítulo I. Artículo 41.6.: «Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, en los términos que establezca la ley».

Constitución de Rumania. Título II. Capítulo II. Artículo 42.2.: «No constituye trabajo forzoso: a) El servicio militar, así como las actividades sustitutorias realizadas, de acuerdo a la ley, por motivos religiosos o de objeción de conciencia».

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Título III. Capítulo III. Artículo 61: «Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos».

<sup>9</sup> Para mayor información sobre los fundamentos de las objeciones a otras obligaciones, por cuestiones de brevedad, recomiendo la lectura de Triviño Caballero, R. (2014). *El peso de la conciencia: la objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*. Madrid, España: CSIC.

<sup>10</sup> Para más profundidad sobre la secularización de las estrategias religiosas recomiendo las lecturas de Mujica, J. (2007). *Economía Política del Cuerpo. La reestructuración de los grupos conservadores y el biopoder*. Lima, Perú: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos;

situaciones de poder y control sobre la sexualidad y la reproducción. Por consiguiente, pugnan por una OC reconocida como un derecho irrestricto y con un amplio alcance. Desde esta premisa, la OC es ejercida como estrategia jurídica susceptible de desarticular políticas públicas destinadas al ejercicio de los DSR (Ariza Navarrete, 2012, p. 26).

Si seguimos el criterio tradicional analizado de la OC y, por consiguiente, sostenemos que la obediencia de las normas es un problema para las minorías (Rawls, 1971, pp. 405-410), la desobediencia tiene otro alcance cuando proviene de sectores de poder mayoritarios en términos cualitativos. Lo expuesto nos ocupa en tanto que la capacidad política para generar legislación de quienes objetan prácticas de ILE los/as sitúa más cerca de las mayorías que de las minorías en sentido posicional y relacional (Puga y Vaggione, 2015, p. 114). Es que, al contrario de lo que sucedía cuando se reclamaba la abstención de obligaciones al servicio militar, en la OC en el terreno de la SS/SR confluyen el poder médico con convicciones de fuerte impronta religiosa (Alegre, 2009, pp. 15-16; Cena, 2020, pp. 149-176), que, en contextos sociopolíticos de alta permeabilidad a las posiciones religiosas, tienen alto impacto e influencia en la toma de decisiones. Estas circunstancias nos plantean la necesidad de cuestionarnos si la OC, en la actualidad, frente a casos de SS/SR, configura las condiciones tradicionalmente desarrolladas para su procedencia y, si en este sentido, es dable todavía entenderla como un acto que aporta a la democracia y cuáles son las estrategias estatales al respecto.

La extensión que la figura tiene en la actualidad ante las ILE genera inclusiones de conflictos que se asemejan más a desobediencias civiles con fuerte identificación a posicionamientos religiosos. De hecho, quienes defienden una noción amplia de la OC rechazan el apego a sus concepciones tradicionales por entender que ello obturaría un supuesto devenir histórico de la objeción, recomendando la implementación de la designación plural “objeciones de conciencias” (Triviño, 2018, pp. 200-203) como señal de multiplicidad y generalidad.

#### 4. La objeción de conciencia ante la salud sexual y no reproductiva: religión, Estado y movimientos sociales

La influencia de los movimientos feministas en el discurso de los DH logró mayor visibilización y debate en torno a los DSR, inaugurando una nueva etapa sobre su discusión jurídica (Vaggione, 2012, pp. 45-48). Estos movimientos feministas reclaman reconocimientos legales y políticos con impacto en la sociedad en su conjunto y no solo en el colectivo representado, lo que en términos de Offe (1992, pp. 163-188) daría a llamarse «nuevos movimientos sociales».

En particular, los movimientos feministas se han caracterizado por instar la satisfacción de los DH mediante la protección de la identidad, dignidad y el tratamiento equitativo (Offe, 1992, pp. 163-188). Por consiguiente, la articulación del concepto de DH con derechos de la mujer y otras identidades, así como de autonomía e integridad física y psíquica con SS/SR, obliga a los Estados de Derecho democráticos a la promoción y facilitación de transformaciones en los sistemas de justicia, de salud, de educación, de policía, entre otras (Montaño, 1996, p. 8). En este sentido, los

---

Vaggione, J.M. (2012). La “cultura de la vida”. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos. *Religião e Sociedade*, 32(2), 57-80; y Vaggione, J.M. (2013). Laicidad y sexualidad. En P. Salazar y P. Capdevielle (coords.), *Colección “Jorge Carpizo”*. Para entender y pensar la Laicidad (pp. 435-440). México D.C., México: UNAM y IIDC.

movimientos feministas son actores con capacidad para transformar las estructuras sociales a través de la reflexión y la identificación (Jessop, 2014, pp. 1-17).

Sin embargo, pese a los avances legislativos, persisten obstáculos institucionales, políticos y simbólicos que manifiestan la resistencia a los DSR e impactan en el acceso a las ILE. Tal como refería previamente, la estrategia implementada por sectores heteropatriarcales a través del reconocimiento de la OC sanitaria y su ejercicio como derecho incólume, guarda en sí un potencial obstaculizador a las ILE y, en consecuencia, sobre su plena efectivización como derecho.

En los escenarios sociopolíticos convergen las influencias tanto de los movimientos feministas que pugnan por reconocimientos de derechos, como de los sectores heteropatriarcales religiosos que buscan sostener la hegemonía de la moral dominante. La reactividad de estos últimos brota ante los avances legales por los cuales los feminismos logran disputar la sexualidad, como eje clave del control social que ejerce el poder religioso (Puga y Vaggione, 2015, pp. 104-105). En este contexto, la religión rescata la construcción política de la OC y la significa como estrategia jurídico-discursiva que incide en el acceso a las ILE (Alegre, 2009, pp. 21-22). La posibilidad de que la objeción moral se traduzca en afectación de derechos es sumamente preocupante en términos de igualdad democrática y de legitimidad del Estado de Derecho, máxime cuando la afectación impacta en los derechos a colectivos que sufren injusticias en términos de redistribución y reconocimiento (Fraser, 2006, pp. 25-39). Por consiguiente, la OC, frente a las ILE, tiene un efecto mucho más público que las objeciones opuestas ante otras obligaciones, lo que la aleja de los preceptos democráticos<sup>11</sup>.

Como bien señala Offe, las sociedades modernas deben enfrentar, en el marco democrático, el problema central de «mantener la diversidad en el interior de la sociedad civil, tratando al tiempo de conseguir en cierta medida, unidad o “ligazón” desde la autoridad política» (Offe, 1992, p. 168). Siguiendo a Jessop (1999, pp. 1-37), cuando se reconoce a la OC como un derecho amplio frente a las ILE, el Estado cristaliza la selectividad estratégica a favor de los sectores heteropatriarcales religiosos que impactan en las acciones jurídicas políticas. De esta manera, es el mismo sistema político normativo el que permite reglamentaciones que, por insuficientes o ausentes, posibilitan un ejercicio abusivo de la OC. En otras palabras, de esta manera el Estado favorece el curso de acción estratégico del sector heteropatriarcal religioso, en desmedro de los derechos de SS/SR.

Interpretar la OC ante las ILE como un derecho de amplio contenido y alcance prima los intereses de las morales religiosas heteropatriarcales sobre los intereses de los colectivos representados por los movimientos feministas. De esta manera, cuando un Estado de Derecho regula ampliamente la OC u omite la concreción de políticas públicas que tiendan a limitarla, está permitiendo la imposición política y burocrática de una moral religiosa y sus técnicas de control sobre los cuerpos “desviados” (Foucault, 2016, pp. 26-28; Jessop, 2007, pp. 109-151). Así, no solo se incumplen las obligaciones internacionales de DH, sino que, a su vez, clausura el desafío de las

---

<sup>11</sup> Para profundizar en las características que la distinguen, recomiendo las lecturas de Alegre, M. (2009). *¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers*, paper 66. Recuperado de: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/) y Triviño Caballero, R. (2014). *El peso de la conciencia: la objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*. Madrid, España: CSIC.

democracias modernas de mediar entre “diversidad y unidad” en los desacuerdos de valores (Offe, 1992, p. 168).

Normas que priorizan, por acción u omisión, la OC ante el acceso a las ILE, cristalizan la orientación estatal frente a las fuerzas antagónicas que disputan la conformación de valores de las subjetividades sociopolíticas. Si bien la garantía de la OC como protección a las libertades individuales es trascendente en un Estado democrático, cuando es propuesta ante la SS/SR debe ser contemplada como una excepción y no como una opción del personal sanitario. De lo contrario, el Estado posibilita su ejercicio como una herramienta de presión que confirma el poder de los sectores heteropatriarcales religiosos. Poder entendido en términos relacionales como «la capacidad de una determinada fuerza para producir un evento que de lo contrario no ocurriría» (Jessop, 2014, p. 28), con influencia en los procesos políticos y en las capacidades del Estado.

Como bien señala Jessop:

Las estructuras del estado tienen un impacto específico y diferencial sobre la capacidad de las distintas fuerzas políticas para perseguir sus intereses y estrategias particulares en contextos específicos, a través de su control sobre y/o su acceso (in) directo a estas capacidades estatales [capacidades cuya efectividad también depende de los vínculos que establecen con fuerzas y poderes que existen y operan más allá de los límites formales del estado] (Jessop, 2014, p. 31).

La falta de regulación adecuada y la ausencia de sanciones posibilitaron la extensión de la OC sanitaria hasta ser una de las principales barreras de acceso a las ILE (Botero, Cárdenas y Zamberlin, 2019, pp. 139; Diniz, Madeiro y Rosas, 2014, pp. 146-148; Ariza Navarrete y Ramon Michel, 2018, p. 7). El carácter específico y contextual del poder según la perspectiva estratégica relacional (Jessop, 2014, pp. 1-17), obliga a resaltar el escenario desigual en el que se desarrolla la OC a las ILE, que potencia el impacto obturador de la figura en dicho terreno. Es que las personas usuarias del sistema sanitario se encuentran en situación de subordinación y sujeción respecto a los/as profesionales de la salud. Situación donde “poder y saber” se articulan como control de los cuerpos gestantes: «poder y saber se implican directamente el uno al otro (...), no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo una relación de poder» (Foucault, 2016, p. 28).

Las prácticas de la OC ante las ILE visibilizan la reproducción de estereotipos sexistas y preconceptos religiosos que buscan sostener el poder biomédico y el control sobre los cuerpos gestantes. Es que «en las objeciones se cristalizan un puñado de prejuicios que son simultáneamente médicos, jurídicos y sociales, pero que, al traducirse en el ejercicio unilateral de un desproporcionado poder, la negación a prestar un servicio, tiene un costo excesivamente alto para quienes requieren un(a) ILE» (Botero, Cárdenas y Zamberlin, 2019, p. 145).

Cabe agregar que quienes se encuentran cumpliendo prestaciones sanitarias tienen obligaciones en relación con otras personas determinadas, así como deberes con el interés público en cuanto está en juego el derecho a la salud. Por consiguiente, las obligaciones incumplidas por quienes objetan en estos casos son menos transferibles que los que se encontraban en juego ante las objeciones al servicio militar. Es así que, desde una teoría realista crítica (Jessop, 2007, pp. 109-151), podemos advertir que, cuando la OC no posee una regulación adecuada, las estructuras privilegian las identidades y estrategia de los sectores heteropatriarcales religiosos. Lo expuesto en tanto los efectos de la interposición de la OC a las ILE depende de las definiciones estatales al respecto.

En este entramado, la religión lejos está de ser el referente de la cohesión social, tal como enuncia Durkheim para las sociedades tradicionales (Giddens, 1999, pp. 183-200). De hecho, tampoco logra sortear el problema del individualismo propio del Estado moderno capitalista, toda vez que la OC es una figura de neto corte liberal que busca proteger las libertades individuales de los/as profesionales de la salud. Por consiguiente, el Estado define y monitorea las fronteras entre las distintas feminidades y masculinidades castigando y clasificando las conductas desviadas de las que no lo son. Es decir, al plantearse la OC como un derecho que es habilitado por el Estado en términos amplios, se establecen cuáles son las conductas y roles en la disputa por el reproductivo de la sexualidad.

El Estado emplea diversos medios de intervención que, en el caso en concreto, se representan en la utilización estratégica del Derecho. Cuando la OC es contemplada como una alternativa legítima de acceso automático, la norma se convierte en la herramienta mediante la cual sectores heteropatriarcales religiosos confirman su poder para interpretar, construir, seleccionar y reproducir, según su propia moral, los cuerpos e identidades. En virtud de lo expuesto podemos sostener que existen formas particulares del patriarcado que están institucionalizadas y son reproducidas por el Estado moderno, tal como sucede en el caso de la OC frente a la SS/SR.

La concepción de la OC a las ILE como un derecho prioritario, naturalmente ligado a los derechos fundamentales, corre el riesgo de transformarse en un recurso contrario a la legitimidad democrática que le ha reconocido (Triviño, 2018, p. 205). Recurso que, a su vez, permitirá la imposición de una moral sobre el derecho a la salud de quienes se encuentran en un estado de sujeción.

### 5. Algunas consideraciones sobre el alcance de la objeción de conciencia frente a la salud sexual y no reproductiva en términos de democracia e igualdad

Finalmente, las OC en el terreno de la SS/SR nos enfrenta a una cuestión esencialmente conflictiva en nuestras sociedades: la igualdad-desigualdad. En concreto, nos ubica en las desigualdades producto de las diferencias, estereotipos y jerarquizaciones sexo-genéricas.

En el año 2016, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) se pronunció manifestando el impacto discriminatorio de la OC en el terreno de la SS/SR, en particular sobre bases socioeconómicas, territoriales y de género<sup>12</sup>. Cabe resaltar que el Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) establece que los Estados parte deben velar por la salud de las mujeres que se encuentran en circunstancias especialmente difíciles (Comité CEDAW, 1999, p. 4)<sup>13</sup>. Es decir, que la salud de las mujeres debe ser analizada a la luz de la interseccionalidad<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, Complaint No. 91/2013. (2016, julio). *Resolution* [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#\[f%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDIdentifier%22:\[%22reschs-2016-3-en%22\]\]](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#[f%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDIdentifier%22:[%22reschs-2016-3-en%22]])

<sup>13</sup> Naciones Unidas. (99-02). *La Mujer y la Salud. Recomendación General N° 24*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

<sup>14</sup> La "interseccionalidad" es un concepto acuñado por el feminismo afroamericano estadounidense incorporado en el discurso académico por Kimberlé Crenshaw en «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», originalmente publicado en la Revista *University of Chicago Legal Forum*, con la finalidad de cuestionar la tendencia a tratar raza y género como categorías aisladas y hasta excluyentes. De esta manera, ratifica la variedad del colectivo "mujeres", explicando la especial situación de aquellas que se

Es que el derecho a la salud como hecho social se ve afectado por las posiciones y desigualdades tales como la raza, la etnia y/o el género (Lema, 2015, pp. 293-310). En ese marco, la SS/SR se presenta como una prerrogativa seriamente restringida a causa de numerosos obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales vinculados de manera directa con múltiples y concomitantes discriminaciones de género, donde la OC tiene un rol estratégico.

La OC, ante las ILE, tiene enormes repercusiones e implica la afectación de derechos de mujeres y personas gestantes, producto de la preservación de ciertas convicciones morales o libertades, por sobre otras. Siguiendo a Nussbaum (2011, p. 81), vivir en democracia significa respetar decisiones con las que no siempre vamos a estar de acuerdo. Por ello, la limitación de la OC ante las ILE pretende respetar los derechos de las personas a elegir estilos de vida y autodeterminación para evitar imposiciones morales. La libertad de conciencia y religiosa, como fundamentos de la OC, son procedentes e incluso deseables, siempre y cuando no afecten, a lo que, en términos de Nussbaum (2011, pp. 76-78), se denomina: el «interés nacional de orden superior», tales como la vida, la salud y la integralidad corporal. La situación de vida, salud e integralidad corporal que se ponen en juego en las ILE pautan los riesgos en torno a la OC, de la misma forma que el orden público cuestionado. Todo ello conduce a la urgencia en la creación de respuestas restrictivas y adecuadas por parte de los Estados. Las divergencias de la figura en el ámbito conducen a la necesidad de una respuesta restrictiva por parte de los Estados.

Si bien la OC, al menos en su concepción clásica, ha aportado al pluralismo democrático, plantearla como una respuesta normalizada en el terreno de la SS/SR posibilita la reproducción e imposición de morales totalizadoras a la vez que pueden quebrantar la legitimidad de las instituciones que facilitan la convivencia colectiva (Triviño, 2018, p. 202). Si en una sociedad democrática habilitamos la posibilidad a determinadas personas de exceptuarse al cumplimiento de específicas cargas legales originadas en su profesión es necesario que esto sea previsto como excepción. Una regulación adecuada de la figura, fijando límites claros y precisos, se presenta como una medida urgente que los Estados de Derecho deben adoptar.

En sociedades plurales, es menester poner el foco en cuan justas son las instituciones que nos inscriben y mediante las cuales socializamos (Miyares, 2003, pp. 12-13). Instituciones socializadoras, como la sanitaria, son la base para democracias más igualitarias donde el reconocimiento debe ser el paradigma. Por ello, la redefinición y análisis de la OC, cuando es interpuesta ante la SS/SR, debe ser hecho bajo el cristal de la perspectiva de género y el enfoque de Derecho. Solo de esta manera se podrán superar las imposiciones morales que reproducen y perpetúan las discriminaciones de género.

En ese marco, los Estados, mediante el Derecho, tienen el deber de regular las relaciones para que sus habitantes logren su realización, pero con un claro eje de ordenar en torno a la inclusión. Estas son las nociones de bien común que una OC abusiva pone en tensión. Cuando los Estados legalizan las interrupciones de embarazo, pero no limitan las estrategias de resistencia susceptibles de obstaculizar, los DSR son forjados como concesiones de las que pueden seleccionarse cuáles merecen respeto y cuáles no. Siguiendo a Miyares (2003, pp. 14-43), la teoría política construye a los sujetos y la cohesión social. Por ello, es importante que cuando se reconoce la libertad y la igualdad, se ponga el foco en las mujeres y las personas

---

encuentran en la “intersección” de variadas causas de discriminación, que las ubica en una situación de subordinación más gravosa que la acumulación de las mismas (Barrère Unzueta, 2010, pp. 228-235).

gestantes, ya que no tendremos libertad ni posibilidad de elegir si no hay un verdadero reconocimiento de Derecho, con la correlativa garantía para su ejercicio.

## 6. Reflexiones finales

La acción, reacción e interacción de las fuerzas sociales en juego activan los poderes del Estado. En el caso de la OC en el terreno de la SS/SR y, en concreto, ante ILE, se advierte como ha conjugado la influencia de la religión en el diseño de las políticas públicas y las normas, a punto tal que se da lugar a regulaciones estratégicamente amplias a favor de la procedencia de la OC. Esta selectividad coadyuva a la finalidad ulterior de quienes ejercen la OC como herramienta de control moral sobre los cuerpos gestantes.

En la misma línea, al establecerse normas que, por un lado, reconocen los derechos de SS/SR y, por otro, permiten la OC en términos de derechos sin límite eficaces, el Estado arbitra un sistema funcional en la discriminación de género mediante el que se constituyen categorías de ciudadanos y ciudadanas. De esta manera, los ciudadanos o ciudadanas que exigen la OC motivados en la convicción de que las ILE no deben realizarse, tienen una ciudadanía más efectiva que aquellas personas a las que afectan con su accionar.

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que en el diseño de políticas públicas no tiene la misma repercusión la exigencia de los derechos de SS/SR, que aún son analizados bajo ópticas morales y de excepción o desviación, que las libertades religiosas que pretenden protegerse con la objeción. Cuando la OC es receptada como un derecho con un contenido y alcance amplio e irrestricto, se reconocen y privilegian las fuerzas religiosas que se posiciona más allá del Estado, y se configuran concesiones a determinados sujetos (categoría de ciudadanos y ciudadanas), permitiéndoles exceptuarse legalmente del cumplimiento de una norma. Todo lo cual es funcional al control social, a la confirmación de un poder y a la gubernamentalidad.

Desde esta perspectiva, y siguiendo a Fraser (2006, pp. 25-39), es necesario que la OC, frente a casos de SS/SR, en general, y, en particular, ILE, deba ser ejecutada desde la óptica de políticas de reconocimiento transformadoras de las instituciones y la cultura, para permitir así avanzar en la igualdad, como principio fundamental de una democracia. Es que con la OC en el terreno de la SS/SR se materializan prejuicios médicos, jurídicos y sociales, que al complementarse con el ejercicio de poder/saber de quienes son las personas responsables de prestar los servicios de salud, se traduce en una figura con un excesivo costo para quienes pugnan por reconocimientos y accesos a derechos (Botero, Cárdenas y Zamberlin, 2019, p. 145).

Es imprescindible que, en el marco del Estado de Derecho, se arbitren las medidas y decisiones necesarias para evitar que su ejercicio obstruya el acceso a derechos que tienden a la igualdad. Tomarse en serio la OC significa impedir que un recurso que originariamente promovía la protección de las convicciones personales de las minorías, hoy se traduzca en una imposición de las morales dominantes. De lo contrario «se daría la paradoja de propiciar precisamente aquello contra lo que fue pensado, es decir, situaciones de abuso de poder que perjudiquen a quienes ostentan la posición más débil» (Triviño, 2018, pp. 206-207).

## Bibliografía

- Alegre, M. (2009). ¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, (66), 1-37. Recuperado de: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/).
- Ariza Navarrete, S. y Ramón Michel, A. (2018). *Una vuelta de tuerca a la objeción de conciencia: Una propuesta regulatoria a partir de las prácticas del aborto legal en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: CEDES e IPAS.
- Ariza Navarrete, S. (2012). Resistencia al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia. *Revista Derecho Penal*, Año I (N°2), 23-36. Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120189-ariza\\_navarrete-resistencias\\_al\\_acceso\\_al.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120189-ariza_navarrete-resistencias_al_acceso_al.htm).
- Barrère Unzueta, M. A. (2010). La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (87-88), 225-252. Recuperado de: <https://www.aragon.es/documents/20127/674325/7.%20Barrere%20Unzueta,%20OM.%C2%AAAngeles.pdf/9fb6f5e3-0df2-05dd-664a-06e8fae03a46>.
- Botero, S., Cárdenas, R. y Zamberlin, N. (2019). ¿De qué está hecha la objeción? Relatos de objetores de conciencia a servicios de aborto legal en Argentina, Uruguay y Colombia. *Sexualidad, salud y sociedad. Revista Latinoamericana*, (33), 137-157.
- Cena, M. J. (2020). Objetar el aborto. En M. Jaime y F. Valdivia (ed.), *Mujeres, aborto y religiones en Latinoamérica. Debates sobre política sexual, subjetividades y campo religioso* (pp. 149-176). Lima, Perú: Flora Tristán y UNMSM.
- Correa, S. y Petchesky, R. (1995). Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, 6(1-2), 147-177.
- Díaz García, E. (2010). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, España: Taurus.
- Diniz, D., Madeiro, A., y Rosas, C. (2014). Conscientious objection, barriers, and abortion in the case of rape: a study among physicians. *Brazil. Reproductive Health Matters*, 22(43), 141-148. doi: 10.1016/S0968-8080(14)43754-6.
- Etchichury, H. J. (2015). El aporte del derecho en el enfoque de derechos. En H.J. Etchichury y M.I. Álvarez (Coord.), *Encuentros y (des)encuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales* (pp. 13-37). Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila.
- Foucault, M. (2016). *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978) (1ª ed., 5ª reimpression)*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Fraser, N. (2006). La Justicia Social en la era de la Política de la Identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* (pp. 17-88). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Gascón Abellán, M. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Giddens, A. (1999). *El capitalismo y la moderna teoría social*. Barcelona, España: Idea Books.
- Jessop, B. (2014). El Estado y el poder. *Utopía y praxis latinoamericana*, (66), 1-17.
- Jessop, B. (2007). *Capitalismo(s): Discursos y materialidad en las formaciones sociales capitalistas*. Córdoba, Argentina: EDUCC.
- Jessop, B. (1999). The Strategic Selectivity of the State: Reflections on a Theme of Poulantzas. *Journal of the Hellenic Diaspora*, 25 (1-2), 1-37.
- Lema Añón, C. (2015). Los desafíos del derecho a la salud: justicia social y condicionantes sociales de la salud. En S. Ribotta, y A. Rossett (ed.), *Los*

- derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 293-310). Madrid, España: Dykinson.
- Miyares, A. (2003). *Democracia feminista*. Madrid, España: Ediciones Cátedra.
- Montaño, S. (1996). *Los derechos reproductivos de la mujer*. Washington, D.C., EE.UU.: Corte IDH.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto. Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo (Entrevista de Daniel Gamper Sachse)*. Madrid, España y Buenos Aires, Argentina: Katz Editores.
- Offe, C. (1992). *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid, España: Editorial Sistema.
- Peñas Defago, M. A. (2012). Las políticas de salud sexual y reproducción desde un enfoque de derechos humanos. En J.M. Morán Faúndes, M.C. Sgró Ruata y J.M. Vaggione (eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* (pp. 191-223). Córdoba, Argentina: Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Petracci, M. y Pecheny, M. (2007). *Argentina, derechos humanos y sexualidad*. Buenos Aires, Argentina: CEDES.
- Pietro Sanchis, L. (2011). La objeción de conciencia sanitaria. En M. Gascón Abellán, M. del C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (coord.), *Derecho Sanitario y bioética. Cuestiones actuales* (pp. 981-1011). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Puga, M. y Vaggione, J.M. (2015). La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos. En M. Vassallo (comp.), *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto* (pp. 94-137). Córdoba, Argentina: Católicas por el Derecho a Decidir.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (1ª ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Edición mexicana González, M.D. (1979). *Teoría de la Justicia*. México D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- Richardson, D. (2000). Constructing sexual citizenship: theorizing sexual Rights. *Critical Social Policy*, 20(1), 105-135.
- Ruiz, A. (2003). El Derecho como discurso y como juego. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 38, 1-5.
- Savulescu, J. (2006). Conscientious objection in medicine. *British Medical Journal*, 332, 294-297.
- Triviño Caballero, R. (2018). Objeción de conciencia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (15), 198-208. Recuperado de: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4348>.
- Triviño Caballero, R. (2014). *El peso de la conciencia: la objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*. Madrid, España: CSIC.
- Vaggione, J.M. (2012). Introducción. En J.M. Morán Faúndes, M.C. Sgró Ruata y J.M. Vaggione (Eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* (pp. 13-55). Córdoba, Argentina: Ciencia, Derecho y Sociedad.

# Sobre los «vientres de alquiler». Debates y reflexiones desde la crítica feminista

## The «bellies for rent». Debates and reflections from feminist criticism

Luisa Posada Kubissa\*  
 Universidad Complutense de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-0553-0815  
[lposada@filos.ucm.es](mailto:lposada@filos.ucm.es)

### Cita recomendada:

Posada Kubissa, L. (2021). Sobre los «vientres de alquiler». Debates y reflexiones desde la crítica feminista. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 186-198.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6070>

Recibido / received: 09/04/2020  
 Aceptado / accepted: 29/06/2020

### Resumen

Este artículo quiere sumarse a la reflexión en nuestros días sobre la denominada «maternidad subrogada», que aquí se conceptualiza más bien como «vientres de alquiler». Para ello, hace una revisión de los principales argumentos en pro y en contra de esta práctica con el fin de situar este debate tan actual. A partir de ahí, este trabajo llega a sus propias conclusiones, que inscribe en la mirada crítico-feminista. Y entiende que esta práctica y la defensa de su regulación constituyen un refuerzo del sistema patriarcal. Un refuerzo que, en conjunción con el orden neoliberal reinante, no contribuye hoy a otra cosa que a ahondar la posición de desigualdad de las mujeres en nuestro mundo.

### Palabras clave

Maternidad, subrogación, «vientres de alquiler», contrato, feminismo.

### Abstract

*This article wants to participate in the current debate on the so-called «surrogate motherhood», which is here conceptualized rather as «bellies for rent». To do this, it reviews the main arguments for and against this practice in order to situate this current debate. From there, this work reaches its own conclusions, which are inscribed in the critical-feminist perspective. And it comes to the conclusion that this practice and the defense of its regulation constitute a reinforcement of the patriarchal system. A reinforcement that, in conjunction with the reigning neoliberal order, contributes today to nothing else but to deepen the position of inequality of women in our world.*

\* Luisa Posada Kubissa es Profesora Titular de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, miembro del Consejo del Instituto Universitario Feminista de esa Universidad de Madrid y del Grupo de Investigación de Estudios Feministas vinculado al mismo.



**Keywords***Maternity, surrogacy, «bellies for rent», contract, feminism.*

SUMARIO. 1. Situando el problema. 2. Argumentos para un debate. 3. Algunas reflexiones para concluir. 4. Bibliografía.

**1. Situando el problema**

«La legalización de los vientres de alquiler, el contrato que permite que mujeres fértiles gesten hijos/as para terceras personas, ha irrumpido con inusitada premura en el debate público» (Nuño, 2020, p. 2). Esta afirmación es sin duda acertada, como acertado es empezar por constatar que esa irrupción trae aparejados problemas filosóficos y morales, entendidos estos como lo que la humanidad sabe de sí y traduce en conceptos.

Precisamente desde esta visión filosófico-moral, esto es, desde la reflexión es desde donde nos vamos a situar aquí, dejando de lado el tratamiento jurídico-formal del problema que la gestación subrogada –o lo más conocidos como vientres de alquiler– ha suscitado y que ya ha sido objeto de más de un acercamiento reciente al mismo<sup>1</sup>.

De entrada, hay que decir que la manera de nombrar esta práctica no es en ningún modo algo neutral e indiferente, como no suele serlo nunca la manera de conceptualizar cualquier fenómeno, ya que, como ha repetido en numerosas ocasiones la filósofa Celia Amorós, conceptualizar es politizar. Así, cuando nos encontramos con la denominación de «gestación por sustitución» o «gestación subrogada» nos movemos en el terreno de la visión positiva de esta práctica, que parte de que «el incólume principio “mater semper certa est” está en crisis» (Lamm, 2012a, p. 32). Y, si esto es así, cabe reconocer que, con el actual desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida, la atribución de la función jurídico-social de madre puede corresponder a una persona distinta de la mujer gestante. Considerada como una opción alternativa, que esas nuevas técnicas posibilitan para tener acceso a la maternidad o a la paternidad cuando esta por diferentes motivos no es viable a la manera habitual, esta conceptualización se alinea claramente a favor de la regulación jurídica de esta práctica. Y argumenta en el sentido de que no hay ninguna objeción moral ni ética que pueda oponerse al hecho de que una mujer, que cumpla el papel de gestante, y otra mujer, que cumpla el papel de madre, no tienen por qué coincidir. Que esta práctica de gestación subrogada es ya una realidad palmaria en nuestra

<sup>1</sup> En este sentido, véase por ejemplo en nuestro entorno Balaguer, M. L. (2017); también Salazar Benítez, O. (2018). Especial atención al derecho comparado, y muy en particular a la situación en España y Argentina, dedica Lamm, E. (2012), recuperado de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>. En la línea de la consideración jurídica de esta práctica, pueden verse también, entre otros estudios, Cruz Méndez, J. M. (2012-2013); López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A. (2012); Vilar González, S. (2014); Albert, M. (2017). Una aportación muy completa a este tema desde la óptica del derecho es la publicación de la *Revista General de Derecho Constitucional* de su número 31 (número extraordinario) en enero de 2020 sobre ¿Prohibir o regular? El debate en torno la gestación por sustitución, coordinado por M. Díaz Crego y M. Pérez-Moneo. En este número se analiza detalladamente el contexto normativo de esta práctica, enfocándolo hacia el derecho internacional, así como al derecho comparado y la situación en España.

actualidad y que, por lo mismo, debe ser regulada legalmente, es otro de los argumentos que este tipo de conceptualización esgrime. Desde esta posición la idea-fuerza es la de la libertad: la libertad de las mujeres para decidir gestar hijos/as para otros y la libertad de los progenitores intencionales para poder cumplir su deseo de convertirse en madres y padres de hecho, venciendo los obstáculos que les impiden, por diferentes razones, satisfacer ese deseo por sí mismos.

En el polo opuesto a esta conceptualización se sitúan quienes hablan de «vientres de alquiler» o de «úteros de alquiler». Con esta denominación se quiere enfatizar el carácter mercantilizado de esta práctica que descansa sobre una relación contractual supuestamente libre de las partes. Esta visión obedece a que «las economías de mercado se han transformado en unas sociedades de mercado donde la lógica mercantilista y del contrato determina, no sólo las transacciones comerciales, sino el comportamiento individual y las relaciones humanas». Y ello habría conducido en nuestros días a lo que se ha conceptualizado como un nuevo paradigma:

Un nuevo paradigma, según el cual, no parece haber problema alguno en comprar todo lo que se encuentre en venta si media acuerdo, es legal y se tiene capacidad económica para ello. Donde el precio o el dinero libera al consumidor/a de cualquier responsabilidad ética o moral. En resumidas cuentas, si está en venta y se puede pagar, es legítimo comprarlo (Nuño, 2020, p. 26).

De este modo estamos ya en nuestros días ante la posibilidad real de comprar la capacidad reproductiva de una mujer y hacerlo, además, con su libre consentimiento en la forma de contrato. No es baladí señalar cómo ese contrato recae fundamentalmente en mujeres pobres, como es el caso de las mujeres más empobrecidas de la India (Amador, 2010). De manera que no cabe hablar de «vientres de alquiler» sin tener presente esta variable de clase. Pero ni siquiera esa variable, que sin lugar a dudas actúa decisivamente en la extensión de la práctica de la gestación para otros, sería suficiente a juicio de sus partidarios como para prohibir esta práctica, que se entiende inserta en propia práctica de la libertad reproductiva de las mujeres, junto con el derecho al aborto o la contracepción.

Algunos estudios de corte más filosófico abundan en cómo ya en Platón podemos rastrear esa voluntad por hacerse con la capacidad reproductiva de las mujeres o, al menos, con adscribirla a fines políticos más elevados: lo vemos «en la *República* donde la igualdad de varones y mujeres debe imperar y está asociada a la disolución de la familia para las clases superiores y a que el estado subrogue la maternidad de estas clases superiores» (González Suárez, 2017, p. 41). También hay quien retrotrae la práctica de la «gestación subrogada» al relato bíblico mismo:

Si bien la gestación por sustitución se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el Antiguo Testamento, cuando Sarah, frustrada por su incapacidad de tener hijos, instó a su esposo Abraham a tener relaciones sexuales con una mujer esclava, Hagar. De esta manera, su hijo Ishmael nació (Lamm, 2012a, p. 19).

Y la voluntad patriarcal e históricamente invariante de apoderarse de la capacidad reproductiva femenina es desvelada por alguna filósofa, como Luisa Muraro cuando, al hablar del orden simbólico de la madre que preconiza, acusa al pensamiento patriarcal de haber silenciado esa potencia materna, «después de haberla imitado y expoliado a las mujeres» (Muraro, 1994, p. 12).

Pero frente a estas lecturas más negativas hay, desde la posición feminista alineada con el liberalismo económico, pensadoras que rechazan de plano que se pueda intervenir por razones éticas o ideológicas en la libre decisión de las mujeres de

tomar parte en la lógica del mercado a partir de su autonomía reproductiva. Esta defensa de la libertad como libertad reproductiva de la mujer va de la mano, en algunos casos, de la defensa de la libertad de las mujeres para elegir el denominado «trabajo sexual». Tanto en un caso, como en el otro, se argumenta en favor de la libre elección y se defiende, en consecuencia, la regulación de la prostitución y de la maternidad subrogada como derechos de las mujeres a decidir sobre su sexualidad (Lamas, 2009)<sup>2</sup>. En la misma dirección se recalca que el deseo o la intencionalidad de procrear, aunque no sea biológicamente, es suficiente para garantizar la existencia de una nueva vida y que este debe ser el criterio a tener en cuenta como criterio de filiación paterno-maternal:

La filiación ya no transcurre por un determinismo biológico. Se convirtió en una construcción afectiva y permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad. La paternidad no es sólo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o resumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva (Lamm, 2012, p. 48).

El hecho de que las Técnicas de Reproducción Asistida hagan posible en la actualidad, entre otras cosas, la gestación para terceros hace que el debate esté servido. Pero ese debate va más allá del hecho mismo, para enmarcarse en la reflexión filosófico-moral y en la misma perspectiva crítico-feminista. Esta perspectiva ha sido muy crítica con respecto a las determinadas bondades de una subrogación de la gestación o de un alquiler de vientres que se pretenda guiada sólo por fines altruistas: «Por ello, al margen de la verosimilitud o la factibilidad del supuesto altruismo, el problema es que su legalización incrementaría su comercialización» (Nuño, 2020, p. 58). En el Reino Unido, Holanda y Bélgica existe una regulación en condiciones altruistas de esta práctica, así como, a excepción de Quebec, en Canadá. Este tipo de regulación comparte los argumentos conforme a los cuales, si bien esta práctica no es deseable en sí misma, la ley no puede ir en contra de la libre decisión sobre el propio cuerpo por razones altruistas, siempre que tal decisión no entrañe en ningún sentido relaciones contractuales injustas (Steinbock, 2004). En la misma línea, hay quien toma una dirección muy lockeana a la hora de defender, desde un liberalismo clásico, que toda persona tiene derecho a la propiedad sobre su cuerpo, lo que, de aceptarse, hace indiscutible la legitimidad de la llamada maternidad subrogada (Posner, 1989; Fabre, 2006). Así, se defiende la libertad de firmar un contrato para recibir en el útero un embrión fecundado con gametos ajenos o para que una mujer acepte un contrato según el cual le será introducido en el útero un embrión fecundado con los gametos de otras personas.

## 2. Argumentos para un debate

Pero habrá que ir por partes: según una de las muchas agencias intermediarias que se postulan por Internet para mediar comercialmente en el proceso de lo que denominan maternidad subrogada podemos hablar de dos formas básicas de esta práctica, cada cual con sus características específicas:

En cuanto a los tipos de subrogación, existen varias diferenciaciones como podría ser, por ejemplo, Gestación subrogada tradicional: Este tipo de gestación subrogada se da cuando una mujer es inseminada artificialmente con el esperma de un hombre que desea ser padre, y en el caso de no poseer espermatozoides útiles, se recurrirá a un donante. La madre subrogada aporta el óvulo del que saldrá el bebé, lo cual la hace madre biológica del bebé. No obstante, una vez el niño ha nacido, esta deberá dar en

<sup>2</sup> En una línea completamente opuesta a esta, véase Ekman, K. E. (2017), *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona.

adopción a ese niño a los futuros padres. Gestación subrogada gestacional: Este tipo de gestación subrogada es la más común, cuando se da este tipo de gestación subrogada, la madre gestante no tiene ningún vínculo genético con el bebé. La madre biológica antes de que se produzca la gestación, se someterá a un tratamiento de estimulación ovárica con el fin de conseguir varios óvulos. Estos óvulos que se consiguen de esta forma, serán posteriormente fecundados con el espermatozoides de su pareja. ¿Qué ocurre después de este punto? Después de este momento, los embriones que se han conseguido se van a transferir al útero de la madre subrogada, que es la persona que llevará a cabo el embarazo. Cuando se lleva a cabo este tipo de subrogación, los padres biológicos, son los que aparecerán en el certificado de nacimiento del bebé, es decir, los padres intencionales son los que van a quedar registrados como padres del hijo. Este caso también se produce en el caso de que los óvulos y/o espermatozoides procedan de otras personas que no sea la madre subrogada<sup>3</sup>.

En ambas modalidades que la agencia oferta se repite que la madre de alquiler, la que presta o vende su útero para llevar a término el embarazo, se compromete por contrato a ceder el producto a los padres y madres intencionales al término de este. Por tanto, antes que interesarnos las posibilidades que de hecho abren las Técnicas de Reproducción Asistida, lo que nos interesará plantear es la legitimidad de esta cláusula, que aparece como requisito en todas las prácticas y modalidades de vientres de alquiler. Desde la propia perspectiva liberal ha habido quien ha interpretado que la relación contractual de las partes, a la hora del alquiler de úteros, establece en realidad una relación de sometimiento (Okin, 1990). Y ello porque la mujer gestante accede a un contrato donde renuncia a sus derechos, como es el derecho de filiación, renuncia de antemano a decidir si desea o no mantener el fruto de su embarazo, renuncia de entrada a su condición de madre y, con todo esto, lo que está decretando en realidad es algo ilegítimo. Dicho en términos rousseaunianos, está consintiendo lo que es imposible consentir: su propia esclavitud.

Pero, desde una lectura completamente opuesta, se aduce que con el progreso de esas Técnicas de Reproducción Asistida la relación materno-filial, la relación parental, en suma, deja de atenerse a un criterio biológico o genético, para dar paso a su concepción como resultado de la libre voluntad que responde a razones de tipo social y cultural. Como se ha puesto de relieve, con tal lectura de lo que se trata es de primar por encima de cualquier imperativo biológico lo que es la mera voluntariedad:

Con las nuevas técnicas de reproducción humana, el principio cardinal del que hay que partir para entender con sensatez sus consecuencias en orden a las relaciones de filiación es que la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente genético y biológico y realzando el volitivo, de modo que, en concordancia con la idea según la cual la relación de filiación debe ser consecuencia, más que de una relación genética o biológica, de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser en la voluntariedad (Lamm, 2012, p. 50).

Se trataría, entonces, de dar prioridad a los deseos de los progenitores intencionales frente a la madre biológica cuando esta decide contratar su servicio como útero gestante a los primeros y renunciar a la relación de filiación materna.

Sin embargo, a juicio de algunas feministas que han sido pioneras en el estudio de este fenómeno, la concepción precedente, que pone por delante la paternidad/maternidad intencional, lo que hacen es pervertir o, más bien, despreciar

---

<sup>3</sup> Esta referencia ha sido recogida en Internet, entre las muchas ofertas de «maternidad subrogada» que se anuncian en la red. Ver aquí: <https://aeges.es/como-es-el-proceso-de-la-gestacion-subrogada/> (consultado: 20/02/2020).

qué significa realmente la maternidad (Anderson, 1990, p. 91). Según esta visión, al aplicar normas de carácter económico-transaccional a esta función materna, se viola su respeto y su consideración al menos en tres sentidos: primero, exigiendo a la mujer que reprima cualquier sentimiento parental hacia el/la recién nacido/a; en segundo lugar, enajenando a la mujer su propio trabajo reproductivo; y, en tercer lugar, en el caso de la subrogación no comercial, no ofreciéndole nada a cambio, pero exigiendo una contrapartida que cubra la demanda, cosa que caracteriza una relación de explotación.

Un argumento que se suele esgrimir para defender la regulación de los vientres de alquiler reza que la libertad que se reivindica para que la mujer pueda decidir legalmente la libre interrupción del embarazo debe presidir también la consideración de la maternidad por subrogación, ya que ambos casos giran en torno a la misma reivindicación: la libertad de las mujeres para decidir en el campo de su capacidad reproductiva. Pero a este argumento se ha objetado que el criterio para el primer caso no es extensivo sin más al segundo, ya que en el caso del acceso al aborto libre y legal no se vulnera ningún derecho de la mujer, en tanto que en el caso de los vientres de alquiler se antepone el deseo a la maternidad/paternidad ajenos al derecho y a la libertad de las mujeres. Y ello se inscribe en un modelo social y político que sigue perpetuando las relaciones desiguales entre los géneros y que, sólo de manera falaz, pretende hacer pasar la práctica de subrogación por una simple decisión individual (Roberts, 1995)<sup>4</sup>. Amén de que, como se ha subrayado, con esta práctica se vulnera la propia dignidad de la persona y su derecho a que su cuerpo no sea tratado como mercancía. Porque «la cuestión de los límites de la legislación en materia de derechos no es un asunto de derecho civil [...] la mercantilización que el Estado Liberal ofrece debe agotarse en los objetos y mercancías y no puede ampliarse a los cuerpos de las personas ni a partes de ellos» (Balaguer, 2017, p. 22).

Esos límites «en materia de derechos» se aplican al caso que nos ocupa: se acepta habitualmente que son derechos reproductivos el acceso a los anticonceptivos, a la educación sexual y afectiva y a la interrupción del embarazo en los términos regulados por ley. Pero lo que no parece ya tan claro es que se pretenda regular y amparar el deseo de tener hijos como si fuera un derecho. Y, por lo mismo, se apela incluso a un acuerdo internacional, que no solo no convirtiera la «maternidad subrogada» en derecho, sino que legislara para prohibirla (Bellver Capella, 2015). Otras posiciones, sin embargo, inciden en el deber del Estado en garantizar la maternidad/paternidad cuando esta es inviable por medios propios, ya que ello se inscribe en el derecho a una «vida buena» (Fabre, 2006, p.193). Estos dos argumentos enfrentados, como ya se ha señalado aquí antes, son los mismos que concurren en el debate entre partidarios de regular y legalizar la prostitución y aquellos que se declaran abolicionistas. En esta última posición lo que se argumenta es precisamente el límite de los derechos: nunca se puede tener derecho a la mercantilización de las mujeres y sus cuerpos, en línea con la máxima kantiana que sostiene que la persona es un fin en sí mismo y nunca un medio, en este caso para el placer de otros.

Si volvemos a centrarnos en el alquiler de vientres y el debate que genera, también se ha manejado el argumento del mal menor como razón para su regulación, aun cuando se acepte que dicha regulación legal nunca puede argumentarse por mor de la libertad: el mercado no puede regularlo todo, hay cosas que no se pueden someter a la lógica de la compra y la venta. Pero, aun así, la mera existencia de esta práctica

---

<sup>4</sup> Este es el sentido en el que Roberts contesta a las posiciones liberales de John A. Robertson en *Children of choice: freedom and the new reproductive technologies*, Princeton University Press, 1994.

vendría a ser razón suficiente para avalar, como decimos, la defensa de su regulación jurídica positiva. Sin embargo, también este argumento ha encontrado su contrarréplica:

Que un hecho se produzca de facto no representa un argumento ético ni legal para que se otorgue carta blanca. Si esto fuera válido para los vientres de alquiler, también lo sería para la trata, el tráfico de estupefacientes, el fraude fiscal o el abuso de menores, por poner solo algunos ejemplos. La idea no puede ser legitimar delitos o comportamientos no deseados, aunque sea solo en sus formas menos lesivas (Nuño, 2020, p. 71).

La idea de que hay bienes que no pueden ser objeto de contrato, ni siquiera en su forma de prestación contractual altruista, va de la mano de la denuncia de que el alquiler de úteros es una práctica que, además, ahonda la desigualdad, particularmente la de las mujeres más pobres. Para esta práctica se ha hablado de «extractivismo reproductivo», en el sentido de compararla con

una forma de agroextractivismo que se ha dado en llamar «agricultura por contrato», conforme a la cual los agricultores pobres del Sur alquilan sus tierras y su trabajo a empresas multinacionales, que les proporcionan los medios y conocimientos técnicos para conseguir un producto que, de no cumplir los requisitos del contrato, la empresa no se ve obligada a comprar finalmente (Puleo, 2017, p. 181).

Y se afirma que ello ocurre «de la misma manera que las criaturas que nacen con problemas no son aceptadas en un contrato de alquiler de úteros» (Puleo, 2017, p. 181). Tanto en el caso del extractivismo agrario como en el de los vientres de alquiler se pretende que estamos ante un pacto entre iguales, ocultando que esta práctica contractual se beneficia siempre de los más pobres y vulnerables y se refuerza gracias a sus condiciones de desigualdad:

Que las mujeres que alquilan sus vientres con grave perjuicio para su salud pertenezcan o bien a clases desfavorecidas del Norte (caso de algunos Estados de EEUU) o a los países del Sur global señala los límites de la libre elección. La maternidad subrogada se muestra, así, como una forma del extractivismo devastador, como un elemento más de esa constante transferencia de bienes del Sur al Norte, de ese flujo de mercancías que profundiza y perpetúa la desigualdad (Puleo, 2017, p. 183).

La regulación de los vientres de alquiler, así como de la prostitución, antes que como ejercicios de la libertad contractual ya fueron interpretadas por la crítica feminista en los años 80 del siglo precedente como el signo de que se estaba produciendo una auténtica «transformación del patriarcado moderno». Ese patriarcado moderno supuso el reemplazo del patriarcado paternal propio del orden estamental. Con la nueva consigna de igualdad se abrió un nuevo modelo político que implica el contrato social entre individuos libres e iguales. Tal contrato moderno, del que somos herederas y herederos, encubre un contrato previo, el contrato sexual, por el cual las mujeres quedan relegadas a una posición de desigualdad y excluidas de la consideración de iguales y ciudadanas del nuevo orden surgido del contrato social. Pues bien, cabe entender que ese orden contractual moderno se está modificando hoy en día por la irrupción de fenómenos actuales, como por ejemplo la práctica de los vientres de alquiler:

Así interpretado, este contrato, denominado de maternidad subrogada, es nuevo y ofrece un ejemplo dramático de las contradicciones que rodean al contrato y a las mujeres. El contrato de subrogación indica también que puede estar gestándose la transformación del patriarcado moderno. El derecho paterno está reapareciendo en una forma contractual nueva (Pateman, 1995, p. 288).

Si bien este contrato de alquiler como tal es nuevo, hay que repetir que la voluntad de apropiarse de la capacidad reproductiva materna y asignar al varón el principio activo de la procreación tiene una dilatada tradición de pensamiento, que se remonta incluso a los primeros pensadores de la Grecia antigua (Puleo, 2017, pp. 169-172; González Suárez, 2017). Pero es a partir de la modernidad y de su idea del libre contrato cuando los defensores de la maternidad para otros fundan sus reclamaciones de legalizar esta práctica en la idea de la libre disposición y el derecho sobre la propiedad, incluida la propiedad de la propia persona y, con ello, del propio cuerpo<sup>5</sup>.

Frente a esta idea de raíz liberal, Pateman ha discutido que quepa defender la auto-propiedad o la propiedad de la persona para justificar la subordinación, si queremos ahondar en un sistema democrático más libre y profundo (Pateman, 2002). En este sentido, siguiendo a esta pensadora, la gestación subrogada lo que hace «no es liberar a la mujer sino reproducir el modelo contractual que rige de manera jerárquica las relaciones entre hombres y mujeres, en el que siempre el cuerpo y la sexualidad de las mujeres han sido objeto de compraventa e intercambio» (Salazar Benítez, 2018, p. 199). Se trata, en fin, de cuestionar que, en un sistema de desigualdad estructural como el sistema patriarcal, se pueda realmente defender que hay libre consentimiento por parte de las mujeres a la mercantilización de sus cuerpos, sea en la forma de la prostitución, sea en la práctica de los vientres de alquiler. Lo que se evidencia es que «sexo y mercado están deviniendo más compañeros que nunca. Y por el camino se convierten en el modelo para legitimar cualquier uso del cuerpo si hay dinero por el medio. El eslogan que circula por la red “mi cuerpo es mío, sí a la prostitución, sí al aborto, sí a los vientres de alquiler” es una buena muestra de ello» (Miguel, 2016, p. 92). Dicho brevemente: el nuevo «neoliberalismo sexual» pretende hacer creer que hay libre elección allí donde tal cosa no es más que un mito (Miguel, 2015).

El hecho mismo de que el contrato de la madre gestante incluya la imposibilidad de que esta se retracte del mismo en un momento determinado invalida, además, la supuesta libertad o autonomía de la propia mujer que lo suscribe:

El argumento de los defensores de la gestación subrogada radica en la autonomía de la mujer que va a quedar embarazada, en su voluntariedad, junto a otras consideraciones relativas a la libertad reproductiva y a la propiedad del cuerpo. Sin embargo, constatamos una paradoja: un supuesto libre consentimiento, vía contrato o acuerdo, que anula, con respecto al futuro inmediato, la misma autonomía reproductiva de la mujer. Invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio, y desde el punto de vista de la ética, simplemente aberrante, pues liquida la propia autonomía como principio” (Guerra Palmero, 2017, p. 536).

Así, por tanto, no se puede apelar a una autonomía de la mujer gestante que, a la vez, se le niega para modificar su decisión. Y no se puede, porque la autonomía no se puede interpretar como algo que puede ser suspendido eventualmente. Esto resultaría ser tan contradictorio como si pensáramos que un esclavo liberado puede dejar de serlo en un momento determinado. En otras palabras:

Kant nos explicó que ceder la libertad y someterse a la tutela y los fines de otros no es una opción en la medida en que atenta contra la dignidad y degrada la humanidad en cada uno de nosotros. No es una cuestión interpretable: la autonomía no puede cancelarse temporalmente; debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado (Guerra Palmero, 2017, 536).

<sup>5</sup> Esta es el argumento fuerte de, por ejemplo, el conocido título de Fabré (2006).

Entendida la práctica de los vientres de alquiler fundamentalmente como una nueva expresión del capitalismo en su cara más neoliberal (Gimeno, 2018), el feminismo crítico con esta práctica ha rechazado que la misma pueda hacerse pasar por el ejercicio de la libertad con miras altruistas. Porque «la regulación altruista sólo favorecerá el mercado reproductivo», ya que «por mucho que se regule por contrato esta práctica altruista, es imposible regular que no haya pago detrás»: así parece avalarlo la experiencia con la que contamos, pues

conocemos los casos de Reino Unido y Canadá, y lo que va a suceder en este país si se regulase esta práctica de manera altruista. Solo permitirá que las personas puedan salir al mercado reproductivo y no tener los problemas registrales que existen. Si regulamos la práctica altruista, no aparecerán mujeres altruistas, pero se facilitará el mecanismo de registro de las parejas que van a seguir saliendo fuera a buscar esos hijos al mercado reproductivo (Miyares, 2018).

Hay quien ha incidido en que, antes que, frente a una cuestión de libertad, con los vientres de alquiler estamos frente a una práctica de mercantilización de las niñas y niños. Y lo estamos porque se trata de una práctica que se estructura mediante las normas de mercado de producción, distribución y uso o disfrute. Y desde esta perspectiva cabe concluir que «commodification is an ethical and cultural concept, not a legal one. Even if the pregnancy contract does not involve a transaction that is legally defined as a sale, it may still commodify children if it replaces parental norms with regard to rights and custody of children with market norms»<sup>6</sup> (Anderson, 1990, p. 72).

Precisamente los derechos del menor y la menor son esgrimidos habitualmente por una posición garantista de la gestación para otros. Se argumenta que los hijos e hijas de esta práctica tienen el superior derecho a ser registrados y asegurar su filiación civil en los países de destino final. Pero se ha objetado a estas pretensiones que «acreditados órganos internacionales consideran la gestación comercial como una modalidad de venta y tráfico de niños/as que atenta, por tanto, contra su dignidad y su interés superior», señalando cómo esto podría interpretarse así a la luz del Protocolo facultativo del Comité de Derechos del Niño, en su artículo 2 sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nuño, 2020, p.73). Y se ha razonado también que

La barrera entre la compraventa de un niño y el alquiler de un útero puede ser difusa en algunas ocasiones. Los dos contratos se parecen en la medida en que tienen por objeto cosas «fuera del comercio de los hombres», es decir, incontratables [...]. Nadie, que se sepa, ha pensado nunca en alquilar un útero para cosa distinta que, para lograr un hijo, ni se paga cantidad alguna simplemente para que una mujer geste un bebé, con independencia del destino del *nasciturus*. La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo (no un niño sin más, sino un niño que será mi hijo<sup>7</sup>) (Albert, 2017, p. 179).

### 3. Algunas reflexiones para concluir

A partir de estas líneas del debate que aquí se han recogido, podemos tratar de establecer algunas reflexiones a modo de conclusiones extraíbles de las mismas.

<sup>6</sup> «la mercantilización es un concepto ético y cultural, no legal. Incluso si el contrato de embarazo no involucra una transacción que se define legalmente como una venta, puede convertir a los niños en productos básicos si reemplaza las normas parentales con respecto a los derechos y la custodia de los niños por normas de mercado» (Traducción propia).

<sup>7</sup> La cursiva es del propio texto citado.

Enumeraremos estas conclusiones para que tengan un carácter más sistematizado y colaboren a ordenar lo expuesto hasta aquí.

1. Comencemos subrayando que la maternidad/paternidad –con el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida y su aplicación a la práctica de los vientres o úteros de alquiler– ha dejado de ser solo un hecho y se ha convertido también en una intención. No en balde se habla para los padres y/o madres contratantes de padres y/o madres intencionales. Pero cabe que nos preguntemos en qué consiste eso de la intencionalidad: derivado etimológicamente del latino *in-tendere*, su primer y literal significado es «tender hacia». Esta misma idea implica una conciencia que es la que *in-tendere* hacia algo externo o hacia sí misma. Aunque con ecos en el pensamiento anterior, realmente la conciencia no hará su aparición estelar en la arena filosófica, como sabemos, hasta la modernidad cartesiana. Y no entraremos aquí en las múltiples y variadas versiones filosóficas que esa conciencia intencional, o más exactamente que la intencionalidad ha tenido en sus expresiones husserliana, sartreana, scheleriana, heideggeriana, etc.

Para lo que aquí nos interesa, en términos más coloquiales y menos filosóficos, parece claro que la conciencia y la intencionalidad suelen ir asociadas a la subjetividad. Y la subjetividad no es precisamente el ámbito en el que se mueven las leyes. En otras palabras, la intencionalidad de convertirse en padres/madres, el deseo subjetivo de determinados individuos, no es suficiente para fundamentar una política jurídica que promulgue leyes que conviertan ese deseo subjetivo en un derecho a proteger.

2. La «voluntad procreacional» –esto es, el hecho de que «la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente genético y biológico y realzando el volitivo» (Lamm, 2012, p. 47 y 50)– se impone en la maternidad por sustitución a la propia voluntad de la madre gestante. Así, esta consiente en alquilar su vientre para otros por intereses que quedan lejos de ser intereses propios y se supeditan por contrato a los intereses de la madre/padre intencionales. Cuando hay pago de por medio, esto es obviamente así. Pero también en el caso de la supuesta gestación para otros de manera altruista: se puede decir que en «todo el proceso, tanto la hormonación, como la medicación, la atención sanitaria, incluso el parto mediante cesárea» se antepone «el éxito de la inseminación y la salud niño/a al de la gestante» (Nuño, 2020, p. 57). A lo que hay que añadir que, además, la programación de la cesárea es común en el caso de madres gestantes para otros, para facilitar que los progenitores intencionales puedan desplazarse y estar presentes en el momento del parto.

3. El carácter contractual de esta práctica –incluso en el caso de una motivación altruista en la que solo se cubren los costes de la atención requerida por la madre gestante– revela que la función de la madre contratada o alquilada no es otra que ceder o renunciar de entrada al fruto de su embarazo en pro de los progenitores contratantes. Pero, si esto es así, la madre por sustitución se convierte en el bien mismo que se regula por contrato y, de este modo, deviene en objeto de este. Ahora bien, aquí cabe atender a la máxima kantiana, «no es posible ser al mismo tiempo cosa y persona, propiedad y propietario»: Kant en concreto escribe que

El hombre no puede disponer de sí mismo. Esto supondría una contradicción. Pues sólo en cuanto persona es un sujeto susceptible de poseer cosas. De ser una propiedad de sí mismo, sería entonces una cosa. Al ser una persona no es una cosa sobre la que se pueda tener propiedad alguna. No es posible ser al mismo tiempo cosa y persona, propiedad y propietario (Kant, 1988, p. 205).

Y no es posible porque sólo la persona tiene capacidad y autonomía para elegir libremente, sin que le sea posible elegir dejar de ser persona y pasar a ser cosa u

objeto. De manera que esta orientación kantiana está muy alejada de la idea de la auto-propiedad de la persona de Locke, para situarse más bien en la órbita de la fórmula rousseauiana conforme a la cual nadie es libre de decretar su propia esclavitud.

4. Cabría objetar a estas consideraciones más filosóficas que de hecho la mujer gestante es libre y tiene autonomía total a la hora de aceptar el contrato de subrogación de su maternidad. Pero, como ya se ha apuntado antes, la libertad y la autonomía no puede restringirse a algo temporal, para venir a desaparecer como tales a lo largo del proceso. En otras palabras, si la gestante contrata el uso de su vientre al objeto de engendrar un hijo o hija para otros y pretendemos que lo hace libremente, no es posible establecer como cláusula contractual que no puede retractarse de su decisión ni durante el embarazo ni al término de este. Esta cláusula, sin embargo, está presente y es parte central de todo contrato de alquiler de vientre, con lo cual la supuesta libertad y autonomía de la contratada no quedan así garantizadas más que para una parte, y no la principal, del proceso contratado, esto es, para el momento preciso de sellar el pacto. A partir de ahí, sin embargo, queda totalmente coartada la posibilidad de retractación, cosa que en principio cualquier otro tipo de libre contrato contempla. En definitiva, cabe decir que, con este contrato, la madre de alquiler firma la coerción de su propia capacidad de auto-determinación.

5. Por otro lado, también la mercantilización del cuerpo de la madre gestante ofrece serias dudas sobre la legitimidad moral de esta práctica. Independientemente de si hay remuneración directa o sólo pago para cubrir las necesidades propias del proceso, la capacidad reproductiva de la gestante se convierte en una mercancía que anula la identidad de la mujer reduciéndola a un medio, precisamente el de ser un receptáculo vacío o vasija, del mismo modo que en la prostitución es reducida a un medio para la explotación sexual por parte de otros. En ambos casos, se impone una relación de mercado antes que un trato de igualdad y reciprocidad hacia la mujer gestante/prostituida. Y, además, ese trato refuerza la desigualdad estructural entre los sexos propia de un sistema patriarcal: es decir, se produce en el contexto en el que las decisiones y elecciones de las mujeres están ya de antemano lastradas por un consentimiento viciado que no responde a las exigibles relaciones de igualdad real de las partes a la hora de consentir.

Cabe concluir, entonces y a partir de todo lo dicho hasta aquí, que la gestación para otros –al igual que la prostitución– ahonda la realidad de desigualdad de las mujeres. Y ahí es donde se debería jugar, en esta arena, el debate feminista actual sobre esta práctica. Una práctica cuya legalización, como se ha tratado de mostrar aquí, no contribuye precisamente a la libertad y la igualdad de las mujeres. Lejos de ello, sólo fortalece el ancestral sistema patriarcal remozado con las exigencias del actual y globalizado mercado neoliberal.

## Bibliografía

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 177-197. Recuperado en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *Revista CS*, 69 (Ejemplar dedicado a: Ciencia, Tecnología y Sociedad), 193-217.
- Anderson, E. S. (1990). Is women's labor a commodity? *Philosophy & Public Affairs*, 19 (1), 71-92.

- Balaguer, M. L. (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Madrid: Cátedra.
- Bellver Capella, V. (2015). [¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones](#): el caso de la maternidad subrogada internacional. *Scio, Revista de Filosofía* (11), 19-52.
- Cruz Méndez, J. M. (2012-2013). La maternidad subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho* (30), 641-653.
- Ekman, K. E. (2017). *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Trad. de Adolfo Eduardo Fuentes Garnelo. Barcelona: Bellaterra.
- Fabre, C. (2006). *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de [https://www.academia.edu/317262/Whose Body is it Anyway Justice and the Integrity of the Person authored by C%C3%A9cile](https://www.academia.edu/317262/Whose_Body_is_it_Anyway_Justice_and_the_Integrity_of_the_Person_authored_by_C%C3%A9cile)
- Gimeno, B. (abril, 2018). Propuestas de la sociedad civil. ¿Es la última frontera del capitalismo?. *Boletín Maternidad Subrogada, Juezas y Jueces para la Democracia*, 12-14. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/04/Boletin-Maternidad-Subrogada.pdf>
- González Suárez, A. (2015). De tumba a útero. *Revista de Investigaciones Feministas* (6), 39-59.
- Guerra Palmero, M. J. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31 (6), 535-538. Recuperado de <http://scielo.isciii.es/pdf/qs/v31n6/0213-9111-qs-31-06-00535.pdf>
- Kant, I. (1988). *Lecciones de Ética*. Trad. de Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero. Barcelona: Editorial Crítica.
- Lamas, M. (2009). Maternidad voluntaria y aborto. *Revista de Investigación y divulgación sobre los estudios de género*, 2 (6), 109-122.
- Lamm, E. (2012a). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Edicions Universitat Barcelona. Recuperado de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>
- Lamm, E. (2012b). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (3).
- López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 23, (78), pp. 253-268.
- Miguel, A. de (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra (Feminismos).
- Miguel, A. de (2016). Del intercambio de mujeres a la mercantilización de sus cuerpos. En: E. Gil Calvo (coord.). *Sociólogos contra el economicismo*. Madrid: La Catarata Libros. pp. 73-92. Recuperado de [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/11/12/sociologos\\_contra\\_economicismo\\_57520\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/11/12/sociologos_contra_economicismo_57520_1012.html)
- Miyares, A. (abril de 2018). No somos vasijas. *Boletín Maternidad Subrogada, Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 7-11. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/04/Boletin-Maternidad-Subrogada.pdf>
- Muraro, L. (1994). *El orden simbólico de la madre*. Madrid: Horas y Horas.
- Nuño Gómez, L. (2015). Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (21), pp. 3-19.
- Nuño Gómez, L. (2020). *Maternidades S.A.* Madrid: La Catarata Libros.
- Okin, S. M. (1990). A critique of pregnancy contracts: comments on articles by Hill, Merrick, Shevory, and Woliver. *Politics and the Life Sciences*, 8 (2), 205-210.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Trad. de M<sup>a</sup> Luisa Femenías revisada por María Xosé Agra. Barcelona: Anthropos.
- Pateman, C. (2002). Self-Ownership and Property in the Person: Democratization and a Tale of Two Concepts. *The Journal of Political Philosophy*, 10 (1), 20-53.

- Posner, R. A. (1989). The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood". *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5 (21). Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/4baa/1b8ca336aa8caf7d86c5c464f540046aa768.pdf>
- Puleo, A. H. (2017). Nuevas formas de desigualdades en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Primer semestre-2017, 2, 165-184.
- Roberts, D. E. (1995). Social Justice, Procreative Liberty, and the Limits of Liberal Theory: Robertson's Children of Choice. *Law & Social Inquiry*, 20 (4), 1005-1021. Recuperado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1747-4469.1995.tb00698.x>. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1995.tb00698.x>
- Salazar Benítez, O. (2018). *La gestación para otros. Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Madrid: Dykinson.
- Steinbock, B. (2004). Payment for egg donation and surrogacy. *The Mount Sinai Journal of Medicine*, 71(4), 2004, 255-265. Recuperado de [https://scholarsarchive.library.albany.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=cas\\_philosophy\\_scholar](https://scholarsarchive.library.albany.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=cas_philosophy_scholar)
- Vilar González, S. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, (14), 897-931. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-14-7290/Documento.pdf> DOI: <https://doi.org/10.5944/rduned.14.2014.13293>

# La conceptualización legal de la *trata sexual* en Argentina. Lenguajes políticos y definiciones penales

## The legal conceptualization of sex trafficking in Argentina. Political languages and criminal definitions

Lucía Inés Coppa\*

Universidad Nacional de La Plata

ORCID ID 0000-0002-1893-2565

[coppalucia@gmail.com](mailto:coppalucia@gmail.com)

### Cita recomendada:

Coppa, L. I. (2021). La conceptualización legal de la *trata sexual* en Argentina. Lenguajes políticos y definiciones penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 199-214.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6071>

Recibido / received: 12/05/2020  
Aceptado / accepted: 22/02/2021

### Resumen

En el presente artículo me propongo recapitular algunas claves analíticas en torno a la noción de trata como conceptualización legal en la Argentina y sus implicaciones para los procesos penales. En primer lugar, sugiero revisar algunas coordenadas teóricas para pensar lo legal como discurso de verdad. En segundo lugar, ubico los debates sobre el alcance de la definición del delito de trata de personas en el marco de las disputas en torno a la comprensión de la sexualidad comercial y su recepción en Argentina. Por último, esbozo algunas reflexiones que apuntan a vincular las teorizaciones aludidas y su traducción en el ámbito penal.

### Palabras clave

Trata, Comercio sexual, Discurso legal, Justicia, Procesos penales.

### Abstract

The aim of this article is to recapitulate some analytical keys around the notion of trafficking as a diffuse criminal concept as well as its implications for criminal processes. In the first place, I

\* Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente de Sociología Jurídica (UNLP) y Bioética (Universidad Nacional de San Martín). Integra el P I+D '[Política, Estado y sistema judicial, policial y de castigo en Argentina y América Latina \(Siglos XIX y XX\)](#). Ideas, procesos, actores y experiencias' y el Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal (INECIP).



*review some theoretical coordinates to think about law as a discourse of truth. In the second place, I locate debates about the definition of trafficking as a crime within feminist disputes around the understanding of sexual commerce. By last, I reflect on links between referred theorizing and its specific translation in criminal field.*

### **Keywords**

*Trafficking, Sexual commerce, Legal discourse, Justice, Criminal process.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Lo legal como discurso de verdad: el poder de nombrar. 3. Disputas por la significación. 4. Límites y paradojas de los lenguajes penales. 5. A modo de cierre.

## **1. Introducción**

Los intercambios sexo-comerciales han sido concebidos a partir de muchas perspectivas como formas necesarias e inconcebibles de explotación y violencia. Como si de alguna manera, expresa Leticia Sabsay, en ellos «se cristalizara algún límite clave en torno de lo que nos es dado pensar en materia de prácticas sexuales» (2012, p. 79). La sexualidad como correlato de la intimidad y las relaciones afectivas emerge como un trastorno en tanto ingresa en la esfera de los intercambios comerciales, de aquello disponible para ser negociado. De modo que la venta de sexo no parece poder ingresar por completo a la esfera del mercado, debido a su asociación cultural con sentidos específicos acerca de la intimidad y la afectividad (Morcillo y von Lurzer, 2012). De acuerdo con Viviana Zelizer (2009), la creencia generalizada de que el dinero corrompe esa intimidad bloquea nuestra capacidad de describir y explicar cómo dinero, poder y sexo interactúan de modo heterogéneo. Por otro lado, apunta la autora, la creencia opuesta –que el sexo funciona como una mercancía como cualquier otra–, tampoco ayuda para profundizar descripciones y explicaciones acerca de la singularidad de estos intercambios y sus regulaciones. Si algo cabe señalar es que la vinculación entre estos planos es configurada y constituida a partir de discursos y dispositivos específicos que delinear sus contornos, de modo contingente y situado. Lo cual supone abordar la prostitución en, al menos, una doble dimensión: «en tanto práctica sexual específicamente regulada y a la vez anclaje de una regulación más amplia sobre las normas que configuran la sexualidad» (Sabsay, 2011, p. 110).

Precisamente, uno de los casos sintomáticos que evidencian las tensiones existentes en torno a la sexualidad comercial reside en los debates emergentes en torno a la definición del delito de trata de personas, en el marco de la categoría más amplia –e igualmente difusa– de crimen organizado<sup>1</sup>. El análisis de las múltiples discusiones contemporáneas en torno al crimen organizado transnacional requiere prestar especial atención a los distintos planos en que estas se despliegan, considerando tanto los escenarios transnacionales como supranacionales y locales. En ese sentido, advertimos además diversas dimensiones de análisis que atraviesan las dinámicas de producción y sanción de instrumentos transnacionales, así como los procesos de recepción y singularización de estas normativas en contextos locales.

<sup>1</sup> Nicolás Cordini apunta con acierto que la proliferación del concepto de crimen organizado supone asimismo múltiples connotaciones y sugiere que su origen reside en «la americanización de una política criminal contra la droga, que, a partir de diversas instancias normativas, específicamente a través de convenciones, ha tenido recepción en legislaciones de naturaleza diversa» (2017, p. 335).

Engle Merry y Bibler (2013) han llamado la atención respecto de cómo ciertas tecnologías del conocimiento son activadas ante la emergencia de problemas sociales que demandan respuestas o intervenciones específicas. Esto quiere decir que aun cuando el despliegue de políticas asuma formas discursivas eminentemente técnicas, estas tecnologías operan en el modo en que estos problemas se vuelven visibles, en la definición de sus alcances y, en definitiva, en la forma en que son conocidos, debatidos y en que se evalúan e implementan soluciones. Esto supone la necesidad de una serie de desplazamientos que permita aprehender cómo los lineamientos en materia de política criminal inciden e impactan, no sólo en la reconfiguración de las agencias estatales y sus dispositivos burocráticos, sino también en los efectos producidos sobre sus áreas de incidencia y en la producción de sentidos que atraviesan la administración de justicia.

Con el objetivo de contribuir a una reflexión sobre estos sentidos me propongo recapitular algunas claves analíticas en torno al carácter difuso de la noción de trata y sus implicaciones para los procesos penales. Así, no ahondaré en este artículo en aspectos de técnica jurídica, sino que el foco estará puesto en la producción de sentidos e imágenes desplegadas en esta conceptualización para abonar a la reposición de su carácter polémico y sus efectos de verdad.

En primer lugar, sugiero revisar algunas coordenadas teóricas para pensar las implicaciones de lo legal como discurso de verdad, entendiendo que «no hay ejercicio del poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad» (Foucault, 2006, p. 28). Con esto busco precisar los contornos de las inquietudes transversales a este artículo, ligadas fundamentalmente a las vinculaciones entre la producción de sentido y las formas de decir a través de los procesos judiciales. En segundo lugar, ubico los debates sobre el alcance de la definición del delito de trata de personas en el marco de las disputas en torno a la comprensión de la sexualidad comercial que atraviesa a los movimientos feministas. Ello resulta útil a los efectos de pensar estos procesos de definición legal en clave cultural, lo cual supone una especial atención a los contextos de significación y a la dimensión pragmática que cifra sus usos enunciativos (Agüero, 2012). Por último, esbozo algunas reflexiones que apuntan a trazar ciertos límites y paradojas de los lenguajes penales para la comprensión de fenómenos múltiples y heterogéneos.

## 2. Lo legal como discurso de verdad: el poder de nombrar

Las regulaciones específicas en materia de prostitución, se han distinguido tradicionalmente –y construido analíticamente, a modo de tipos ideales– entre tres modelos legales. Se denomina clásicamente prohibicionismo a un modelo cuyas regulaciones se orientan a sancionar distintas modalidades de ofrecimiento y consumo de sexo comercial. El reglamentarismo –modelo emergente en Francia hacia mediados de siglo XIX y fundado especialmente en razones de higiene y salud pública– no penaliza la actividad sexo-comercial, en tanto se desarrolle en el marco de reglamentaciones específicas, tanto en lo relativo a la habilitación de locales en la geografía urbana así como a los controles sanitarios dispuestos sobre quienes ejercen la prostitución. El surgimiento del abolicionismo se localiza hacia fines de siglo XIX en Gran Bretaña, y su emergencia se caracteriza como reacción y respuesta a la reglamentación de la prostitución –propugnando la abolición de los reglamentos– aunque se asocia, asimismo, a una postura moral y política respecto de cualquier tipo de intercambio sexo-comercial, en tanto atentaría contra la libertad y dignidad de las personas. Sugerimos pensar en estos modelos, provisoria y analíticamente, como

tipos ideales<sup>2</sup>, en tanto encontramos en el plano legal oscilaciones y desfases que suponen la coexistencia y solapamiento de normativas de distinto sesgo (Morcillo y von Lurzer, 2012)<sup>3</sup>.

En el ámbito local, es común la expresión según la cual «Argentina es un país abolicionista desde el año 1936». Existe un cierto consenso en las investigaciones en torno a los mercados sexuales respecto de la inauguración del modelo abolicionista que nuestro país asume desde ese año a través de la sanción de la Ley Nacional 12.331 de Profilaxis Social de las Enfermedades Venéreas, que dispuso la «prohibición en todo el territorio de la República de las casas o lugares donde se ejerza la prostitución». Ello supondría, como correlato, la asunción estatal de una posición respecto a la prostitución. Esta posición se considera reafirmada oficialmente con la ratificación, en 1957, del Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949 (Iglesias Skulj, 2013). Asimismo, se ha afirmado que, en líneas generales, el abolicionismo constituye el discurso hegemónico en el debate sobre la prostitución (Daich, 2012).

La mencionada Ley 12.331, actualmente vigente, ha sido objeto de múltiples reactualizaciones contemporáneas, en especial en lo relativo a su alcance e interpretación. En el marco de un relevamiento de causas judiciales en torno a delitos conexos con trata de personas en la provincia de Buenos Aires<sup>4</sup>, un proceso resulta ilustrativo al respecto. En el año 2012, un representante del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires plantea un recurso de apelación en el marco de la resolución de una jueza de garantías que declaraba la inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley Nacional 12.331<sup>5</sup> y sobreseñala, en consecuencia, al imputado. Para fundar dicha decisión, la jueza argumentaba que el bien jurídico tutelado por la ley era la salud pública y que la conducta punible por esta norma no lo afectaba directamente, así como que actualmente existían amplios mecanismos de prevención y

<sup>2</sup> Siguiendo a Max Weber, los *tipos-ideales* son «herramientas heurísticas, modelos relativamente arbitrarios, que si bien se conforman partiendo de lo existente, son construcciones conceptuales que implican siempre cierto recorte de la realidad, el énfasis de ciertos aspectos en desmedro de otros que son dejados de lado. Éstos son ineludibles para acercarse al objeto de estudio, que, en sí, nunca puede ser exhaustivamente aprehendido» (Weisz, 2010, p. 19).

<sup>3</sup> Además, cabe señalar que, actualmente, existen desplazamientos respecto de estas modalidades jurídicas clásicas para categorizar las formas de regulación legal de los mercados sexuales. Así, Agustina Iglesias Skulj (2017) reflexiona sobre el modelo sueco de criminalización de la demanda de servicios sexuales en el marco de un dispositivo (neo)abolicionista ligado a la gobernanza feminista de la trata sexual. Asimismo, organizaciones de trabajadorxs sexuales como AMMAR (Sindicato de trabajadorxs sexuales de Argentina) pugnan por modelos de despenalización y reconocimiento de derechos laborales.

<sup>4</sup> De acuerdo a las Memorias en materia de delitos conexos a la Trata de Personas, publicadas anualmente por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, «se denomina “delitos conexos” a los tipos penales autónomos que dan contenido a la expresión “fines de explotación” plasmada en el artículo 145 bis del C.P.; o sea figuras delictivas autónomas, de competencia ordinaria, detrás de las cuales podrían ocultarse situaciones de trata de personas y/o facilitar su comisión. Ellos son: la promoción o facilitación de la prostitución (art. 125 bis C.P., 126 C.P.), la explotación económica de la prostitución ajena (art. 127 C.P.), la corrupción infantil (art. 125 C.P.), la pornografía infantil (art. 128 C.P.), la reducción a la servidumbre (art. 140 C.P.), el trabajo infantil (art. 148 bis C.P.) y la infracción a la Ley n° 12.331 de Profilaxis y Enfermedades Venéreas (arts. 15 y 17)» (DDCTP, 2016, p. 18). Por otro lado, a partir de una indagación acerca de la estadística elaborada en base al SisTrata del Ministerio de Seguridad de la Nación, Varela y González refieren que, ante la consulta por la clasificación de «víctimas por delitos conexos», desde el Ministerio de Seguridad respondieron que se trata de «aquellas personas que no presentan indicios de ser posibles víctimas del delito de trata de personas, pero que presentan indicios de ser víctimas de otros delitos, en especial los considerados conexos al delito de trata de personas, entre los cuales se encuentran, entre otras, las infracciones a la ley de estupefacientes 23.737» (2015, p. 90).

<sup>5</sup> La Ley N° 12.331 de Profilaxis Social de las Enfermedades Venéreas –sancionada en diciembre de 1936– dispone en su artículo 17 la penalización de quienes «sostengan, administren, regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia». <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/194957/norma.htm>

concientización acerca de las enfermedades de transmisión sexual. En su impugnación, el agente fiscal señalaba que no pueden ser dejados de lado en la hermenéutica jurídica los «razonamientos dados por el Congreso» al dictar la ley cuestionada; más aún cuando aquellos habrían cobrado «notoria actualidad a partir de la ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el delito de trata de personas y la sanción de la ley 26.364, por la cual se incorporó el delito de trata en el ordenamiento interno»<sup>6</sup>.

Los jueces de la Cámara de Apelación y Garantías intervinientes hacen finalmente lugar al recurso interpuesto y revocan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 17. Siguiendo la línea de los fundamentos del impugnante, y enfatizando en una interpretación teleológica que apele a la voluntad del legislador, sostienen en el pronunciamiento que las figuras tipificadas por el artículo 17 han de ser «analizadas a la luz de la libertad y la dignidad humana y de las buenas costumbres, afectadas por la existencia y proliferación de dichos establecimientos»<sup>7</sup>. La sustanciación de este recurso y los razonamientos expuestos suponen, así, una reactualización contemporánea de los debates en torno al alcance e interpretación de la Ley 12.331. De acuerdo al agente fiscal, los argumentos de los debates parlamentarios cobraban notoria actualidad, de acuerdo a los estándares internacionales en la materia y los compromisos asumidos en ese sentido. Las normativas contemporáneas se asocian de ese modo a la sanción de esta Ley en el año 1936 como referencia pretérita que cobra nueva significación. Como señala Alejandro Agüero, a pesar de la escasa incidencia de la historización en los ámbitos penales, «la narrativa histórica sigue funcionando como generadora de sentido, ya en su aspecto genético evolutivo ya como tradición ejemplarizante» (2017, p. 4)<sup>8</sup>.

Si, en este sentido, un signo puede separarse de sus contextos específicos de elocución, también implica una citación que reactualiza sus efectos productivos. Pensar que toda conceptualización contiene sentidos sedimentados correspondientes a otras circunstancias de enunciación, contribuye a indagar cómo, en definitiva, un concepto reemerge en un tiempo y en un contexto distinto de aquellos en los que se gestó (Reano, 2013). La contemporaneidad de los usos del pasado en los discursos legales plantea, entonces, el desafío de comprender las modalidades en que estos discursos son reactualizados pragmáticamente y la lógica sobre la que se asientan dichas retóricas. En especial, considerando el modo en que ciertas narrativas históricas operan como generadoras de sentidos en alguno de los modos reseñados. Así, Elías Palti sostiene que los lenguajes «son entidades objetivas que se encuentran

<sup>6</sup> La ley 26.364 incorpora al Código Penal en el año 2008 la figura de trata de personas con fines de explotación, a través de la inclusión de los art. 145 bis y 145 ter que disponen la pena de prisión de cuatro a ocho años a quien «ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países». Como se advierte, se tipifica una serie de conductas que abarcan las fases previas a la instancia de explotación. La explotación está presente teleológicamente, en tanto finalidad de las acciones tipificadas pero la configuración delictiva no supone necesariamente su consumación. Luego de la modificación del año 2012, se eliminan de la figura penal los medios comisivos, configurándose el tipo penal «aunque mediare consentimiento de la víctima». Para una discusión acerca de las implicaciones del estatuto jurídico del consentimiento conforme los lineamientos de las nuevas legislaciones contra la trata de personas, puede consultarse Doezenia, Jo (2002).

<sup>7</sup> Para consulta: [https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Inconstitucionalidad\\_12331.pdf](https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Inconstitucionalidad_12331.pdf)

<sup>8</sup> Agüero sigue en ese sentido la clasificación de los usos del pasado en el discurso de los abogados norteamericanos, formulada por Robert W. Gordon y refiere que «en el primer caso, lo hacen para sostener que una norma jurídica, regla o práctica, tiene un significado fijo que ha sido establecido por el uso pasado, reclamando así adhesión a la comprensión original de un texto o a las intenciones auténticas de un legislador originario. En el modo "dinámico", parten de la base de que el derecho y las instituciones deben adaptarse a las condiciones cambiantes de la sociedad, aunque asumiendo implícitamente que la evolución jurídica sigue algún patrón tendencial de la historia, una dirección subyacente del cambio político, económico o social. En ambos casos, el recurso a la historia se hace en pos de una autoridad, ya sea la del valor inmutable o la del curso natural evolutivo de las cosas» (Agüero, 2017, p. 4).

públicamente disponibles para diversos usos posibles por distintos interlocutores, y existen de manera independiente de su voluntad» (2004, p.73), no son «entidades autocontenidas y lógicamente integradas, sino histórica y precariamente articuladas» (2004, p.55). Por lo tanto, para comprender las implicaciones de los lenguajes legales es necesario ir más allá de la descripción de los contenidos ideológicos de los textos, y del análisis de los cambios de sentido que sufren las distintas categorías, para penetrar en las lógicas a través de las cuales son articulados en un contexto determinado.

Hace ya varios años, en *Feminism and the power of the Law*, Carol Smart (1989) cuestionaba el emplazamiento de lo jurídico como epicentro de las estrategias feministas y advertía sobre la doble trampa constituida por la reposición de los estándares androcéntricos en las jerarquías de conocimiento y por la contribución a la continuidad de la fetichización del derecho. Frente a la tendencia universalizante del lenguaje jurídico, se volvería entonces necesario agudizar estrategias que permitan afianzar aquello que Donna Haraway (1991) conceptualizó como estrategias de parcialidad, conocimientos situados y localizables, resultando clave que estas estrategias desborden los marcos formalizantes de dichos lenguajes. Dicho esto, vale destacar que los lenguajes legales revisten un estatuto que merece sin embargo especial atención, más allá de sus modos de operacionalización específica dentro de los esquemas de los procesos jurídicos y judiciales. ¿Cómo actúa, en definitiva, el discurso jurídico como discurso de verdad? Roberto Esposito (2011) señalaba, en ese sentido, la paradoja según la cual, aun cuando resulten debilitadas o carentes por sí mismas de capacidad interpretativa, las categorías jurídicas siguen organizando, en gran medida, los debates políticos contemporáneos. Esta persistencia exige reponer de algún modo la pregunta acerca del estatuto de lo legal o, como advertimos en la introducción, la indagación sobre la vinculación entre los discursos legales y la producción de verdad.

En una revisión de las vinculaciones entre ley y norma en la propuesta foucaultea, François Ewald (1990) sugería reponer el análisis del estatuto y la función de la ley en las sociedades modernas. De acuerdo al autor, aun cuando en líneas generales se caracterizara un proceso como de normalización, éste tendía a ser acompañado por una proliferación legal; habilitando su coexistencia, hibridación y mutua interdependencia (Rose y Valverde 1998, p. 542). De modo que el aumento de las formas de conocimiento y poder que tenían como epicentro la administración calculada de la vida, sea en términos individuales o colectivos, suponía también un correlato en lo que ha sido denominado el complejo legal<sup>9</sup>, lo cual iba en detrimento de las lecturas que deniegan el rol de la ley y los mecanismos legales en las formas modernas de poder (Rose y Valverde, 1998).

Estos interrogantes epistemológicos pueden extenderse al plano específico del rol de la ley en las regulaciones sobre el comercio sexual. Jane Scouler (2010) ha apuntado que, como una serie de investigaciones empíricas estarían demostrando, las posiciones legales que suelen presentarse como diametralmente opuestas resultan menos significativas de lo que podría asumirse, produciendo consecuencias en algún punto similares. Sin embargo, a partir de ciertas consideraciones sobre la irrelevancia de la ley en relación al comercio sexual —que, según la misma autora refiere, sería una consecuencia lógica de los hallazgos en el campo—, Scouler enfatiza en la importancia del plano legal, aunque de un modo diferente de aquel que radicaría en una concepción jurídico-política, en el sentido foucaulteano. De ese modo, la

---

<sup>9</sup> Rose y Valverde refieren a aquello que denominan complejo legal, en tanto «conjunto de prácticas legales, instituciones legales, estatutos, códigos, autoridades, discursos, textos, normas y formas de enjuiciamiento» (1998, p. 542).

autora introduce la cuestión legal como una dimensión a ser teorizada en sus propios términos, más allá de los esquemas dicotómicos entre las regulaciones jurídicas y no jurídicas o, más aun, buscando reponer sus formas de imbricación específicas y la singularidad de las operaciones de la ley dentro de una perspectiva analítica de la gubernamentalidad. En esta dirección, Nicola Lacey (1998) ha apuntado la necesidad de leer el derecho penal no sólo como una enumeración de actitudes sociales de reproche vinculadas al orden social que las genera, sino también como un discurso que produce ciertas formas de sujetos sexuales, a partir de operaciones clasificatorias determinadas. De ese modo, resultan claves las exploraciones acerca de cómo el derecho penal construye subjetividad y, en particular, cuáles son las asunciones que se presuponen y refuerzan en torno al género y las sexualidades.

En las denominadas teorías clásicas de la desviación, por ejemplo, la ley es observada desde distintas perspectivas como resultado de una situación previa que ésta viene a corregir. La premisa fundamental estaría dada por el hecho de que los valores, las normas y la moral no resultarían en sí mismas problemáticas, sino que son factores dados por el mismo sistema (Taylor, Walton y Young, 2007, p. 36). Así, en *La moral y el Derecho Penal*<sup>10</sup>, Patrick Devlin (2014) se interrogaba acerca de la existencia de principios que pudieran servir para determinar la incorporación al derecho penal de lo que denominaba la ley moral. A partir de una serie de razonamientos, sostenía que no era posible poner límites teóricos a la potestad del Estado de legislar contra la inmoralidad y afirmaba que

«la opinión de que existe algo así como una moralidad pública puede justificarse también por un argumento a priori. Lo que caracteriza a cualquier sociedad es la comunidad de ideas, y no sólo de ideas políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral» (Devlin, 2014, p. 172).

En esta dirección, se explicaría una correlación clara y unívoca entre crimen y castigo, entendido este último como una respuesta a la situación presentada por un comportamiento criminal que atenta los valores compartidos por una sociedad. Siguiendo los postulados durkheimianos, Didier Fassin (2018) propone invertir esta pretensión secuencial, entendiendo que «no es necesario decir que un acto lesiona la conciencia común porque es criminal, sino que es criminal porque lesiona la conciencia común. No lo reprobamos porque es un crimen, sino que es un crimen porque lo reprobamos» (Fassin, 2018, p. 150). Esto supone el desplazamiento del problema del mantenimiento del orden a través de la administración penal hacia «la dramatización de las nociones morales de la comunidad» (Gusfield, 2014, p. 251). A partir de ello, podríamos pensar en cómo se construye la reprobación, qué sentidos son movilizados y dramatizados en los procesos judiciales y cuáles son las operaciones clasificatorias que allí se producen (Eilbaum y Medeiros, 2017).

### 3. Disputas por la significación

De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, resulta un aspecto importante para las indagaciones sobre los despliegues legales, la exploración del castigo como una clave que permitiría desentrañar un texto cultural más amplio (Garland, 2006). La investigadora Elizabeth Bernstein señala, en esa dirección, que varias teóricas feministas han empezado a rastrear una historia paralela de la evolución de los castigos, que pone el foco en el papel desempeñado por el género y la sexualidad en los procesos de transformación penal. La autora apunta, a partir de sus investigaciones, que, hacia la década de 1960, la retórica de los derechos humanos

<sup>10</sup> *La moral y el Derecho Penal* es un artículo publicado originalmente en *The enforcement of morals* (Devlin, 1965) y luego recogido en *La filosofía del Derecho* (Dworkin, [1977]2014).

se habría vuelto «un vehículo clave tanto para la transnacionalización de las políticas carcelarias como para la reincorporación de dichas políticas al terreno local bajo una apariencia feminista benevolente» (2014, p. 282). Sin embargo, nos encontramos aún con importantes vacíos en la investigación criminológica en relación con las teorías de género, como resultado de la escasa atención que han recibido éstas en su relación específica con el castigo (Iglesias Skulj, 2013, p. 98).

En el caso de los mercados sexuales es posible advertir una apertura del carácter polémico de los lenguajes legales en el terreno de la significación cuando posicionamientos diferenciales disputan sus argumentos a través de la retórica de los derechos humanos. Por un lado, cuando organizaciones abolicionistas declaman que la prostitución es una forma extrema de violencia hacia las mujeres y, por ende, cualquiera de sus expresiones configuraría una violación a sus derechos humanos. En ese sentido, pueden observarse por ejemplo las campañas de organizaciones feministas argentinas, como por ejemplo la Asociación Civil La Casa del Encuentro<sup>11</sup>, en las que una de las estrategias retóricas centrales se plasma en la consigna «La trata y la prostitución son eslabones de la misma cadena de violencia, para luego concluir, la violencia hacia las mujeres es una cuestión social, política y de derechos humanos». A partir, entonces, de la cadena de significantes trata de personas - prostitución - violencia - derechos humanos se operacionaliza una exclusión que supone la imposibilidad de un agenciamiento más allá de la victimización producto de aquella violencia que supondría cualquier modo de interacción sexo-comercial<sup>12</sup>.

Por otro lado, los debates en torno al reconocimiento de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales en la Argentina reactualizan de múltiples modos esta polémica que ha atravesado históricamente los movimientos feministas. Desde la emergencia en la década de 1980 de movimientos de trabajadoras sexuales organizadas a nivel internacional y en la década de 1990 en Argentina<sup>13</sup>, estas demandas han resquebrajado un espacio discursivo que se presentaba en gran medida como hegemónico en relación a los mercados sexuales y que tendió a conceptualizar paulatinamente a la prostitución como una manifestación extrema de la violencia de género. Así, organizaciones de trabajadoras sexuales como AMMAR<sup>14</sup> reivindican el acceso a derechos laborales como un reconocimiento de sus derechos humanos, enfatizando en su condición de trabajadoras. También la RedTraSex ha

---

<sup>11</sup> De acuerdo a su sitio web oficial, La Casa del Encuentro fue fundada el 4 de octubre del año 2003, «con el fin de diseñar un proyecto feminista por los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes».

<sup>12</sup> La Asociación de Mujeres Argentinas por los Derechos Humanos también suscriben esta conceptualización, invocando que cualquier forma de regulación estatal relativa a los mercados sexuales supone necesariamente una forma de legitimación de la violencia que la prostitución en sí misma implicaría. Jeffreys ha referido que los Estados que legalizan la prostitución se convierten en «proxenetas y explotadores» en la industria global del sexo (2011, p.215). Jeffreys define su perspectiva como un radical enfoque feminista considerando a la prostitución como una práctica cultural nociva originada en la subordinación de las mujeres y entendiéndola como constitutiva de una forma de violencia contra la mujer.

<sup>13</sup> De acuerdo a la información disponible en su sitio web, la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) nació como respuesta al asedio y violencia policial a fines de 1994. En 1995 la organización se integra a la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), lo que fortaleció un proceso de reconocimiento como trabajadoras. Desde 1997, AMMAR la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (RedTraSex), que tiene como objetivo apoyar y fortalecer a las organizaciones de mujeres trabajadoras sexuales en la defensa y promoción de sus derechos humanos. La Red está compuesta por 15 países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

<sup>14</sup> La Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y El Caribe nació en el año 1997. La RedTraSex está integrada por organizaciones de mujeres trabajadoras sexuales y/o ex trabajadoras sexuales y está compuesta por organizaciones de 14 países (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y México).

orientado estrategias jurídicas y políticas en el sentido de encuadrar los derechos de las trabajadoras sexuales como parte del reconocimiento del estatuto de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos<sup>15</sup>.

Frente a la reivindicación del reconocimiento de derechos laborales en clave de derechos humanos, las expresiones abolicionistas apelan a estrategias políticas de impugnación que obturarían las posibilidades mismas de politización por parte de colectivos específicos de mujeres en torno a los derechos humanos, replegándose sobre concepciones esencialistas en torno a las mujeres en los mercados sexuales. En ese sentido, Morcillo y Varela apuntan que

«en dichas estrategias subyace una concepción homogénea de mujer que informa a estas vertientes abolicionistas, una mujer que no puede nunca identificarse como trabajadora sexual. Puntos de posible articulación como los problemas que produce el estigma de “puta”, los riesgos de la criminalización de mujeres por las políticas anti-trata o la derogación de las normativas que sancionan a las mujeres en prostitución desaparecen cuando no se adhiere al principio de que “la prostitución no puede ser considerada un trabajo”» (2017, p. 224).

Las consideraciones categóricas sobre la prostitución como violencia se inscriben de ese modo en una narrativa feminista que está signada por una representación monocorde y homogénea respecto de las mujeres que se despliegan de distintos modos en interacciones sexo-comerciales<sup>16</sup>, obturando de ese modo la diferencia respecto de estas reafirmaciones prescriptivas y normativizando la subjetividad femenina (Iglesias Skulj, 2017, p. 221).

Estos resquebrajamientos producidos centralmente por el agenciamiento de colectivos de trabajadoras sexuales se habían puesto en evidencia en los debates en torno a la definición misma del delito de trata de personas en los debates transnacionales suscitados en el marco de la sanción en el año 2000 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños<sup>17</sup>. En este escenario, las disputas que evidenciaban una contraposición argumental se expresaban a partir de posicionamientos diferenciales respecto del comercio sexual<sup>18</sup>, de modo que lo que se tipificaba como delito de *trata* difería según estas miradas en torno al estatuto mismo de la prostitución (Daich y Varela, 2014).

<sup>15</sup> Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres fueron centrales en la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada en 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing), de Naciones Unidas, realizada en 1995. Ver Center for Reproductive Rights (2011) *Los derechos reproductivos son derechos humanos* [www.reproductiverights.org](http://www.reproductiverights.org)

<sup>16</sup> Paola Tabet (2004), referente de la corriente feminista materialista francesa, ha conceptualizado como *continuum* de intercambios económico-sexuales a una serie de relaciones que permiten complejizar la prostitución como una modalidad específica de este *continuum*, en el que también podría ubicarse el matrimonio.

<sup>17</sup> El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (en adelante, Protocolo de Palermo) fue debatido en el año 2000 en el marco de la Comisión para la Prevención del delito y Justicia penal de Naciones Unidas y constituye uno de los tres protocolos adicionales a la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, junto con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

<sup>18</sup> Utilizo la categoría comercio sexual –o mercados sexuales– con la intención de dar cuenta de la heterogeneidad de modalidades de intercambios sexo-económicos que entiendo puede obturarse a través de la carga semántica de otras categorías. Sin embargo, dado su uso extendido, en ocasiones utilizamos el término prostitución. Gail Pheterson llamó la atención sobre esta cuestión en una publicación en *The Journal of Sex Research*, intitulada ‘*The Category ‘Prostitute’ in Scientific Inquiry*’, afirmando que la misma categoría de «prostituta» estaba basada más en representaciones simbólicas y legales que en un conjunto de características de una población determinada, siendo la deconstrucción de esta categoría necesaria para poner de manifiesto el prejuicio y para conducir investigaciones científicamente válidas (1990, p.397).

Las propuestas legales que se erigieron en ese marco como modos de definir el delito de trata de personas se configuraron, en cierta medida, como correlatos de posicionamientos más amplios que versaban fundamentalmente sobre el estatuto jurídico del consentimiento de las mujeres implicadas y la necesidad o no de definir medios comisivos para la configuración efectiva del tipo delictivo; lo cual traducía en el debate jurídico un debate político acerca de la prostitución<sup>19</sup>.

En relación a este debate político, existen elaboraciones que se han orientado a situar el ejercicio de la prostitución como resultado de relaciones sexo-genéricas jerárquicas y asimétricas que reproducirían un modo específico de opresión hacia las mujeres que se traduce en la comprensión de la misma venta de servicios sexuales como una forma de esclavitud sexual (MacKinnon, 1995; Barry, 1996; Pateman, 1999). Desde esta perspectiva, para la discusión acerca del estatuto legal del consentimiento en el marco del comercio sexual se considera que el mismo es irrelevante jurídicamente en tanto, partiendo desde este carácter estructural de la opresión de género que atravesaría el comercio sexual, existe siempre una coerción patriarcal que hace de este consentimiento una ficción de la cual las mujeres son víctimas. Para estas perspectivas, la sexualidad misma opera como base de la desigualdad. En esta línea, la prostitución emerge como una de las expresiones más extremas de la dominación masculina. Tal como Kathleen Barry expone en *The Prostitution of Sexuality: The Global Exploitation of Women*, su trabajo ha sido

«estudiar y exponer el poder sexual en su forma más severa, global institucionalizada y cristalizada: la prostitución – la piedra angular de toda explotación sexual [siendo] la explotación sexual una condición política, fundante de la subordinación femenina y la base sobre la que la discriminación contra las mujeres es construida» (1995, p. 9).

En ese mismo sentido se expresará Catharine MacKinnon cuando caracteriza lo que denomina la «perspectiva de la explotación sexual» para enfocar el fenómeno de la prostitución, afirmando que allí donde las posiciones favorables al trabajo sexual ven una forma de agenciamiento de las mujeres en el comercio, esta perspectiva ve a la prostitución como una de las más antiguas opresiones, tan extendida como la desigualdad sexual institucionalizada, de la cual la prostitución sería la *piedra angular* (1995, p. 273).

En un artículo publicado un año después de la sanción del Protocolo de Palermo, Doezenia (2001) se dedica a analizar la posición de la *Coalition Against Trafficking in Women* (CATW) en el debate que tuvo lugar en torno a la definición del delito de trata de personas y, en particular, de los escritos de su fundadora, Kathleen Barry. En ese sentido, Doezenia sostiene que los análisis de Barry y la CATW se fundaban en una supuesta experiencia verdadera de las prostitutas, lo que supondría la base empírica de aquella teorización según la cual el sexo en la prostitución es necesariamente deshumanizante (2001, p. 27). Sin embargo, Doezenia resalta que los testimonios de las prostitutas asumen el estatuto de verdad absoluta, y enfatiza en que sólo ciertas versiones son consideradas legítimas, construyendo la injuria del sexo en la prostitución de una manera circular. Ello remite a una revisión crítica de la noción de experiencia desarrollada por la historiadora británica Joan Scott. Scott sugiere que

<sup>19</sup> Lo que en el feminismo anglosajón se ha denominado *Sex Wars* supone un antagonismo inconciliable entre las concepciones del feminismo *radical*, que conceptualizan al sexo como una forma de opresión femenina, y del feminismo *pro-sexo*, que sostiene que la cuestión clave de la sexualidad son los aspectos potencialmente liberadores del intercambio de placer entre individuos que consienten (Morcillo, 2017). Ello, sumado a la emergencia de movimientos de trabajadoras sexuales, ha coadyuvado así a la intensificación en el debate en torno a la prostitución en tanto se considera una forma extrema de violencia en sí misma o se reivindica su carácter laboral, respectivamente.

«cuando la evidencia ofrecida es la evidencia de la “experiencia”, su reclamo de referencialidad se ve aún más fortalecido, pues ¿qué podría ser más verdadero, después de todo, que el relato propio de un sujeto de lo que él o ella ha vivido? Es precisamente este tipo de apelación a la experiencia como evidencia incontrovertible y como punto originario de la explicación, como los fundamentos en los que se basa el análisis, el que le quita fuerza al impulso crítico de la historia de la diferencia» (2001, p. 47).

Siguiendo esta argumentación, es posible pensar que la condición de posibilidad para el funcionamiento de los testimonios como sinónimo de evidencia universal supone una cierta homogeneidad del grupo de mujeres, lo que resulta un problema en tanto se considera la convergencia de distintos aspectos en la configuración de sus experiencias y prioridades (Smart, 1989)<sup>20</sup>. En relación a la reposición histórica de aspectos opresivos convergentes, Bell Hooks (1984) lo expone claramente en sus consideraciones respecto del uso del concepto opresión. Si bien resalta su importancia en orden a ubicar las luchas feministas en un marco político radical, apunta a ciertos usos «menos como una estrategia de politización que como una apropiación» (Hooks, 1984, p. 6), a partir de la que operaban privilegios de clase<sup>21</sup>. Esta reflexión resulta sintomática de la insuficiencia y poca porosidad de nociones omnímodas que presuponen modos unidimensionales de comprender la condición subalterna de las mujeres (Costa, 2016, p. 68) y no brindan la posibilidad de comprender los procesos de construcción de la diferencia, tomando las identidades como presupuesto de aquellas experiencias que se documentan (Scott, 2001).

En ese sentido, frente a las perspectivas referidas que consideran la prostitución como violencia, encontramos en los últimos años una serie de abordajes situados –generalmente exploraciones etnográficas–, que dan cuenta del ejercicio de la prostitución como producto de una decisión que conlleva diferentes grados de relativa autonomía, considerando a las mujeres que optan por su ejercicio como trabajadoras sexuales y abriendo por esta vía una demanda por el reconocimiento y protección de sus derechos (Pheterson, 2000; Juliano, 2005; Kempadoo, 2007; Varela, 2012; Lamas, 2016). La diversidad en las trayectorias y modalidades de inserción en los mercados sexuales quedaría obturada si los análisis sobre el mercado del sexo parten del presupuesto de que este configura necesariamente una forma de violencia hacia las mujeres y es leída a través de lenguajes estrictamente penales; volviendo irrisoria, en definitiva, cualquier interpretación que no asuma este principio. Así, la dimensión conceptual es central en el abordaje del mercado del sexo en tanto supone no sólo de modalidades enunciativas, sino una posición de quien enuncia y sus implicaciones epistémicas. En ese sentido, el intercambio de bienes y dinero por servicios sexuales no remite unívocamente a un intercambio comercial, carente de ambigüedades, sino más bien a una construcción discursiva que es disputada y está en movimiento, mutando a través del tiempo y el espacio, y en el marco de la cual el decir del derecho, como discurso de verdad, adquiere centralidad.

<sup>20</sup> Carol Smart (1989) puntualizará en el problema de las grandes teorías y señala la creciente afinidad entre el trabajo feminista y el análisis de las formas heterogéneas de opresión en clave micropolítica.

<sup>21</sup> Hooks expone varios aspectos a partir de los cuales realiza esta caracterización. En particular, señala que «frecuentemente, las feministas blancas actúan como si las mujeres negras no conocieran la opresión sexista hasta que aquellas la enuncian en clave feminista. Ellas creen que proveen a las mujeres negras el análisis y el programa para la liberación. Lo que ellas no entienden, ni siquiera imaginan, es que las mujeres negras, al igual que otros grupos de mujeres que viven diariamente en situaciones opresivas, muchas veces adquieren una conciencia de políticas patriarcales a partir de su experiencia vivida, así como desarrollan estrategias de resistencia (aun cuando no lo hagan sobre bases sostenidas u organizadas) [La traducción es propia] (1984, p. 10).

#### 4. Límites y paradojas de los lenguajes penales

Las investigaciones contemporáneas en clave local en torno a los mercados sexuales, fundamentalmente desde el campo de la antropología, han profundizado en las formas en que se articula y ejerce el control de la prostitución a través de distintos agentes, mecanismos y dispositivos institucionales. En particular, desde la expansión transnacional de las denominadas campañas contra la trata de personas. De ese modo, estos aportes contribuyen a la agudización de los enfoques que reconstruyen las tramas en las que aparecen las agencias y las redes de relaciones en que se mueven las mujeres que ejercen la prostitución (Daich y Sirimarco, 2015, p. 10). Es por ello que estos abordajes privilegian el estudio de las formas de gobierno de la prostitución, atendiendo sus dinámicas específicas y prácticas cotidianas. Siguiendo la conceptualización foucaultiana, las antropólogas Deborah Daich y Cecilia Varela (2014) fundan esta decisión metodológica en que el modelo de los modelos, es decir, la definición de un país, en este caso de la Argentina, como abolicionista respecto de la prostitución, no puede dar cuenta de la articulación de elementos en las prácticas institucionales que exceden las premisas de un único modelo ni de las formas singulares de criminalización emergentes.

Este planteo resulta muy sugerente respecto de las limitaciones de los modelos para las investigaciones empíricas sobre los mercados sexuales, en especial cuando ciertas categorías tales como reglamentarismo o abolicionismo se han vuelto parte de narrativas extendidas, en desmedro de las precisiones y distinciones existentes en el campo. Así, las semánticas relativamente sedimentadas en torno al comercio sexual y los conceptos y categorías movilizados para referir a sus dinámicas y despliegues suelen obtener la aprehensión de sus singularidades. En ese sentido, si bien la lectura en clave penal se revela como una herramienta simbólica significativa para la visibilización de un tema en la arena pública, contiene ciertos límites a la hora de brindar claves de inteligibilidad respecto de procesos y relaciones sociales<sup>22</sup> y, en particular, para analizar la complejidad de las trayectorias e inserciones en los mercados sexuales<sup>23</sup>.

Jo Doezema (2001) advertía ciertos paralelismos y articulaciones retóricas entre los discursos contemporáneos vinculados a la trata de personas, cuya emergencia ubica hacia la década de 1980, con las historias de la esclavitud sexual hacia fines de siglo XIX en la apelación a descripciones sensacionalistas y lenguaje emotivo en sus despliegues discursivos. Según Doezema, la repetición de esas bases discursivas conduce a una re-emergencia de lo que ha denominado *the myth of white slavery*, no porque esto suponga la inexistencia del tráfico de personas, sino más bien por la extensión y representatividad de los casos que configuran y organizan sus relatos. Precisamente, esta sugerencia remite a lo que Stanley Cohen (2011) definió como pánico moral. Cohen sostiene que caracterizar algo como pánico moral no implica que esto no exista o suceda en lo absoluto y que esta reacción esté basada en fantasías o engaños, pero que es preciso atender a su extensión y representatividad sea en sí mismo o en relación a otros problemas.

La reposición y análisis de estos marcos de referencia que orientan la formulación de políticas criminales resulta central para la comprensión de los debates

<sup>22</sup> Para una reflexión más amplia sobre este aspecto puede consultarse Bergalli y Bodelón (1992).

<sup>23</sup> En ese sentido, la antropóloga Laura Agustín sugiere que existen ciertas formas clásicas de abordar la prostitución que no sirven para describir la realidad de los mercados sexuales en sus propios términos. Así, sugiere que «el uso de categorías como *prostitución*, *turismo sexual* y *tráfico*, por parte de representantes de gobiernos, proyectos sociales y académicos, borra la diversidad entre las situaciones e impulsos de la gente que viaja, participa en redes que facilitan los viajes y vive del comercio sexual» (2005, p. 107).

que suscitan, así como para reexaminar y contextualizar críticamente sus presupuestos (Binder, 2011). La definición de políticas criminales es resultado de disputas y posicionamientos diferenciales en escenarios conflictivos, aun cuando los lenguajes empleados tiendan a presentarlas como resultado de consensos generales respecto de aquello que debe ser objeto de una política criminal. Esto supone que, lejos de discusiones meramente técnicas sobre herramientas y formas de intervención o diseño institucional, las operaciones valorativas y clasificatorias que se realizan en este plano adquieran especial gravitación para sus proyecciones y análisis. En relación a ello, Chandra Mohanty (2008) puntualizará la necesidad de abordar una crítica interna de los feminismos hegemónicos occidentales y, específicamente, en el modo de producción de las mujeres en el tercer mundo como sujetos monolíticos. Ello supone prestar especial atención a las eventuales profundizaciones de esencialismos culturales y retóricas del victimismo en el despliegue de la administración de justicia penal (Kapur, 2005)

La construcción de un lenguaje melodramático y unidimensional de victimización resulta una vía que habilita no sólo el avance y la formulación de políticas criminales acorde a tales gramáticas en contextos determinados, sino su posterior configuración como una grilla interpretativa que permite capturar múltiples situaciones. Esto, a su vez, ha tenido su correlato en la expansión de retóricas que modelizan víctimas conforme ciertos estándares, lo cual produce una serie de imágenes subjetivas como exteriores constitutivos de la misma ficción idealizada que se construye en torno a la experiencia de victimización. Es decir, el reforzamiento de los lenguajes de victimización se asienta en representaciones determinadas acerca de cómo una víctima debería presentarse y, por otro lado, activa la sospecha respecto de aquellas otras mujeres que no se reconocen como tales. De ese modo, se vuelve a aquella danza circular en la que la única experiencia que pareciera poder asimilarse como verdadera es aquella en la que las mujeres asumen su condición de víctimas. La paradoja de la construcción de la víctima se presenta entonces cuando se sale de ese registro, oscilando rápidamente en una operación clasificatoria que hace de esa mujer una victimaria. Los mercados sexuales ingresan en dichos términos en la gramática penal que, en definitiva, no admite la posibilidad de organizaciones y acuerdos heterogéneos en las relaciones sexo-comerciales.

## 5. A modo de cierre

¿Cuáles son los marcos de referencia que organizan la conceptualización legal en materia de trata? ¿Qué operaciones clasificatorias organizan el despliegue de estos discursos? En el repaso de este artículo me propuse sugerir algunas aproximaciones a estos interrogantes. Así, sostuve que el reconocimiento de los sentidos movilizados en los debates en torno a la sexualidad comercial resulta clave para comprender sus proyecciones específicas en las conceptualizaciones legales en general y, en particular, en las definiciones penales en materia de trata. En definitiva, intenté reponer algunos aspectos de estas tramas discursivas para sostener que dichos discursos logran su eficacia porque se conectan con aspectos subjetivos y construcciones de sentido que atraviesan los procesos de definición legal. Difícilmente podamos comprender los discursos legales si apelamos a una intencionalidad lineal y uniforme que se impone desde arriba, sino que, como señala Sara Ahmed (2015), esta comprensión supone leer una ligazón mediada entre emociones y politización, interpretaciones de sensaciones y sentidos que deben ser rearticulados críticamente en la exploración sobre la sexualidad comercial y la penalidad.

## Bibliografía

- Agüero, A. (2012). Historia política e Historia crítica del Derecho: convergencias y divergencias. *Revista PolHis*, 5, (10), pp.81-88.
- Agüero, A. (2017). El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, (18), pp.169-219.
- Agustín, L. (2005). La industria del sexo, los migrantes y la familia europea. En O. Guasch, y O. Viñuales (coords.). *Sexualidades: Diversidad y Control Social*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Ahmed, Sara (2015). *La política cultural de las emociones*. Ciudad de México, México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México
- Barry, K. (1996). *The prostitution of sexuality*. Nueva York, Estados Unidos: NYU Press.
- Bernstein, E. (2014). ¿Las políticas carcelarias representan la justicia de género? La trata de personas y los circuitos neoliberales del crimen, el sexo y los derechos. *Debate Feminista*, 50, pp. 282-323.
- Bergalli, R. y Bodelón, E. (1992). La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 43-73.
- Binder, A. (2011). *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bourdieu, P. (2015). *Sobre el Estado. Cursos en el College de France (1989-1992)*. Buenos Aires, Argentina: Anagrama.
- Cohen, S. (2011). *Folk Devils and Moral Panics*. London and New York, Estados Unidos: Routledge.
- Cordini, N. (2017). El "crimen organizado": un concepto extraño al Derecho penal argentino. *Revista Direito GV*, 13, pp. 334 – 355.
- Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Daich, Deborah (2012). ¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución. *Revista RUNA XXXIII*, 1, pp. 71-84.
- Daich, D. y Varela, C. (2014). Entre el combate de la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución. *Revista Delito y Sociedad*, 38, pp. 63-86.
- Daich, D. y Sirimarco, M. (coord.). (2015). *Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y prostitución*. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- DDCTP (2016). *Delitos Conexos a la Trata de Personas. Informe Anual*. Buenos Aires, Argentina: Ministerio Público.
- Devlin, P. (2014). La moral y el Derecho Penal. En Dworkin, R. *La filosofía del Derecho*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica
- Doezema, J. (2001). Ouch! Western Feminists 'Wounded Attachment' to the 'Third World Prostitute'. *Feminist Review*, 67, pp. 16-38.
- Doezema, J. (2002). 'Who Gets to Choose? Coercion, Consent, and the UN Trafficking Protocol'. *Gender and Development*, 10 (1), pp. 20-27.
- Eilbaum, L. y Medeiros, F. (2017). Entre rotinas, temporalidades e moralidades. A construção de processos de repercussão em dois casos etnográficos. En R. Kant de Lima, L. Eilbaum, y F. Medeiros (orgs.). *Casos de repercussão. Perspectivas antropológicas sobre rotinas burocráticas e moralidades*. Rio de Janeiro, Brasil: Consequência.
- Engle Merry, S. y Bibler, S. (2013). Technologies of truth in the anthropology of conflict. *American ethnologist*, 41 (1), pp. 1–16.
- Esposito, R. (2011). *Bíos. Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- Ewald, F. (1990). Norms, Discipline and the Law. *Representations*, 30, pp. 138-161.
- Fassin, D. (2018). *Castigar: una pasión contemporánea*. Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora.

- Foucault, M. (2006). *Genealogía del racismo*. Buenos Aires, Argentina: Altamira.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Madrid, España: Siglo XXI Editores.
- Gusfield, J. (2014). *La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Haraway, D. (1991). *Simians, Cyborgs, and Women. The reinvention of Nature*. New York, Estados Unidos: Routledge.
- Hooks, B. (1984). *Feminist Theory: From Margin to Center*. Boston, Estados Unidos: South End.
- Iglesias Skulj, A. (2013). Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista. *Delito y Sociedad*, 35, pp.85–109.
- Iglesias Skulj, A. (2017). ¿Cómo hacerse la sueca? Criminalización de la demanda de servicios sexuales: La gobernanza de la trata sexual en tiempos de feminismo punitivista. *Revista KULA Antropólogos del Atlántico Sur*, 17, pp. 11-24.
- Jeffreys, S. (2011). *La industria de la vagina. La economía política de la comercialización global del sexo*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Juliano, D. (2005). El trabajo sexual en la mira. Polémicas y estereotipos. *Revista cadernos pagu*, 25, pp.79-106.
- Kapur, R. (2005). *Erotic Justice. Postcolonialism, subjects and rights*. Londres, Inglaterra: The Glass House Press
- Kempadoo, K. (2007). The war on human trafficking in the Caribbean. *Race and Class*, 49 (2), pp. 79-84.
- Lacey, N. (1998) *Unspeakable subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Oxford, Reino Unido: Hart Publishing.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid, España: Cátedra.
- Mohanty, C. (2008). Bajo los ojos de Occidente. Academia feminista y discurso colonial. En L. Suárez Navas y A. Hernández (eds.). *Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes*. Madrid, España: Cátedra.
- Morcillo, S. (2017). Contrabando de afectos, fugas de capitales y otros desplazamientos. Relaciones de sexo comercial más allá de las fronteras de la prostitución. *Revista cadernos pagu*, 49, pp. 1-35.
- Morcillo, S. y Justo Von Lurzer, C. (2012). Mujeres públicas y sexo clandestino. Ambigüedades en la normativa legal sobre prostitución en la Argentina. En D. Jones, C. Figari, S. Barrón López (coords.). *La producción de la sexualidad. Políticas y regulaciones sexuales en Argentina* (pp. 169-196) Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Morcillo, S. y Varela, C. (2017) "Ninguna mujer..." El abolicionismo de la prostitución en la Argentina. *Revista Sexualidad, Salud y Sociedad*, 26, pp. 213-235.
- Palti, E. (2004). De la historia de "ideas" a la historia de los "lenguajes políticos". Las escuelas recientes de análisis conceptual. El panorama latinoamericano. *Revista Anales*, 7-8, pp. 63-82.
- Pateman, C. (1999). What's wrong with prostitution? *Women's Studies Quarterly*, 27, (1/2), pp. 53-64.
- Pheterson, G. (1990). The category 'Prostitute' in Scientific Inquiry. *The Journal of Sex Research*. 27, (3), pp. 397-407.
- Reano, A. (2013). Reflexiones en torno a una teoría política de los lenguajes políticos. *Revista de Filosofía y Teoría Política*, 44, pp.1-16.
- Rose, N. y Valverde, M. (1998). Governed by law? *Social & Legal Studies*, 7, (4), pp.541-551.
- Sabsay, L. (2011). *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Scott, J. ([1992]2001). Experiencia. *La ventana Revista de Estudios de Género*, 2,

- (13), pp. 42-74.
- Scoular, J. (2010). What's Law got to do with it? How and why Law matters in the regulation of Sex Work. *Journal of Law and Society*, (37) 1, pp. 12-39.
- Smart, C. (1989). *Feminism and The Power of Law*. Londres, Reino Unido: Routledge.
- Tabet, P. (2004) *La grande arnaque. Sexualité des femmes et échange économique-sexuel*. Paris Francia: L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme.
- Taylor, I., Walton, P. y Young, J. (2007[1973]). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires, Argentina. Amorrortu.
- Varela, C. y González, F. (2015). Tráfico de cifras: "Desaparecidas" y "rescatadas" en la construcción de la trata como problema público en la Argentina. *Apuntes de investigación del CECYP*. 26, pp. 74-99.
- Varela, C. (2012). Del tráfico de las mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en la Argentina (1998-2008). *Revista Publicar en Ciencias Sociales y Antropología, CABA*, pp. 35-64.
- Varela, C. (2016). Entre el mercado y el sistema punitivo. Trayectorias, proyectos de movilidad social y criminalización de mujeres en el contexto de la campaña antitrata. *Revista Zona Franca*, 24, pp. 7-37.
- Weisz, E. (2010). Introducción: Claves para la lectura de un texto clásico. En Weber, M. (2010). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Prometeo.
- Zelizer, V. (2009). *La negociación de la intimidad*. Buenos Aires, Argentina: FCE.

# Vía negativa (daño e injusticia)\*

## *Via negativa* (harm and injustice)

Carlos Thiebaut  
 Universidad Carlos III de Madrid  
 ORCID ID 0000-0001-8786-1038  
[carlos.thiebaut@uc3m.es](mailto:carlos.thiebaut@uc3m.es)

**Cita recomendada:**

Thiebaut, C. (2021). Vía negativa (daño e injusticia). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 215-228.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6072>

Recibido / received: 21/02/2021  
 Aceptado / accepted: 09/03/2021

### Resumen

En los últimos decenios diversos autores han ido acudiendo a la noción de una vía negativa para referirse al lugar que las experiencias y los procesos de negatividad tienen en la conformación de los sistemas normativos. En términos usuales, esa negatividad se define como injusticia y la sugerencia, entonces, es que existiría una primacía, o bien genética o bien hermenéutica, de esas percepciones y experiencias de injusticia sobre las nociones y sistemas normativos en los que se definen y plasman qué sea la justicia. Se tratará aquí de establecer un primer esbozo de un mapa teórico en el que se ubica la intuición de la primacía de lo negativo a la hora de comprender las dimensiones éticas, políticas y jurídicas de los procesos y de los sistemas sociales. A la vista de las distintas propuestas que cabe subsumir bajo esta rúbrica, y a veces corrigiéndolas, se argumentará que la vía negativa es un recurso hermenéutico al que acuden las reconstrucciones teóricas tanto como los agentes sociales mismos para la comprensión de los procesos de génesis de ideas prácticas y de normas, de sus quiebras, resistencias y reformulaciones y al que se acude también para articular programas o propuestas puedan formularse como justos y aceptables. En términos más descriptivos, la vía negativa fijaría su atención en los procesos de denuncia, resistencia u oposición a un régimen normativo dado, bien sea en formas de revolución o de acción colectiva reformadora, bien sea como expresión de acciones individuales de disidencia y de desobediencia.

### Palabras clave

Vía negativa, aproximación hermenéutica, daño, sentido de la injusticia, meliorismo, imperativo de la disidencia, Shklar, Brunkhorst, Muguerza.

### Abstract

*In the last decades, several authors and theories have been resorting to the notion of via negativa, a negative path or an approach focused on negativity, to refer to the place that experiences and processes of negativity have in shaping normative systems. Normally in this approach negativity is defined as injustice and the suggestion, then, is that there we should*

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.



*attribute some kind of primacy, either genetic or hermeneutic, to perceptions and experiences of injustice over the definitions of what may be shaped as just or correct in a given normative system. A preliminary outline of a theoretical map will be here be advanced, in which the intuition of the purported primacy of the negative is located when it comes to understanding the normative dimensions -ethical, political and juridical- of social processes and systems. This map is incomplete and, as will be argued, rather points to the fact that the negative path is a hermeneutic tool in the hands not only of theorists but also of social agents themselves for the understanding of the genesis of practical ideas and norms, of their breakdowns, resistances and reformulations, and of the articulation of programs or proposals of normative orders that can subsequently be taken as just and acceptable. In more descriptive terms, the negative path would focus on the processes of refusal, complaint, denunciation, resistance or opposition to a given normative regime, whether in the form of revolution or a collective action of reform, or as an expression of individual actions of dissidence and disobedience.*

### **Keywords**

*Vía negativa, hermeneutical approach, harm, sense of injustice, meliorism, imperative of dissidence, Shklar, Brunkhorst, Muguerza.*

SUMARIO. 1. Introducción: la vía negativa como una aproximación hermenéutica. 2. Judith Shklar: el sentido de la injusticia como matriz de la vía negativa. 3. Interludio: el meliorismo como marco de comprensión de la negatividad. 4. ¿Rehuyendo el meliorismo? La mirada de la teoría crítica de Brunkhorst. 5. El repudio de la crueldad: el sujeto que rechaza la negatividad del daño. 6. La conciencia moral y el imperativo de la disidencia de Javier Muguerza.

## **1. Introducción: la vía negativa como una aproximación hermenéutica**

La presente voz se articulará en seis apartados. En esta introducción se planteará una aproximación al concepto de vía negativa como una perspectiva hermenéutica. Posteriormente, en segundo lugar, se abordará la aportación, seminal y central, de Judith Shklar que se recuperará más adelante en el texto. Aunque Shklar no empleara el término, sus propuestas son centrales y, por así decirlo en clave menor, apuntan a una reflexión desde la filosofía política de la relevancia de las experiencias de negatividad, como la percepción de la crueldad y el sentido de la injusticia, para comprender el significado de los conceptos normativos como el de justicia. Su cauteloso empleo de la relevancia de las víctimas –de quienes sufren y padecen la negatividad– es central en la articulación de esos significados. En tercer lugar, en forma de interludio, y porque la vía negativa apunta a una comprensión de la historia –casi una filosofía de la historia– se enfrentaría a un obstáculo generalizado en la cultura contemporánea y sus comprensiones historicistas: el del meliorismo contemporáneo. Éste suministra una versión de la prioridad epistémica de la idea de bien en forma de lo mejor o de lo ya no-peor, precisamente lo que la interpretación hermenéutica de la vía negativa quiere cuestionar. En cuarto lugar, en una ola subsiguiente de la discusión, se presenta la reconstrucción que Hauke Brunkhorst hace de los procesos normativos en la historia en lo que denomina «teoría crítica de las revoluciones jurídicas». En una clave mayor, por seguir con la metáfora musical, ese programa apunta a un proyecto interpretativo –que se pretende postmetafísico en una teoría de la evolución y la revolución sociales– de los procesos normativos en la historia de nuestras sociedades. Se recupera ahí, en un proyecto teórico que tiene su raíz en la Teoría Crítica de T.W. Adorno, pero sobre todo de Jürgen Habermas, la idea hegeliana y marxiana de la negatividad como motor oculto de los procesos históricos. En un quinto apartado, más breve, se regresa a la mirada de Shklar para

interrogarse sobre los sujetos como agentes de negatividad: son ellos quienes ejercitan resistencias, disidencias y desobediencias y hacen real la dialéctica de la negatividad –por emplear este término– a la que tanto Shklar como Brunkhorst se refieren. Por último, y en sexto lugar, esa idea de los sujetos que encarnan la negatividad ha tenido en nuestra cultura filosófica hispano hablante –sobre todo en Javier Muguerza– una inflexión específica y una aportación original. No obstante, se sugiere que el carácter marcadamente individualista de las formas en las que la conciencia ética de la disidencia se ha presentado puede ser matizado en la medida en que los actos de resistencia y disidencia se enmarcan en redes de resistencia epistémica, como ha sugerido José Medina.

Luis Villoro presentó en sus últimos trabajos (Villoro, 2007) el esbozo de una «vía negativa hacia la justicia» que entendía como una forma de salir del impasse teórico de las reconstrucciones liberales de las teorías de la justicia a la hora de atender al carácter fundante y motriz de las experiencias de exclusión y para poder dar cuenta de la fuerza normativa de las aspiraciones al reconocimiento de los desposeídos y excluidos. Esa idea recoge nítidamente lo que aquí se entiende como el componente hermenéutico de la vía negativa: se trata, en primer lugar, y en lo que a nuestras teorías normativas se refiere, de ajustar la vista y de dar cuenta de la fuerza de las experiencias de injusticia y de hacerles, por lo tanto un lugar en la génesis y significado de nuestras nociones normativas; pero quizá sobre todo, y en el segundo plano de las realidades sociales mismas, de entender que las motivaciones de los sujetos están ellas mismas transidas de la experiencia y el rechazo de esa misma negatividad, una experiencia que la teoría debería recoger y reconstruir. Cabe aventurar que esa dimensión hermenéutica es, por lo tanto, una llamada a un reajuste teórico al que nos invitan las diversas corrientes y autores que mencionamos.

## 2. Judith Shklar: el sentido de la injusticia como matriz de la vía negativa.

Tal vez no sea desacertado ubicar a Shklar en esa misma perspectiva hermenéutica, aunque ella ubicaría su trabajo más bien en la (historia de la) filosofía política y no se reconocería en esa tradición de la filosofía continental. En *“Putting cruelty first”* (Shklar, 1984) [en adelante, “Anteponiendo la crueldad”] traza un origen en Montaigne y Montesquieu de las intuiciones normativas modernas y en *Los rostros de la injusticia* (Shklar, 2010) desgrana con más detalle esas intuiciones poniendo de relieve lo que denomina el sentido de la injusticia. En sus últimos trabajos, sobre las ideas de pertenencia social en la sociedad norteamericana, con el acento puesto en las exclusiones raciales, y sobre la condición de los exilados, desarrolla esa misma aproximación. Su mirada, pues, trata de desentrañar el sistema de percepciones necesarias para dar cuenta de las experiencias de negatividad –la de la crueldad de las guerras y de los efectos del poder, en el primer caso de los trabajos citados, y la de las injusticias sociales en el segundo–. De alguna forma es una cierta hermenéutica o fenomenología de esas experiencias la que posibilita una manera de mirar y de ver el sentido de nuestros sistemas morales y políticos y de sus conceptos centrales. No es tanto una aproximación a las génesis específicas de esos sistemas y conceptos sino al significado y el motivo que lleva a considerarlos normas e intuiciones legítimas para quienes se consideran sujetos de ellas y a ellas. Aunque – como veremos a continuación al tratar a Brunkhorst– la prioridad experimentada de lo negativo pueda querer también alcanzar el estatuto de un mecanismo de explicación histórica o genética de nuestros conceptos morales, quizá la sugerencia de la vía negativa puede plantearse todavía en Shklar con un carácter más cauto y general. Lo normativo, es decir, nuestras intuiciones y valores morales, nuestras normas y nuestras instituciones, sugiere esta aproximación más cauta, son percibidas en los procesos de crisis y de negatividad como nuevas demandas o como nuevas restricciones sobre comportamientos e instituciones previamente no normados. En

*Los rostros de la injusticia* se percibe con claridad cómo opera el sentido de la injusticia –como el envés del sentido de la justicia que es tan central en la teoría de Rawls y a la que la misma Shklar se siente cercana en su defensa de la democracia constitucional– como ese mecanismo desvelador de los significados normativos; y quizá como una sospecha algo escéptica de la historiadora del pensamiento político que era ante las filosofías políticas exentas o completas que jalonan esa misma historia.

El sentido personal de la justicia, el de cada súbdito, no tenía espacio en teorías que contemplaban solo los gobiernos aristocráticos y monárquicos. En la teoría moderna de la democracia, en cambio, el sentido individual de sufrimiento ocupa el centro del escenario, como problema psicológico y como problema político (Shklar, 2010, p. 142).

El sentido de la injusticia es, quizá sobre todo, una cierta educación de la sensibilidad y de la mirada ante la crueldad y ante las desgracias que en momentos históricos anteriores se tomaban como naturales e inevitables, pero que se van desvelando en la historia más bien como injusticias que antes no se percibieron como tales –pensemos, por ejemplo, en la esclavitud y en la sumisión de la mujer, por no mencionar las formas masivas de la desposesión estructural–. En los términos que el autor de esta voz se inclina a emplear para interpretar a Shklar, esas injusticias dejan de pensarse como inevitables males y pasan a concebirse como daños evitables y vitandos. Esa sensibilidad tiene un punto focal, que ya aparecía en “Anteponiendo la crueldad” (Shklar, 1984), el papel central de las víctimas, y en el que se muestra esta forma de hermenéutica cauta de la vía negativa. Es hermenéutica porque –argumenta Shklar en una maniobra teórica directamente anti-maquiaveliana– Montaigne y Montesquieu piensan los ejercicios del poder no desde la perspectiva de quien lo ejerce y de su eficacia, sino de los daños y sufrimientos que se infligen en quienes sufren sus efectos. Cabe interpretar el giro hermenéutico de Shklar como la sugerencia de que para pensar el poder y sus ejercicios hubiéramos de olvidar el *cui prodest* y nos centráramos, más bien, en el *quis patitur*. Y es una hermenéutica *cauta* porque Shklar nos llama repetidamente la atención sobre los riesgos de sobrevalorar el lugar de las víctimas, y aún de sus experiencias. La sobrevaloración de las víctimas, el victimismo, puede llevar, en primer lugar, a su fácil manipulación; pero también, sobre todo, a perder de vista su complejo estatuto no siempre obvio ni transparente.

Pero se añade quizá algo más a la intuición de lo que aquí se llama la vía negativa que, aunque tiene una base en Shklar, no se expresa así en ella: cabe trazar o ubicar históricamente ciertas crisis de negatividad en la historia que, al fijarnos en sus víctimas, hubieran puesto en evidencia males que no habían sido aún conceptualizados –pensemos, como se decía hace un momento, en la esclavitud, indiscutida durante hace milenios y desde hace dos mil quinientos años problematizada, o la discriminación y la violencia género, reciente en nuestras conciencias públicas y privadas– o bien porque incluso previos acuerdos explícitos son violados y quebrados, como sucede, por ejemplo, en las violaciones graves de los derechos humanos en la actualidad que presuponen intuiciones, formulaciones normativas e instituciones que encarnan dichos derechos. En esos y otros casos, seguiría la hipótesis de esta vía negativa, generamos nuevas normas y nuevos conceptos que en ellas se definen, y lo hacemos con precisión cada vez más aguda o los resignificamos y corregimos para formular qué no debiera haber ocurrido o qué no debería suceder de nuevo. La comprensión de lo que sean nuevos daños tiene una semántica abierta en la historia.

### 3. Interludio: el meliorismo como marco de comprensión de la negatividad

Alejándonos ya de Shklar, pareciera que, vista así, la vía negativa apunta a un programa de aprendizaje. En un lúcido balance de las discusiones del siglo que se acababa, Jürgen Habermas se preguntaba hace veinte años si acaso aprendemos por medio de las catástrofes (Habermas, 1999). Incluso atendiendo a las filosofías de la negatividad del siglo pasado –sobre todo la teoría crítica frankfurtiana, pero no solo– la falible confianza ilustrada en las capacidades racionales y normativas se trataba allí de presentar con sobriedad. Habermas subrayaba cómo los balances negativos sobre el pasado siglo, en el que se han acumulado catástrofes cuantitativa y cualitativamente inimaginables hasta entonces, tendían a olvidar hechos tan incuestionables, entre otros, como la derrota del fascismo en la Segunda Guerra Mundial o el entonces esperanzado horizonte de una inicial Unión Europea. Quizá nuestros tiempos de amenazante oscuridad han empalidecido aún más el ya frágil proyecto de una ilustración que Habermas mismo, en otros textos, considera aún tarea pendiente. Es relevante traer la aportación de Habermas a colación porque la vía negativa es como un aguijón en esa conciencia que cabe llamar meliorista incluso aún cuando ésta estuviera muy lejana ya de los fortalecidos proyectos ilustrados; el meliorismo es la perspectiva que propone pensar que, *a pesar de todo*, caminamos en la historia en una ruta de lo peor a lo menos malo e incluso, por ello, lo mejor. Su carácter hermenéutico, pues, no pierde una cierta dimensión normativa: acendra la cautela ante las filosofías, positivas y negativas, de la historia. He subrayado la fórmula adverbial concesiva porque en ella se juega en parte el sentido de la vía negativa que eleva una mirada de dolido escepticismo incluso ante la forma debilitada de la esperanza que se contiene en el meliorismo. Quizá la vía negativa, tal como se está aquí explorando, solo formula que en la historia, y en el sentido presente de nuestros conflictos, algunas sociedades elevan barreras contra lo que van precisamente percibiendo y experimentando como daños, es decir, como lo que debe rechazarse y evitar que suceda de nuevo. Y lo hace, precisamente porque es negativa, porque propone que es más adecuado –en términos de comprensión y en términos de experiencia– pensar antes en lo que se rechaza que en lo que se espera o se confía incluso con ese rechazo mismo. Así vista, la vía negativa desnuda la acción humana –incluso la acción de repudio y de compromiso– y cuestiona que sea el bien que se busca lo que le da sentido. Por poner su intuición en términos académicos, la vía negativa no es nada aristotélica por su carácter alejado, sino antagónico, de la teleología del bien –o lo acabará siendo de manera un tanto heterodoxa– y es kantiana –aunque de manera también no usual al formular, como mucho, el imperativo negativo de la no reiteración del daño o, en versión distinta, el imperativo de la disidencia, como diremos después.

Para que pueda entenderse adecuadamente –y no recaiga en las filosofías negativas de la historia, como si pretendiera invertir las narrativas ilustradas del progreso–, la vía negativa no necesita elevar una condena a lo que sean los contingentes vericuetos de la historia, como si ésta acabara escribiéndose en recto incluso con renglones torcidos, sino, más bien, plantear reiteradamente una sospecha y, como se decía, una cautela. La sospecha es que no todo lo que se ha venido acordando –por ejemplo, en las estelas de la Declaración de los derechos humanos– es un sólido hecho ya incuestionable sobre el que apoyarnos, porque su protección puede quebrar, y quiebra, y la cautela es que hemos de estar siempre avisados de esa posibilidad para, precisamente, evitarla. Lo que la vía negativa hace es, más bien, atender a que quizá incluso nuestras barreras contra los daños y las barbaries, esas que se elevaron en momentos anteriores como compromisos contrafácticos, categóricos, están necesitados de su reiteración, precisamente, como evitación del daño. La percepción de la negatividad, la de las heridas de un mundo quebrado, es

el punto de partida de esa reiteración y para que pueda formularse tienen que enfrentarse a dos dificultades.

En efecto, esta idea de negatividad, de lo negativo en el mundo, se enfrenta a dos grandes concepciones de la prioridad de lo positivo. La primera, como si apresurara la respuesta ante el problema del mal, formula que vivimos en el mejor mundo posible. Su versión metafísica es el optimismo ilustrado de la teodicea de Leibniz al enfrentarse al problema del mal: habitamos el mejor mundo posible; su versión popular nos la presentó Voltaire en la entrañable, pero ridícula, figura del Dr. Pangloss, el tutor de Cándido en su deliciosa novela homónima. En ese marco mental, todo, empezando por los infortunios, como el terremoto de Lisboa, o las desgracias provocadas por mano humana, como las guerras, puede ser descubierto como positivo, como si teleológicamente enunciara que no hay mal que por bien no venga. Hay una segunda forma más matizada de esta concepción de la prioridad de lo positivo que ni es tan metafísicamente insostenible como la de Leibniz ni tan ingenua o torpemente consoladora como la de Pangloss. Me refiero a la idea meliorista de la que ya se habló al pensar el siglo XX en la reflexión de Habermas pero que, en términos más peraltados, y como un diagnóstico general sobre la confianza en la razón humana, formularía que una mirada larga sobre la *evolución* de las sociedades humanas muestra una disminución de la violencia, de las guerras o de los exterminios de los humanos a manos de los humanos. De diversas maneras, e incluso aunque no tengamos la confianza ilustrada en un incuestionable progreso de la razón en la historia ni podamos esgrimir garantía alguna contra la sospecha de que podemos estar caminando al borde del abismo –por ejemplo en lo que atañe a la sostenibilidad misma de nuestras sociedades en un ecosistema que estamos devastando– cabe pensar que la racionalidad que se va construyendo en la historia es capaz de hallar qué hay de mal en lo que ahora pensamos que es peor y, por ende, de pensar qué formas de acción cabrían contraponérsele a esos males. Los sólidos argumentos de Steven Pinker (Pinker, 2011) en nuestros días han ido en ese sentido. Aunque no cabe ahora entrar en su detalle –pues el meliorismo sería la antítesis cauta de la incluso cauta vía negativa–, la idea propuesta es señalar que determinadas adquisiciones o construcciones institucionales –desde el estado como monopolio de la violencia legítima hasta el derecho, desde la socialidad de las costumbres al perfeccionamiento de las formas de comunicación– tienen el doble resultado, primero, de permitir percibir mejor en qué anduvimos errados, en qué había quebrado el mundo, y, segundo, de ir construyendo, elaborando, mejores bardas contra las negatividades –la guerra, la esclavitud, la dominación de género, la pobreza– que han estado pluriformemente presentes en la historia. El mecanismo conceptual que subyace a esta aproximación meliorista es, pues, la de un método comparativo: podemos, de la mano de las ciencias de la vida, como las de la salud, y de las ciencias sociales de la historia, contrastar momentos anteriores y constatar avances y ganancias, como la de la reducción de la violencia que inquieta profundamente a Pinker.

Conviene subrayar y reconocer que esta concepción meliorista, expresada incluso como una concepción ilustrada que matiza en múltiples maneras su optimismo, está a la base de los entendimientos de las sociedades democráticas contemporáneas y, con una argumentación distinta, estaba presente en el análisis de Habermas que se recogía antes. El meliorismo es la conciencia moral por defecto de sociedades reflexivas como las nuestras. Pero, a pesar de que el meliorismo parte de una concepción negativa de lo anterior –e incluso de lo actual, pero que será también “anterior” en algún momento exitoso del futuro– sigue concibiendo que lo que prima, lo relevante que articula nuestras comprensiones y nuestras acciones, nuestro conocimiento y nuestra ética, lo que metafísicamente expresa lo real y determina nuestros conceptos, es alguna forma de comprensión como la que se ha llamado

positiva. En la versión meliorista –hegemónicamente la de nuestras sociedades, insisto, y con sólidos argumentos de su parte– el bien, aunque sea como rechazo de lo que ahora llamamos mal, da el mejor tono de lo que sea nuestra humanidad; va alumbrándose en su historia.

#### 4. ¿Rehuyendo el meliorismo? La mirada de la teoría crítica de Brunkhorst

Y no le faltan fuertes argumentos, no ya historicistas sino metafísicos, a esta concepción. O quizá sea un caso más en el que percibimos que la metafísica está siempre soterrada incluso donde menos se la sospecharía. Hay una veta platónica y agustiniana que se encarna en las reflexiones medievales, pero que pervive en los racionalismos modernos, como en Descartes y Spinoza, en el optimismo ilustrado de Leibniz e incluso en nuestro postmoderno meliorismo ya secularizado. La gran tesis metafísica es que el mal, lo negativo, no existe, no es: es privación del bien, es su negación o es su ausencia. No es el caso ahora de entrar en los torturados detalles de la historia de nuestras concepciones, sino de llamar la atención sobre esa primacía conceptual del bien sobre el mal, de lo positivo sobre lo negativo que, como veremos, la vía negativa tendrá que cuestionar. Nos acercamos con cautela al centro de la intuición de la vía negativa que estaba ya en Shklar y que sugiere que ni esa historia ni esa primacía ontológica del bien –del bien que es la existencia y es el Ser, en su versión metafísica– casan ya del todo ni con nuestra experiencia y ni siquiera con la historia real –otra historia alternativa– de nuestras mismas ideas, de nuestras filosofías. Las quebraduras del mundo no lo son porque un mundo anterior –¿de nuevo, la edad de oro de Hesíodo?– fuera roto por la humana mano de hierro; tampoco esas quebraduras pueden ser pensadas *porque* serán suturadas con el trabajo de la razón, de las instituciones o de la empática sensibilidad humana, como quizá soñaran Hume o Rousseau y, tras él, Kant. La quebradura del mundo tiene, sugiere la vía negativa, primacía real, es la primera negatividad de lo real, el hecho primero de que alguien ha sido dañado. Esta es la raíz del pensamiento crítico que encarna la vía negativa: frente a la confianza, la sospecha o la certeza de la quebradura del mundo, de la primera negatividad como raíz de lo real.

Pero no es claro que esa sospecha o esa cautela derroten la fuerza de la prioridad metafísica del bien. Pues aquí hay, de nuevo, dos cuestiones. La primera es la prioridad *en la experiencia* del hecho de ser dañados, lo que requiere o alumbrará la conciencia explícita de que aquel acto o aquella situación es, precisamente, un daño: la experiencia de la injusticia determina los puntos ciegos de los anteriores ejercicios y teorías de la justicia. En los términos de la teoría crítica, a la que nos volvemos ahora, es la negación determinada –esto no– de una estructura social, la negación determinada de un ejercicio normado de distribución de bienes y valores o de articulaciones de poder. Pero la segunda cuestión que tiene que sortear aquí la vía negativa es que si hay un daño éste quiebra una expectativa anterior de ausencia de daño, como la confianza básica en el mundo que, en la experiencia de Améry, quebró con su tortura. La prioridad de un bien, por ejemplo, el de la confianza básica en el mundo social o el de las expectativas de una relación de simetría y reciprocidad encarnada en la justicia, parecería, de nuevo, estar presupuesta para pensar la negatividad. Ésta, aunque adquiriera su papel por desentrañar las fracturas de lo real, sólo puede operar porque, al menos en el orden de la génesis de esa misma experiencia negativa, está presuponiendo de alguna forma aquello que ahora, cuando esa experiencia negativa ocurre, es, precisamente, negado o quebrado. Y ciertamente, algo se le quebró a Améry al ser torturado, algo que suponía como actitud básica ante el mundo y algo que fue arrebatado al justo Job, la expectativa del no-castigo si practicaba, como hacía, la vida del justo de Yahveh. Podemos pensar que eso que quebró era un bien. Pero cabe insistir que eso deja en la sombra la experiencia de aquellos que, a diferencia de estos dolientes, nunca pudieron disponer

de tal confianza, de tal bien. ¿Cómo se alumbró la conciencia de que algo que se vive –como la esclavitud o la dominación de género– es negativo cuando hasta algún cierto momento se vivía como algo natural o socialmente inalterable? Quizá en los términos inútilmente abstractos que estoy empleando –los de la prioridad ontológica del bien sobre su quiebra, sobre el daño, una toma de posición central en la metafísica occidental– la pregunta es irresoluble. Para afrontarla hay que abandonar la metafísica y acudir, post-metafísicamente, a la historia de los procesos, personales y sociales, de negatividad.

Cabe, en efecto, otra manera de pensar el papel de lo negativo en los procesos históricos que rehúya el meliorismo, incluso aunque éste no adopte formas consoladoras, como estimo que hace Pinker, o resistentes, como le sucede a Habermas. Como recientemente ha propuesto Hauke Brunkhorst (Brunkhorst 2014), podemos enfrentar esa cuestión por medio de una reconstrucción del mismo proceso evolutivo de las sociedades en la forma de una teoría crítica de lo que él denomina las revoluciones jurídicas en cuyo centro, como un motor que altera los periodos de estabilidad normativa, está la aparición y el desvelamiento de la negatividad, una negatividad cuyo carácter y cuyo sentido va mutando en el proceso histórico. Las determinaciones de esa negatividad –su carácter, precisamente, de negación determinada– no tienen un único nombre, aunque persista la tentación marxista de llamar al proceso histórico la historia de la lucha de clases. Las tesis reconstructivas de Brunkhorst –como un nuevo hegelianismo teñido del negativismo de las miradas radicales del pensamiento político y social del último siglo, y señaladamente del radicalismo de Barrington Moore (Moore, 1978) o de la permanente irreconciliación de Theodor W. Adorno–, dan cuerpo a la idea de que el desarrollo de nuestras instituciones sociales, políticas y jurídicas es un proceso de reconfiguraciones y saltos impulsados por distintas formas de negatividad, esas formas que se encarnan en revoluciones conceptuales que fueron revoluciones históricas y sociales. En ellas, los conceptos normativos –la mutante constelación de lo justo– siguieron el camino de las protestas, de los conflictos, de los desacuerdos no menos que el de las crisis sistémicas mismas; también, cabe decir, de la violencia. Tampoco es momento de exponer el detalle de la reconstrucción de este desbordante nuevo hegelianismo negativo, que hereda el marxismo y el pensamiento crítico contemporáneo. Baste con señalar que la idea motriz es argumentar que esta forma de interpretar nuestra historia evolutiva está encaminada a mostrar los potenciales emancipatorios de esa historia a partir de procesos sociales concretos, de emancipaciones particulares, que posteriormente, cuando la cultura y la reflexión histórica se hicieron reflexivas, han adquirido el rango de una categoría, la de emancipación misma. Las experiencias de emancipación de las formas revolucionarias, reiteran esa fuerza negativa a lo largo de la historia –son no solo su matriz simbólica, sino de matrices de experiencias– que, en el caso de Brunkhorst, llega ya a adquirir en la modernidad el rango de una categoría política abstracta. De esa manera, incluso si pensamos la historia como un proceso de evoluciones y de revoluciones, en una suerte de versión negativa o invertida del meliorismo, lo que priman son las fuerzas de las negatividades. Tal vez no solo por la primacía experiencial del daño que comentamos, sino tampoco sobre estos supuestos reconstructivos de la historia, no cabría seguir pensando –*metafísicamente*– en la primacía del bien sobre lo negativo. Pero es que, doblando la apuesta, tampoco podríamos hacerlo en términos filosóficos, al menos de una filosofía intramundana y post-metafísica, porque, argumenta hegelianamente Brunkhorst, la negación determina la afirmación:

[Hay] una *asimetría* constitutiva entre la afirmación y la negación: sólo la negación es una operación reflexiva que hace explícito el sentido de la afirmación. Ésta es la razón lógica por la cual la negación que abole la inmediatez (como acertadamente vio Hegel)

es el comienzo y la fuerza motriz de todos los procesos de desarrollo en la historia humana (Brunkhorst, 2104, p. 19).

Retornamos, pues, al centro de la objeción metafísica a la vía negativa y a la respuesta que ofrece esta versión, en clave mayor, de la vía negativa: si es la negación determinada la que pone en evidencia una afirmación positiva que antes de ella solo estaba latente, olvidarla como mecanismo social de comprensión leería mal y borraría el carácter emancipador de la negatividad. Brunckhorst articula sus análisis no sólo sobre ese básico esquema de la lógica de Hegel, sino sobre todo sobre la matriz teórica de Habermas: son los procesos de quiebra comunicativa –o si se prefiere, las formas de la comunicación negativa– los que fuerzan acuerdos sistémicos para restañar, en un momento ya distinto, el orden social.

Sin tener que suscribir ni el argumento hegeliano ni la, por otra parte sugerente, reconstrucción histórica de Brunckhorst, cabría pensar, pues, que tanto en el orden de la experiencia al que acudía Shklar como en el orden de los procesos históricos que Brunckhorst reconstruye, lo real mismo se ha ido mostrando como primeramente quebrado, unas fracturas que llamamos así no porque hayan roto lo antes entero, ni torcido lo antes tieso, sino porque las sociedades con varia fortuna han ido suturando esas quebrantaduras originarias. Y cabe sugerir, entonces, que en variadas formas y con diversa fortuna, es a esas suturas a las que les llamamos el bien. No importa tanto ahora –una pregunta crucial en otros momentos de la investigación, por ejemplo, en términos estrictamente evolutivos– si fue antes la fractura que su reducción; probablemente ambas cosas, quiebras y suturas hayan sido siempre simultáneas, probablemente tanto las simetrías como las asimetrías de los grupos humanos tejieron nuestra sociable insociabilidad. Quizá cabe suponer que las quiebras refuerzan y acrisolan lo que estamos llamando ahora suturas. Importa, más bien, la metafísica, es decir, el cuestionamiento de la primacía del bien sobre su negación, aunque eso nos requiera una torsión de cómo concebimos la acción y de cómo entendemos, filosófica pero también espontáneamente, el pensamiento mismo que, solemos dar por supuesto, dice siempre lo que hay antes de poder negarlo. Porque a veces, por no decir con frecuencia, rechazamos o repudiamos lo que aún ni siquiera tiene nombre.

## 5. El repudio de la crueldad: el sujeto que rechaza la negatividad del daño

Sin entrar en esa torsión mayor, una manera más adecuada de acotar la intuición de la vía negativa es regresar por un momento a Judith Shklar. Como se indicó, Shklar fue paciente y sutilmente mostrando de qué manera las concepciones básicas del liberalismo político se fueron construyendo como reacciones y resistencias a las formas vividas de injusticias y crueldades que han ido plagando la historia mediata e inmediata. Su apoyo en la paradoja de Montaigne y en su «odio cruelmente la crueldad», que él ejemplificaba en la tortura, la lleva a sugerir que, en el orden normativo, diferenciado y reflexivo de Montesquieu, subyacen ese aprendizaje y esa sensibilidad. Ese repudio de la crueldad –la forma aquí de lo negativo, de la quebradura del mundo, del daño– es, para Shklar, el sustrato de las instituciones liberales modernas y supone una reinterpretación radical de lo que damos por descontado en el relato del origen y desarrollo de esos conceptos. Frente a la narración canónica del origen conceptual en la razón –el hecho de la razón, dirá Kant– de conceptos como el de dignidad, o respeto, o simetría, o, sencillamente, justicia, Shklar sospecha que las experiencias de humillación, desposesión, crueldad física y moral, están a la base de las frágiles barreras que contra esas realidades elevamos –es decir, esos mismos conceptos–. Así, la vía negativa no define el bien, sino que explora los efectos y el sentido del rechazo del daño. Parte de la experiencia primaria del daño, de lo quebrado.

Pero tal vez el repudio de esas realidades sobre las que fija su atención Shklar haga algo más que permitirnos reconstruir el sentido que tienen, o que más bien debieran tener, nuestras intuiciones normativas. La vía negativa no solo ha indicado las modificaciones sustanciales que la idea de daño implica sobre las concepciones y formulaciones del espacio público en el que se formulan, sino que ha puesto en juego también, ha tenido que hacerlo, otras interpretaciones de lo que somos y cómo somos las personas. Cabe sugerir, por ello, que la vía negativa se apoya en una noción mutada de sujeto y la incita. Descansa en las formas de nuestras quebradas subjetividades en el daño y las generaliza como una nueva interpretación o como una matriz nueva para la condición humana. Tal vez haya tres inflexiones masivamente presentes en el pensamiento contemporáneo, del siglo pasado y de este mismo siglo, que así lo indican: el acento en la corporalidad humana y en su vulnerabilidad, el acento en su precariedad social e institucional y el acento en la relacionalidad de las personas como categoría central para pensarnos, precisamente, como sujetos, como agentes.

La vía negativa, que de múltiples maneras se va desplegando como un delta desde la segunda mitad del siglo pasado, ha subrayado esos rasgos: podemos ser heridos, podemos ser dañados; podemos herir, podemos dañar. Gran parte de la nueva tradición fenomenológica y crítica está, precisamente, llamando la atención sobre el carácter fundante de esa idea de vulnerabilidad. La misma Shklar lo apuntó en su liberalismo del miedo: la política liberal se funda en el miedo que nos produce el miedo a ser heridos, corporalmente dañados, físicamente sometidos. O, en otros términos, el repudio de la violencia –por ejemplo, de la violencia de género– se condensa en el horror de una violación y en las formas de humillación, de herida moral de su dignidad, de quiebre de la agencia de la mujer, que allí siempre se ejercita (Alcoff, 2018; Bernstein, 2015).

A la vista de tal vulnerabilidad, la idea central de la filosofía moderna, la de un sujeto autosubsistente y autónomo –fundamento epistémico del conocimiento y fundamento normativo de la capacidad de agencia—, parece haberse difuminado; el sujeto ha perdido su perfil de inviolabilidad, y sobre todo ha perdido el aislamiento de esa su individualidad autofundante. Pero no parece que haya perdido, no obstante, ni su reflexividad (pues es capaz de dar cuenta de sí mismo en sus actos y sus relatos de sí mismo) ni se le ha difuminado su capacidad de acción, su capacidad práctica, su agencia. Como se está reiterando en numerosos lugares y experiencias, muchas víctimas rechazan ser concebidas como tales, por las connotaciones de pasividad y de impotencia que se suelen asociar a tal denominación y se quieren pensar, más bien, como supervivientes, cuando han logrado serlo, cuando han recuperado su capacidad moral de agencia. Si su dignidad, su autonomía, su agencia, fue dañada o si les fue impedido el ejercicio de sus capacidades morales, sociales y políticas, las resistencias ante esas negatividades vividas y experimentadas pasan, entonces, a primer plano. Ante las formas de la negatividad experimentada –ante las viejas y nuevas violencias, ante las viejas y nuevas formas de desposesión y marginación– aparecen espacios y agencias de negación (de nuevo, determinada) de esa misma negatividad. El sujeto vulnerado aparece como sujeto resistente.

Pero la posibilidad de pensar los sujetos resistentes ante el daño o, más ampliamente, sobre las formas de negatividad, los ubica en formas peculiares ante los sistemas normativos en los que habitan y en los que ellos mismos son conformados. Si, y cuando, son tales sujetos de negatividad, se enfrentan a valores, normas y categorizaciones cuyas formas estiman les hieren, son ubicados en los márgenes de los espacios de distribución del poder económico, social y político de los que son y se sienten excluidos, son despojados de los instrumentos jurídicos para poderse pensar como sujetos de derechos activos en sus comunidades políticas.

Estos sujetos son –cuando lo son, cuando pueden llegarlo a ser– los actores de la vía negativa. Por ello, tal vez cabría recoger bajo su rúbrica los procesos multicausales y pluriformes de los malestares de la modernidad tardía –esos mismos malestares que las teorías se afanan en reconstruir como fracturas de los procesos de socialización–. Esos malestares adoptan formas de oposición violenta o formas más civilizadas de resistencia y de desobediencia. Javier de Lucas (de Lucas, 2020, p. 29) los llama así, tiempos de desobediencia. La hermenéutica de la vía negativa llamaría la atención, ahora, sobre esas formas de revuelta, resistencia y desobediencia que surgen por doquier en los lugares de fractura de los órdenes nacionales e internacionales y cuyas siglas y nombres emblemáticos se ha convertido en lemas y en memes de la conciencia pública.

Pero es insuficiente esa llamada de atención. Si quisiéramos encontrar un sentido a la vía negativa que se materializa en esos procesos, tendríamos que atender al complejo entramado de razones que ejercitan los resistentes. En este sentido, la vía hermenéutica negativa vuelve a ser adecuada, porque fija la atención en las razones de la agencia de esos sujetos resistentes y sobre el entramado causal mismo en el que tienen lugar. Y, en términos de agencia –de la capacidad reflexiva de ser actores–, ello vuelve a poner sobre el tapete la discusión filosófica de quién es, y por qué lo es, sujeto de resistencia a la negatividad, de cuál es su autoridad. Es de notar, de entrada, el carácter reactivo de este sujeto. Matizando, y cuestionando, la idea antes sugerida por Brunkhorst de la primacía originaria de lo negativo –que desvela en la negación determinada lo que posteriormente será afirmado–, pareciera que ahora llamamos la atención sobre la reacción contra lo que en el marco hegeliano al que Brunkhorst nos invitaba cabría pensar como mera positividad. En muchos de estos casos de resistencia percibimos más que una negación originaria la oposición a lo que se experimenta como fracasos de postulaciones normativas frustradas: la exclusión del orden de los derechos, la frustración de las promesas del bienestar social, la marginación de los órdenes simbólicos en los que se articularían los reconocimientos. Son esas exclusiones, marginaciones y frustraciones recursivas –el *quis patitur* al que nos referimos antes– las que ahora ocupan el campo de visión y se trataría, cuando es el caso, de indagar, primero, de qué razones se pertrecha ese sujeto de resistencia y de cómo esas razones le suministran recursos para su acción y, segundo, qué marcos de entendimiento racional, cognitivo, emocional y valorativo pueden dar respuesta adecuada a las demandas que así se formulan. Es decir, y por emplear términos más cercanos al entendimiento común, cómo pueden ser interpretadas en términos de justicia la denuncias que efectúan los nuevos sentidos de la injusticia y qué re-entendimientos de los órdenes de la justicia serían necesarios.

## 6. La conciencia moral y el imperativo de la disidencia de Javier Muguerza

Ese ámbito de cuestiones desborda, incluso, las intuiciones de la vía negativa tal como las hemos explorado. Pero hay una inflexión filosófica que me parece relevante en la discusión. Las reflexiones que se han ido apuntando sobre las nuevas formas de subjetividad negativa –vulnerables, corporales, relacionales– parece que apuntan, *yet again*, a una cuestión central: la de cuál y cómo es la sede de la agencia, de la capacidad práctica, de los sujetos, a cómo es, cuando es, su capacidad activa de ser tales y no solo ser pacientes de los malestares que sufren, a cómo sobreviven y resisten y no solo son víctimas, cuando lo sean. Y son diversos los lugares teóricos para pensar esa capacidad de agencia que es el núcleo filosófico de la posibilidad del programa de la modernidad: desde las formulaciones ilustradas de Rousseau y de Kant a los programas emancipatorios del siglo diecinueve, desde las formas y recursos de la subjetividad resiliente descubiertas en el siglo veinte a las formas de resignificación misma de los conceptos y términos con los que se practican la

exclusión y la marginación, tan relevantes en el veintiuno, y sobre los que, por ejemplo, los feminismos han llamado la atención.

La capacidad de agencia del sujeto moderno tenía una sede privilegiada: su conciencia. Paradigmáticamente, es la conciencia moral donde el sujeto se constituye como tal o, más precisamente, donde se desvela –aunque sea postulativa y nouménicamente– como sujeto. En términos kantianos, es la ley moral que el sujeto puede formularse y darse a sí mismo la que le descubre y le muestra, ante sí y ante los otros, como sujeto libre. Ese programa trascendental kantiano se expresa también como un programa universal, jurídico y político, cuando la autodeterminación del sujeto se convierte en condición y modelo para la autodeterminación de todos. De esa manera, la conciencia moral del individuo está conceptualmente articulada como condición y centro del orden social, jurídico y político justo. Esta nítida articulación conceptual ilustrada –cuyos avatares históricos, en las inversiones de Hegel y de Marx, no alcanzan a desvanecer– tiene una consecuencia problematizadora cuando aterriza sobre las realidades normativas mismas: la desobediencia y la resistencia se plantean, en concreto, como actitudes y acciones reactivas ante los órdenes normativos constituidos que desde la conciencia moral se perciben como injustos, excluyentes o, directamente, como dañinos.

En España la discusión que en las últimas décadas del siglo pasado se mantuvo en torno a la obediencia al derecho recogió esa problemática. Cabe sugerir que la posición que Javier Muguerza mantuvo en conversación con Felipe González Vicén, Elías Díaz y Ernesto Garzón Valdés (Muguerza, 1986; Muguerza, 1998), entre otros, y en la que formuló el imperativo de la disidencia se ubica ya en esa onda reflexiva y reactiva que se comentaba, la de una negatividad incluso ante las formas normativas que han sido construidas como rechazos de negatividades anteriores. Reiterando, ahora en términos básicamente individualistas –de individualismo moral, precisemos–, la intuición kantiana de la originariedad de la conciencia moral, Muguerza discrepaba con la idea de que hubiera razones *morales* para obedecer al derecho –la obediencia obedece a otras cuestiones también de orden normativo, de legitimidad y de coerción legítima– y formulaba un imperativo de orden negativo que puede ser, en efecto, un pliegue más en la vía negativa que comentamos. Con las ideas kantianas de autonomía y del principio que de ella se formulan, se trataba de un imperativo negativo que se expresa en el derecho a disentir que es

(...) 'negativo' y, antes que fundamentar la obligación de obedecer ninguna regla, su cometido es el de autorizar a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquel principio. Esto es, lo que en definitiva fundamenta dicho imperativo es el derecho a decir «No», y de ahí que lo más apropiado sea llamarle, como opino que merece ser llamado, el *imperativo de la disidencia* (Muguerza, 1986, p. 37).

Más que recuperar la discusión que, por un momento, marcó brillantemente el debate ius-filosófico y moral español, quisiera concluir reflexionando sobre si ese imperativo así formulado es adecuado para dar cuenta de la agencia de los sujetos de resistencia sobre la que nos preguntábamos. Ciertamente, en un sentido nada irrelevante lo es y constituye, entonces, otro de los focos de la vía negativa que exploramos –recuérdese que antes se habló de las víctimas y las supervivientes–. Es, con claridad, un componente del sentido de la injusticia a cuya atención y fomento nos invitaba Shklar; también pudiera ser parte del proyecto emancipatorio de mayor alcance, pues como Muguerza mismo argumentaba, cuando el individuo desde su conciencia elige o, en este caso, disiente, lo hace por la humanidad entera. También es adecuado, a primera vista, como un lugar central en los movimientos de resistencia ante órdenes que pueden empezar a percibirse –aunque antes no lo hicieran– como excluyentes e injustos. Pero quizá el problema del imperativo de la disidencia

muguerziano sea que el individualismo ético que proclama puede tender a ser pensado como individualismo político *tout court* y se tornaría, entonces, en una tesis altamente implausible; no tendría por qué serlo, aunque así fue entendido en la polémica en cuyo seno surgió la formulación. Y si el individualismo ético –la irreductible autoridad en primera persona de la conciencia moral– se entendiera como individualismo político se convertiría en un individualismo abstracto, el del sujeto ante la ley, y se perdería el carácter de relacionalidad –y de la relacionalidad de los cuerpos vulnerables– que antes señalamos como un rasgo central de las nuevas formas de subjetividad resistente.

Quizá pudiera, no obstante, argumentarse que el imperativo de la disidencia no es lejano a las formas relacionales de la subjetividad resistente, esas mismas formas que aparecen por doquier en los nuevos movimientos reactivos de la desobediencia civil, de la resistencia social y de la protesta (de Lucas, 2020). En su programa de epistemología y activismo políticos, que denomina, precisamente, *Epistemología de la resistencia*, José Medina (Medina, 2012) ha analizado como los héroes individuales de –en su estudio– la resistencia del movimiento de los derechos civiles en usamérica en los años sesenta del pasado siglo, como Rosa Parks, serían no solo incomprensibles sino imposibles si no hubieran articulado su acción –ciertamente, de ellas, de ellas como personas– en redes sociales de resistencia y de disidencia. Más allá de ese y otros casos, las imprescindibles, por insustituibles, conciencias morales individuales –el *locus* del imperativo de la disidencia– se constituyen en procesos de argumentación y de formación, y de maneras no siempre lineales. No es infrecuente que disientan hasta de esas mismas formas de resistencia. Y comprender, incluso, estas disidencias puede reafirmar el imperativo al que Muguerza señalaba, precisamente al socializarlo. Notemos, pues, que lo que hemos explorado como vía negativa no es tanto un programa de acción sino una perspectiva –hermenéutica se ha llamado– de análisis y de comprensión de los procesos de conformación y reconfiguración normativos y lo es tanto en los procesos sociales mismos como en las posiciones que las personas adoptamos en ellos.

## Bibliografía

- Alcoff, L. M. (2018). *Rape and Resistance. Understanding the Complexities of Sexual Violation*, Cambridge: Polity Press.
- Bernstein, J. (2015). *Torture and Dignity. An Essay on Moral Injury*, Chicago, U. S.: Univesity of Chicago Press.
- Brunkhorst, H. (2014). *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives*. New York, U. S.: Bloomsbury.
- Habermas, J. (1999), ¿Aprender a fuerza de catástrofes? Diagnóstico retrospectivo del breve siglo XX, (trad. J.L. Arantegui), *La Balsa de la Medusa*, 50, pp. 3-21.
- de Lucas, J. (2020). *Decir que no. El imperativo de la desobediencia*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Medina, J. (2012). *Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and the Social Imagination*, New York, U. S.: Oxford University Press.
- Moore, B. (1978). *Injustice. The Social Bases of Obedience and Revolt*. London, UK: The MacMillan Press.
- Muguerza, J. (1986). La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate. *Sistema*, 70, pp. 27-40.
- Muguerza, J. (1998). *Ética, disenso y derechos humanos, en conversación con Ernesto Garzón Valdés*. Madrid, España: Argos.
- Pinker, S. (2011). *The Better Angels of our Nature: Why Violence has declined*. New York, U. S.: Viking Press.

- Shklar, J. (1984). Putting cruelty first. *Ordinary Vices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 7-44.
- Shklar, J.. (2010). *Los rostros de la injusticia* (trad. de A. García), Barcelona, España: Herder.
- Villoro, L. (2007). *Los retos de la sociedad por venir*. México: F.C.E.

# Bienestar\*

## Well-Being

Nuria Sánchez Madrid  
 Universidad Complutense de Madrid  
 ORCID ID 0000-0003-4273-5948  
[nuriasma@ucm.es](mailto:nuriasma@ucm.es)

### Cita recomendada:

Sánchez Madrid, N. (2021). *Bienestar*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 229-241.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6073>

Recibido / received: 22/11/2020  
 Aceptado / accepted: 26/02/2021

### Resumen

La valoración de un término intrínsecamente polisémico como es el de bienestar que aquí se propone pretende evidenciar de la mano de tres enfoques suficientemente amplios y dispares la importancia que los presupuestos conceptuales adoptados poseen para la definición del término analizado. Por un lado, presentaré un mapa de los abordajes éticos y cercanos a la filosofía de la mente y a desarrollos analíticos de las emociones que dan cuenta de la dimensión subjetiva imprescindible del bienestar, al visibilizar su conexión con la historicidad del deseo. Esto mismo permite afirmar asimismo que el término bienestar no se vuelve cuestión de interés social y político en cualesquiera épocas, sino que acompaña a una configuración epocal de la subjetividad, que a partir del siglo XX exige la satisfacción con medios públicos de demandas que giran en torno a la consecución universal de una tranquilidad material que facilite la emancipación con respecto a toda forma de explotación y opresión. Por otro lado, me ocuparé de presentar la perspectiva de Martha C. Nussbaum, que aconseja que las sociedades democráticas de fondo liberal adopten ciertas emociones para mejorar la cohesión del cuerpo civil y hacer de la reivindicación de bienestar general una exigencia sustantiva de la racionalidad práctica. Finalmente, me desplazaré a la mirada cruzada de Axel Honneth y Nancy Fraser, pues pone de manifiesto —a pesar de sus discrepancias internas acerca de la prioridad del eje del reconocimiento o de la redistribución— que, a pesar de la intensa vinculación que el bienestar mantiene con la subjetividad de los individuos, su materialización depende palmariamente de la incorporación por parte de los Estados de agendas públicas conscientes de la necesidad de combatir el hambre, la pobreza, la precariedad, el desprecio y las diferentes dimensiones de la opresión social. Sin un enfoque combinado de todas estas dimensiones difícilmente podría configurarse una teoría sostenible acerca del bienestar, consciente de la bipolaridad formal y material de las tareas a las que debe hacer frente con vistas a su materialización social progresiva y efectiva en sociedades diversas, pero igualmente enmarcadas en un marco cultural neoliberal.

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo, y de los proyectos del Ministerio de Ciencia e Innovación, *Precariedad laboral, cuerpo y vida dañada. Una investigación de filosofía social* (PID2019-105803GB-I0), y del Proyecto UCM-Santander PR87/19-22633 *Filosofía y pobreza. Una historia cultural de la exclusión social*. Agradezco a los revisores anónimos de la revista sus comentarios, que me permitieron mejorar la argumentación y estructura del escrito.



**Palabras clave**

Bienestar, felicidad, reconocimiento, daño, racionalidad práctica.

**Abstract**

*My aim in this paper is to give an account of such a polysemic term as well-being by hand of three broad and different approaches, which will highlight the scope that the conceptual frame has to define this concept. On the one hand, I will provide a general map of some ethical approaches stemming from the philosophy of mind and the analytical address of emotions, which emphasize the subjective features of well-being, insofar as they shed light over the ties of well-being with the historicity of desire. This fact allows to affirm that the term well-being did not become an issue of social and political interest in all epochs, as it depends on an epochal configuration of subjectivity, which from the XXth century onwards claims that public institutions meet the demands aiming at achieving material satisfaction and at removing every form of exploitation and oppression. On the other hand, I will focus on the standpoint adopted by Martha C. Nussbaum, who urges that democratic societies with a liberal bottom ought to adopt emotions easing to tighten up the civil body. Thus, she argues for making of general well-being a substantive demand of practical rationality. Finally, I will focus on an overlapping approach to the analysis of Axel Honneth and Nancy Fraser, who despite their discrepancies about the predominance of recognition or redistribution share the belief that, even if well-being holds strong bounds with subjectivity, to materialize well-being requires that states avow in their policy-making a decided will to remove hunger, poverty, precarity, contempt and the different features of social oppression. Without combining all these dimensions, it will be very difficult to outline a sustainable theory about well-being, conscious of the formal and material dimensions intertwined in the tasks furthering to spread well-being in different societies, all of them framed within a neoliberal culture.*

**Keywords**

*Well-being, happiness, recognition, damage, practical rationality.*

SUMARIO. 1. Explorar un concepto elusivo de la tradición ética. 2. Un mapa de las teorías éticas sobre el *bienestar* en el siglo XX y XXI. 3. La aproximación sustancial al bienestar de Martha C. Nussbaum. 4. El bienestar como disminución del daño y de las injusticias sociales. El cruce de miradas de Axel Honneth y Nancy Fraser.

**1. Explorar un concepto elusivo de la tradición ética**

Aproximarse a la noción de bienestar supone hacerlo a un campo semántico de compleja delimitación, en la medida en que en él convergen dimensiones que hunden sus raíces en el ámbito de la historia de la filosofía, pero que cuentan con espacios de análisis híbridos, en los que la racionalidad práctica y el estudio de las emociones (Crisp, 2006; Feldman, 2004; Rodogno, 2014 y 2015) deben articularse con enfoques procedentes de las ciencias sociales y de las ciencias jurídicas (Ferrajoli, 1999). Teniendo en cuenta la multiplicidad de desarrollos procedentes de la centralidad que el derecho al bienestar posee en la percepción social global, esta aportación dejará a un lado la tarea de explorar la génesis y objetivos de lo que quepa entenderse por Estado de bienestar. Mi intención es ocuparme de manera central y exclusiva de las interacciones entre la noción de bienestar y los procesos de subjetivación contemporáneos. Tendré a la vista principalmente los enfoques con frecuencia divergentes que se han dirigido a este concepto desde diversas coordenadas situadas en el amplio espacio de la racionalidad práctica y de la teoría crítica, entendida como herramienta de diagnóstico y resolución de las patologías sociales. Por de pronto, es preciso señalar que el término bienestar –extendido en el ámbito internacional como

*Well-Being*— debe ser cuidadosamente distinguido de la *eudaimonía* o felicidad, que al menos desde la ética griega clásica —entendiendo por tal un corpus que se extiende desde la obra de Aristóteles, pasando por Epicuro hasta llegar al periodo helenístico— constituye una categoría dominante en la exploración de la vida buena y de los bienes que incrementan la satisfacción del sujeto. Naturalmente, el término bienestar resulta históricamente del encuentro y superposición de discursos contruidos sobre la presuposición de una mirada teleológica y deontológica acerca de los fines de la existencia, pero también de la fricción que estos han experimentado con propuestas procedentes de la teoría crítica y de la filosofía social. Los primeros han desembocado en aproximaciones actuales más o menos atravesadas por preocupaciones de la filosofía de la mente contemporánea, que constituyen la línea dominante de reflexión acerca de la genealogía y teorías en torno al bienestar y suministran un paisaje conceptual en el que se prioriza la presencia positiva del término o, si se prefiere, los cauces para reconocerlo en el medio social como una posibilidad a la mano de los agentes y, por tanto, de adquirirlo por obra del propio esfuerzo. No son pocas las dificultades de índole material y social que disuaden de limitar de esta manera tan recortadamente liberal en sentido clásico la relación que el sujeto mantiene con las expectativas que despierta la pregunta por su bienestar.

Frente a la lectura del bienestar realizada desde la teoría de la mente y el análisis de las emociones, los enfoques en clave de teoría crítica han tendido a destacar la dimensión elusiva del término, esto es, la normalidad de su excepcionalidad a la vista de las dinámicas sociales que obstaculizan su emergencia. Por ello, esta línea de investigación ofrece una pauta de lectura complementaria de la primera, por cuanto permite identificar algunas de sus limitaciones de base. Esta mencionada línea de trabajo ha contribuido a visibilizar el carácter de derecho social básico que cabe reconocer al bienestar, como condición aneja a la noción de dignidad humana, que por tanto debe ser respaldada por ambiciosas políticas públicas (Ferrajoli, 1999). El balance analítico que planteo acerca de este término interdisciplinar se propone dibujar en primer lugar un mapa de teorías y análisis sobre el bienestar articulados desde el ámbito de la filosofía práctica, la filosofía de la mente y la teoría de las emociones. Esta primera vertiente pondrá de relieve la marcada dependencia del término bienestar con respecto a la construcción de la subjetividad. En segundo lugar, me ocuparé de la propuesta sustancial del bienestar elaborada por Martha C. Nussbaum (2002, 2006, 2007 y 2012), en estrecho diálogo con la teoría de las capacidades de Amartya Sen (1989, 1997, 2000) y quizás menos visitada que esta última, como ejemplo de una posición atenta al estudio de las emociones, pero comprometida con la confección de una propuesta concreta y definida de la vida buena, dotada de un cierto alcance universal. En tercer lugar, procederé a una evaluación de las consideraciones realizadas sobre el bienestar desde investigaciones más cercanas a la filosofía social (Honneth, 1997, 2009, 2010, 2011 y 2014; Jaeggi, 2018), en las que la atención al término forma parte de una reconstrucción de órdenes normativos heredera de la teoría crítica, pero al mismo tiempo simpatizante con planteamientos pragmatistas contemporáneos. Finalmente, intentaré realizar un cierto arqueo de la contribución realizada al alcance ético-social y político del bienestar desde estas tres miradas, con la pretensión de detectar limitaciones hermenéuticas que podrían verse beneficiadas por la adopción de un proceder menos unilateral y más consciente de la pluralidad de perspectivas adheridas al término. Esta elaboración crítica me parece ventajosa precisamente para inspirar políticas públicas conscientes del alcance que el bienestar y los bienes y capacidades que lo integran poseen para la construcción de una noción de ciudadanía consciente de los obstáculos materiales que con frecuencia lastran la eficacia de un diseño excesivamente abstracto de los derechos sociales y civiles.

## 2. Un mapa de las teorías éticas sobre el *bienestar* en el siglo XX y XXI

El análisis del bienestar emprendido desde el campo de la ética contemporánea constituye seguramente el cauce más inmediato para identificar las múltiples dimensiones que convergen en el término. En efecto, la ética analítica constituye uno de los espacios más atentos a la delimitación del bienestar como referente destacado para la construcción de la identidad subjetiva. Por ello, la intención de este apartado será elaborar un mapa de posiciones que, partiendo de Moore, dibujan un paisaje conceptual que pretendo contraponer a propuestas más cercanas a la tradición continental y a la teoría crítica, a mi entender más capacitadas para inspirar políticas concretas que materialicen la aspiración al bienestar de la mano de la articulación de derechos sociales básicos. En un escrito ya clásico, el filósofo británico Derek Parfit (1984) distinguió tres maneras de enfrentarse a las preguntas surgidas en relación con la búsqueda humana de bienestar. A su juicio, la historia de la ética ponía en evidencia que este anhelo podía resolverse entendiéndolo como el cumplimiento de nuestros deseos, como la consecución de estados mentales placenteros o finalmente interpretándolo a la luz de una lista objetiva de bienes que pudieran esclarecer cuál sería su contenido concreto. La mayor parte de los enfoques que desde la filosofía de la mente y la teoría de las emociones actuales se han dado cita para disminuir la equivocidad semántica de lo que quepa entender por bienestar apuntan efectivamente a autores como G. E. Moore como punto de partida de la clarificación del concepto, lo cual concede especial relevancia a la pretensión de identificar el bienestar con la estabilidad de un sistema de valores objetivos y externos al individuo. Como es bien sabido, este pensador, uno de los actores responsables del nacimiento de la filosofía analítica a comienzos del siglo XX en torno a la reflexión sobre el lenguaje ordinario, aboga por desplegar una perspectiva objetivista acerca de las propiedades del bienestar, que rebaja el alcance que el deseo y determinadas exigencias subjetivas puedan tener para su delimitación. Moore niega toda legitimidad lógica al egoísmo al entenderlo como un absurdo lógico, toda vez que considera que lo bueno en sentido absoluto no puede privatizarse, entendiéndose como el bien o interés de cada cual, en lugar de como un referente insensible a las preferencias de los distintos sujetos. A juicio de Moore, su maestro Henry Sidgwick habría incurrido en una palmaria confusión al aceptar este que un sujeto pudiera tener una concepción de su propio bien distinta de la noción del bien de otros (Moore, 1922, pp. 97 y 99).

Para que este último desajuste se produjera era preciso adoptar una perspectiva holística –un cúmulo de acciones, bienes y experiencias constituyen lo bueno– y en clave perfeccionista del desarrollo humano que Moore no comparte en absoluto. En efecto, para Sidgwick el bienestar, entendido como predominio del placer sobre el dolor, en una línea próxima al utilitarismo de John Stuart Mill, se identifica con el «bien futuro de un ser humano en su totalidad» (Sidgwick, 1907, p. 112), un estado o situación que pertenece más bien al horizonte de lo porvenir que a una realidad que la existencia humana pueda disfrutar en el presente. Frente al monismo del realismo valorativo de Moore, el utilitarismo entiende más bien el bienestar como la culminación de un proyecto práctico, que entronca bien con las bases teleológicas que posee el origen del término. Si bien el utilitarismo comparte con la posición de Moore una visión sustancialista del bienestar, la primera corriente considera también necesario introducir un factor excluido de esta visión analítica inicial, a saber, un horizonte actitudinal que se estima internamente conectado con la evaluación del bienestar (Feldman, 2010). En una línea consonante con la argumentación de Feldman, Haybron (2014) ha propuesto delimitar el escurridizo término de la «felicidad» como una construcción de las emociones del sujeto que acompañan la determinación de contenidos del bienestar. Un camino semejante se aprecia también en Bernard Williams, para quien el bienestar es básicamente un punto de vista, dependiente de «disposiciones, proyectos y afectos personales» (Williams, 1982, p.

191), de la misma manera que para el enfoque no-cognitivistista de Philippa Foot (2002), para la que se abre una correlación entre lo estimado como bueno y la perspectiva individual de un sujeto. Como repara Raffaele Rodogno, que se ha ocupado de sistematizar un mapa de posiciones teóricas en torno a la historia conceptual del bienestar:

Los análisis mooreanos que conceptualizan el valor prudencial en términos de valor absoluto que ocurre en la vida de una persona pasan por alto un punto importante. Carecen de un elemento relacional que es esencial para comprender correctamente el bienestar: los bienes prudenciales solo lo son si resultan convenientes o adecuados para alguien (Rodogno, 2015, p. 308, trad. NSM).

Efectivamente la sustracción de la perspectiva subjetiva parece arrebatar una dimensión irrenunciable de la noción de bienestar, al romper el vínculo que el conjunto de bienes identificados con este último objeto mantiene con un sujeto. Una posición más extrema en el interior de este anti-realismo valorativo puede encontrarse en Stephen L. Darwall (2002), para el que es indispensable atribuir a lo que se considera valioso el rasgo del beneficio proporcionado a un sujeto en particular, extendiendo la noción de bienestar a otros seres vivos no humanos. Uno de los puntos más relevantes puestos en evidencia por las críticas al objetivismo valorativo de Moore apuntan a que es dudoso afirmar que sin seres humanos pueda haber posición de valor. En este sentido, Peter Railton se ha detenido en la inexcusable vertiente relacional de la noción de bienestar, que impediría identificarla con una suerte de estado de cosas o situación ideal para un sujeto *x*, para pasar a entenderlo más bien como un bien relacional, que:

no tendría lugar dentro de un universo consistente solo de piedras, pues nada importa a las piedras. Introduce algunas personas y habrás introducido la posibilidad de valor también. A la gente le importará cómo van las cosas en su mundo de roca. Naturalmente, lo que importará o podrá importar en particular a esta gente dependerá de a qué se parezcan (Railton, 1986, p. 9, trad. NSM).

Debido a las distorsiones epistémicas que se producen en el campo del análisis práctico vehiculado por los sujetos, autores como John C. Harsanyi no han dejado de señalar que solo los deseos racionales del sujeto deberían entenderse como parte constituyente del bienestar, si bien la aplicación de esta distinción resulta cuando menos un tanto borrosa en relación a los instrumentos normativos al alcance para legitimar ciertas interpretaciones de lo beneficioso y desventajoso para el sujeto. Frente a esta apertura de vías conducentes al bienestar como un valor prudencial (Crisp, 2008), no faltan voces contemporáneas (Taylor, 2013, p. 10) que abogan por una suerte de recuperación de la *eudaimonia* clásica, al considerar que lo que calificamos como bienestar no puede satisfacerse con un cálculo coyuntural de la cantidad de placer acumulado por el sujeto en un momento dado, sino solo derivarse de un valor prudencial positivo. A diferencia de una teoría que haga de la felicidad un bien sustantivo, si bien imbricado con la percepción que merece a los sujetos (Haybron, 2008), una teoría formal del bienestar dirigirá el foco hacia la energía emocional y cognitiva que debe invertirse para alcanzar una sensación de satisfacción con la propia existencia. Este es el mensaje de la concepción del bienestar en términos de «satisfacción vital» en L. W. Sumner:

La cara afectiva de la felicidad consiste en lo que comúnmente llamamos un sentido del bienestar: encontrar tu vida enriquecedora o satisfactoria o sentirte satisfecho o realizado por ella (Sumner, 1996, pp. 146-147; trad. NSM).

Aquí es la respuesta afectiva a la vida la que vertebra la evaluación que pueda acometerse del nivel de bienestar experimentado por un sujeto. Pero no hay que

descartar que el sujeto pueda sufrir episodios de ilusión óptica y ceguera epistémica que le impidan aproximarse a los bienes y relaciones intersubjetivas que efectivamente podrían depararle un aumento de su bienestar. Cuando eso ocurre, su *life satisfaction* se ve boicoteada por los propios deseos que alberga, de suerte que factores como el cumplimiento de las condiciones impuestas por la racionalidad deliberativa (Rawls, 1992) o la consecución de una mínima autonomía agencial (Raibley, 2012) pueden actuar como correctivos de la desorientación que pueda producirse en relación con el objetivo mirante a la consecución de bienestar. Frente a estos enfoques deliberativos, las concepciones objetivas del bienestar tienden a identificar entidades monádicas – placer, desarrollo personal, virtud, autonomía, conocimiento, amistad– como bases estables del bienestar, que explicarían la atracción sentida hacia los bienes mencionados por los sujetos, con independencia de sus formas de vida y deseos. Pueden adoptar el aspecto de teorías más o menos formales o sustantivas del bienestar, cuyo mapa categorial ha sido largamente estudiado (Crisp, 2006; Fletcher, 2013; Sumner, 1996; Rodogno, 2014). Pertenecen a este grupo de teorías los planteamientos teleológicos del bienestar humano que lo presentan como un objetivo a alcanzar mediante la adquisición de los hábitos electivos adecuados. Una derivada contemporánea de esta concepción semi-aristotélica remite a la teoría de las capacidades y su impacto sobre el desarrollo personal expuesta por Martha C. Nussbaum (2002, 2006, 2007 y 2012) y Amartya Sen (1989, 1997, 2000). En ella la experiencia de la propia agencia supone un motivo para la elevación en la estima que el agente tiene de sí mismo/a, revirtiendo en el nivel de reconocimiento que le merece su propia persona. En este planteamiento la ampliación del campo agencial del sujeto se transforma en un incremento de las herramientas que le permiten relacionarse con el mundo exterior y elaborar así planes de mayor alcance, aumentando su bienestar existencial. Se trata de una teoría ambiciosa, centrada en lograr una elevada transferencia social de la mano de su colaboración con el Departamento de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD) y con la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos de Gran Bretaña (EHCR), si bien puede sostenerse que las incidencias producidas en su aplicación a los contextos sociales concretos y la modestia de los resultados empíricos arrojados por su implementación reflejan los riesgos de una aproximación *top down* a la eliminación de la pobreza y el empoderamiento de sujetos subalternos. Como algunos críticos han señalado (Dean, 2009), la teoría de las capacidades de Sen aboga por una interpretación positiva del individualismo liberal que desatiende factores como la interdependencia y tampoco explora con detalle los procesos que conducen a situaciones de explotación y precariedad que pueden perfectamente resultar invisibles desde la mirada de la legislación vigente. Teniendo en cuenta este amplio contexto analítico, Rodogno propone intervenir en la contraposición entre lecturas en clave formal y sustantiva del bienestar haciendo de la felicidad un indicador formal que permitiría calibrar la calidad de una vida determinada:

la felicidad puede jugar un papel formal en las *teorías de la vida buena (o mala)*, donde estas se distinguen de las teorías formales del *bienestar* (Rodogno, 2013, p. 13; trad. NSM).

Se trata de una apuesta que prioriza los rasgos de contingencia constructiva de la propia subjetividad que acompañan a la noción de bienestar y explican el impacto que esta tiene sobre los agentes sin necesidad de acudir a referentes universales ni absolutos. Con ello se consigue diseñar una teoría del bienestar más acorde con la procesualidad de su adquisición y, al mismo tiempo, advertir el peso específico de las condiciones materiales que conforman su contenido. En realidad, por muy fundamentada que parezca una definición analítica de lo que quepa entender por bienestar, resulta irrenunciable para el término atender a sus nexos con una teoría crítica de la realidad social, que advierte en los vectores de daños y sufrimiento social un territorio de interés para determinar *a contrario* los rasgos de un estado

satisfactorio para el sujeto y sus expectativas vitales. El balance del planteamiento analítico posterior a Moore nos permite, pues, transitar a otras perspectivas, de naturaleza más política, que abordaremos a continuación en esta entrada del glosario.

### 3. La aproximación sustancial al bienestar de Martha C. Nussbaum

En principio, podría parecer no excesivamente evidente la presencia en Nussbaum de una delimitación del concepto de bienestar, en condiciones de discutir con los abordajes expuestos previamente. El proceder reflexivo de Nussbaum se muestra por lo general escéptico ante las promesas prácticas desprendidas de la utopía y el dogmatismo, señalando cómo la ceguera platónica hacia el carácter contingente de los bienes impide con frecuencia reconocer amenazas de las que la propia teoría puede ser portadora. Términos como flexibilidad, juicio y mesura brillan especialmente en su obra. Todos son aspectos paradigmáticos de la noción de cultivo de la humanidad que Nussbaum explora con ayuda de los clásicos. Nos encontramos ante una obra preocupada por recuperar la enseñanza que la filosofía aspiraba a proporcionar al sujeto como terapia de vida, un propósito que ha llevado a esta autora a elaborar intervenciones directas en la defensa de las Humanidades en nuestro tiempo y en el contexto norteamericano, así como a mantener un diálogo duradero y fructífero con Amartya Sen a propósito de la prioridad del modelo de las capacidades para reflexionar sobre los cauces que pueden favorecer la emancipación en nuestro tiempo. Ambos mantienen algunas discrepancias acerca de lo que Sen ha percibido como una aproximación sustantiva al bienestar y el enfoque de las capacidades en Nussbaum, al preferir el primero mantener un nivel de apertura considerable con respecto a esos operadores sustantivos, que garantice por otro lado su aplicabilidad a contextos culturales y socio-económicos muy diversos. Con ello se abre una distancia importante entre las exigencias manifestadas por la voluntad de funcionalidad y por la búsqueda de una noción más sustancial y estable de lo que merezca calificarse como desarrollo humano:

Nussbaum ha discutido la importancia de identificar una amplia “lista de capacidades” con prioridades dadas de una manera más aristotélica. Mi reticencia para adherirme a esta búsqueda de una lista canónica procede en parte de mi propia dificultad para observar cómo las listas y pesos exactos se elegirían sin una especificación apropiada del contexto de su uso (que podría variar), pero también procede de mi resistencia a aceptar ninguna disminución sustancial del dominio de la deliberación pública. El marco de las capacidades, tal y como lo veo, ayuda a clarificar e iluminar la materia subyacente a la deliberación pública, que puede implicar cuestiones epistémicas (incluyendo exigencias de importancia objetiva), de la misma manera que éticas y políticas. Ello no desplaza –ni puede hacerlo– la necesidad de una deliberación racional (Sen, 2004, pp. 333, n. 31; trad. NSM).

La aceptación o no de un listado más o menos cerrado de capacidades supone así un motivo de conflicto entre las metodologías aplicadas a la delimitación del bienestar por Sen y Nussbaum, siendo la segunda partidaria de extraer de la deliberación práctica una suerte de corpus mínimo de actitudes y posibilidades prácticas que puedan considerarse deseables para cualesquiera contextos culturales y sociales. Otro aspecto clave para acceder a la noción de bienestar manejada por Nussbaum remite a su atención a las emociones, debido al ascendiente que se les atribuye en la formación de formas de sentir y percibir que acaban por detentar un papel hegemónico en nuestras sociedades. Movida por la racionalidad que reconoce en el interior de las pasiones, sentimientos y emociones, elementos anímicos que cuentan con una historicidad innegable, Nussbaum sostiene en ensayos como *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública* (1997) que incluso profesiones como la de juez requieren de una auténtica educación sentimental que les permita empatizar con las víctimas de maltrato y abusos en la sociedad, toda vez que la justicia no debe confundirse la

imparcialidad. En este sentido, es pues preciso fomentar una cultura civil que reconozca el derecho básico al bienestar como un entorno pedagógico que forma asimismo la capacidad de juzgar del magistrado, impidiendo que la administración técnica de justicia atenece la disposición a ponerse en el lugar del otro o a comprender situaciones –y daños– epistémicos que no son las propias. En esta clave, recupera a autores como Charles Dickens o Marcel Proust para subrayar que hay distinciones conceptuales que solo pueden captarse debidamente con ayuda del necesario dispositivo sentimental. Nussbaum combate en nombre de la racionalidad que les subyace la denigración utilitarista de las emociones que ha terminado por calar en la práctica pública. Así, frente a decisiones como las que conducen a Platón, Epicuro o Spinoza a rechazar las emociones por su pretendido escaso éxito como orientación de los juicios individuales, se trata de reivindicar que los afectos nos recuerdan nuestra finitud, lo que desemboca en la aceptación, entre otras condiciones, de la interdependencia que nos reúne a todos los humanos lo queramos o no. De la misma manera, la evidencia de nuestra vulnerabilidad ante la enfermedad resulta muy relevante para esta autora, pues es la narrativa la que permite convencer al ánimo con mayor potencia que los argumentos geométricos acerca del marco en el que transcurre nuestra vida, por muy disparado que pueda mostrarse el deseo. Todos estos indicios suministrados por la atención a la percepción emocional de los sujetos intervienen en la figura final de lo que quepa entender como bienestar humano.

Pero si las emociones impactan con fuerza en la vida de cada cual, aún mayor resonancia muestran tener estas en el espacio público, con evidentes consecuencias para el compromiso que las políticas públicas hagan suyo para extender socialmente las situaciones de bienestar. Frente a la pretensión que querría limpiar la política y el orden civil de las ambivalencias del sentimiento, Nussbaum insiste en que estados de opinión se convierten en dominantes en las sociedades, sin que con frecuencia necesiten atravesar filtros que toda democracia honesta debería imponer. En este contexto, en ensayos como *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza, ley* (2006) procederá a realizar una suerte de mapa político de las emociones, en el que la ira y la indignación se contraponen como emociones positivas frente a la manifestación pública de la repugnancia y la vergüenza. Si las primeras hablan de un sujeto que se considera merecedor de reivindicar los derechos que considera le han sido negados o que reclama justicia para quienes han sido vulnerados o despojados, las segundas son un signo de quienes se creen superiores a otros en un espacio social. El juego de fuerzas entre las emociones mencionadas no es en absoluto indiferente a la noción de bienestar que alcance finalmente legitimidad social. Esta noción irá de la mano de una sociedad liberal concienciada de la necesidad de rebajar el daño. La compasión merece asimismo palabras elogiosas de Nussbaum, especialmente cuando sirve de cauce para mejorar las penalidades sufridas por otros, que conmueven el sentimiento de dignidad del sujeto. En cambio, mostrar asco ante costumbres o formas de vida ajenas o sentirse apocado por pertenecer a minorías subalternas en una sociedad constituye para esta pensadora un motivo suficiente para identificar que la cultura política se está viendo dañada por tales prácticas. No todos los sentimientos son adecuados para la formación de la ciudadanía ni para un adecuado sentido del patriotismo, mucho menos para configurar un marco para reflexionar sobre el bienestar deseable para la ciudadanía, pero el legislador y, sobre todo, quienes se dedican a la filosofía deben comprometerse con la confección de moldes afectivos adecuados para su puesta en circulación pública. La cuestión del ejemplo no es en absoluto ajena a lo que estamos tratando, pues se trata de uno de los motores de la realidad social, enlazado directamente con un deseo que posee dimensiones colectivas.

Forma parte también de la reflexión que Nussbaum ha dedicado a las condiciones del bienestar en las sociedades contemporáneas la defensa pública de una potente inversión pública y del fomento de la enseñanza de las humanidades en

foros influyentes. Nussbaum encuentra en el fortalecimiento de la formación en humanidades una apuesta por incrementar el bienestar de las sociedades democráticas. Su trabajo se encuentra comprometido en esta línea con la idea de que una sociedad democrática no puede apostar el conjunto de sus valores a la consecución de rentabilidad económica a corto plazo, sino que se debe dotar socráticamente de funciones liberadas del lastre de esa rendición de cuentas economicista. No escapa a esta crítica una noción del derecho como ciencia estricta, dado que semejante perspectiva carece de beneficios y más bien indispone a la sociedad frente a un lenguaje y un procedimentalismo que no parece tener a la vista la vida buena de la gente, sino una proliferación narcisista de los automatismos de las instituciones. De la misma manera que nuestra antropología responde a razones que no obedecen únicamente al cálculo pragmático, sino a las emociones y al deseo, las dinámicas institucionales deben tener en cuenta este modelo de racionalidad ampliado y no eclipsar aspectos esenciales de la condición humana. Por todo ello puede considerarse la noción de bienestar sugerida por Nussbaum como resultante de un humanismo en tiempos de globalización, para el que el archivo literario representa el medio más eficaz para acceder a las mentalidades del pasado y ayudarnos a reconocer las limitaciones de nuestros marcos mentales presentes. Como una suerte de museo etnográfico, la literatura ofrece visiones sobre vidas fracasadas y logradas, y a medio camino, invita a afinar el juicio y determinar qué es hacer lo justo, esto es, adoptar la alternativa menos dañina ante los dilemas a los que nos enfrenta la existencia.

#### 4. El bienestar como disminución del daño y de las injusticias sociales. El cruce de miradas de Axel Honneth y Nancy Fraser

El tema que nos ocupa resulta especialmente interesante para medir el compromiso que la reflexión filosófica mantiene con los retos y dilemas de su propio tiempo. Las siguientes reflexiones de Manuel Cruz pueden ser oportunas para cuestionar lo que quepa esperar de la filosofía en nuestro tiempo:

La filosofía constituye, nunca deberíamos olvidarlo, una forma de conocimiento que no fue concebida como una coartada para desentenderse del mundo, sino como un catálogo de razones para aprehenderlo mejor, para enriquecer nuestra relación con él (Cruz, 2002, p. 16).

A la luz de lo anterior podemos sostener que la vocación filosófica no debe amilanarse cuando el ruido de la propia época arrecia. Y este se deja escuchar especialmente cuando los conceptos se afinan para lograr aproximarse lo suficiente a las perplejidades que surgen en relación con el contenido que quepa conceder a lo calificado genéricamente como bienestar. Lejos de dificultar la experiencia de las crisis sociales y políticas el análisis conceptual y el taller de la reflexión, estas permiten apreciar mejor cuáles son las regiones de malestar que el sujeto siente frente a las instituciones de su Estado, la normatividad cultural y afectiva de su tiempo y las fórmulas de división del trabajo y de administración del bienestar. Efectivamente, la exploración de las patologías que afectan a las sociedades democráticas, en la que medida en que estas se muestran más abiertas a enfoques críticos y reflexivos, constituye un eje relevante para identificar qué noción de bienestar atraviesa la arquitectura legal e institucional deseable. De esta manera el camino se invierte con respecto al itinerario que expusimos en la primera sección, toda vez que el bienestar se calibra partiendo de las evidencias de sus carencias y obstáculos. La trayectoria de Axel Honneth resulta paradigmática con respecto al giro ofrecido a la reflexión sobre el bienestar a partir de tales premisas. El camino de reflexión de Axel Honneth nace marcado por su inserción en la llamada tercera generación de la Escuela de Frankfurt

y la proximidad a su maestro Jürgen Habermas. Sin embargo, pronto la senda de la reflexión desplegada por el primero volvió a unas fuentes que se nutrían del intento de reconstrucción de la vida dañada propuesta por Adorno en obras como *Minima moralia*.

El punto de partida de las investigaciones de Honneth nos remite a la crítica del poder y de los modelos de gobierno e interacción con la sociedad, en la que este autor siempre supuso una suerte de organicidad pragmática que la teoría crítica debía reconocer con detalle. Este quehacer crítico no deja de proporcionar materiales de trabajo para elaborar una noción de bienestar consciente de las condiciones sociales de la emancipación. El alejamiento progresivo que Honneth dibuja con respecto a la teoría de la acción comunicativa parte de su discrepancia con respecto al silenciamiento de estados de malestar que pueden estar lastrando efectivamente la agencia civil de ciertas capas de la sociedad. La visión que Honneth anima a sostener acerca de las normas no prioriza su funcionalidad, sino más bien su percepción por parte de los sujetos como estructuras que producen sentimientos de indignación y negatividad por sentirse excluidos o faltos de reconocimiento. Es precisamente el reconocimiento un término fundamental de la investigación de este pensador, que ha renovado significativamente los caminos de la teoría crítica y situado a Hegel, tras su ascendente en *Dialéctica negativa* de Adorno, nuevamente en el centro del plano de discusión de la Escuela de Frankfurt. En efecto, el reconocimiento teorizado por Hegel en su *Sistema Ético* de la época de Jena (1804-1806) constituye para Honneth un referente esencial para responder a las estructuras trascendentales desplegadas por la teoría de la acción comunicativa. De la mano de las esferas de acción en las que se trabaja la auto-estima (familia), la auto-confianza (sociedad civil) y el auto-respeto (Estado de derecho), Honneth abre paso a una colaboración virtuosa entre el enfoque hegeliano y el pragmatismo social de John Dewey, poniendo de manifiesto que la búsqueda de la felicidad y del bienestar no es una entelequia, sino más una demanda necesaria para los miembros de una sociedad.

Textos pertenecientes a la recopilación *La sociedad del desprecio* (2011) ponen de manifiesto que las fuentes y expresiones del malestar social y la consiguiente búsqueda del bienestar en respuesta a las primeras constituyen un referente imprescindible para la construcción de un tejido social verdaderamente democrático. El punto de vista adoptado prioriza el mal frente al bien, esto es, hace del daño el síntoma de la norma que falta o de la función que no ha conseguido materializarse de manera adecuada. El filósofo debe cruzar su camino de reflexión con las herramientas del sociólogo, con el fin de continuar una senda ya surcada por Max Weber como analítico de las prácticas del «tortugismo» mediante el que los obreros de la fábrica frenan la cadena de trabajo, no necesariamente debido a la decisión consciente de ir a la huelga, sino por falta de motivación hacia el trabajo que exige mantengan su atención despierta. Las críticas que suelen hacerse a Honneth apuntan a su condescendencia con la corrosión de las formas de vida democráticas que ha generado el neoliberalismo en nuestros días, toda vez que especialmente en sus escritos más recientes el mercado liberal ha de seguir siendo un espacio en el que el sujeto aspira a encontrar reconocimiento a su esfuerzo y capacidades. Pero el núcleo de su análisis del desprecio, el daño social y las formas del sufrimiento social en el horizonte contemporáneo constituye un referente inequívoco para la teoría crítica actual y para la elaboración de una noción de bienestar robusta, evidenciando que al poder en tiempos de neoliberalismo no le interesa únicamente la producción de mercancías, sino la generación de sujetos deseosos de interpretar su bienestar con los gestos del consumo desatado y el auto-sacrificio en aras de una precariedad sistemática.

Es bien sabido el debate de envergadura que Honneth ha mantenido con Nancy Fraser en relación a la conjugación de las dimensiones del reconocimiento y la redistribución equitativa de bienes en las sociedades democráticas (Honneth/Fraser,

2003/2006). La obra de Fraser representa uno de los desarrollos más relevantes de la teoría crítica elaborada en Estados Unidos, en compañía seguramente del trabajo desarrollado por Seyla Benhabib. Se trata de una teórica de la justicia y de una especialista en teoría feminista, que ha sostenido un modelo de participación política que prioriza las dimensiones materiales del acceso a la visibilidad pública, lo que sin duda impacta en la noción de bienestar que considera sostenible. Como es de sobra conocido, Nancy Fraser ha criticado a varias posiciones dominantes en las diversas fases de la teoría crítica de la mano de las objeciones planteadas por ejemplo a Habermas, por no haber tomado suficientemente en serio los modos en que «el mundo de la vida» ha sido colonizado no solo por las dinámicas del capitalismo tardío, sino también por las del patriarcado.

Pero la polémica más célebre de las entabladas por Fraser es la que mantuvo –como señalábamos– en 2003 con Honneth, publicada bajo el título de *¿Redistribución o reconocimiento?* Si bien la contraposición radical entre ambas posiciones no deja de ser una caricatura del encuentro, ciertamente Fraser sostiene la prioridad de las vertientes más materiales de lo que califica como un derecho a la «paridad de participación» en las sociedades democráticas frente a las aportaciones que puedan protagonizar más bien el espacio de la vida cultural y social. La demanda que exige introducir ese ajuste en el ámbito institucional proyecta sin duda una concepción del bienestar social atenta a la disponibilidad de bienes y de servicios básicos, atentos a la cobertura de las necesidades identificadas con los cuidados. Sin embargo, debe destacarse que la misma Fraser advierte en su obra *Escalas de justicia* (2008) que «es mejor ver la justicia como un concepto multidimensional que comprende las tres dimensiones de redistribución, reconocimiento y representación» (Fraser, 2008, pp. 114- 115). Sin embargo, la articulación de las tres vertientes no oculta que el condicionante de todos los demás es un cambio que afecta a los procesos de distribución considerados funcionales en una sociedad, lo cual no deja de tener efectos sobre la determinación de lo que podemos entender como bienestar para los sujetos. Fraser se mostrará muy crítica con aquellas teorías feministas que enfocan especialmente el carácter iterativo y performativo de las normas que sostienen la identidad de género, dirigiendo buena parte de sus objeciones a Iris M. Young y Judith Butler, al considerar que semejantes planteamientos desdibujan las condiciones materiales en que se encuentran los sujetos subalternos y evitan describir sus situaciones de opresión efectiva. Por otro lado, la teoría de la justicia de Fraser evidencia que la escala internacional y global es la adecuada para tratar de paliar las consecuencias negativas sobre la existencia de millones de seres humanos que tiene la desregulación de los movimientos de grandes capitales, el tráfico de mujeres y de armas, el abuso del medioambiente o los conflictos bélicos, de suerte que el marco nacional es identificado con un modelo político más adecuado para pensar el pasado que el futuro que ya tenemos a las puertas. La noción de representación manejada por Fraser resulta con todo algo borrosa, toda vez que no se detalla del todo si la función representativa la llevarán fundamentalmente los partidos e instituciones o la acción performativa de los grupos indignados puede modificar el reparto estético de tareas en el espacio público contemporáneo. La discusión acerca de las fronteras entre lo local, lo nacional y lo global ha ocupado intensamente la investigación de Fraser en los últimos años. Se trata de una deriva lógica, pues, sin lograr una transformación de calado del poder global, los estados nacionales no serán capaces de afrontar el reto de incluir en sus agendas un derecho al bienestar como derecho social básico que resulte creíble a sus pueblos. Las consecuencias que la denuncia de la injusticia neoliberal y patriarcal en Fraser posee para reflexionar sobre la noción de bienestar complementan el peso concedido por Honneth al reconocimiento como proceso de socialización y asimismo señalan en la dirección de las coordenadas de materialización del bienestar. Si las posiciones analíticas descritas en la primera parte de esta entrada del glosario subrayan la experiencia subjetiva ligada al bienestar, las posiciones más cercanas a la

rehabilitación de la filosofía práctica y a la teoría crítica ponen de manifiesto su dependencia de un tejido legal asociado con los fines de un Estado de derecho comprometido con un blindaje constitucional de ese concepto. Como señalábamos al comienzo de nuestro recorrido, nos gustaría haber contribuido a reconocer que la reflexión ética sobre el bienestar como exigencia subjetiva y dimensión central para el desarrollo humano requiere articularse con la exposición de las bases históricas y conceptuales del Estado de bienestar, un territorio ajeno, pero complementario de la presente voz.

## Bibliografía

- Campbell, S. M. (2018). The Concept of Well-Being. En W. G. Fletcher. (Ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being* (pp. 402-403). Oxford: Routledge.
- Crisp, R. (2006). *Reasons and the Good*. Oxford: Oxford University Press.
- Crisp, R. (2001). Well-Being. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/entries/well-being/>
- Cruz, M. (2002). *Filosofía contemporánea*. Barcelona: Taurus.
- Darwall, S. L. (2002). *Welfare and the Rational Care*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- Feldman, F. (2004). *Pleasure and the Good Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fletcher, W.G. (2016). *The Philosophy of Well-Being*. Oxford: Routledge.
- Fletcher, W.G. (2013). A Fresh Start for the Objective List of Well-Being. *Utilitas*, 25 (2), pp. 206-220.
- Foot, P. (2002). *Moral Dilemmas and Other Topics in Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- Fraser, N., Honneth, A. (2006 [2003]). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata.
- Harsanyi, J. (1982). Morality and the Theory of Rational Behaviour. En A. Sen, B. Williams. (Eds.), *Utilitarianism and Beyond* (pp. 39-62). Cambridge: Cambridge U.P.
- Dean, H. (2009). Critiquing capabilities: the distractions of a beguiling concept. *Critical social policy*, 29 (2), pp. 261-273.
- Haybron, D. (2014). The value of positive emotion: philosophical doubts and reassurances. En J. Gruber, J. T. Moskowitz. (Eds.), *Positive Emotion: Integrating the Light Sides and Dark Sides* (pp. 281-300). New York: Oxford University Press.
- Haybron, D. (2008). *The Pursuit of Unhappiness: the Elusive Psychology of Well-Being*. Oxford: Oxford University Press.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires y Madrid: Katz.
- Honneth, A. (2011). *La sociedad del desprecio*. Madrid: Editorial Trotta.
- Honneth, A. (2010). *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*. Buenos Aires: Katz.
- Honneth, A. (2009). *Crítica del poder: fases en la reflexión de una teoría crítica de la sociedad*. Madrid: A. Machado Libros.
- Honneth, A. (2007). *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires y Madrid: Katz.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Crítica.
- De Lazari-Radek, K. (2018). On the notion of well-being. *Analiza i Egzystancja*, 43, pp. 5-22.
- Moore, G.E. (1922). *Principia Ethica*, Cambridge: Cambridge U.P.

- Nussbaum, M, C. (2012). *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona, Paidós.
- Nussbaum, M, C. (2007). *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M, C. (2006). *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires y Madrid, Katz.
- Nussbaum, M, C. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*. Barcelona: Herder.
- Parfit, D. (1984). *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press.
- Raibley, J. (2012). Happiness is not well-being. *Journal of Happiness Studies*, 13 (6), pp. 1105-1129.
- Railton, P. (2003). *Facts, Values and Norms*. Cambridge: Cambridge U.P.
- Railton, P. (1986). Facts and values. *Philosophical Topics*, 14, pp. 5-31.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona: Paidós.
- Rodogno, R. (2015). Prudential Value or Well-Being. En T. Brosch, D. Sander. (Eds.), *Oxford Handbook of Value: The Affective Sciences of Values and Valuation* (pp. 287-311). Oxford: Oxford University Press.
- Rodogno, R. (2014). Happiness and Well-Being: Shifting the Focus of the Current Debate. *South African Journal of Philosophy*, pp. 1-14.
- Sen, A. K. (2004). Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 32 (4), pp. 315-356.
- Sen, A. K. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.
- Sen, A. K. (1997). *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona: Paidós ICE/UAB.
- Sen, A. K. (1989). *Sobre ética y economía*. Madrid: Alianza.
- Sidgwick, H. (1907). *The Method of Ethics*. London: McMillan.
- Sumner, W. L. (1996). *Welfare, Happiness, and Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Taylor, T. E. (2013). Well-Being and Prudential Value. *Philosophy & Public Polity Quarterly*, 31 (2), pp. 10-17.
- Williams, B. (1997 [1982]). The Point of View of the Universe: Sidgwick and the Ambitions of Ethics. *The Cambridge Review*, pp. 183-191.

# Vulnerabilidad\*

## Vulnerability

Belén Liedo

*Instituto de Filosofía-CSIC*

ORCID ID 0000-0002-8109-8454

[belen.liedo@cchs.csic.es](mailto:belen.liedo@cchs.csic.es)

Cita recomendada:

Liedo, B. (2021). Vulnerabilidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 242-257.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6074>

Recibido / received: 30/11/2020

Aceptado / accepted: 16/02/2021

### Resumen

La idea de vulnerabilidad está cada vez más presente en documentos normativos, jurídicos y éticos, de diversa índole. La literatura académica relativa al concepto es reciente y aún está en proceso de consolidación. En términos generales, se puede distinguir entre dos corrientes: la primera, que reflexiona sobre la «vulnerabilidad ontológica», compartida por todos los seres humanos; y la segunda, sobre la «vulnerabilidad social» o «situacional», generada en determinadas situaciones de injusticia u opresión específicas. En este artículo se presenta una aproximación general al uso del concepto de vulnerabilidad y a las versiones más destacadas de las últimas décadas. Asimismo, se reflexiona sobre la relación de la vulnerabilidad con tres ideas éticas clave: autonomía relacional, responsabilidad y cuidado. Se hace hincapié en la vertiente práctica de la reflexión, relativa al diseño de políticas públicas y otras herramientas de gobernanza democrática.

### Palabras clave

Autonomía relacional, bioética, cuidado, políticas públicas, responsabilidad, vulnerabilidad.

### Abstract

*The notion of vulnerability is increasingly present in normative, legal and ethical documents of various kinds. The academic literature on the concept is recent and still in its consolidation stage. In general terms, a distinction can be made between two trends: the first, which reflects on «ontological vulnerability», shared by all human beings; and the second, on «social» or «situational vulnerability», generated in certain specific situations of injustice or oppression. This article presents a general approach to the use of the concept of vulnerability and the most prominent versions of the last decades. It also explores the relationship between vulnerability and three key ethical ideas: relational autonomy, responsibility and care. Emphasis is placed*

\* Esta investigación ha sido posible gracias a una beca JAE-Intro del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (JAEINT\_19\_02391), desarrollada en el Grupo de Ética Aplicada GEA del Instituto de Filosofía IFS-CSIC, y a un contrato de Formación del Profesorado Universitario FPU del Ministerio de Universidades (FPU19/06027), desarrollado en el grupo GEA del IFS-CSIC y el Programa de Doctorado en Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid UCM. Asimismo, se encuadra dentro del proyecto Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad On Trust-CM (H2019/HUM-5699). Agradezco a Txetxu Ausín, Melania Moscoso y Jon Rueda los comentarios a versiones previas del artículo.



*on the practical dimension of the discussion, related to the design of public policies and other tools for democratic governance.*

### **Keywords**

*Bioethics, care, public policies, relational autonomy, responsibility, vulnerability.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Qué es ser vulnerable? 2.1. Algunas propuestas y algunas clarificaciones. 2.2. Dos ideas: vulnerabilidad ontológica y vulnerabilidad social. 3. ¿Quién es vulnerable? 3.1 «Grupos vulnerables» y situaciones de vulnerabilidad. 3.2. Todas las personas somos vulnerables. 4. ¿Qué debemos hacer frente a la vulnerabilidad? 4.1. Revisando la autonomía: autonomía relacional y vulnerabilidad. 4.2. Vulnerabilidad y políticas públicas. 4.3. El cuidado como asunto público. 4.4. La paradoja de la vulnerabilidad. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción**

La categoría «vulnerabilidad» está cada día más presente en documentos tanto académicos como legales y normativos de diferentes ámbitos. Si bien parece ser un concepto funcional para varias disciplinas, como la bioética y las políticas públicas, su significado no siempre está claro y tampoco las consecuencias de su utilización. En efecto, existen diferentes acepciones de la vulnerabilidad, además de diferentes corrientes académicas que han reflexionado sobre ella. En este artículo se ofrece un recorrido amplio por el origen, significado y usos del concepto, tratando de reflejar las principales aportaciones que se han producido en las últimas décadas. En primer lugar, se trata de acotar la definición del concepto, así como algunos elementos que pueden ser considerados distintivos. En segundo lugar, se aborda una caracterización general de las dos acepciones en las que se suele manejar: la vulnerabilidad ontológica y la vulnerabilidad social o situacional. El propósito de esta presentación es poner en diálogo ambas perspectivas y aprovechar sus respectivas virtudes. El tercer apartado está dedicado a algunas respuestas pertinentes ante el hecho de la vulnerabilidad. Tres conceptos éticos son centrales: responsabilidad, autonomía relacional y cuidado. Respecto a la responsabilidad, se tratará de contestar a la pregunta «¿qué se debe hacer ante la vulnerabilidad?», asumiendo que existe algún tipo de apelación ética intrínseca. La autonomía relacional se presentará como una de las vías más prometedoras para solucionar la discutible oposición entre vulnerabilidad y autonomía. Por último, se defiende que la ética del cuidado guarda especial afinidad con la vulnerabilidad, y se señalan brevemente algunas referencias clave para su comprensión. Asimismo, también se reflexiona sobre la paradoja de la vulnerabilidad, tratando de entenderla en su doble sentido, como riesgo y como apertura al cambio. En general, se considera que la vulnerabilidad es un concepto útil para la ética aplicada y para la filosofía del derecho, con la pretensión de aterrizar la reflexión en las posibilidades de aplicación práctica.

## 2. ¿Qué es ser vulnerable?

### 2.1. Algunas propuestas y algunas clarificaciones

La vulnerabilidad es un concepto que ha cobrado fuerza y presencia en textos normativos de diferente índole en las últimas décadas. Surge por primera vez en el ámbito de la ética de la investigación, con el propósito de proteger a aquellos grupos cuya facultad para otorgar autónomamente consentimiento informado se veía comprometida (ten Have, 2016). Algunos de los documentos más relevantes donde puede encontrarse el concepto son: el influyente *Belmont Report* (1978); los cuatro *Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw* (Rendtorff, 2002); y la guía para la ética de la investigación del *Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) (International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, 2002 [1998])*. Más recientemente, la categoría «vulnerabilidad» ha resultado útil en el diseño de políticas públicas a nivel nacional e internacional y, concretamente, en el estudio de las consecuencias del cambio climático sobre diferentes poblaciones y territorios (Ausín, 2021).

Sin embargo, a menudo esta utilización no ha ido acompañada de una investigación exhaustiva del concepto y sus implicaciones (ten Have, 2016). Mackenzie, Rogers y Dodds (2014) señalan tres ámbitos académicos donde se ha profundizado más sobre la vulnerabilidad: bioética (especialmente, ética de la investigación), ética y filosofía feminista, y filosofía posmoderna.

¿Qué es la vulnerabilidad? En primer lugar, alguien vulnerable es alguien susceptible de ser dañado o herido. Así lo indica su evolución etimológica: el vocablo latino *vulnus*, *-eri* significa «herida, golpe» y también «desgracia, aflicción». Algunos elementos que pueden considerarse definitorios son los que siguen:

1. Daño o mal. La vulnerabilidad se refiere a la posibilidad de recibir un daño, para el que se carece de defensas suficientes. Este daño puede ser físico, psíquico, o también moral (Feito, 2007). Algunos enfoques hacen más hincapié en la dimensión corporal de la vulnerabilidad, como el de Butler (2004, 2009), muy ligado a la idea de precariedad.
2. Potencialidad. Ser vulnerable no implica necesariamente ser dañado. Indica que existe la posibilidad de recibir un daño en algún momento, debido, principalmente, a estar expuesto a elementos amenazantes o a no poder defenderse adecuadamente<sup>1</sup> (Goodin, 1986; Schroeder & Gefenas, 2009; Gilson, 2014).
3. Relacionalidad. La vulnerabilidad es relacional. Se es vulnerable a algo o alguien (ten Have, 2016). La vulnerabilidad indica que las personas tienen una disposición de apertura hacia el mundo, incluyendo la acción de sus semejantes. Un sujeto nunca aparece aislado, sino en relación con el entorno que le rodea. Por lo tanto, la vulnerabilidad subraya la interdependencia humana, tanto en su sentido positivo (la cooperación y asociación entre personas es necesaria para desarrollar la vida) como negativo (la acción de unas personas sobre otras puede generar daños, ya sea a nivel individual o estructural).

<sup>1</sup> Si bien la idea intuitiva de la vulnerabilidad tiene una cierta connotación de pasividad, varios autores tratan de huir de ello. Concebir la vulnerabilidad en términos meramente pasivos puede llevar a obviar la capacidad de agencia del sujeto, lo cual resulta contraproducente a la hora de abordar algunas situaciones de vulnerabilidad. Aunque existen diferentes alternativas, uno de los conceptos más aceptados para solucionar este problema es el de resiliencia (Adger, 2000; Gallopín, 2006).

4. Apelación ética. Para algunos autores/as (Goodin, 1986; Gilson, 2014; ten Have, 2016), el hecho de la vulnerabilidad implica una apelación ética a actuar ante ella. La necesidad de una atención a la vulnerabilidad se derivaría, entonces, de la aprehensión misma de su existencia. Decir que alguien es vulnerable implicaría una llamada a intervenir sobre la situación, aunque no defina un contenido determinado para esa acción. Miller (2006) defiende que la interdependencia entre los seres humanos genera un deber de cuidar, desde un enfoque kantiano. Para otros autores, esta apelación ética existe, pero no se encuentra en el hecho mismo de la vulnerabilidad, sino que se deriva de ella en forma de alguna instancia secundaria (Hurst, 2008). Según Michael Kottow (2004), la vulnerabilidad sería una característica humana que sirve de base para demandar legítimamente un principio ético de protección.
5. Inacabamiento, apertura. Si bien la vulnerabilidad se refiere principalmente a la posibilidad del daño, también tiene que ver con el no-acabamiento del ser humano, que debe crear su propio mundo para poder vivir en lugar de acomodarse al mundo dado. Precisamente, de la necesidad de afrontar su propia vulnerabilidad es de donde surge la posibilidad de crear y de asociarse (López Gil, 2013; Gilson, 2014; ten Have, 2016).

## 2.2. Dos ideas: vulnerabilidad ontológica y vulnerabilidad social

Existen dos corrientes de pensamiento principales sobre la vulnerabilidad. La primera es la que podría recibir el nombre de «vulnerabilidad ontológica» (Fineman, 2008, 2010), o, en términos de Henk ten Have (2016), «vulnerabilidad antropológica». Se refiere a la vulnerabilidad como la condición compartida de los seres humanos, en tanto seres que pueden ser dañados y, en último término, perder la vida. La segunda corriente se centra en las condiciones que generan desigualdades en los grados de vulnerabilidad que una persona puede enfrentar, a causa de una distribución desigual de recursos o capacidades. Podemos llamar a esta idea «vulnerabilidad social» (Feito, 2007), «situacional» (Gilson, 2014) o «particular» (Delgado Rodríguez, 2017)<sup>2</sup>.

La idea de la vulnerabilidad ontológica como característica esencial del ser humano no es nueva para la filosofía. Diferentes corrientes filosóficas han hecho hincapié, a lo largo de la historia, en elementos que tienen que ver con la vulnerabilidad. Es un aserto innegable que el ser humano es inacabado, frágil y mortal. Algunas definiciones antropológicas han tomado esta circunstancia como definitoria de la condición humana. Entre ellas están, por ejemplo, la antropología filosófica de principios del siglo XX, la propuesta ética de Lévinas o el comunitarismo de MacIntyre<sup>3</sup>.

Más recientemente, ya en el contexto de los debates sobre cómo utilizar la categoría «vulnerabilidad» en documentos de políticas públicas o en bioética y ética de la investigación, han aparecido algunas teorías que utilizan de forma más concreta la categoría de «vulnerabilidad» como condición ontológica. A menudo, estas

<sup>2</sup> Otros autores han propuesto diferentes categorizaciones. Schroeder y Gefenas (2009), que se sitúan dentro del paradigma de la vulnerabilidad social, distinguen entre vulnerabilidad intrínseca y extrínseca, según si la causa de la vulnerabilidad proviene de la propia condición del sujeto o del medio en el que vive. Por otra parte, Mackenzie *et al.* (2014) elaboran una taxonomía algo más compleja, que pretende superar la separación entre vulnerabilidad ontológica y vulnerabilidad social. Identifican tres fuentes de la vulnerabilidad (inherente, situacional y patológica) así como dos estados (disposicional y actual [*occurrent*]) combinables. Kottow (2003) denomina «susceptibilidad» a lo que aquí se ha llamado «vulnerabilidad social», reservando el término «vulnerabilidad» para la ontológica. Onora O'Neill (1996) distingue entre «vulnerabilidad persistente» y «vulnerabilidad selectiva», paralelamente a la distinción ontológica/social.

<sup>3</sup>Para una revisión de las propuestas filosóficas relativas a la vulnerabilidad más allá de la ética contemporánea, véase ten Have, 2016.

propuestas se plantean contra (a) modelos antropológicos y/o éticos que sobrevaloran las capacidades humanas; y (b) caracterizaciones de la vulnerabilidad como específica de ciertos grupos, que serían deficientes respecto de un sujeto «normal» o «neutro» supuestamente invulnerable (Delgado Rodríguez, 2017). Todas las personas son vulnerables, y, en consecuencia, necesitan del resto para desarrollar su vida y para que sea una vida de calidad. La vulnerabilidad, en este sentido, está estrechamente ligada con la interdependencia, como se ha mencionado antes. A menudo, estos enfoques surgen en el contexto de éticas de corte feminista o son solidarios con algunas de sus ideas clave, como el cuidado y la dependencia (Dodds, 2014).

Por otra parte, la tendencia de la «vulnerabilidad social» incide en las condiciones que generan determinadas situaciones de vulnerabilidad, de manera que algunas personas son más vulnerables que otras a causa de una desigualdad estructural. La vulnerabilidad social puede entenderse como una exacerbación de la común vulnerabilidad ontológica de todos los seres humanos, agravada por circunstancias determinadas. Esta idea de vulnerabilidad social permite poner el foco en el origen contingente de ciertas vulnerabilidades, de manera que es más útil para revisar y modificar estructuras sociales (Young, 2010). Ha sido la más utilizada en ética de la investigación y bioética.

Una definición influyente dentro de este campo es la propuesta por CIOMS, según la cual las personas vulnerables serían «aquellas que son relativamente (o absolutamente) incapaces de proteger sus propios intereses, posiblemente porque tengan insuficiente poder, inteligencia, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger los intereses propios» (CIOMS, 2002). Según Schroeder y Gefenas, «ser vulnerable significa enfrentar una probabilidad significativa de sufrir un mal identificable, a la vez que carecer sustancialmente de la habilidad y/o los medios para protegerse a sí mismo» (2009, p. 117). Como se puede observar, en estas dos definiciones se traza una línea entre quienes son vulnerables y quienes no lo son, gracias a una serie de criterios que se definen como distintivos: es la idea de los «grupos vulnerables».

Varias críticas (Fineman, 2008; Morondo Taramundi, 2016; Delgado Rodríguez, 2017) coinciden en la necesidad de definir y revisar más detenidamente este concepto; en los últimos años se han desarrollado algunas ideas al respecto que se señalan en el siguiente apartado. Ten Have (2016) insiste en atender al contexto de la globalización: algunas vulnerabilidades son consecuencia de ciertos movimientos a nivel global, ya sea por causas económicas, políticas o ecológicas. En una línea similar, María José Guerra Palmero (2019) habla de la «producción masiva de vulnerabilidad» para las mujeres a nivel global.

Por último, Mackenzie *et al.* (2014) aíslan un tipo específico de vulnerabilidad: la vulnerabilidad patológica (*pathogenic vulnerability*). Este tipo de vulnerabilidad es propia de relaciones paternalistas abusivas, en las que una parte despoja de autonomía a la otra. Es decir, la vulnerabilidad puede ser exacerbada también desde la posición de asistencia. Abordar de forma deficiente una situación de vulnerabilidad puede derivar en la aparición de esta vulnerabilidad patológica. Por tanto, la intervención sobre las situaciones de vulnerabilidad debe ser escrupulosa a la hora de respetar o promocionar la autonomía de la persona atendida, entendiendo la autonomía desde una perspectiva relacional, como se desarrollará más adelante.

### 3. ¿Quién es vulnerable?

#### 3.1. «Grupos vulnerables» y situaciones de vulnerabilidad

Las corrientes de la «vulnerabilidad social» o «situacional» intentan rastrear las desigualdades entre las personas analizando los peligros a los que se tienen que enfrentar. La vulnerabilidad (o la susceptibilidad, en términos de Kottow, 2003) se produce en una encrucijada determinada entre la persona y el entorno. Las condiciones de la vulnerabilidad no son, entonces, algo «natural», sino que siempre aparecen en un determinado contexto del que no deben ser aisladas a la hora de analizarlas y abordarlas. Las desigualdades estructurales dan lugar a situaciones en las que las personas son más propensas a sufrir determinados daños.

Una de las obras fundacionales de la perspectiva de la vulnerabilidad en ética es *Protecting the Vulnerable: A Re-Analysis of our Social Responsibilities*, de Robert E. Goodin (1986). El objetivo de la obra es analizar las diferencias entre lo que le debemos a las personas cercanas y lo que le debemos a quienes no conocemos. Goodin rechaza el modelo voluntarista dominante del momento, según el cual las responsabilidades específicas con los próximos son el resultado de compromisos libremente asumidos. Según Goodin, la responsabilidad moral surgiría de la vulnerabilidad de los otros respecto de las propias acciones; como los cercanos son más vulnerables a las acciones de uno que a las del resto de personas, la responsabilidad frente a ellos parece más fuerte. Esta idea implica que, en realidad, las responsabilidades derivadas de la vulnerabilidad no se limitan a los próximos, sino que suponen un nuevo paradigma para las relaciones morales en su conjunto. Goodin amplía su análisis a asuntos como las relaciones internacionales en términos de justicia distributiva, los deberes hacia las generaciones futuras o la relación con los animales no humanos.

A partir de aquí, es posible identificar grupos de personas más propensos al daño que otros. Estos serán los «grupos vulnerables». Para identificar quiénes son los «grupos vulnerables», es necesario categorizar los factores que generan mayor exposición a riesgos o menor capacidad resiliente. Una forma de hacerlo es elaborar criterios-test para analizar los diferentes grupos. Este es el método que desarrolla, por ejemplo, Samia Hurst (2008), mediante una taxonomía de requisitos para la vulnerabilidad en el contexto de la ética de la investigación y ética médica. También en esta línea presentan su propuesta Schroeder y Gefenas (2009), que identifican cuatro «marcadores» (*markers*) de la vulnerabilidad, siempre en el contexto de la ética de la investigación: «1. ratio riesgo/beneficio desfavorable; 2. vulneración de la confidencialidad o privacidad; 3. consentimiento no válido y 4. beneficios del estudio inaccesibles» (Schroeder & Gefenas, 2009, p. 119). Wendy Rogers (2014) define los grupos vulnerables, en el ámbito de la bioética y la ética médica, como «aquellos que son más susceptibles de sufrir una carga excesiva de mala salud y por lo tanto requieren protección o apoyo extra» (Rogers, 2014, p. 77) y distingue dos tipos: social («individuos, grupos o poblaciones que sufren deprivación relacionada con los determinantes sociales de la salud», Rogers, 2014, p. 78) y médica («aquellos que ya tienen alguna forma de mala salud que incrementa su riesgo de peor salud» Rogers, 2014, p. 79). La categorización que propone Kenneth Kipnis (2001) identifica seis tipos estancos de vulnerabilidad: cognitiva, jurídica, deferente (*deferential*)<sup>4</sup>, médica, distributiva (*allocational*) o infraestructural.

<sup>4</sup> *Deferential vulnerability* significa, según Kipnis (2001), la vulnerabilidad causada por una excesiva sumisión a figuras de autoridad, que puede viciar el consentimiento. Por ejemplo, personas institucionalizadas pueden ser vulnerables deferencialmente respecto de sus cuidadores/as, o una hija

La noción de «grupos vulnerables» ha sido criticada por su potencial efecto estigmatizador, y, también, porque puede resultar demasiado simplista para acoger la complejidad de la realidad, si se entiende como una categorización estanca de grupos homogéneos. De la misma manera, se ha señalado que un abuso acrítico de este concepto puede marginar a ciertos grupos, suponiendo incluso un acceso restringido a derechos. Por ejemplo, puede ocurrir que, en ética de la investigación, se excluya a un determinado grupo en los ensayos clínicos, por considerar que su vulnerabilidad impide un correcto ejercicio de la autonomía y que por lo tanto no pueden otorgar su consentimiento genuino al ensayo. Como consecuencia, las características de esos grupos no estarán recogidas en resultado final de estudio, de manera que es posible que no puedan disfrutar de sus posibles beneficios. Así ocurre con personas de edad avanzada, incurriéndose en «edadismo» o discriminación por razón de la edad. Melania Moscoso (2007) ha señalado también el posible exceso de su uso referido a las personas con diversidad funcional, que puede llevar a que las mujeres sufran impedimentos a la hora de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Se otorga a la discapacidad el «monopolio legítimo de la vulnerabilidad», utilizándola en políticas de restricción de derechos, como puede ser el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. En general, es posible condensar las críticas al uso de la idea «grupos vulnerables» como sigue:

- La pertenencia a un determinado grupo no genera automáticamente una determinada vulnerabilidad. Podemos decir, mejor, que las situaciones que viven las personas están atravesadas por condiciones estructurales que afectan a su grado de vulnerabilidad respecto de ciertos riesgos específicos.
- Los grupos no son homogéneos. Aislar una sola variable para identificar el grupo (por ejemplo, género o estatus migratorio) puede ser útil para identificar algunas amenazas o situaciones, pero implica un ocultamiento de (a) otros sesgos que pueden afectar de forma simultánea a las personas y (b) el papel del carácter personal y de las circunstancias específicas de cada caso (Levine *et al.*, 2004).
- Los grupos funcionan en un determinado contexto. Como señala Florencia Luna (2009), no es lo mismo ser mujer en un país que reconoce los derechos sexuales y reproductivos, incluyendo la interrupción voluntaria del embarazo, que en uno en el que no existen este tipo de garantías. El contexto es asimismo variable, y la situación del grupo no puede aislarse de esos cambios.
- Identificar grupos específicos implica asumir una normalidad estándar en relación con la cual se concibe la diferencia. Si lo que define a los grupos es su vulnerabilidad, puede sugerirse la idea errónea de que la persona estándar, «normal», es homogéneamente invulnerable (Delgado Rodríguez, 2017).
- En relación con lo anterior, parcelar la vulnerabilidad como característica específica de un grupo puede provocar dos perjuicios: (a) estigmatización y/o marginación y (b) desempoderamiento y/o paternalismo (Brown, 2011; Rogers, 2014).
- Un uso rutinario, irreflexivo e incoherente del concepto de «grupo vulnerable», por ejemplo en la jurisprudencia de la Unión Europea sobre

---

respecto de sus padres. En palabras de Kipnis, «la vulnerabilidad distintiva de estos sujetos consiste en su disposición a acceder a los deseos que percibe en algunos otros, a pesar de su reticencia interior a hacerlo» (Kipnis, 2001, pp. 5-6).



derechos humanos, propicia el estigma y el estereotipo de determinados grupos y, finalmente, resulta disfuncional (Levine *et al.*, 2004).

Algunas razones que pueden explicar estas limitaciones son (i) una concepción restringida de la autonomía y una errónea idea excluyente entre vulnerabilidad y autonomía; y (ii) un excesivo (o exclusivo) énfasis en la protección como intervención preferente ante la vulnerabilidad. A pesar de ello, para poder elaborar propuestas políticas es necesario algún marco teórico general sobre cómo cambia la vulnerabilidad dependiendo de las situaciones de las personas. Es posible revisar el concepto de vulnerabilidad social, teniendo en cuenta estas críticas, y proponer una versión menos reduccionista (Gilson, 2014). Para ello, dos conceptos resultan especialmente útiles: estructura y situación.

- a) Estructura. La vulnerabilidad es un concepto relacional. Es un error concebirlo como una mera característica personal; una de sus ventajas es que permite incidir en las condiciones relacionales en las que siempre se desarrolla la vida. Por lo tanto, las circunstancias en las que se produce la vulnerabilidad deben ser concebidas en su naturaleza estructural. Por ejemplo, una persona con diversidad funcional motora puede ser más susceptible de recibir discriminación en el entorno laboral. Esta vulnerabilidad nace de una determinada estructura social que incluye, entre otros elementos, una serie de presuposiciones negativas acerca de las capacidades no normativas y, por lo general, un diseño de los espacios públicos y laborales poco inclusivo. La solución de la situación no debería pasar tanto (o no solo) por la protección de la potencial víctima. No deseáramos, por ejemplo, que solo existieran espacios laborales adaptados específicos y aislados para las personas con diversidad funcional. Más bien, debería implementarse una revisión sistemática y profunda de las causas estructurales de esta situación de vulnerabilidad, teniendo en cuenta su funcionamiento específico en el contexto del empleo.
- b) Situación. Concebir a determinados grupos como vulnerables implica el riesgo de agravar su situación, estigmatizándolos o marginándolos. A este riesgo se refiere el concepto de vulnerabilidad patológica de Mackenzie *et al.* que se ha mencionado antes. Una posible solución ante ello es abandonar la idea de «personas vulnerables» o «grupos vulnerables», en favor de las «situaciones de vulnerabilidad». En cada situación pueden aparecer diferentes vulnerabilidades, que pueden actualizarse convirtiéndose en daños o no hacerlo. Florencia Luna (2009, 2019) propone el modelo de las «capas» (*layers*) de vulnerabilidad, en lugar de «etiquetas» (*labels*). Luna acepta algunas de las críticas principales que se han hecho al uso de «grupos vulnerables» que hemos detallado, pero señala que se deben a un uso determinado de la categoría «vulnerabilidad social» que puede ser revisado. Si la vulnerabilidad se entiende como una característica esencial y estanca de determinados grupos, la solución que se proponga será deficiente, y cabe incluso la posibilidad de agravar la situación mediante políticas contraproducentes que resulten paternalistas o estigmatizadoras. Por el contrario, si la vulnerabilidad es entendida en forma de diferentes capas, es posible un uso más flexible de la misma. Las personas pueden adquirir o no capas de vulnerabilidad; no se trata de una característica intrínseca sino de una posición contingente. Luna sugiere que la vulnerabilidad se «activa» frente a un determinado estímulo. Además, las capas interaccionan entre sí, de forma que es posible dar cuenta de la interseccionalidad necesaria para abordar los cruces entre opresiones y desigualdades de diferentes tipos (La Barbera, 2017). En un tono similar, Robert Castel (1995) ya hablaba de «zonas de vulnerabilidad», como parte del análisis del proceso de exclusión social.

Para Castel es erróneo concebir la exclusión como «estado» y la comprende de forma procesual. Este proceso de exclusión es explicado mediante la precarización de los modos de existencia y la creciente inseguridad general, relacionada tanto con la inclusión/exclusión del empleo como por el reconocimiento del estatus de ciudadanía. La «zona de vulnerabilidad» da cuenta de aquella situación entre la plena inclusión y la exclusión, caracterizada por la inseguridad del empleo y por unos vínculos sociales frágiles.

### 3.2. Todas las personas somos vulnerables

La idea de vulnerabilidad ontológica desmiente que exista la posibilidad de no ser nunca dañado y de no depender de otros. Incluso si esto fuese posible, solo ocurriría en un tiempo determinado de la vida (en la edad adulta), pero la vulnerabilidad y la necesidad de ser cuidado por otros ocupan un lugar fundamental, al menos, en la niñez y la vejez. Martha Fineman (2008) elabora esta crítica mediante el análisis de lo que llama el «sujeto liberal». Se refiere al modelo de sujeto moderno pretendidamente neutral, en base al cual se han diseñado los modelos de ciudadanía y justicia dominantes, y que ha sido criticado por la teoría feminista desde diferentes ámbitos (Hernando, 2018). Fineman señala que este sujeto se presume autosuficiente y plenamente funcional desde una perspectiva normativa, privilegiando algunos elementos como la razón y la cooperación entre iguales. Eva Kittay (1999), desde la óptica de la dependencia, también critica este modelo, centrándose especialmente en la versión propuesta por Rawls. Ambas autoras defienden que es erróneo concebir una supuesta normalidad humana asociada a la invulnerabilidad y a la independencia. En realidad, la vulnerabilidad y la dependencia son dos elementos enormemente frecuentes a lo largo de la vida, ya hablemos de edad o de diferencias entre capacidades. Por lo tanto, los grandes conceptos modernos como la ciudadanía y la justicia deben ser revisados para poder dar cabida a la diversidad de las personas de una forma genuinamente inclusiva.

Erinn Gilson (2014) también centra su investigación sobre vulnerabilidad en la crítica del modelo de persona invulnerable. Si este es el modelo normativo, entonces las situaciones de vulnerabilidad y de necesidad se consideran excepciones problemáticas o indeseables, en lugar de ser parte del desarrollo normal de la vida. La sobrevaloración de la pretendida invulnerabilidad como ideal humano implica la desvalorización de aquellas personas que, por su situación respecto a los ejes de poder de un determinado contexto, resultan ser (o ser percibidas como) vulnerables. Como consecuencia, sostiene Gilson, la atención a la vulnerabilidad resultará deficiente.

Las situaciones de vulnerabilidad, entonces, no son excepciones a una norma de cooperación plena entre agentes autónomos. Esta crítica supone una revisión profunda del «sujeto tipo» hacia el cual dirigir políticas públicas e intervenciones sobre las desigualdades sociales. Las situaciones de vulnerabilidad no serán *per se* una disfunción que debemos hacer desaparecer; se entiende la vulnerabilidad como una característica de la condición humana (algo que ya decía Hannah Arendt). Por lo tanto, las situaciones específicas de vulnerabilidad social se situarían dentro de un continuo, en el cual se deberá valorar qué situaciones son injustas y qué atención precisa cada una.

Es imprescindible, efectivamente, recordar que no todas las personas son igualmente vulnerables. Todas las autoras citadas se preocupan por subrayar estas desigualdades, y también por atender a las condiciones estructurales que dan lugar a diferencias injustas entre situaciones (Delgado Rodríguez, 2017). Gilson (2014)

señala que, de hecho, se necesita una asunción responsable de la vulnerabilidad ontológica para poder hacer frente a la vulnerabilidad social o situacional evitando estigmatizaciones y simplificaciones. En la misma línea, Judith Butler (2004) encuentra en la vulnerabilidad ontológica la posibilidad de la empatía y el compromiso hacia otras formas de vulnerabilidad diferentes a la propia. A partir de esta toma de conciencia, propone Butler, se crearán asociaciones entre personas que generen cambios sociales y políticos. Esta tesis se sostiene desde una vinculación entre el acto ético y el reconocimiento de la vulnerabilidad del otro a la vez que el reconocimiento de la propia, idea afín a los planteamientos de Lévinas.

#### 4. ¿Qué debemos hacer frente a la vulnerabilidad?

##### 4.1. Revisando la autonomía: autonomía relacional y vulnerabilidad

Henk ten Have (2016) ha señalado los problemas que plantea concebir la vulnerabilidad como deficiencia de la autonomía. Esta idea surge en algunos discursos bioéticos, que han estado dominados por un enfoque principialista y centrado en la autonomía individual. En ética de la investigación, como en otros ámbitos, el consentimiento informado ha sido la herramienta privilegiada que ha permitido garantizar la autonomía de la paciente/sujeto de estudio. Las primeras guías sobre ética de la investigación se publicaron como respuesta ante los abusos cometidos en el siglo pasado sobre personas que no contaban con la capacidad de ejercer su autonomía necesaria para consentir en participar en un determinado estudio o experimento. La categoría «grupos vulnerables» se comenzó a utilizar cada vez más para referirse a estas situaciones (Rogers, 2014). Así, progresivamente, el concepto de vulnerabilidad opera cada vez más como «autonomía disminuida» o «déficit de autonomía» (ten Have, 2016). Coherentemente, la respuesta predominante ante la vulnerabilidad ha sido la protección.

Como señala ten Have, esta idea es demasiado estrecha. Deja fuera una dimensión que se ha señalado más arriba como clave en la idea de vulnerabilidad: la dimensión relacional. Pareciera que la vulnerabilidad es una característica individual, que se puede solucionar mediante una intervención directa sobre el caso en cuestión. Pero, en realidad, la vulnerabilidad entraña una comprensión mucho más holística de la persona, cuya situación no podrá ser mejorada si no se dan cambios en el conjunto de los elementos implicados. También debe tenerse en cuenta el papel que juegan el resto de personas que pertenecen a una red determinada, e incluso la estructura social en su conjunto y el medio ambiente natural (Ausín, 2021).

Una forma de abordar este problema es ampliar la noción de autonomía (Mackenzie & Stoljar, 2000; Mackenzie *et al.*, 2014). Los trabajos sobre autonomía relacional han resultado afines a la idea de la vulnerabilidad, sobre todo en su acepción ontológica. Joel Anderson y Axel Honneth (2005) consideran que, precisamente, los conflictos que surgen entre la promoción de la autonomía en clave liberal y la protección ante la vulnerabilidad en clave de justicia social son debidos a una comprensión demasiado estrecha de la autonomía. Según su propuesta, la evolución del concepto moderno de autonomía en las teorías de la justicia contemporáneas hegemónicas ha resultado en una equiparación de la autonomía con la mayor ausencia posible de condicionantes externos, incluyendo la independencia respecto de los otros. Esta sobrevaloración de la libertad negativa está relacionada con el sujeto pretendidamente independiente y autosuficiente, que coincide con el mencionado sujeto liberal de Fineman. En su lugar, proponen una versión de la autonomía «del reconocimiento» (*recognition*) y subrayan la necesidad de garantizar las «condiciones materiales e institucionales de la autonomía» (Anderson

& Honneth, 2005, p. 129). La vulnerabilidad se convierte así no en un déficit de autonomía, sino en un elemento central del debate sobre la misma.

La autonomía no está dada; es preciso desarrollarla (Tronto, 2013). Y ese desarrollo solo puede darse en un medio social, gracias a la cooperación entre diferentes agentes. La vulnerabilidad que hace a las personas interdependientes, entonces, no es una falta de autonomía; más bien, la vulnerabilidad es precondition para el desarrollo de la autonomía (Delgado Rodríguez, 2017). Vulnerabilidad y autonomía se convierten en dos caras de la misma moneda: necesitamos de los otros para ser autónomas. Mackenzie (2014) defiende también una comprensión de la autonomía en clave relacional, combinada con la teoría de las capacidades de Martha Nussbaum y Amartya Sen, para reconciliarla con la noción de vulnerabilidad.

Fomentar la autonomía, si la entendemos de forma relacional, no puede ocurrir simplemente por la acción sobre la «persona vulnerable». Es necesario que existan contextos seguros y relaciones personales significativas para que la autonomía pueda florecer. Es necesario, también, garantizar una serie de medios materiales como base para este florecimiento. Las opciones de vida disponibles en cada situación deben ser lo suficientemente variadas y alcanzables para que la autonomía pueda desarrollarse y ejercerse. La autonomía se sitúa, entonces, en permanente diálogo con la vulnerabilidad. Si la vulnerabilidad siempre está presente en las relaciones con los otros, y si la autonomía precisa de estas relaciones, entonces es absurdo intentar eliminar la vulnerabilidad. Por otra parte, no debe olvidarse esta vulnerabilidad ante los otros es la que hace posible que existan abusos y dominación de unas personas sobre otras, abusos que dañan la posibilidad misma de la autonomía. En definitiva, un enfoque holístico sobre las condiciones que hacen posible la aparición de la autonomía y las situaciones de vulnerabilidad que ahí surjan es imprescindible para reconciliar estas dos nociones.

## 4.2. Vulnerabilidad y políticas públicas

Como se ha argumentado, la vulnerabilidad es un asunto relacional, y las condiciones que la determinan descansan sobre la estructura de una sociedad. Analizar la vulnerabilidad específica de ciertos grupos no puede limitarse a una intervención sobre su situación actual. Debe llevarse a cabo una revisión más profunda de las condiciones que dan lugar a mayores cotas de vulnerabilidad en determinadas situaciones. Para que sea posible poner en juego esta mirada estructural, es preciso también ampliar la concepción de la vulnerabilidad más allá del déficit de autonomía particular.

El concepto de responsabilidad se torna, en este punto, central. Goodin (1986) defiende que, en lo que se refiere a la responsabilidad sobre la vulnerabilidad, cuanto más poder, más responsabilidad. Es decir, los agentes sociales con más capacidad para actuar sobre las grandes estructuras, institucionales o no, de una sociedad, son aquellos que responsabilidad tienen de atender las situaciones de vulnerabilidad. Bryan Turner (2006) elabora una defensa de los derechos humanos desde la vulnerabilidad, entendiendo que es la fragilidad propia del ser humano la que justifica una noción naturalista de los derechos humanos: «Los derechos humanos pueden ser definidos como principios universales, porque los seres humanos comparten una ontología común que está basada en una vulnerabilidad compartida» (Turner, 2006, p. 6). Esta es una de las más influyentes propuestas para elevar la vulnerabilidad a un nivel de marco normativo amplio.

Fineman (2008) entiende que la toma de conciencia de la vulnerabilidad ontológica, desde el modelo del sujeto vulnerable, implica la necesidad de un «estado

que responde» (*responsive state*). Si bien la vulnerabilidad es una condición intrínseca del ser humano, Fineman especifica que la red de relaciones en la que se inscribe cada sujeto determina los riesgos a los que está expuesto, así como su capacidad de responder ante ellos. Por lo tanto, la vulnerabilidad necesita de la idea de igualdad, a partir de la cual es posible evaluar las diferencias injustificadas entre situaciones y tratar de solucionarlas. Para ello es preciso ir más allá de la igualdad formal, incidiendo en una igualdad efectiva que se sostenga con mecanismos sustantivos por parte del Estado, de forma que sea capaz de «responder» y de asumir responsabilidades sobre las situaciones de vulnerabilidad exacerbada. En la misma línea, Txetxu Ausín (2019) argumenta que la interdependencia y vulnerabilidad humanas implican una responsabilidad de cuidado (*due care*) por parte del Estado: las instituciones y el sector público necesitan una ética pública del cuidado (Ausín, 2019).

Kittay (1999), en el ámbito de la dependencia, defiende también la necesidad de politizar la atención a la dependencia de forma que las instituciones y la acción del Estado asuman responsabilidades al respecto, públicas y políticas. Asimismo, Butler (2004, 2009) considera que la toma de conciencia de la vulnerabilidad y la precariedad reclama revisar cómo construimos los marcos de relación que estructuran las sociedades y, desde el compromiso con la precariedad compartida, construir vidas en común que se puedan traducir en vidas vivibles en toda su diversidad.

### 4.3. El cuidado como asunto público

Más arriba se ha mencionado que puede entenderse que identificar y asumir el hecho la vulnerabilidad humana implica una apelación ética. En este sentido, una de las respuestas privilegiadas ante la vulnerabilidad es el cuidado (Miller, 2006; Engster, 2019). El cuidado se refiere a las disposiciones y acciones necesarias para el mantenimiento y sanación de la vida común. El cuidado funciona en escenarios contextuales, donde los agentes implicados no están necesariamente en posiciones iguales en cuanto a poder y capacidad, y desde un compromiso con responder ante las necesidades ajenas. El cuidado, además, requiere de unas habilidades éticas específicas.

La ética del cuidado se propone como una crítica a los modelos éticos excesivamente racionalistas de herencia moderna y androcéntrica. Sin embargo, no debería entenderse, como podría parecer, que existe una oposición entre las éticas de la justicia y las éticas del cuidado. Una combinación razonable entre ambas corrientes sería mucho más beneficiosa para elaborar criterios de acción cuando hablamos de vulnerabilidad.

En este sentido, si la vulnerabilidad es relacional y dependiente de condiciones sociales estructurales, el cuidado también debe serlo. La atención a la vulnerabilidad y el cuidado han sido tradicionalmente desempeñados por grupos subordinados de la población, siendo las mujeres el caso paradigmático (circunstancia sobre la que en la actualidad se cruzan otros condicionantes, como la clase o el estatus migratorio, sobre los que es necesario mantener una perspectiva interseccional). El cuidado pertenece aún, en parte, a las esferas de lo privado y lo doméstico. Frente a ello, las propuestas de las últimas décadas apelan a la politización del cuidado (Held, 1993; Tronto, 1993, 2013).

La vulnerabilidad humana implica la comprensión de la interdependencia de los seres humanos. Más aún, como se ha visto, ayuda a desarrollar una visión estructural de las situaciones enfrentadas por las personas. Ciertas situaciones precisan de cuidados específicos, que pueden sobrepasar lo que habitualmente se

considera como «modelo neutral», el de la persona pretendidamente autosuficiente que no necesita ayuda externa para desarrollar su vida con calidad (Kittay, 1999). La idea de la vulnerabilidad ontológica desmiente que exista ese «sujeto neutral» aislado y no necesitado de la colaboración social. Por lo tanto, las diferentes necesidades de cuidado ya no se sitúan en una dicotomía «dependiente vs. independiente», sino en una ponderada escala de grises donde todas las personas son interdependientes en distintos grados. Por otra parte, las reflexiones sobre los condicionantes sociales de la vulnerabilidad subrayan la responsabilidad colectiva en la atención a las necesidades de todas las personas. Este propósito se alinea con las teorías del cuidado que defienden la necesidad de politizarlo e incluirlo en las teorías de la democracia contemporáneas (Mackenzie *et al.*, 2014; Martín Palomo, 2016).

#### 4.4. La paradoja de la vulnerabilidad

Ser vulnerable significa ser susceptible de recibir daño. Además, por razón de desigualdades estructurales, hay personas más expuestas a algunas amenazas que otras, lo cual supone una injusticia. La vulnerabilidad conlleva una apelación ética; por lo tanto, existe una dimensión normativa de la vulnerabilidad que reclama reducir en la medida de lo posible esta posibilidad de ser dañado, especialmente en las situaciones más graves.

Pero, por otra parte, la idea de vulnerabilidad tiene, al menos, dos connotaciones más positivas. La primera es la idea de apertura. Como señala Nussbaum (1986), la vulnerabilidad es la otra cara de la moneda de la capacidad creativa del ser humano. Es precisamente ese inacabamiento el que ocasiona la necesidad de transformar el medio y crear relaciones interpersonales para establecer condiciones de vida digna (Gilson, 2014). Según Silvia López Gil,

Es necesario dejar que la política se vea atravesada por la vulnerabilidad. Esto nos permite entender el mundo de otro modo: no lo sabemos ni lo podemos todo. Pero también es necesario que la vulnerabilidad se vea atravesada por la política. Percibir la finitud del ser es la condición para no clausurar el sentido de la realidad; es lo que nos permite producir desplazamientos inesperados. Y es de esta forma en la que la vulnerabilidad se torna potencia, no como aquello que lo puede todo, sino como aquello que, sabiendo que no lo puede todo, es capaz de inventar nuevos sentidos de vida. (López Gil, 2013).

En segundo lugar, la vulnerabilidad pone de manifiesto el hecho de la interdependencia. Esta interdependencia es el origen de elementos significativos desde un punto de vista moral: el cuidado, ejercido desde el compromiso y en condiciones adecuadas para quien cuida y quien es cuidada, supone una fuente valiosa de desarrollo personal y social.

Tener en cuenta estos aspectos positivos de la vulnerabilidad humana no debería opacar los problemas que se han ido enumerando en este artículo. Esto podría conducir a un peligroso conformismo con algunas de las situaciones de vulnerabilidad que existen hoy en día. En efecto, hay situaciones injustas en las que la vulnerabilidad es exacerbada, y situaciones en las que las personas cuidan en condiciones desiguales, abusivas y sin reconocimiento. Pero, al responder a estas injusticias, no debe olvidarse que eliminar por completo la vulnerabilidad humana no es un propósito alcanzable ni, tampoco, deseable. El objetivo no es acabar con la vulnerabilidad, sino dar respuesta a ella de forma suficiente, justa y democrática.

## 5. Conclusiones

La vulnerabilidad es un concepto prometedor para la ética y la filosofía política. Permite evaluar las situaciones de injusticia desde un nuevo prisma que subraya la interdependencia, la raíz estructural de las desigualdades y la fragilidad intrínseca de las personas. Existen dos paradigmas generales sobre la vulnerabilidad, y sería deseable no renunciar a lo que aporta de cada uno de ellos. La idea de la vulnerabilidad ontológica desmiente las fantasías de omnipotencia y absoluta independencia, y recuerda la fundamental interdependencia de las personas. La idea de la vulnerabilidad social incide en las desigualdades que existen entre diferentes sectores poblacionales y la necesidad de abordarlas en su complejidad estructural, no solo en sus efectos actuales. Para ello, son interesantes los conceptos de «estructura» y de «situación», que permiten atender a estas vulnerabilidades sin desempoderar ni estigmatizar a los grupos. La vulnerabilidad contiene también una apelación ética. Es posible defender una asunción de responsabilidad pública y política ante la vulnerabilidad, que se concrete en políticas públicas. La acción más relacionada con esta apelación ética es el cuidado. La ética del cuidado contemporánea aboga por su politización y por introducir las tareas de cuidado en las teorías de la democracia y la justicia. La vulnerabilidad revela también, como su reverso, el potencial humano de creación, cambio y construcción de lazos con otras personas; este factor inspirador puede servir también para pensar un modelo de sociedad menos individualista y más abierta.

## Bibliografía

- Adger, W. N. (2000). Social and ecological resilience: are they related? *Progress in Human Geography*, 24 (3), 347–364.
- Anderson, J. H. & Honneth, A. (2005). Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice. En J. Christman & J. Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays* (127-149). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511610325.008
- Ausín, T. (2019). The Public Dimension of Care: Towards a Public Ethics of Care. In: J. Vallverdú, A. Puyol & A. Estany (eds.). *Philosophical and Methodological Debates in Public Health* (137-148). Dordrecht, Netherlands: Springer.
- Ausín, T. (2021). Vulnerability and care as basis for an environmental ethics of global justice. En B. Rodríguez López, N. Sánchez Madrid & A. Zaharijevic (eds.). *Rethinking Vulnerability and Exclusion: Historical and Critical Essays*. London, UK: Palgrave Macmillan.
- Brown, K. (2011). Vulnerability: Handle with Care. *Welfare*, (5-3), 313-321. doi:10.1080/17496535.2011.597165
- Butler, J. (2004). *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*. London, UK/New York, USA: Verso Books.
- Butler, J. (2009). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Madrid, España/México D. F., México: Paidós.
- Castel, R. (1995). De la exclusión como estado a la vulnerabilidad como proceso. *Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura*, 21, 27-36.
- Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). (2002 [1998]). *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*. Geneva, Switzerland. Recuperado de [https://cioms.ch/wp-content/uploads/2016/08/International\\_Ethical\\_Guidelines\\_for\\_Biomedical\\_Research\\_Involving\\_Human\\_Subjects.pdf](https://cioms.ch/wp-content/uploads/2016/08/International_Ethical_Guidelines_for_Biomedical_Research_Involving_Human_Subjects.pdf), acceso 24/04/2020.

- Delgado Rodríguez, J. (2017). The Relevance of the Ethics of Vulnerability in Bioethics. *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum*, 12 (2-3), 154–179. doi:10.7202/1051280ar
- Dodds, S. (2014). Dependence, Care and Vulnerability. En C. Mackenzie, W. Rogers & y S. Dodds (eds.). *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (181-203). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Engster, D. (2019). Care ethics, dependency, and vulnerability. *Ethics and Social Welfare*, 13 (2), 100-114.
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*; 30 (3), 7-22.
- Fineman, M. A. (2008). The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. *Yale Journal of Law & Feminism*, 20 (1-2). Recuperado de <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol20/iss1/2>, acceso 28/04/2020.
- Fineman, M. A. (2010). The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, 60 (2), 251-275.
- Gallopin, G. C. (2006). Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity. *Global Environmental Change*, 16 (3), 293–303.
- Gilson, E. C. (2014). *The Ethics of Vulnerability. A Feminist Analysis of Social Life and Practice*. London, UK/New York, USA: Routledge.
- Goodin, R. E. (1985). *Protecting the Vulnerable: A Re-Analysis of our Social Responsibilities*. London, UK/Chicago, USA: University of Chicago Press.
- Guerra Palmero, M. J. (2019). Vulnerabilidad, condición humana y política «postidentitaria». Ponencia impartida en la XVI Escuela Feminista Rosario de Acuña, Oviedo, España. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=SDLMJycc2\\_Q](https://www.youtube.com/watch?v=SDLMJycc2_Q), acceso el 16/06/2020.
- Held, V. (1993). *Feminist Morality: Transforming Culture, Society and Politics*. London, UK/Chicago, USA: University of Chicago Press.
- Hernando, A. (2018). *La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Hurst, S. (2008). Vulnerability in Research and Health Care: Describing the Elephant in the Room? *Bioethics*, 22, 191-202. doi:10.1111/j.1467-8519.2008.00631.x
- Kipnis, K. (2001). Vulnerability in research subjects: a bioethical taxonomy. In: National Bioethics Advisory Commission (ed.), *Ethical and policy issues in research involving human participants*. Bethesda: National Bioethics Advisory Commission; G1–G13.
- Kittay, E. F. (1999). *Love's Labor. Essays on Women, Equality and Dependency*. London, UK/New York, USA: Routledge.
- Kottow, M. H. (2003). The Vulnerable and the Susceptible. *Bioethics*, 17 (5-6), 460-471.
- Kottow, M. H. (2004). Vulnerability: What kind of principle is it? *Medicine, Health Care and Philosophy*, 7, 281–287.
- La Barbera, M. C. (2017). Interseccionalidad. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, 191-198.
- Levine, C.; Faden, R.; Grady, C.; Hammerschmidt, D.; Eckenwiler, L.; Sugarman, J.; & Consortium to Examine Clinical Research Ethics (2004). The limitations of «vulnerability» as a protection for human research participants. *The American Journal of Bioethics: AJOB*, 4 (3), 44–49. doi:10.1080/15265160490497083
- López Gil, S. (2013). ¿Cómo hacer de la vulnerabilidad un arma para la política? (Entrada de blog). *Diagonal Blog*. Recuperado de <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/como-hacer-la-vulnerabilidad-arma-para-la-politica.html>, acceso el 30/11/2020.
- Luna, F. (2009). Elucidating the concept of vulnerability: layers not labels. *The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2 (1), 120-138.
- Luna, F. (2019). Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward. *Developing World Bioethics*, 19, 86-95. doi:10.1111/dewb.12206

- National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Department of Health, Education and Welfare (DHEW). (1978). *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research, Report of the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Washington, DC, USA: United States Government Printing Office.
- Nussbaum, M. C. (1986). *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Mackenzie, C. & Stoljar, N. (eds.). (2000). *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*. New York, USA: Oxford University Press.
- Mackenzie, C.; Rogers, W. & Dodds, S. (eds.). (2014). *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Mackenzie, C. (2014). The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability. En C. Mackenzie, W. Rogers & S. Dodds (eds.). *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (33-59). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Martín Palomo, M. T. (2016). *Cuidado, vulnerabilidad e interdependencias. Nuevos retos políticos*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Miller, S. C. (2006). Need, Care and Obligation. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 57, 137-160. doi:10.1017/S1358246105057073
- Morondo Taramundi, D. (2016). ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 205-221. doi:10.7203/CEFD.34.8916
- Moscoso, M. (2007). Menos que mujeres: los discursos normativos del cuerpo a través del feminismo y la discapacidad. En J. Arpal Poblador e I. Mendiola Gonzalo (eds.). *Estudios sobre cuerpo, tecnología y cultura* (185-196). Bilbao, España: Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco.
- O'Neill, O. (1996). *Towards Justice and Virtue*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rendtorff, J. D. (2002). Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability—Towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine Health Care Philosophy* 5, 235-244.
- Rogers, W. (2014). Vulnerability and Bioethics. En C. Mackenzie, W. Rogers, & S. Dodds (eds.). *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (60-87). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Schroeder, D. and Gefenas, E. (2009). Vulnerability: too vague and too broad? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics: CQ: The International Journal of Healthcare Ethics Committees*, 18 (2), 113-121.
- Stoljar, N. (2018). Feminist Perspectives on Autonomy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition). En Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/feminism-autonomy/>.
- Ten Have, H. (2016). *Vulnerability: Challenging Bioethics*. Oxon, UK/New York, USA: Routledge.
- Tronto, J. C. (1993). *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethics of Care*. London, UK/New York, USA: Routledge.
- Tronto, J. C. (2013). *Caring Democracy. Markets, Equality and Justice*. New York, USA/London, UK: New York University Press.
- Turner, B. S. (2006). *Vulnerability and Human Rights*. University Park (Pennsylvania), USA: The Pennsylvania State University Press.
- Young, I. M. (2010). *Responsibility for justice*. Oxford, UK: Oxford University Press.

# Cultura política (enfoque normativo)\*

## Political culture (normative approach)

Andrea Greppi  
 Universidad Carlos III de Madrid  
 ORCID ID 0000-0002-6035-5714  
[andrea.greppi@uc3m.es](mailto:andrea.greppi@uc3m.es)

### Cita recomendada:

Greppi, A. (2021). Cultura política (enfoque normativo). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 258-271.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6075>

Recibido / received: 27/02/2020  
 Aceptado / accepted: 01/09/2020

### Resumen

Esta entrada ofrece un recorrido panorámico por las más relevantes acepciones de la expresión «cultura política» en la teoría política contemporánea. Por su carácter mutable y poliédrico, no es sencillo dar una definición precisa que elimine los márgenes de incertidumbre que la rodean. Sin entrar en el estudio de los antecedentes en la historia del pensamiento político y social, el texto se centra en el renovado interés que esta noción ha despertado a partir de los años sesenta del siglo pasado. Se distinguen los enfoques de corte descriptivo y empírico, con los que se pretende identificar el trasfondo cultural que está en la base de las democracias estables, de aquellos que consideran la dimensión normativa y se preguntan por la responsabilidad que nuestras sociedades democráticas tendrían en la formación de una cultura cívica que esté a la altura de nuestras expectativas. Por último, se identifica en el tratamiento rousseauniano de la religión civil el hilo conductor de las muchas discusiones contemporáneas que versan sobre el entramado de creencias y lealtades que hacen posible la convivencia en nuestras sociedades democráticas.

### Palabras clave

Cultura política, cultura cívica, liberalismo político, malestar democrático, religión civil.

### Abstract

*This entry offers an overview of the more relevant meanings of the expression «political culture» in contemporary political theory. Since its character is mutable and multifaceted, no obvious definition eliminates the margins of uncertainty. Set aside its precedents in the history of social and political thought, the article focuses on the renewed interest raised by this topic from the 1960s. A distinction is drawn between descriptive and empirical approaches, on the one side, that aim at finding the cultural background of consolidated democracies, from other approaches that look for the normative dimensions of the issue, paying attention to the responsibility that our democracies have in the construction of a civic culture which live up to our expectations. Finally, the entry deals with Rousseauian considerations on civic religion,*

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.



where it is possible to identify the common root of many beliefs and compromises that support the coexistence in contemporary pluralist societies.

### Keywords

*Political culture, civic culture, political liberalism, democratic discontent, civic religion.*

SUMARIO. 1. Delimitación del término «cultura política». 2. Antecedentes, dificultades y variaciones. 3. La institucionalización académica del concepto de «cultura política». 4. La «cultura política» de una sociedad pluralista. 5. «Cultura política» y religión civil.

## 1. Delimitación del término «cultura política»

La expresión «cultura política» se refiere habitualmente al conjunto de valores, creencias, sentimientos o reglas que orientan las actitudes básicas de los ciudadanos y su comportamiento en el marco de un sistema político. Es una noción extremadamente genérica, que difícilmente podrá traducirse en una definición unívoca y operativa con la que identificar los comportamientos y disposiciones significativas en contextos particulares. Esto es así, en primer lugar, por la inabordable dificultad de determinar el alcance de cada uno de los términos que componen el sintagma<sup>1</sup>; pero también, y en segundo lugar, porque no todas las dimensiones de un concepto tan difícilmente abaricable como es el de «cultura» son relevantes para el análisis de las cuestiones políticas. A esto se añade la dificultad de deslindar las dimensiones normativas y las dimensiones descriptivas del fenómeno. Y aquí, de nuevo, no es evidente que esta tarea pueda llevarse a cabo en todo momento con precisión quirúrgica.

El tratamiento de la noción «cultura política» se enfrenta desde el comienzo con la dificultad de diferenciar significados y usos muy alejados de la expresión, que remiten a enfoques y tradiciones de pensamiento dispares<sup>2</sup>. Esta dificultad es conocida desde hace tiempo (Welch, 2013), pero ello no es un obstáculo para que puedan identificarse ciertos temas y problemas en los que inevitablemente acaba aflorando el complejo entramado de conexiones que existen entre «cultura» y «política». Son temas y problemas que retornan de manera recurrente en la historia de las ideas y de las formas políticas. Así, por ejemplo, y por razones que apuntaré en el último apartado de este texto, a partir de los años sesenta y, en especial, a partir de los años noventa se constata un renovado interés por los contenidos que se asocian a esta expresión, quizá como reflujo frente al relativo desinterés que se había dado en las décadas anteriores, a partir de la segunda posguerra. En esta última fase, la reflexión sobre los marcos culturales en que se insertan las instituciones y las prácticas políticas ha cobrado un notable protagonismo.

Esta entrada comienza identificando algunas variaciones terminológicas y conceptuales que confluyen en la idea genérica de cultura política (§ 2), para luego distinguir entre los enfoques que tienen una orientación prevalentemente descriptiva y los que, por el contrario, tienen una vocación normativa (§ 3-4). Con mirada retrospectiva, el último epígrafe estará dedicado a la tesis según la cual un compromiso ético fuerte con los valores y virtudes de la democracia republicana sería

<sup>1</sup> Véase una caracterización de las definiciones de «cultura», cfr. Broncano (2018, pp. 15-66).

<sup>2</sup> Muchas otras indicaciones sobre el desarrollo de esta noción en el ámbito de la historia intelectual, la historia política, la historia social y los estudios culturales se encuentran en Escribano Roca (2020). La presente entrada y la de Rodrigo Escribano son complementarias.

la clave indispensable de una cultura cívica que mereciera realmente ese nombre. Esto me llevará a aislar un elemento paradigmático en el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau que está directamente relacionado con esta materia y que resulta particularmente influyente en el debate contemporáneo (§ 5). Naturalmente, hay otros muchos aspectos de esta expresión –que abarca probablemente una familia de nociones afines– que merecerían un tratamiento más detallado. En particular, sería necesario explorar los nexos teóricos y prácticos entre la «cultura política» y la «cultura de la legalidad», si es cierto que, como es razonable pensar, esta última es parte de la primera.

Con respecto a esta última cuestión, merece la pena observar que la demarcación entre los conceptos de «cultura política» y «cultura de la legalidad» involucra discusiones de la mayor envergadura y que afectan a la relación entre sistema cultural, sistema político y sistema jurídico. Por una parte, parece obvio que la relación entre política y derecho, a cualquier nivel que se considere, tanto en la teoría como en la práctica legislativa o jurisprudencial, como en el plano de la percepción social y de los hábitos de seguimiento de normas, no puede más que estar mediada por factores «culturales». Considerada desde este punto de vista, la «cultura de la legalidad» no es sino uno de los distintos factores que intervienen en la conformación de los marcos de sentido [*frames*] de la vida pública. Por otra parte, y desde un segundo punto de vista, cuando se asocia a los valores y compromisos ideales que se traducen –*grosso modo*– en las instituciones de un Estado democrático de derecho, la expresión «cultura de la legalidad» se convierte en el elemento que define una cultura política específica, entre las muchas declinaciones históricas posibles. Naturalmente, a partir de ahí el debate estará en determinar qué rasgos – qué principios, qué instituciones, qué fines, etc.– se atribuyen a la «legalidad» para que pueda considerarse como la legalidad propia de un Estado de derecho, con el consiguiente reflejo en el plano de las actitudes y las creencias que los ciudadanos proyectan sobre la vida pública, es decir, en el plano de la cultura política.

## 2. Antecedentes, dificultades y variaciones

No es posible, en el espacio de esta entrada, resumir de forma siquiera apresurada los muchos y muy diversos antecedentes de la noción contemporánea de «cultura política». Esta tarea exigiría entrar en diálogo con algunos de los mayores clásicos del pensamiento político, antiguo y moderno. Entre las muchas referencias que podrían mencionarse, se podría comenzar recordando la reconstrucción ofrecida por Max Weber de los factores culturales –o, en sentido amplio, *éticos*, con la inevitable consonancia hegeliana– que conforman el *espíritu* del capitalismo (Weber, 2012). Pero habría que reparar también en la obra de Antonio Gramsci, donde se muestra que las raíces de la dominación política no se encuentran únicamente en los condicionantes infraestructurales de las dinámicas de poder. Apartándose de la visión reductiva del materialismo más obtuso, «la filosofía de la praxis concibe la realidad de las relaciones humanas de conocimiento como elemento de hegemonía política» (1975: 1245). Alejándonos en el tiempo habría que detenerse en las lecciones de John Stuart Mill y de Alexis de Tocqueville, quienes se fijaron, aunque desde perspectivas distintas, tanto en los hábitos y las disposiciones que se encuentran en la base de la estabilidad de las formas políticas, como en los efectos que los distintos diseños institucionales tienen, en el plano educativo, sobre la sociedad. Remontándonos todavía más atrás, podríamos recordar cómo en el momento de la revolución y la contrarrevolución, la sensibilidad romántica tiende a asociarse con el descubrimiento de la dimensión identitaria del proceso de construcción del Estado moderno, en formas tan diferentes como las que aparecen en las páginas de Herder, de Schiller o de Burke. En una etapa todavía anterior, esta misma atención por los factores prepolíticos está implícita en la búsqueda de los diferentes «principios» por los que,

según el Barón de Montesquieu, se rige el movimiento de los gobiernos. En última instancia, ya Platón y Aristóteles habían manejado la mayoría de los ingredientes que nosotros incluimos hoy en el gran cajón de sastre de la cultura política al preguntarse por las condiciones que hacen posible la estabilidad o que determinan la degeneración de las formas de gobierno (véase un panorama de tales antecedentes en Wiarda, 2014).

Ante semejante disparidad de perspectivas, en la teoría política contemporánea se han producido diversos intentos de formalización e institucionalización. Se trataría de despejar la impresión de que esta noción es irremediabilmente confusa, e incluso inútil, porque está basada en observaciones parciales y prejuiciosas, que no permiten establecer conexiones explicativas consistentes (cfr. por ejemplo Eckstein, 1996: 473; Shklar, 1987: 106). Según los críticos, las descripciones de la cultura política tenderían a volverse impresionistas y arrastrarían una constante debilidad de tipo metodológico, tanto en las aproximaciones desde premisas marxistas, como en los enfoques que parten desde la teoría de la acción racional o del institucionalismo. Con tanta disparidad de objetivos, de intereses y puntos de vista se vuelve particularmente difícil filtrar los sesgos ideológicos que aparecen en esta materia.

En respuesta a estas críticas, el intento por devolver a la noción de «cultura política» un mínimo de capacidad explicativa y consistencia pasa por restringir el foco de análisis, identificando aquellos aspectos de las artes, la religión, las costumbres y creencias, las identidades que *más directamente* puedan afectar al sistema político, a sus procesos y sus resultados. En este sentido, podría decirse que el aspecto *propriamente político* de la «cultura» es aquel que está de alguna forma conectado con un conjunto de creencias centrales del ciudadano, a las que se atribuye un valor *esencial*, o *existencial*. No se refiere, por tanto, a las creencias y orientaciones de acción que inciden en simples gustos, preferencias o intereses superficiales, sino a aquellas que se traducen en posiciones y demandas que inciden en aspectos relevantes de la cooperación social. En otro tiempo se hubiera dicho que son *políticos* aquellos aspectos de la cultura que tienen algo que ver con el «interés general». Pero la objeción del crítico sigue vigente. Mientras no dispongamos de una noción algo más «densa» acerca de qué cosa es el interés general y, en último término, acerca de qué cosas tienen un valor esencial para la convivencia, no habremos resuelto la indeterminación de fondo que persigue a esta noción.

En la segunda mitad del siglo XX, en consonancia con las orientaciones metodológicas dominantes en la ciencia política de la época, los politólogos comparativistas asociaron la idea de cultura política a las *orientaciones de comportamiento* que emergen en los procesos de resolución de conflictos, en las dinámicas de acción colectiva, o en relación con la aceptación, la confianza o la desconfianza que los actores sociales pueden depositar en el sistema político (Kavanagh, 1972). Se entendía que este era un terreno productivo para elaborar explicaciones comprensivas de los procesos concretos de cambio político. Ese fue el caso, algunos años más tarde, cuando se trató de estudiar la evolución de las sociedades postsoviéticas que tuvieron que medirse con un legado cultural difícilmente asimilable al de las democracias más avanzadas (Bennick-Bjorkman, 2007; Von Beyme, 2014). Siguiendo esta línea de estudio, el campo de observación fue abriéndose hacia fenómenos que solían escapar a la atención de politólogos y juristas, tradicionalmente enclaustrados en el estudio de las instituciones y los diseños constitucionales y ajenos a las enseñanzas que provienen de la psicología o de los estudios de comunicación social, por poner sólo algunos ejemplos. Esta apertura interdisciplinar es indispensable en el estudio de fenómenos centrales en la política

contemporánea, como es por ejemplo el de la revolución digital, con sus amplísimas interferencias en los procesos de socialización política (Yates, 2015).

Por lo demás, no es extraño que los enfoques empíricos y experimentales encuentren dificultades para abarcar las distintas facetas que confluyen en la idea de «cultura política» (Formisano, 2001). Al respecto considérese el ingente volumen de información que a lo largo de los años ha sido generado desde el campo de los estudios históricos y que es indispensable para interpretar, por ejemplo, las lógicas culturales del constitucionalismo moderno (Furet, Ouzuf, 1989; Knights, 2006). Al mismo tiempo, en el campo de los estudios culturales se ha formado una clara conciencia del valor político de la tarea de desvelamiento de las condiciones ideológicas que sostienen los procesos de reproducción social (Williams, 1958; Foucault, 1977; Bourdieu, 1980). Obsérvese que este movimiento –que tiene raíces intelectuales profundas (cfr. Escribano Roca, 2020)– rebaja la aspiración de establecer un referente «objetivo» sobre el que modelar la noción de «cultura política», como serían típicamente las estructuras, los procesos o las conductas. Es la propia noción de «política», el segundo componente del sintagma, la que ahora está en cuestión. Como muestran los fundamentales estudios de antropología social realizados a lo largo del pasado siglo, «política» es una noción *culturalmente determinada* (Geertz, 1980).

### 3. La institucionalización académica del concepto de «cultura política»

Es en este marco ampliado donde hay que situar el debate que ha venido desarrollándose a lo largo de varias décadas sobre la formalización académica de la noción de «cultura política». El hito principal de este proceso, como se reconoce habitualmente, está en el trabajo de Gabriel Almond y Sidney Verba, *The Civic Culture*, del año 1963.

En su célebre trabajo, y tal como el propio título se encarga de subrayar, Almond y Verba centran su atención sobre un tipo particular de cultura política que denominan «cultura cívica». No realizan, por tanto, un estudio sobre todas las posibles formas de «cultura política», sino solamente sobre aquella que se caracterizaría por una serie de rasgos específicos, entre los que destacan la creencia en la autoridad del estado y en la importancia de atender a los deberes cívicos. Será *cívica* aquella cultura según la cual las actitudes y prácticas específicamente democráticas «se combinen» y «funcionen en equilibrio» con aquellas que no lo son, generando los consensos indispensables para la estabilidad y la modernización de una sociedad democrática (Almond, 2001: 190). El entorno histórico-político en el que este enfoque resulta pertinente está claramente circunscrito. Tras la Segunda Guerra mundial, la cuestión del cambio político habría adquirido –escriben Almond y Verba– un significado nuevo. Se tenía la percepción de que los pueblos de África y de Asia, antes «sometidos y aislados», estaban buscando «ser admitidos en el mundo moderno». De ahí la necesidad de identificar el conjunto de factores que estarían determinando una «presión casi universal» en favor de la democracia y que hacían previsible su ulterior desarrollo (Almond, Verba, 1989: 1).

En función de estos objetivos, *The Civic Culture* ofrecía un estudio comparativo, de una amplitud sin precedentes, sobre cinco países distintos –Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Italia y México– situados cada uno de ellos en momentos diferentes de desarrollo democrático. La comparación demuestra que una democracia vibrante, como aquella de la que disfrutaban los dos países del Atlántico norte, no se sostiene solamente por la disposición de los electores y el buen desempeño de sus representantes, sino que precisa además el apoyo de ciudadanos socializados en determinados roles, pagando sus impuestos, participando en la vida

pública, contribuyendo con su trabajo y su iniciativa al bienestar de todos, mostrado en definitiva el valor del compromiso y la disposición cooperativa. En este marco, el término «cultura política» se extiende a los patrones de conducta, a las orientaciones y actitudes que expresan los ciudadanos en los distintos aspectos de la vida pública, o, concretando un poco más, a las orientaciones y actitudes hacia las instituciones y las reglas, las convenciones y tradiciones que están en la base del desempeño institucional. Esto incluye tanto orientaciones de acción que tienen una base cognitiva, como aquellas que tienen una base afectiva y evaluativa. Y podría extenderse también, sin forzar en exceso el marco metodológico, a los significados compartidos que los actores sociales atribuyen a dichas orientaciones, actitudes y pautas de actuación (Avenburg, Schneider 2015).

Hoy resulta claro que este tipo de enfoques, con su insistencia en la observación de actitudes *manifiestas*, ofrece poco más que un principio de explicación de los mecanismos de fondo que intervienen en el espacio de la «cultura política». Dicho de la forma más sencilla, no explican en qué casos las variaciones en las orientaciones y actitudes han de ser consideradas como el producto de otros factores subyacentes de cambio, de carácter económico, demográfico o tecnológico, por ejemplo, o como variables independientes. En otros términos, cualquier lector familiarizado con las grandes corrientes del pensamiento social contemporáneo entenderá que no es lo mismo considerar los valores y, en general, las actitudes que caracterizan la cultura pública de un grupo determinado como el reflejo de factores sociales e institucionales de largo alcance, como suele hacerse desde una perspectiva de análisis de corte estructuralista; o, por el contrario, poner el foco de atención en los entramados de significación en virtud de los cuales las preferencias, los intereses y las necesidades se integran y se articulan hasta conformar un determinado estilo de vida, como harían quienes adoptaran un enfoque funcionalista; o incluso, desde una perspectiva sistémica, quienes definieran la «cultura política» como el conjunto de normas y pautas orientadas a regular las conflictivas demandas de los ciudadanos. En todo caso, y a los efectos que aquí interesan, lo fundamental es observar cómo la operación teórica protagonizada por Almond y Verba no terminaba de despejar las dudas sobre la determinación conceptual y la operacionalización empírica del concepto que nos ocupa (Pateman, 1980). Al revés, sirvió para impulsar líneas de trabajo divergentes respecto del marco metodológico originario.

Una primera línea de desarrollo de dicho marco es el que buscaba ampliar al máximo el campo de análisis comparativo, partiendo de la premisa generalísima de que el cambio en los valores tiene un «impacto en la vida social y política». Así, por ejemplo, desde hace décadas viene realizándose el *World Values Survey*, una encuesta global masiva que persigue ese objetivo. En la base de este proyecto se encuentran los conocidos trabajos de Ronald Inglehart, donde la noción de «cultura cívica» es definida como un «síndrome coherente de satisfacción personal ante la vida, de confianza interpersonal y de apoyo al orden social existente» (Inglehart, 1988: 1219). Con ello se pretende, por un lado, evitar el carácter estático de la observación, pues a veces no importan tanto las diferencias entre distintas culturas locales como las variaciones y las correlaciones entre ellas; y, por otro, se busca compensar el sesgo geográfico y la parcialidad de los estudios de Almond y Verba. La prolongada serie de observaciones realizadas a lo largo de los años por el *World Values Survey* parece confirmar que la estabilidad de las democracias no se encuentra vinculada exclusivamente –como sugerían las visiones desarrollistas predominantes hace unas décadas– a los factores de orden económico. Al revés, son en buena medida las creencias las que desempeñan un «rol clave» en el desarrollo económico, en la aparición y el fortalecimiento de los sistemas democráticos, en la difusión de la igualdad de género y la efectividad de las instituciones.

La observación empírica habría mostrado además que la transformación en el marco valorativo de las sociedades que toman la senda del *desarrollo humano* sigue dos líneas principales. Una consiste en el tránsito desde los valores tradicionales a los valores que Inglehart y Welzel denominan «secular-racionales». La otra, en la postergación de los valores «de supervivencia», que se verían desplazados por los valores «de auto-expresión» (Inglehart, Welzel, 2005). De hecho, la difusión de los valores asociados a la libertad de expresión parece ser un componente decisivo en el desarrollo de instituciones democráticas. Con la industrialización, primero, y, más tarde, con la formación de sociedades postindustriales, esos valores van cobrando fuerza e impulsan la libertad política frente a los regímenes autoritarios. Se considera que este factor ha estado en la base de la corriente democratizadora de finales de los años ochenta y comienzos de los noventa que se conoce como la *tercera ola*<sup>3</sup>.

La segunda línea de desarrollo en los estudios sobre la «cultura política» se vincula a la idea de «capital social». Aquí, el objetivo sigue siendo el análisis de los factores que inciden en el desarrollo institucional de la democracia y la observación de que no existe una conexión inmediata entre condiciones económicas y políticas. Mientras que la expresión «capital físico» se refiere a los recursos materiales y «capital humano» alude a ciertas cualidades de los ciudadanos, la expresión «capital social» –afirma Robert Putnam– se refiere a «conexiones entre individuos» y, por tanto, «a redes sociales y a normas de reciprocidad y confianza que surgen entre ellos». Es, por tanto, una perspectiva sobre la cultura política que no se limita a constatar la presencia de actitudes y valores, o incluso de virtudes cívicas, sino que se propone explorar cuáles son las condiciones para el ejercicio de dichas disposiciones básicas en un contexto social determinado. «La diferencia es que la noción de «capital social» llama la atención sobre el hecho de que la virtud cívica es más poderosa cuando se encuentra inserta en un entramado denso de relaciones sociales recíprocas» (Putnam, 2000: 16).

#### 4. La «cultura política» de una sociedad pluralista

El renovado interés por el trasfondo cultural de los sistemas políticos, una vez debilitado el fervor positivista de las décadas centrales del siglo pasado, ha tenido un segundo ámbito de desarrollo en el plano normativo. Aquí ya no se trata solamente de identificar el tipo de interacción que existe entre «cultura» y «política», o de pronosticar qué tipo de pautas culturales son las que favorecen la democracia, el régimen político que consideramos más deseable, sino de preguntarse qué es lo que las instituciones pueden y deben hacer para el desarrollo de una cultura cívica que sea acorde con los ideales de justicia que generalmente consideramos deseables. El nuevo entorno histórico tiene una clara influencia en estos desarrollos. A diferencia de lo que sucedía en la etapa anterior, la reflexión se mueve en el contexto de sociedades cada vez menos homogéneas desde el punto de vista cultural, internamente fragmentadas y conscientes de su diversidad, en las que los grandes acuerdos interclasistas van perdiendo terreno por la aparición de nuevos desafíos y en las que, quizá como consecuencia de todo ello, se difunde cierta sensación de apatía, de desconfianza ante las instituciones y de imposibilidad de alcanzar consensos profundos y no manipulados.

Aunque no es posible resumir aquí las muchas líneas de reflexión que giran en torno al redescubrimiento de la idea o el ideal de la cultura cívica, el punto de referencia indispensable de estos debates se encuentra en ciertos aspectos del pensamiento de John Rawls. Las bases para el autogobierno –afirma Rawls en el §37 de *Una teoría de la justicia*– no se refieren solamente a la asignación de recursos,

<sup>3</sup> Véanse las series de este estudio en <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSContents.jsp>

sino que incluyen también el reconocimiento de una serie de aspectos de la libertad política que tienen una «profunda influencia sobre la calidad moral de la vida civil» (1995a: 220). «La voluntad general de consultar y tener en cuenta los intereses y creencias de los demás –escribe Rawls– sienta las bases para una amistad cívica y perfila el *ethos* de la cultura política» (1995a: 221). En último término, el argumento normativo es que sólo una adecuada cultura política de fondo pone a los ciudadanos en condiciones de desarrollar su propia autoestima y, por consiguiente, de mirar con confianza al futuro.

En clara continuidad con esta demanda de estabilidad en el largo plazo, en sociedades atravesadas por intereses enfrentados y concepciones del mundo dispares, en *Liberalismo político* Rawls elabora por extenso el problema de la formación de una «cultura política» democrática. No cualquier cultura política satisface las exigencias (normativas) necesarias para generar un consenso capaz de incluir las dispares opciones morales que conforman nuestras sociedades pluralistas. En relación con la formación de dicho consenso –que Rawls describe como un consenso por superposición [*overlapping consensus*]–, su propuesta es que sólo «cuando los ciudadanos comparten una concepción política razonable de la justicia, disponen de una base sobre la cual las discusiones públicas pueden llevarse a cabo, para decidir razonablemente acerca de [...] los elementos constitucionales esenciales y en asuntos de justicia básica» (1995b: 15). Obligada a confrontarse con la diversidad de las doctrinas religiosas, filosóficas y morales sostenidas por los ciudadanos, doctrinas potencialmente opuestas entre sí e irreconciliables (1995b: 21), una sociedad democrática se caracteriza por la búsqueda de un *punto focal* que pueda ser compartido por todas ellas al mismo tiempo (1995b: 303).

Naturalmente, a partir de aquí la cuestión está en determinar en qué consiste exactamente ese punto de referencia común en torno al que se articula la cultura política propia de una sociedad democrática, qué cosas forman parte de él y qué cosas, por el contrario, han de quedar fuera. En la versión rawlsiana, la «cultura pública» debería comprender tanto las instituciones básicas de un régimen constitucional como las doctrinas comprensivas de toda clase que forman la «cultura de trasfondo» [*background culture*] de la sociedad civil, esto es, de las distintas asociaciones –Iglesias y universidades, sociedades culturales y científicas, clubes y equipos deportivos– en las que se desarrolla la vida cotidiana, e incluso las tradiciones de pensamiento que resultan familiares entre los ciudadanos educados y acaban siendo reconocidas como su sentido común (1995b: 38). La doctrina del liberalismo político reconstruye estas estructuras normativas, en el entendido de que no son el producto aleatorio de la evolución de las sociedades democráticas, sino que son, por el contrario, resultado acumulado del desarrollo de las capacidades de la razón humana, a partir de un conjunto de postulados elementales –los miembros de una sociedad democrática se reconocen mutuamente como ciudadanos libres e iguales y asumen que la sociedad tiene que estar basada en un sistema *equitativo* [*fair*] de cooperación social– a los que nadie podría razonablemente renunciar. Y conviene destacar este último elemento, entre otros motivos, porque precisamente ahí es donde una visión éticamente comprometida de la cultura cívica se conecta con un particular ideal normativo de la razón pública. Las decisiones políticas fundamentales no pueden tomarse de forma enteramente arbitraria, sino que tienen que estar basadas en razones que todos los demás conciudadanos puedan reconocer como tales. La exigencia argumentativa que de aquí se deriva está en la base del respeto mutuo entre los componentes de una sociedad democrática. Rawls la describe como un *deber de civildad* (1995b: 208).

Obsérvese, en este punto, cómo la solución rawlsiana se caracteriza por buscar una vía intermedia entre posiciones contrapuestas. Frente a las versiones más

descarnadas del liberalismo, aquellas que tienden a desentenderse de las implicaciones éticas de su apuesta institucional y de su proyección hacia el plano de lo que estamos describiendo aquí como «cultura política», la propuesta de Rawls puede ser leída en continuidad con lecturas de corte republicano, que ponen el énfasis en las virtudes del compromiso cívico (De Francisco, 2007). Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, la estrategia rawlsiana insiste en limitar la búsqueda de una base para el razonamiento común a sus mínimos términos, eliminando del ámbito de aplicación de su teoría los componentes moralmente más densos. El objetivo es evitar la inclusión en el espacio público de aquellos factores que puedan ser potencialmente divisivos. Ello arruinaría la neutralidad del esquema de cooperación social y acabaría vinculándolo a orientaciones y creencias que podrían no ser compartidas por todos los miembros de la comunidad política. El liberalismo político intenta no sobrecargar el marco normativo de una sociedad democrática, limitándose a proporcionar un punto de partida, lo más sólido posible, para que los partidarios de las distintas doctrinas particulares puedan elaborar sus diferencias y sus potenciales conflictos (cfr. por ejemplo, Larmore, 1996).

Uno de los problemas de esta estrategia argumentativa está en saber si cabe efectivamente esperar, como Rawls pretende, que una cultura pública reducida a sus mínimos términos, en nombre de la neutralidad, tenga todavía, en nuestras democracias, el suficiente atractivo para convocar la adhesión de una población mayoritariamente descreída y desmovilizada, que ha perdido la memoria de sus señas de identidad, y que, en parte también por reacción a ello, siente una irresistible atracción por los fundamentalismos de todos los colores. Este debate, en el fondo, no hace más que reproducir, en el campo específico que aquí estamos tratando, la polémica desarrollada en torno a los años ochenta y noventa del pasado siglo sobre las posibles adaptaciones, más o menos consistentes, de los argumentos de matriz comunitarista acerca de la arquitectura conceptual del liberalismo político. Sin retornar a ese debate, vale la pena retener que no es tan fácil, como en su día podía parecer, trazar una línea de demarcación precisa entre dos maneras opuestas de definir los contenidos de una «cultura política» democrática, una completamente refractaria a los sentimientos y las raíces identitarias, y otra estrechamente comprometida con los vínculos éticos de la vida colectiva. Por el contrario, es razonable pensar que las distintas concepciones del liberalismo político se disponen a lo largo de una línea continua en cuyos extremos se encuentran, por un lado, las posiciones que recelan de la posibilidad de diferenciar entre los compromisos con la justicia y los compromisos con las concepciones particulares del bien, y, por otro, aquellas posiciones que, pese a todo, siguen afirmando esta distinción y, en consecuencia, reclaman un análisis independiente de los motivos por los cuales los ciudadanos asumen las reglas del juego democrático (Gaus, 2004).

Un desarrollo particularmente relevante de estas alternativas teóricas se encuentra en el debate sobre el alcance y el contenido de la educación cívica. Aquí la cuestión está en saber si es legítimo o no, y en qué términos, intervenir para modelar la cultura pública conforme a determinados valores (Vázquez, 1997). Puede argumentarse, por ejemplo, que en sociedades pluralistas y democráticas como las nuestras, a medida que la complejidad del debate público tiende a resultar cada vez más elevada, se incrementa la responsabilidad que el conjunto de la sociedad tiene respecto de los ciudadanos más desfavorecidos, los que menos posibilidades tienen de intervenir en el debate público. Sin ciudadanos activos y participativos no puede haber democracia. Pero, para ser activos y participativos, los ciudadanos deberán poseer tanto la información, como las disposiciones y las actitudes, e incluso las capacidades necesarias para evaluar críticamente las cuestiones que se susciten en la esfera pública (Gutmann, 1987). Ello no significa, por supuesto, que el ciudadano socializado en las pautas de una cultura política propiamente democrática tenga que

pasarse el día entero deliberando con sus pares sobre los asuntos públicos, como temen los adversarios de este tipo de propuestas, a las que se atribuye una exigencia excesiva en términos de virtud cívica. El ciudadano podrá tomar parte en la deliberación sobre una determinada materia, o no hacerlo, pero sólo podrá decidir de manera responsable si desea hacerlo o no si dispone del suficiente grado de autonomía y si, al mismo tiempo, ha logrado desarrollar en el tiempo una actitud tolerante frente a otros modos de vida que son diferentes al suyo y que, sin embargo, reconoce como legítimos (Galston, 1989).

No faltan, por lo demás, quienes incluyen en el ideal normativo de la cultura política valores todavía más densos, apelando a las virtudes del patriotismo, de la lealtad o de la identificación con los caracteres que conforman el carácter nacional (Nussbaum, 1996). Sólo podrá ser considerada *auténtica* aquella cultura política en la que se plasman los contenidos fundamentales de la vida ética. De hecho, es deber del ciudadano honrar y mostrar apego a los valores y las formas de vida que se consideran constitutivas tanto de la identidad personal como de la comunidad política de pertenencia. Algo extraño estaría pasando –dirán algunos– si el ciudadano no estuviera dispuesto a ser solidario con sus iguales. Estaría ignorando que el bienestar de los demás es parte de su propio bienestar. Para el sujeto inmerso en un entramado de relaciones de dependencia recíproca, la renuncia a la especificidad de la cultura política que le es propia constituye una pérdida irreparable.

## 5. «Cultura política» y religión civil

Visto en perspectiva, el redescubrimiento de las distintas dimensiones de la cultura política a las que hemos ido aludiendo en estas páginas, podría leerse como el reverso de la moneda de la trayectoria que en estas mismas décadas nos ha llevado a tomar conciencia del malestar que impregna la vida pública en las democracias avanzadas (Camps, 1997). Frente a la descalificación teórica de hace unas décadas –de entrada, porque la noción de «cultura política» es imprecisa, pero también, en el fondo, porque se considera que es menos importante que otros aspectos de la vida social–, nuestra atención se dirige ahora precisamente hacia un terreno si no olvidado, sí cuando menos infravalorado. Hemos tomado conciencia de que una visión puramente institucional de la vida pública deja en la sombra tendencias y procesos que, aunque más sutiles y a veces inaprensibles, de hecho marcan el devenir de los acontecimientos políticos. Pasarlos por alto distorsiona nuestra visión de las cosas, hasta volverla incomprensible.

Nada nuevo, por supuesto, si consideramos las profundas señales de insatisfacción que vienen acompañando desde hace unas décadas el proceso de democratización y los análisis sobre las causas de su agotamiento. Si la democracia avanza o retrocede es también, al menos en parte, por lo que está sucediendo en el ámbito de lo que podríamos describir como sus precondiciones culturales. La diatriba es añeja y no tiene visos de resolverse. De un lado están quienes se resisten a asociar la racionalidad del sistema político a lo que acontece en la dimensión ética de la vida social y afirman que los mecanismos que hacen posible la cooperación social y que llevan a la aceptación de las reglas para la adopción de las decisiones colectivas no tienen por qué estar arraigados en los estratos más profundos de nuestra conciencia ética. Desde este primer punto de vista, lo fundamental para el establecimiento y la persistencia de la democracia es asegurar que efectivamente se dan las condiciones necesarias para la generalizada aceptación por parte de los ciudadanos de tales reglas. Digamos que esta primera posición es familiar entre las concepciones procedimentales de la democracia. De otro lado están, en cambio, quienes entienden que una democracia cuya estabilidad estuviera confiada únicamente al atractivo de los procedimientos sería una democracia demediada, inevitablemente abocada al

fracaso. Ellos apuestan, por el contrario, por entender la democracia «moral» o como «forma de vida»<sup>4</sup>. Desde este segundo punto de vista, lo que se le está pidiendo al ciudadano es algo más que la simple aceptación de las reglas del juego. Se espera la interiorización de sus consensos fundamentales, una forma de adhesión que sólo puede comprenderse cuando se pone en juego el corazón, el alma entera, las señas de identidad últimas de su personalidad moral. Quienes ignoren esta exigencia de coherencia interna estarán en realidad falseando el sentido de la democracia. La cultura política de una democracia que realmente esté a la altura de lo que esperamos de ella –dicen quienes sostienen esta segunda posición– no puede estar basada en una forma de relativismo, o de escepticismo, respecto de las raíces morales de la convivencia.

Este es un debate que recorre a lo largo y a lo ancho la historia del pensamiento democrático. Hay unas páginas decisivas del *Contrato social* de Jean-Jacques Rousseau donde se formula este dilema y que se proyectan muy de cerca sobre la manera de entender el concepto que estamos tratando en esta entrada. Aquí la noción y el ideal de una cultura política deriva hacia la idea de una religión civil. Recientemente, Simon Critchley (2017) ha argumentado que el célebre capítulo final del *Contrato social* no es un simple añadido al argumento central de esa obra, sino más bien una pieza central del proyecto inconcluso al que el autor ginebrino alude en la *Advertencia*. La inquietud que sobrevuela esas páginas es encontrar un punto de apoyo que sostenga la estructura moral de una sociedad democrática. Se dice «religión civil» pero, en realidad, de lo que se está hablando es de la proyección simbólica del entramado de creencias asociadas a la personalidad moral del ciudadano, a su carácter. Y la tesis es que dicha proyección es indispensable como garantía para la observancia de las leyes dictadas por la razón. La razón por sí misma, la razón sin «religión», en política, no es suficiente. En los términos que aquí nos interesan, la religión –si es que de religión puede hablarse en este contexto– opera como respaldo para la formación de una cultura cívica en la que el hábito de obediencia a las leyes sea espontáneamente asumido por los ciudadanos.

La aproximación de Rousseau parte de un contrafáctico. «Los hombres – escribe– no tuvieron al principio más reyes que los dioses, ni más gobierno que el teocrático» (1999: 129). En un mundo como ese, la obediencia contaba con la garantía más fuerte: el poder sobre las conciencias. Más tarde, «durante el paganismo», «al colocar a Dios al frente de cada sociedad política, resultó que hubo tantos dioses como pueblos». Con esta transformación, dice Rousseau, llegaron numerosas guerras. Pero fue solo con el cristianismo, que trajo la separación entre el «sistema teológico» y el «político», cuando la cohesión de la cultura pública quedó definitivamente fracturada. A partir de aquel momento, la cuestión fundamental «que no ha cesado jamás de agitar a los pueblos cristianos» es la distinción entre los dos reinos, el conflicto perpetuo entre las dos jurisdicciones (1999: 131). Por ello, y mirando hacia el futuro, en una perspectiva revolucionaria, la primera condición para la creación de una sociedad justa no podrá ser otro que el de recomponer la unidad perdida. Ninguna sociedad puede recuperar la ley de la razón, y restablecer el hábito de obediencia, si sigue estando internamente dividida por la doble lealtad al trono y al altar. La única solución es reunir «las dos cabezas del águila», pero no, como pretendía Hobbes, bajo la espada del soberano, sino *in interiore homine*, en el dominio de la fe, donde late el verdadero corazón del ciudadano. Y esto sólo puede lograrse estableciendo una profesión de fe *puramente civil* o, en nuestros términos, una cultura política gracias a la cual sea posible reconciliar «el culto divino con el amor a las leyes».

<sup>4</sup> En el océano bibliográfico pueden resultar significativos Aranguren (1976) o Castoriadis (1995).

Pues bien, en forma extremadamente estilizada, la encrucijada teórica y práctica con la que se está midiendo esta página de Rousseau es la misma que sigue resultando tan controvertida a la hora de explicar cuál es el sentido de una cultura política *democrática*. Se trata de saber si es en el plano de las creencias últimas, por así decir *religiosas*, donde hay que establecer las bases de una sociedad justa. La democracia solo puede nacer, si es que nace, *in interiore homine*. El problema está en que no todos compartimos el impulso revolucionario de Rousseau y tenemos su misma confianza en la capacidad de la razón para plasmar, educar, domesticar el sentimiento, o para devolverlo a su pureza originaria. Es más, muchos pensamos que un planteamiento tan exigente, tan cargado de reminiscencias teológico-políticas, es difícilmente compatible con las circunstancias que caracterizan a las sociedades contemporáneas.

¿Estamos seguros de que la construcción de una cultura política democrática requiere necesariamente el impulso de la fe, una certeza inquebrantable, que brota del estrato más profundo de la conciencia, y que cada uno podrá reconocer sin sombra de duda en todo momento, y que, por si fuera poco, contiene las verdades universales de la razón pública? ¿Es esta la vía más segura para restablecer el equilibrio perdido en nuestras sociedades democráticas, para desactivar la difusa sensación de malestar? Más bien me parece, frente a Rousseau y frente a los recurrentes intentos de recomposición ética de la cultura política, que la *mejor* cultura democrática de nuestro tiempo es aquella que se caracteriza por adoptar una actitud distanciada [*detached*] frente a las certezas del creyente en las religiones nuevas o viejas. Una actitud que bien puede ser calificada como *laica* y que coincide en buena medida con la perspectiva del *observador participante*, no sólo respecto de los principios que sostienen las identidades colectivas, sino respecto de las creencias propias, aquellas que se supone que brotan de los estratos más profundos del sentimiento y de la conciencia de sí.

Los demócratas no somos creyentes, o no lo somos en todo momento y hasta el final. Y de aquí se deriva una manera de entender el papel de la cultura política en la democracia que seguramente desconfía del argumento de Rousseau. Existe, por supuesto, una poderosa corriente de pensamiento que, remontándose quizá a la polémica platónica, pone en evidencia la intrincada y nunca unívoca relación entre la democracia y la certeza de nuestras creencias. No es el lugar para reconstruir esta genealogía. Baste indicar que alguna forma de distanciamiento respecto de nuestras propias creencias parece ser una característica indispensable del modo en que, *nosotros los demócratas*, nos aproximamos a la «cultura política» en que vivimos. Somos ciudadanos descreídos, capaces de jugar el peligroso juego de las mayorías y las minorías aun a sabiendas de que es, por definición, falible. Tan falible como nosotros mismos lo somos cuando nos enfrentamos a la elección sobre lo correcto y lo incorrecto en cada caso concreto. De hecho, la convivencia democrática se sostiene sobre una forma de desdoblamiento paradójico que nada tiene que ver con la virtuosa entrega de los viejos creyentes a las causas por las que se entiende que deberían estar dispuestos a dar la vida. A estas alturas de la historia, en el contexto de sociedades atravesadas por profundas diferencias, hemos aprendido que ese modelo de virtud cívica no puede ser la base de la convivencia. Al revés, nuestra cultura política se basa en la constatación, si se quiere un tanto paradójica, de que nadie puede seguir creyendo *de todo corazón*. El horizonte valorativo de una cultura cívica democrática se compone más bien de racimos de creencias que se sostienen unas a otras, pragmáticamente, y que los ciudadanos contemplan desde la distancia, en una actitud crítica y autocrítica, porque saben que pueden ser falsas. Y esto es algo que el creyente tradicional, por definición, difícilmente podrá hacer. En suma, *pace* Rousseau, y frente a lo que todavía siguen pensando muchos de sus

seguidores, no parece que sea en la fe donde se encuentre la base de la cultura política más adecuada para las democracias de nuestro tiempo.

## Bibliografía

- Almond, G. (2001). Attitudes, political and civic culture. En J. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2ª ed., vol. 1 (pp. 190-192). Amsterdam: Elsevier.
- Almond, G., y Verba, S. (1989). *The civic culture*, 2ª ed. London: Sage.
- Almond, G., y Verba, S. (1980). *The civic culture revisited*. Boston: Little-Brown.
- Aranguren, J. L. (1976), La democracia como moral. *El País*, 26 de agosto de 1976.
- Avenburg, C., y Schneider, K. (2015). Cultura política: un concepto atravesado por dos enfoques. *POSTData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, 20(1), pp. 109-131.
- Bennick-Bjorkman, L. (2007). *Political culture under institutional pressure. How institutional change transforms early socialization*. New York: Palgrave-Macmillan.
- Bourdieu, P. (1980). *Le sens pratique*. Paris: Les Editions du Minuit.
- Broncano, F. (2018). *Cultura es nombre de derrota. Cultura y poder en los espacios intermedios*. Salamanca: Ediciones Delirio.
- Camps, V. (1996). *El malestar en la vida pública*. Barcelona: Grijalbo.
- Castoriadis, C. (1996). La democracia como procedimiento y como régimen. *Jueces para la democracia*, 26, pp. 50-59.
- Critchley, S. (2017). *La fe de los que no tienen fe*. Madrid: Trotta.
- De Francisco, A. (2007). *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*. Madrid: La Catarata.
- Eckstein, H. (1996). Culture as a foundation concept for the social sciences. *Journal of Theoretical Politics*, 8(4), pp. 471-497.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.
- Formisano, R. P. (2001). The concept of political culture. *Journal of Interdisciplinary History*, 31(3), pp. 393-426.
- Furet, F., y Ozouf, M. (eds.) (1989). *The transformation of political culture 1749-1948*. Oxford: Pergamon Press.
- Galston, W. (1989). Civic education in the liberal state. En N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Gaus, G. (2004). The diversity of comprehensive liberalism. En G. Gaus, y C. Kukathas (eds.), *The Handbook of Political Theory*. Londres: Sage, pp. 100-114.
- Geertz, C. (1980). *Negara: The theatre state in nineteenth Century Bali*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Gramsci, A. (1975). *Quaderni dal carcere*. Torino: Einaudi.
- Gutmann, A. (1987). *Democratic education*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Inglehart, R. (1988). The renaissance of political culture. *American Political Science Review*, 82(4), pp. 1203-1230.
- Inglehart, R., Welzel, C. (2005). *Modernization, cultural change and democracy. The human development sequence*. New York: Cambridge University Press.
- Kavanagh, D. (1972). *Political culture*. New York: Macmillan.
- Knights, M. (2006). *Representation and misrepresentation in later Stuart Britain: Partisanship and political culture*. New York: Oxford University Press.
- Larmore, C. (1996). *The morals of modernity*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Nussbaum, M. (1996). *Los límites del patriotismo*. Barcelona: Paidós.
- Parsons, T. (1988). *El sistema social*. Madrid: Alianza.

- Pateman, C. (1980). *The civic culture: A philosophic critique*. En G. Almond, y S. Verba (eds.). *The civic culture revisited* (1989). Newbury Park, CA: Sage Publications.
- Putnam, R. (2000). *Bowling alone: The collapse and revival of American community*. New York: Simon & Schuster.
- Rawls, J. (1995a). *Una Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995b). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J.-J. (1999). *El contrato social o Principios de derecho político*. Madrid: Tecnos.
- Shklar, J. (1987). *Montesquieu*. Oxford: Oxford University Press.
- Vázquez, R. (1997). *Educación liberal*. México: Ediciones Fontamara.
- Von Beyme, K. (2014). *On political culture, cultural policy, art and politics*. Heidelberg: Springer International Publishing.
- Weber, M. (2012). *La ética protestante y el 'espíritu' del capitalismo*. Madrid: Alianza.
- Welch, S. (2013). *The theory of political culture*. Oxford: Oxford University Press.
- Wiarda, H. (2014). *Political culture, political science, and identity politics. An Uneasy Alliance*. London: Routledge.
- Williams, R. (1958). *Culture and society*. New York: Columbia University Press.
- Yates, C. (2015). *The Play of Political Culture, Emotion and Identity*. Hampshire, UK: MacMillan.

# Cultura política (concepto e imaginarios sociales)\*

## Political culture (concept and social imaginaries)

Rodrigo Escribano Roca

Centro de Estudios Americanos, Universidad Adolfo Ibáñez

Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá

ORCID ID 0000-0002-6405-7191

[rodrigo.escribano@uai.cl](mailto:rodrigo.escribano@uai.cl)

### Cita recomendada:

Escribano Roca, R. (2021). Cultura política (concepto e imaginarios sociales). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 272-291.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6077>

Recibido / received: 21/07/2020

Aceptado / accepted: 28/12/2020

### Resumen

La entrada ofrece un itinerario complementario al trabajo de Andrea Greppi, abordando la categoría de 'cultura política' desde la teoría de la historia, la historiografía intelectual, los análisis de los imaginarios sociales, los estudios de los nacionalismos y la historia internacional. En primer lugar, se ofrecerá un excursus sobre su adopción en la historiografía y los estudios culturales, acompañándolo con una definición sintética del término. Luego se procederá a evaluar sus virtudes epistémicas, exponiendo sus aplicaciones en la historiografía reciente y las ventajas epistemológicas que ha comportado. Más adelante, la entrada incorporará tres secciones propositivas. La primera postulará relacionar la categoría con el estudio de las ideologías políticas y los imaginarios sociales, como vía para delimitar las escalas de los actores grupales analizables. La segunda ofrecerá un modelo heurístico para optimizar el análisis de las culturas políticas en base a su relación con la categoría de 'conciencia histórica'. Finalmente, se valorarán las potencialidades que ofrecen las relaciones entre el concepto abordado y dos campos de tanta relevancia como los estudios sobre el nacionalismo y la teoría de las relaciones internacionales.

### Palabras clave

Cultura política, imaginario social, conciencia histórica, visiones de lo global, ideología, Historia política.

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo; asimismo, en el marco del Fondecyt de Iniciación "La Expedición del Pacífico y la Guerra hispano-sudamericana en los imaginarios geopolíticos de la España liberal (1860-1866)", financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo. Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, con referencia: Fondecyt N° 112000245.



**Abstract**

*The entry offers a complementary itinerary to the work of Andrea Greppi, addressing the category of 'political culture' from the theory of history, intellectual historiography, the analysis of social imaginaries, the studies of nationalisms and international history. In the first place, the paper offers a review on its adoption in historiography and cultural studies, accompanying it with a synthetic definition of the term. Then we will proceed to evaluate its epistemic virtues, exposing its applications in recent historiography and the epistemological advantages it has brought. Later, the post will incorporate three propositional sections. The first will postulate a dialogue between the category and the theoretical background of the study of political ideologies and social imaginaries, as a way to delimit the scales of analyzable group actors. The second will offer a heuristic model to optimize the analysis of political cultures based on their relationship with the category of 'historical consciousness'. Finally, we will address the potentialities offered by the application of the concept to two fields of such relevance as studies on nationalism and the theory of international relations.*

**Keywords**

*Political culture, social imaginary, historical conscience, global vision, ideology, Political history.*

SUMARIO. 1. Cultura Política: raíces historiográficas y definición preliminar. 2. Las virtudes epistémicas. 3. Actores y escalas: subculturas políticas, ideologías e imaginarios sociales. 4. Conciencia Histórica y cultura política: un modelo heurístico. 5. Culturas políticas, nacionalismos y visiones de lo global. 6. Conclusión.

**1. Cultura Política: raíces historiográficas y definición preliminar**

El concepto fue formulado originalmente en el ámbito de la ciencia política por Almond y Verba (2016 [1963]). Estos definieron la cultura política como el conjunto de orientaciones cognitivas, afectivas y evaluativas respecto del sistema político que compartían los miembros de una sociedad. Más allá de las múltiples mutaciones y aplicaciones que ha tenido la categoría y de su notable auge en el campo de la teoría política (Greppi, 2021)<sup>1</sup> hace tres décadas que se ha abierto camino progresivamente en la historiografía. De hecho, es posible afirmar que la categoría se ha consolidado como vía que permite combinar exitosamente la historia intelectual, la historia política, la historia social y los estudios culturales.

La popularización creciente del concepto deriva, en buena medida, de las necesidades convergentes de renovación que estas subdisciplinas experimentaron a partir de las últimas décadas del siglo XX. La nueva historia intelectual emergida del giro lingüístico se vio impelida a reformar los marcos epistémicos abiertamente teleológicos que habían imperado en la vieja historia de las ideas (Lovejoy, 1983 [1936])<sup>2</sup>, tratando de entender los contextos sociopolíticos, los vocabularios y las dinámicas de poder que enmarcaban los sistemas de pensamiento de los autores y corrientes abordados (Baring, 2016, pp. 48-60). Por su parte, muchos cultivadores de la historia política buscaban trascender el carácter marcadamente individualista, institucionalista y elitista de los objetos de estudio consagrados por la subdisciplina

<sup>1</sup> La entrada de Greppi, que acompaña a la presente, ofrece una descripción rica y sistemática de la evolución del concepto en el seno de la teoría política.

<sup>2</sup> Lovejoy y sus seguidores tendían a entender las grandes ideas políticas como entidades autorrealizadas que, tras ser enunciadas por los pensadores canónicos, se habían proyectado y perpetuado espontáneamente en la conciencia social. En este contexto, las ideas se constituirían como entidades atemporales y sujetos históricos independientes de sus contextos de enunciación.

(Pedersen, 2007, pp. 36-56). Mientras tanto, los historiadores sociales aspiraban a incorporar los análisis semióticos popularizados por el «giro cultural»<sup>3</sup> sin renunciar a su agenda de indagación, de corte materialista, en torno a las grandes tendencias socioeconómicas y demográficas que habían modelado el mundo contemporáneo (Sewell, 2006, pp. 89-110).

El progresivo triunfo de la categoría se concretó en un camino de ida y vuelta. Por un lado, estuvo estrechamente vinculado a la asunción de las técnicas de la antropología cultural y la teoría literaria. Estas operaron como horizontes teóricos de sustitución ante el quiebre posmoderno de la confianza en los marcos analíticos positivistas y estructuralistas, que desde el siglo XIX habían aspirado a formular teorías generales que mimetizasen el modelo de las ciencias experimentales (Roberts, 2017, pp. 114-126). Por otro lado, como explica Keith Baker (2006, pp. 105-108), el estudio de las culturas políticas parecía evadir los excesos semióticos de los estudios culturales, en tanto que demandaba entender los sistemas institucionales, los contextos sociales y las materialidades en las que se enmarcaban los entramados simbólicos estudiados.

En este punto es arriesgado pero útil plantear una acepción preliminar de carácter general de la categoría que nos ocupa a partir de algunos trabajos punteros que han analizado su desarrollo paradigmático (e.g. Tong, 2019, pp. 1-10)<sup>4</sup>. En síntesis, estos tienden a conceptualizar la cultura política como el conjunto de experiencias, expectativas, símbolos e ideas que modelan las conductas políticas, las identificaciones grupales y las pautas de acción colectiva de los actores sociales que interactúan en el seno de un sistema político determinado (e.g. Berstein, 1999, pp. 390-393). La categoría abarca tanto los sistemas representacionales que configuran las creencias de los grupos estudiados como los comportamientos políticos derivados de los mismos (e.g. Romeo y Sierra, 2014, pp. 11-18). Es decir, el término implica la disección del conjunto de discursos, prácticas de poder y modos de sociabilidad en que se traducen los entramados simbólicos compartidos por los sujetos analizados (Morán, 2010, pp. 110-119). Por consiguiente, la expresión de cultura política, en buena medida gracias a su laxitud semántica, conjuga dos dimensiones complementarias. Por un lado, hace referencia a las visiones generales del mundo y a los códigos valóricos que estructuran el marco de relaciones políticas de un grupo o una sociedad dados. Por otra, refiere cómo ese sistema de símbolos, racionalidades y hábitos de pensamiento establece una relación recíproca de causalidad con las condiciones materiales de existencia de los individuos, estructurando sus intereses y sus motivaciones y, por tanto, su relación con el medio social y el sistema político de los cuales forman parte constitutiva (Cabrera, 2010, pp. 23-25). Esta dualidad de acepciones hace que el concepto de cultura política deba lidiar con lo que Stephen Welch ha llamado una ontología dualística: la dialéctica entre una dimensión discursiva o simbólica y otra práctica o performativa (Welch, 2013, pp. 152-155).

Esta definición tan laxa y transversal de la cultura política es la que, con evidentes fluctuaciones, ofrece un sustrato común a las copiosas reflexiones académicas que la emplean. Dada la amplitud significativa del término, no es casual que el gran peligro que detectan sus teóricos es que este pierda su utilidad heurística como consecuencia del sobreuso y de la indefinición. Es por ello que algunos de los

<sup>3</sup> Particularmente la herramienta metodológica de la *thick description* enunciada por Cliford Geertz, el cual entiende que el ser humano está inserto en tramas culturales de significado que deben ser abordadas en base a un ejercicio de interpretación hermenéutica alejado de los postulados del positivismo.

<sup>4</sup> Algunos, como Dezhi Tong, defienden que, si bien el significante «cultura política» es de acuñación reciente, remite a un concepto de empleo muy extendido, que se remontaría a las teorizaciones grecorromanas, confucianas, cristianas y modernas en torno a la relación entre el poder político, los modelos éticos y los hábitos sociales.

adalides de la categoría, como Serge Berstein, han realizado ejercicios de acotación conceptual. Según el historiador francés, para que exista una cultura política analizable como tal deben operar ciertos requisitos básicos: una colectividad reconocible, referentes históricos y míticos universalmente admitidos por sus miembros, valores comunes, principios filosóficos compartidos y una visión general del mundo que acompañe a un modelo ideal de sociedad. Este conglomerado debe estar dotado, además, de coherencia y permanencia en el tiempo (Berstein, 1999, pp. 396-400). En la entrada que acompaña a la presente, Greppi (2021) también explicita la necesidad de restringir el foco de análisis excesivamente amplio al que invita el concepto, de cara a optimizar su «capacidad explicativa» y su «consistencia». A tal efecto, apuesta por la identificación de aquellos aspectos de las artes, la religión, las costumbres y las creencias colectivas que tengan una relación más explícita con el sistema político.

## 2. Las virtudes epistémicas

A pesar de estas prevenciones, y siempre que se tengan presentes las fronteras epistemológicas de la categoría, el concepto de cultura política se ha revelado como una herramienta heurística de primer orden. Ello precisamente por su capacidad para ampliar e interconectar toda una gama de variables inexploradas para el estudio de los hechos políticos. La irrupción de la categoría ha generado ya cuantiosos trabajos que han integrado el estudio clásico de las grandes biografías políticas y de los procesos institucionales con el análisis de un amplio abanico de fenómenos culturales.

Merece la pena mencionar algunos de dichos fenómenos que han sido oteados con éxito por parte de la producción académica reciente: los relatos de sentido que han estructurado históricamente los imaginarios y las estrategias de los grupos de poder (e.g. Ellenberger, 2015; Stahl, 2016; Rodríguez, 2019)<sup>5</sup>; los sistemas representacionales que le han otorgado contenido a los modelos de gobernanza, legitimidad, fiscalidad y legalidad vigentes en muy diversas épocas y contextos sociales (e.g. Vicent, 2019, pp. 403-423; Pines, 2012; Neely, 2005)<sup>6</sup>; las mutaciones y sedimentaciones conceptuales que han configurado los lenguajes filosóficos, religiosos, científicos, económicos, ecológicos, literarios, rituales y artísticos empleados para la producción y reproducción del poder (e.g. Walter, 2017; Chappey y Vincent, 2019, pp. 109-140; San Narciso Martín, 2015, pp. 191-207)<sup>7</sup>; los canales

<sup>5</sup> El extraordinario trabajo de Nancy Ellenberger explica cómo las aristocracias británicas de finales del siglo XIX emprendieron un proceso de re-imaginación de su estatus y su rol político para generar un nuevo «régimen emocional» que les permitiese lidiar con los acelerados cambios socioeconómicos que trajo el final de la era victoriana. Jason Stahl ha estudiado las dinámicas representacionales que permitieron la construcción de identificaciones aglutinantes y proyectos de reforma sistémica en los *think tanks* del conservadurismo norteamericano. Finalmente, la última obra de Jaime Edmundo Rodríguez ha sintetizado magistralmente los descubrimientos recientes en torno a los relatos teleológicos de legitimidad construidos por las élites políticas de la Monarquía imperial española en el contexto de las revoluciones liberales.

<sup>6</sup> Andrés María Vicent Fanconi ha estudiado cómo el endeudamiento de la Monarquía española durante el primer tercio del siglo XIX suscita toda una serie de discursos altamente emocionales, que, en base a un lamento nostálgico por el poder geopolítico perdido, estructuran un horizonte de reforma fiscal y política. Yuri Pines ha estudiado cómo los principios filosóficos del confucianismo y las prácticas de sociabilidad a él anexas se han proyectado sobre la política china en el largo plazo, modulando las lógicas de los sucesivos grupos de poder que han ocupado el Estado. Mark Neely ha estudiado cómo en el contexto de la guerra civil de los Estados Unidos una pléyade de literatos, asociaciones caritativas, iglesias y periódicos adaptaron sus respectivas prácticas y discursos a las necesidades políticas de la Unión.

<sup>7</sup> John Walter ha estudiado cómo la introducción de nuevas fórmulas rituales vinculadas a los juramentos parlamentarios permitió la articulación de un discurso de signo radical-revolucionario que estuvo en la base de la guerra civil y la revolución inglesa del siglo XVII. Jean-Luc Chappey y Julien Vincent han examinado la íntima relación ideológica que los actores políticos de la Revolución francesa establecieron entre las enunciaciones de la ciudadanía y las representaciones de la naturaleza nacional, construyendo

de comunicación (prensa, libro, radio, televisión, conferencias, rituales públicos, internet, etc.) y espacios de sociabilidad (escuela, ejército, sindicatos, clubes, cafés, sociedades económicas, etc.) que han permitido la circulación de significados políticos y la construcción de nuevos colectivos identitarios (étnicos, partidarios, sindicales, de género, etc.) (e.g. Velikanova, 2018; Müller, 2011; Hardacre, 2017)<sup>8</sup>; o los vínculos entre las muy plurales estrategias de articulación e interacción política observables históricamente a nivel local, regional e imperial y los universos de valores, lealtades y creencias en torno a los cuales se organizaban (e.g. Huzzey y Miller, 2020, pp. 1-43; Baker, 2015; Dench, 2018)<sup>9</sup>.

Los campos de estudio mentados han tenido éxito a la hora de trascender la conceptualización etnocéntrica y anclada en la democracia liberal con que han funcionado muchos acercamientos politológicos a la cultura política. Así lo diagnostica Jorge Eufracio Jaramillo (2017, p. 110), sugiriendo que ya en Almond y Verba subyace un fuerte componente valórico que considera como normativas a las culturas políticas vinculadas a la modernidad liberal y la participación democrática. Por el contrario, la aplicación del concepto a contextos temporales y espaciales cada vez más diversos ha permitido asociar la enorme versatilidad y mutabilidad de los sistemas políticos a la notable capacidad de las sociedades humanas para producir horizontes simbólicos ajustados a sus condiciones históricas de existencia. Estas aportaciones han incidido, necesariamente, en una expansión significativa de la cultura política, que ya no restringe su aplicación al universo de la democracia liberal representativa. El concepto se emplea, más bien, para lidiar con todos aquellos ámbitos de la cultura que inciden de forma directa en los mecanismos de cooperación grupal y articulación política en cualquier sociedad.

A su transversalidad y su aplicabilidad a distintos contextos espaciotemporales, el concepto añade otras evidentes ventajas epistémicas. En primer lugar, ofrece una vía intermedia entre el individualismo metodológico y el funcionalismo, puesto que pretende comprender las motivaciones psicológicas de los individuos a la par que identifica a las comunidades de sentido que determinan parcialmente la acción personal de estos (Berstein, 2003, pp. 11-12). Bajo el paraguas terminológico de las culturas políticas, los individuos se consideran como sujetos autónomos que actúan con un amplio margen de agencialidad, de libertad personal. Sin embargo, estos, a su vez, se imaginan desempeñando funciones y roles sociales

---

simbólicamente una verdadera «ecología republicana». David San Narciso Martín ha examinado los lenguajes de poder y legitimidad que articuló la Corte de Isabel II a través de sus ceremoniales cortesanos.

<sup>8</sup> Olga Velikanova ha estudiado las estrategias de socialización de significados políticos adoptadas por el Estado estalinista para penetrar en la subjetividad de los distintos sectores sociales de la Unión Soviética. Ya prefiguró este ejercicio Frank Lorenz Müller, que ha estudiado cómo la figura del emperador Federico III fue heroizada e iconizada para insertarse en los imaginarios de la sociedad alemana de su tiempo. Por último, es de especial interés la historia del sintoísmo escrita recientemente por Helen Hardacre, que ha explicado cómo éste está en la base de la cultura política japonesa, habiendo servido para estructurar los roles sociales, las actividades productivas y las relaciones de poder.

<sup>9</sup> Richard Huzzey y Henry Miller han estudiado cómo la petición al parlamento fue el medio preferente de interlocución política en la Inglaterra de Antiguo Régimen, lo que demuestra una cultura de interacción alternativa a la democracia electoral. Nicholas Baker demuestra cómo el tránsito de la Florencia renacentista de una república urbana a un ducado controlado por los Medici fue el resultado de la suma compleja de cambios capilares en la cultura política de su sociedad: la vestimenta, las relaciones de patronazgo, las jerarquías familiares o los lenguajes visuales fueron esenciales en el tránsito ideológico de la condición de ciudadanos a la de súbditos. Emma Dench hace un ejercicio similar al de Baker al evaluar cómo la expansión imperial afectó a todos los ámbitos de la cultura y la sociabilidad en la antigua Roma.

necesariamente enmarcados dentro del universo de normas y creencias que les viene legado por la cultura política en que son socializados (Dueñas, 2010)<sup>10</sup>.

Esta teoría de la acción humana como mediación entre la agencia individual y los entramados conceptuales, institucionales e ideológicos en que se desenvuelve la misma es conciliable con las teorías de Chantal Mouffe (2005, pp. 8-34). La filósofa belga dibuja una línea divisoria entre «lo político», como dimensión de antagonismo, conflicto y cambio inserta en las relaciones humanas y «la política», que se referiría al basamento normativo que hace posible la coexistencia humana en condiciones de conflictividad<sup>11</sup>. Si «lo político» constituye el campo en que los actores expresan su pluralidad y su agencialidad en una dinámica de pugna por el poder, «la política» es el espacio de los sistemas normativos y discursivos que fijan límites para dicha pluralidad. También algunos teóricos de los conceptos políticos, como Elías Palti (2014, pp. 387-405) o Pierre Rosanvallon (2003), han provisto de un marco de análisis que se asimila bien a esta postura. En ambos casos se afirma que los conceptos no tienen un significado o contenido fijado e intrínseco, sino que sirven como «índices de problemas», ítems sintácticos que permiten articular debates a partir de cierta comunalidad lingüística. En este contexto, la cultura política haría referencia tanto al campo discursivo configurado por las categorías compartidas por todos los miembros de una sociedad, como al juego retórico que implica la pugna entre distintas colectividades por fijar el significado de dichas categorías.

La categoría de cultura política también permite articular distintas escalas temporales, facilitando la combinación de análisis coyunturales de corte sincrónico con aproximaciones de tiempo largo. En este sentido, sus cultivadores entienden que los sistemas representacionales o marcos de sentido *–frames–* a que dan lugar las concepciones generales del mundo y de su evolución que configuran las culturas políticas serían el resultado de fenómenos de sedimentación histórica, es decir, estarían dotados de duración en función de procesos complejos de transmisión ideológica (Stoler, 2016). De hecho, son varios los trabajos que se han centrado en los procesos de aprendizaje y transmisión de las culturas políticas, enfocando sus estudios en los medios de socialización que garantizan su reproducción: partidos políticos, amistades, sindicatos, familias, etc. (e.g. Muñoz Tamayo, 2016)<sup>12</sup>. Ello ha implicado el abordaje de los «archivos culturales» que facilitan la transmisión intergeneracional de ciertos relatos de sentido y prácticas de poder, contribuyendo a la forja de identidades políticas y modelos normativos. Estas estructuras constituirían, precisamente, el sustrato de creencias, conceptos y valores en los cuales los sujetos serían socializados, enmarcando así su agencia individual (Palonen, 2017, pp. 96-117).

La cultura política apela, además, al punto medio entre el materialismo y el idealismo. Esta no se concebiría como una mera expresión ideológica de los intereses objetivos preexistentes en los colectivos sociales. Tampoco como el resultado de la concreción de ciertos ideales abstractos en la vida social. La categoría se acercaría así a las teorías *contextualistas* de la escuela de Cambridge (Skinner, 2007, pp. 109-126) y las teorías discursivas de corte postestructuralista (Foucault, 1988, pp. 111–

<sup>10</sup> El trabajo de Alcira Dueñas constituye un ejemplo de esta postura interpretativa, ya que estudia cómo una serie de escritores mestizos e indígenas prosperaron en la restrictiva república de las letras del virreinato del Perú e incluso en la Corte imperial de Madrid. Esto implicó un proceso dialéctico que supuso la adaptación y transformación mutua entre estos actores individuales y las instituciones que ocuparon.

<sup>11</sup> Esta distinción conceptual fue tomada por Mouffe de la obra de Julien Freund (2018 [1965]), uno de los introductores de la teoría de Carl Schmitt en Francia.

<sup>12</sup> Es el caso de este magnífico trabajo de Víctor Muñoz Tamayo, en que estudia como la transmisión intergeneracional de valores y narrativas histórico-memorísticas en el seno de la familia ha sido fundamental en la vertebración ideológica de la Unión Democrática Independiente de Chile, así como en la organización efectiva de las redes clientelares que han fundamentado su acceso al sistema político.

112), puesto que sus empleadores tienden a entender que las ideas y los lenguajes de ellas derivados actúan en una relación de tensión dialéctica con los procesos materiales: ambas esferas de realidad se modelarían mutuamente (Welch, 2013, p. 78-84).

### 3. Actores y escalas: subculturas políticas, ideologías e imaginarios sociales

A pesar de sus evidentes excelencias heurísticas, la categoría que nos ocupa ofrece ciertas dificultades metodológicas irresueltas, precisamente como consecuencia de su carácter etéreo. Entre estas dificultades destaca la de la delimitación de la escala de los actores analizados. Ya se ha explicado cómo los estudios que asumen el contenido paradigmático de la cultura política basculan su atención entre los campos conceptuales que rigen en el conjunto de un sistema político y las apropiaciones pragmáticas que realizan de dichos vocabularios cada uno de los grupos que compiten y negocian en su seno. Ello implica que, en ocasiones, el término *cultura política* se refiera al conjunto de creencias y prácticas que rigen una sociedad o conjunto de sociedades y que, en otros casos, se refiera a un grupo específico (partidario, religioso, familiar, corporativo).

A tal efecto, algunos expertos se han decantado por recurrir al concepto de *subcultura política*. Almond y Verba ya lo acuñaron, entendiéndolo como un grupo o tendencia que comparte un conjunto específico de creencias, afinidades y actitudes en el seno de la cultura política correspondiente a toda una sociedad (Cabrera, 2010, pp. 43-47). Berstein, por su parte, entiende las subculturas políticas como agrupaciones o tendencias que proliferan en el seno de un sistema político (Berstein, 2003, pp. 14-15). La cultura política nacional actuaría, así, como denominador común, mientras que las subculturas políticas se constituirían como sus ramificaciones ideológicas, corporativas (académicas, militares, socio-profesionales, sindicales) o confesionales. Esta conceptualización entiende que las organizaciones políticas correspondientes a dichas subculturas son algo más que meras estructuras partidarias o nodos de poder: son grupos que comparten representaciones concretas del pretérito y el destino de la sociedad y que poseen mecanismos para su transmisión por medio de la tradición (Pocock, 2009, pp. 67-70).

A pesar de todo, la definición de las escalas analíticas sigue siendo enormemente plástica y ello supone cierta indeterminación a la hora de establecer los límites entre la «cultura» y la «subcultura». A efecto de obtener herramientas categoriales que permitan establecer con mayor precisión y utilidad dichas fronteras, sería sugerible recurrir a dos categorías que están ganando (o recuperando) un peso nada desdeñable en el campo de la nueva historia intelectual: la ideología y el imaginario social.

La propuesta podría parecer contradictoria, puesto que la asunción del concepto de cultura política residió originalmente en un intento de reemplazar la vieja noción de ideología, asociada (anacrónicamente) con interpretaciones de cuño materialista y marxista (Sargent, 2013, pp. 515-529). Esto comportaba partir de una definición muy restringida, que la entendía como un programa cerrado de normas de comportamiento, formas de pensamiento y objetivos políticos, el cual expresaba los intereses de un grupo de poder normalmente hegemónico. Afortunadamente, algunos representantes de la nueva historia de las ideologías políticas, como Michael Freedon (1996, p. 6) o Teun Van Dijk (2013, pp. 216-241), han ampliado y renovado el contenido semántico de esta categoría, recobrando su valor heurístico. Para estos, se podría entender la ideología como un entramado doctrinal de ideas, opiniones y actitudes que normalmente son sostenidas por grupos acotados y reconocibles, proveyendo directivas y planes de acción pública que pueden generar crítica social,

orden o sentido de comunidad. No cabe duda de que esta significación es funcional a la idea de una subcultura política, puesto que hace referencia al entramado de representaciones y racionalidades particulares que caracterizan a un grupo, partido o movimiento político organizado.

Por el contrario, el concepto de imaginarios sociales tendría una significación más laxa, habiéndolo catalogado autores como John Rundell (2017, pp. 1-20) y Duncan Bell (2016, p. 94) como la forma en que todos los actores políticos de una sociedad conceptualizan su entorno sociocultural, generando modos de interacción pública y valores compartidos, así como identificaciones, relatos, imágenes y expectativas normativas que guían su existencia. El imaginario social reflejaría una concepción filosófica subyacente, que se podría traducir en varias ideologías concretas y coherentes o simplemente en un conjunto de reglas susceptibles de múltiples lecturas basadas en ciertos principios axiomáticos, como sería el caso del nacionalismo, el imperialismo, el liberalismo o el republicanismo (Escribano Roca, 2019<sup>a</sup>, pp. 381-401)<sup>13</sup>. El término se acercaría de manera muy clara al entendimiento de la cultura política como un conjunto de creencias y asunciones respecto del funcionamiento del sistema político que están arraigados en todos los grupos de una sociedad determinada, por más que puedan entrar en una dinámica de disputa ideológica. En el imaginario social podríamos identificar los campos conceptuales y las creencias comunes en los cuales habitan todos los miembros de una sociedad. Correspondiéndose con el conjunto de racionalidades de una cultura política, los imaginarios sociales actuarían como marcos de pugna ideológica entre las diversas subculturas políticas, permitiendo el despliegue de lo «político».

Si bien este cruce terminológico con la historia intelectual puede tener evidentes beneficios, no se debe olvidar que la cultura política no está arraigada en una ontología fundamental. Es decir, su escala es modelable en función de los intereses epistemológicos de aquel que la emplea. El cuarteto conceptual de ideología-subcultura política-imaginario social-cultura política debe ser cambiante en la medida en que las interacciones entre las representaciones individuales, grupales y sociales de lo político son enormemente complejas.

#### 4. Conciencia Histórica y cultura política: un modelo heurístico

El estudio de las culturas políticas también ha mostrado en los últimos años una íntima relación con los análisis centrados en develar las formas de conciencia histórica de las sociedades modernas y premodernas, ya que pretende entender las relaciones conceptuales que los individuos y grupos establecen entre el pasado, el presente y el futuro (Rüsen, 2005, p. 168). La conciencia histórica se podría entender, así, como el ámbito que permite la «historización» de la experiencia temporal en el seno de una determinada cultura política. Siguiendo las nociones de la sociología del conocimiento de Norbert Elias y las teorías del giro temporal<sup>14</sup>, podría defenderse que la conciencia histórica se constituye como una práctica mental de síntesis y regulación, que permite a los individuos y comunidades humanas orientarse en un contexto de experiencias

<sup>13</sup> Rodrigo Escribano ha analizado cómo las élites intelectuales de la Unión Liberal emprendieron una serie de proyectos de edición documental que aspiraron a cimentar la construcción de una visión heroica y colonialista de la historia imperial española. Las colecciones documentales resultantes reflejaron un imaginario panhispanista que le dio pábulo a la socialización del imperialismo decimonónico. Este imaginario social tuvo, no obstante, diversas expresiones ideológicas, en la medida en que los intelectuales que emplearon estas colecciones documentales para construir sus respectivas versiones ideológicas del mito imperial: panhispanismo progresista, hispanismo conservador, nacionalcatolicismo. Bajo este supuesto el panhispanismo sería un imaginario social inserto en cultura política de la España decimonónica con distintas expresiones ideológicas asociadas a diversas subculturas políticas.

<sup>14</sup> Expresión que hace referencia al boom que han experimentado los estudios en torno a la temporalidad en el marco de la teoría de la historia y la historia intelectual.

temporales complejas, con el fin de dotar de estabilidad ontológica y regularidad a la vida social (Elias, 1992, pp. 405-409). Esto se lograría a través de ejercicios intelectuales de sincronización conceptual y narrativa, que permitirían modelar simbólicamente el tiempo, significando las continuidades, aceleraciones, rupturas, ritmos y escalas temporales percibidas por un grupo social determinado (Jordheim, 2014, pp. 506-518).

Los seres humanos mediarían con la temporalidad natural de las horas, los días y los ciclos celestes y la convertirían en tiempo social a través de su organización cronológica (diacrónica) y de conceptos temporales generadores de simultaneidad (sincrónicos) como: «época», «siglo», «edad», «pasado», «presente» o «futuro» (Eliás, 1992, pp. 20-36; Hölscher, 2014, pp. 577-591). Recurriendo a la psicología social, Ville Erkkilä muestra cómo los procesos narrativos de construcción identitaria tienden a paliar la alteridad del pasado y a conectarlo a las sensibilidades, inquietudes y aspiraciones políticas de los miembros vivos de una comunidad (Erkillä, 2015, pp. 602-620).

La importancia de las formas de conciencia histórica ha sido subrayada por estudios empíricos de gran calidad, los cuales han demostrado que las evocaciones de los héroes, triunfos y traumas del pasado son un recurso transcultural de primer orden en la producción de significados políticos e identificaciones grupales (Baena y Byker, 2015, pp. 259-269; Benesch, 2014; Torres, 2010)<sup>15</sup>. Por ello es posible aducir que el estudio de las culturas políticas es indisoluble del abordaje de las culturas de la historia. Para Xavier Núñez Seixas (2017, pp. 56-72) y David Carr (2014, pp. 43), la *cultura histórica* denotaría el conjunto de relatos, canales de comunicación, espacios y actores que están implicados en la socialización de sentidos sobre el pasado en la esfera pública. Estos tendrían la función de organizar las vivencias temporales y las experiencias de historicidad de las colectividades humanas. Billie Melman, uno de los pioneros del paradigma, lo sintetiza afirmando que el estudio de la cultura histórica consiste en seguir: «the circulation of history between its images and the forms and social lives and meanings given to these images through procedures and practices of usage and, when possible, through the imagination and fantasy» (2006, p. 4).

En este sentido, el concepto de *cultura histórica* tiene la ventaja de permitir estudiar integradamente a todos los agentes mnemónicos que han podido estar implicados en la definición de imaginarios e ideas históricas: filósofos, literatos, historiadores, cineastas, sacerdotes, restauradores, políticos, pintores, arquitectos, activistas, científicos sociales, etc. Es decir, englobaría todo aquello que Ross Wilson ha denominado los «lenguajes del pasado»: el conjunto de enunciados históricos que quedan impresos en los imaginarios de las sociedades, modelando sus esquemas de pertenencia, sus códigos éticos, sus referentes identitarios y sus metas políticas (Wilson, 2016, pp. 1-21).

Al mismo tiempo, el paradigma de la conciencia histórica invita a un análisis *koselleckiano* de los conceptos políticos que operan en las culturas estudiadas, puesto que implica comprender la co-determinación temporal entre las experiencias

<sup>15</sup> Por ejemplo, Rosalía Baena y Christa Byker han demostrado cómo el éxito de la serie *Downtown Abbey* se basa en explotar una conciencia histórica nostálgica, la cual interpela de forma particularmente eficaz a las audiencias británicas de la era de la privatización neoliberal y el euroescepticismo. Oleg Benesh estudió cómo la figura del samurái y la tradición del bushido fueron resignificadas míticamente por diversos proyectos políticos a lo largo de la historia contemporánea de Japón, con el claro fin de fidelizar a los ciudadanos y generar modelos de comportamiento colectivo. Por último, Ana Teresa Torres ha estudiado cómo la figura de Simón Bolívar ha sido sucesivamente reinventada por las fuerzas políticas y los colectivos sociales de Venezuela, legitimando en muchos casos una cultura que cifra la regeneración política del país en liderazgos extrainstitucionales y poderes pretorianos.

compartidas del pasado, sus interpretaciones significativas (conceptualización y narración) y los horizontes de expectativas colectivas que generan (Koselleck, 2004, pp. 255-276). Es por ello que los análisis de las culturas políticas también son susceptibles de incorporar, en aras de la riqueza y la precisión conceptual, los aportes de los *future studies*, la utopología y la historiografía del futuro (Navajas Zubeldia, 2013, pp. 32-50). Estos campos han puesto énfasis en develar los modos en que los sistemas académicos y políticos se han afanado históricamente por vertebrar tecnologías culturales para la prospección e imaginación del futuro (Andersson, 2019, pp. 31-34)<sup>16</sup>. Los trabajos realizados desde este paradigma han demostrado que las disputas por el control simbólico y tecnológico del devenir colectivo son uno de los elementos esenciales en la conformación de las creencias y estrategias de una cultura política específica. Zoltan B. Simon, por ejemplo, explica cómo las prospecciones futuristas ofrecidas por el posthumanismo de signo ecologista, animalista y posmoderno implican un proyecto político antagónico al de los escenarios de futuro definidos por el transhumanismo de vocación tecnológica, científica y desarrollista (Simon, 2019, pp. 171-184).

Estas observaciones no van dirigidas a complejizar aún más el concepto de *cultura política*, sino precisamente a definir uno de sus aspectos esenciales (la conciencia histórica) y a sugerir en base a él un modelo heurístico que permita ordenar los análisis que asumen la categoría. Atendiendo a estos presupuestos, el estudio de las culturas políticas sería susceptible de responder a un análisis de tres niveles (Escribano, 2019b, pp. 124-152). En primer lugar, implicaría comprender las formas de experiencia compartidas, es decir, el modo en que los nuevos estímulos eventuales impactan en el archivo cultural de valores y creencias de un determinado individuo o grupo y el modo en que este se ve impelido a una respuesta argumentativa y emocional a los mismos (e.g. Grethlein, 2019). Recientemente ha habido notables contribuciones que se han centrado en el papel que determinadas experiencias históricas han jugado a la hora de reconfigurar en profundidad las cosmovisiones políticas de las sociedades del mundo. Sirvan de ejemplo el popular trabajo de Pankaj Mishra (2019) sobre las rapidísimas mutaciones provocadas por el imperialismo euroamericano en los viejos sistemas filosóficos del mundo asiático. También los magníficos estudios coordinados por Broecks, Hicks y Guimerá (2012), que han ilustrado cómo la explosiva expansión del imperio napoleónico alteró de manera irreversible los códigos normativos y formas de articulación política de los vastos espacios soberanos (la Monarquía imperial hispánica, los territorios italianos, Europa central y oriental) que se vieron penetrados por su particular cultura constitucional-imperial-revolucionaria.

En segundo lugar, se precisaría del estudio del nivel simbólico, es decir, de la interpretación que los colectivos sociales realizan de sus experiencias para otorgarles sentido político, engendrando lecturas comunes del pasado, proyecciones compartidas del futuro y modelaciones del horizonte ideal a perseguir. Este nivel implica, a su vez, tres dimensiones de análisis. Por un lado, supone estudiar las narrativas que elabora cada cultura política para generar una interpretación inteligible de las experiencias acumuladas. El análisis narratológico implicaría examinar los relatos, es decir, «la ordenación de los hechos en un espectáculo o proceso de los acontecimientos con comienzo, medio y fin» (White, 1992, p. 17). Ello supondría interpelar los procesos semióticos de selección y caracterización de los eventos, espacios, héroes y personajes que componen dichos relatos políticos. También implicaría analizar las estructuras tropológicas que dotan de poder explicativo a las

---

<sup>16</sup> Jenny Andersson ha ofrecido una excelente historia en torno a los imaginarios prospectivos de la Guerra Fría, forjados en base a la organización de la futurología como disciplina que pretendía ofrecer una respuesta simbólica y tecnológica a las incertidumbres culturales de los grupos de poder.

narrativas de la cultura política analizada: metáforas organicistas, mecanicistas, familiares o ecológicas que sirven como recursos figurativos para facilitar la comprensión de una red compleja de conceptos político-filosóficos (González de Requena Farré, 2016, pp. 289-290). Todo ello redundaría en un abordaje de los mitos y mitologemas políticos<sup>17</sup> que, como narrativas simplificadoras que organizan la experiencia social, configuran el universo de creencias del grupo abordado (Campbell, 2019).

Al nivel narrativo se uniría el conceptual, es decir, un estudio semántico (diacrónico) y pragmático (sincrónico) de los conceptos políticos que pueblan los relatos de los grupos abordados. Sería preciso poner especial atención en las pugnas conceptuales que mantienen dichos grupos con sus pares, en las redes semánticas que constituyen la especificidad de sus vocabularios, en los procesos de circulación y traducción conceptual que los alteran y, por último, en los procesos de dicotomización que emergen en el seno del diccionario categorial de una cultura política (nosotros/los otros; dominador/dominado; violencia/justicia, etc.) (Escudier, 2013, pp. 305-350).

Por último, sería necesario incorporar un análisis argumentativo, valorar en qué argumentos, tesis e ideas maestras se derivan las narrativas y vocabularios analizados (Kuukkanen, 2015, pp. 131-147). Todas estas dimensiones constituirían el nivel propiamente simbólico para el análisis de una cultura política dada. El resultado de su aplicación sería poder interpelar organizadamente el sistema de creencias abordado, incorporando, además, su expresión emocional.

En este sentido, se pueden aplicar al estudio del plano simbólico los desarrollos de la neurociencia y de la historia de las emociones, que han establecido vinculaciones de gran interés entre los procesos cognitivos, las identidades grupales y los mecanismos emocionales. Se entenderían las emociones como tendencias empáticas espontáneas que surgen de los sistemas espejo de nuestros cerebros. Estas guían nuestros juicios morales y dan fuerza motivacional para conducir la acción (Meiselman, 2016, pp. 7-8). Desde este punto de vista, los sistemas representacionales vertebrados por las culturas políticas contribuirían a crear medioambientes emocionales, que incidirían en las respuestas empáticas de sus miembros ante los estímulos experienciales y conceptuales que reciben (González Manso, 2013, pp. 12-30).

El tercer nivel de análisis (tras el experiencial y el simbólico) estaría comprendido por la dimensión performativa de la cultura o subcultura política analizada. Es decir, por las estrategias comunicacionales y retóricas mediante las cuales las experiencias compartidas y sus interpretaciones significativas son socializadas (a través de discursos escriturarios, orales, rituales y visuales), generando actitudes y modos de acción colectiva. En este contexto, y atendiendo a las teorías de la comunicación, la cultura política consistiría en todo un sistema de actos del habla dirigidos a fines muy específicos: añadir didácticamente nuevas representaciones internas en la mente de sus miembros actuales y potenciales (intención informativa); modificar las ya existentes (intención persuasiva); lograr que el receptor modifique sus modos de actuar (intención directiva) o imponer jerárquicamente sus representaciones a otras alternativas apelando a la normatividad de su discurso (intención normativa) (Escandell Vidal, 2014). Las representaciones emergidas en el seno de una cultura política estarían dotadas de fuerza perlocucionaria o de «energía social», es decir, de capacidad para transformar las

---

<sup>17</sup> Una estructura narrativa que tiende a repetirse en los grandes relatos míticos, como los ciclos de nacimiento, muerte y resurrección en los imaginarios nacional-imperiales.

percepciones y experiencias de sus miembros (Pocock, 2009, pp. 67-70; Chartier, 2007, pp. 83-86).

Atendiendo a la conceptualización clásica de Almond y Verba, sería en este nivel performativo donde la cultura política funcionaría como «un vínculo causal entre la realidad política y la conducta política» (Cabrera, 2010, p. 23). Se entiende así que la dimensión performativa de las culturas políticas cumpliría una serie de funciones fundamentales, entre las que se podrían destacar las de carácter preservativo, justificativo, identificativo y orientativo. La función identificativa consistiría en la actividad de generar sentimientos y sentidos de pertenencia que conecten al individuo con los grupos y estructuras de poder en las que se ve inmerso, permitiéndole trascender su propia particularidad y facilitando su adscripción a distintas comunidades éticas y políticas que trascienden la temporalidad presente (Paul, 2015, p. 129). La función justificativa dotaría de legitimidad a ciertas instituciones y prácticas vigentes, normalizándolas a partir de procesos de autenticación y estabilización (Winter, 2010, p. 19-21). A estas se añadiría la función preservativa, que consistiría en la conservación, organización y recuperación activa de experiencias y prácticas tradicionales que permitirían una transferencia intergeneracional de conocimientos y costumbres (Day, 2008, p. 419-420). Finalmente, la cultura política tendría una función orientativa, en la medida en que la interpretación colectiva de los acontecimientos políticos define los medios y los fines de acción que debe emplear un grupo dado para la consecución de sus aspiraciones, encarnadas en un set de expectativas, horizontes ideales y esperanzas (que a su vez son fruto de una lectura en clave anticipativa de su contexto presente y pasado) (Koselleck, 2003, p. 73-96).

## 5. Culturas políticas, nacionalismos y visiones de lo global

El modelo hasta aquí descrito presenta evidentes ventajas a la hora de organizar la disección de la enorme multiplicidad de variables que lega el concepto de cultura política. Sin embargo, no puede desconocer que hay otros campos de reflexión que ya han fijado muchas estrategias aplicables a la mejor definición y disección de la categoría. Entre estos destacan los estudios del nacionalismo y los análisis intelectuales de la historia de las relaciones exteriores y la política mundial.

Los estudios del nacionalismo, especialmente pujantes desde el triunfo del paradigma modernista a partir de los años 80, tienen una evidente relación con el problema de las culturas políticas. El interés por los entramados culturales que enmarcan el poder político coincide con la concepción del nacionalismo como una religión cívica que actuó como horizonte sustitutivo ante los procesos de quiebre confesional y secularización acontecidos en el mundo Atlántico del siglo XVIII y ante la consiguiente crisis de los sistemas de legitimidad de Antiguo Régimen (Anderson, 1993). Las abundantísimas aproximaciones paradigmáticas al problema del nacionalismo, bien reflejadas en las sucesivas publicaciones de revistas como *Nations and Nationalism* y *National Identities*, se han aplicado al análisis de todos los fenómenos ideológicos, narrativos, psicológicos y comunicativos que interesan a los estudiosos de las culturas políticas. Por supuesto, la diferencia esencial es que estos han centralizado su atención en la idea de nación, dejando como variables dependientes muchos otros conceptos políticos (e.g. civilización, raza, soberanía, justicia) y sistemas ideológicos (e.g. liberalismo, cosmopolitismo, doctrinarismo, arielismo) que se sitúan en el centro de reflexión en los estudios vehiculados por la categoría que nos ocupa.

En lo referente a la socialización y reproducción cultural de significados políticos, las teorías del nacionalismo banal y de la nacionalización han ofrecido modelos aplicables para el análisis de las culturas políticas. Estas tendencias han

establecido modelos heurísticos bien cimentados y escalonados, que facilitan el abordaje de la circulación de los imaginarios de nación en la esfera pública (administraciones estatales, escuelas, instituciones), la esfera semipública (asociaciones civiles, partidos, clubes, iglesias, sindicatos) y la esfera privada (familias, amistades, grupos de ocio) (Quiroga 2013, pp. 17-38). Ello ha comportado un notable avance en la comprensión de las hondas raíces culturales de las políticas nacionalistas, tanto a nivel del Estado-nación como en otros muy diversos ámbitos de sociabilidad y de poder. Sirvan de ejemplo algunos magníficos trabajos que recientemente han abordado la imbricación entre los tropos culturales del nacionalismo y las dinámicas de competencia empresarial e interestatal en el marco del mercado mundial (Turner, 2016, p. 14-26). También son de destacar algunos otros que han abordado la importancia del nacionalismo gastronómico, el musical o el deportivo como ámbitos de producción y reproducción de identidades políticas (cf. MacLean y Field 2014, pp. 283-289; Ichijo y Ranta, 2016; Leerssen, 2014, pp. 606-627).

Por supuesto, el estudio de las culturas políticas tiene mucho que aprender de los estudios del nacionalismo, pero también mucho que aportar. El carácter más capilar y transversal de la aproximación a las culturas políticas, supondría entender las complejas interacciones entre la agencia individual, grupal y social que suceden en el seno de determinado movimiento nacionalista. Su aplicación permitiría investigar cuántas culturas y subculturas políticas actúan en la coyuntura abordada y cuáles son sus dinámicas de solapamiento y conflicto. Esto puede ayudar a entender que el Estado-nación no es ni mucho menos la única instancia de autoridad e identidad en la historia contemporánea y que ésta se forja a partir de una heteronomía muy compleja de poderes, cada uno de ellos respaldado por sus propios sistemas de legitimidad, representación y comportamiento (Sábato, 2019)<sup>18</sup>. También implica abordar las constantes hibridaciones entre los imaginarios nacionales y otros sistemas ideológicos y valóricos de raigambre local, regional o transnacional que fueron igual de fundamentales que el nacionalismo en la modelación de la contemporaneidad política (globalismo, neoliberalismo, socialismo, islamismo, sintoísmo, y un larguísimo etcétera) (Escribano Roca, 2018, pp. 55-70)<sup>19</sup>.

La cultura política también ofrece un gran valor como herramienta categorial para el análisis de las relaciones internacionales. Recientemente, una nueva tendencia de historia intelectual con vocación globalista se ha interesado por entender las formas de representación del espacio mundial y la sociedad internacional que guiaron a los Estados y colectividades transnacionales del pasado. Alejándose del realismo interpretativo y de las teorías de la acción racional aplicadas a la comprensión de la política exterior, estos autores se han centrado en estudiar el conjunto de narrativas, metáforas, conceptos, argumentos y rituales que permitieron a los actores sociales del pasado perfilar una imagen totalizadora del globo. La configuración cultural de estos imaginarios geopolíticos implicaría el establecimiento de un sistema de creencias normativas respecto al poder mundial (e.g. Dittmer y Bos 2019), a las formas de interacción entre las potencias (e.g. Armitage 2013), a los modos legítimos y deseables de territorialización y soberanía (i.a. Mazower, 2018), y a las dinámicas idóneas de interacción entre las sociedades humanas y las ecologías planetarias (Barton, 2007). Las representaciones culturales también se habrían configurado como un elemento esencial en la formulación de estrategias de poder

<sup>18</sup> Hilda Sábato ha subrayado la pluralidad de actores y espacios de poder ajenos al ejecutivo nacional que participaron en los primeros experimentos republicanos latinoamericanos.

<sup>19</sup> Rodrigo Escribano realizó una reflexión en torno a la diversidad de lenguajes de legitimidad y sistemas de poder que convivieron con el nacionalismo en el largo siglo XIX.

blando y en la producción de recursos simbólicos funcionales al mismo (e.g. Louw, 2016, pp. 147-161).

Todos estos ítems han sido agrupados por Duncan Bell (2013, pp. 264-282; 2007, pp. 2-26) bajo el concepto de *visiones de lo global* y por Manfred Steger (2009) bajo la categoría de *imaginarios globales*. Subyace en estos autores la convicción de que las dinámicas del poder global no son discernibles si nos centramos únicamente en los intereses «objetivos» que los actores internacionales conceptualizaron con arreglo a factores económicos y geoestratégicos. Como ha defendido con lucidez Lauren Goodlad (2015), los intereses se conceptualizan con recurso a estructuras metafóricas con connotaciones éticas y estéticas que forman parte del terreno de la subjetividad y que son esenciales para dotar de sentido a las experiencias y las expectativas que guían la política exterior. De ahí que los análisis derivados del estudio de las culturas políticas sean necesarios para rastrear los universos de sentido que modelaron las dinámicas de poder de la mundialización y colmar así las demandas de renovación de la teoría de las relaciones internacionales (Guilhot, 2019, pp. 4-8).

## 6. Conclusión

La categoría de *cultura política* se ha consolidado en las últimas décadas como un instrumento de gran utilidad para reconciliar las agendas analíticas de la historia intelectual, la historia política y la historia social, así como para poner a estas a dialogar con otras disciplinas, principalmente la ciencia política y la sociología. Cuando se aplica al análisis historiográfico, el potencial esencial del concepto radica en su propuesta de situar en un mismo plano de análisis el mundo las representaciones simbólicas y las prácticas políticas.

Dicha ontología dualística ha comportado toda una serie de virtudes epistémicas, las cuales han sido identificadas de acuerdo a una revisión bibliográfica de los trabajos historiográficos que han aplicado la categoría. Entre dichas ventajas epistemológicas, se ha destacado su capacidad para analizar dialécticamente los procesos político-institucionales junto a las representaciones culturales que los mediatizan, permitiendo así trascender los marcos eurocéntricos y presentistas, que tendían a atribuir significados normativos y mecanicistas (asociados teleológicamente al triunfo de la democracia liberal) a los hechos políticos. Junto a esta virtud se han expuesto otras. En primer lugar, su capacidad para conciliar el individualismo metodológico con enfoques funcionalistas, permitiendo considerar dialécticamente la agencia de los actores particulares y el papel de los marcos institucionales, legales e ideológicas en que estos son socializados. Se evita así la caída en los excesos del psicologismo y del determinismo estructuralista. En segundo lugar, se ha subrayado la utilidad del término para vehicular análisis que consideren distintas escalas temporales, puesto que su empleo invita a prestar atención tanto a las rupturas introducidas por determinados actos y fenómenos políticos coyunturales, como a los precedentes estructurales que los enmarcan y condicionan. Por último, se ha subrayado la importancia que le otorgan los usos paradigmáticos del concepto a poner en diálogo los procesos ideológicos y materiales, considerándolos en una relación de co-determinación que trasciende las jerarquías idealistas y materialistas. Se podría afirmar, así, que las virtudes epistémicas de la categoría consisten en introducir la complejidad analítica en la teoría de la acción humana, las escalas temporales y las relaciones entre materialidad y discurso.

Tras la revisión de las propuestas investigativas a que da lugar, queda la sensación de que la categoría de cultura política no propone nada sustantivamente nuevo, sino más bien una reversión de los procesos de compartimentación

epistemológica derivados de la excesiva especialización disciplinar y sub-disciplinar acontecida en las Ciencias Sociales y las Humanidades a lo largo del siglo XX. El uso de la categoría a nivel historiográfico constituiría de facto a una refundación de los proyectos intelectuales que aspiraron a entender moral, política, filosofía, costumbre, religión y derecho como un entramado indisociable (e.g. Platón-Aristóteles-Hobbes-Tocqueville-Gramsci-Weber). No obstante, esta transversalidad implica el peligro no menor de la ubicuidad y de la indefinición: la aplicación indiscriminada del concepto a todos los hechos sociales y culturales tendería a transformarla en un significativo vacío y analíticamente inservible. Es por ello que el presente escrito ha subrayado el valor de los ejercicios de acotación conceptual llevados a cabo por Serge Berstein y Andrea Greppi. Estos, básicamente, defienden la identificación de ciertos atributos que delimiten los objetos catalogables en el rango de las culturas políticas: colectividades reconocibles, referentes míticos e históricos comunes, sistemas éticos y filosóficos reconocibles y modelos ideales de sociedad, todo ello bajo la premisa de que las narrativas y manifestaciones culturales abordadas deben tener una relación evidente con el sistema político.

De cualquier modo, la presente reflexión se ha fundamentado en la proposición de que, para evitar el mal de la laxitud terminológica y metodológica y aprovechar el amplio abanico de potencialidades investigativas de la categoría, no solo basta con su acotación conceptual. Es asimismo necesario definir modelos heurísticos más precisos en base a su conexión con campos de estudio que gozan ya de un amplio desarrollo paradigmático y metodológico. En este sentido, el tercer apartado ha sugerido que la aplicación de las categorizaciones de *imaginario social e ideología*, provenientes de la nueva historia intelectual, pueden servir como una herramienta útil para definir las problemáticas escalas de análisis sobre las que opera el concepto abordado. Estas pueden permitir diferenciar con mayor exactitud el marco general de la cultura política de una sociedad dada de las subculturas políticas articuladas por los grupos de poder e interés que operan en su seno. Del mismo modo, el cuarto apartado ha servido para exponer cómo el marco teórico-metodológico de los estudios sobre la temporalidad y la conciencia histórica puede servir para optimizar los análisis de los relatos, las experiencias colectivas y las expectativas compartidas que tanto inciden en la configuración de la categoría que nos ocupa. Esta perspectiva ha permitido diseñar un modelo heurístico de tres niveles, que invita al análisis integrado de los planos experienciales, simbólicos y performativos que configuran la conciencia histórica de las culturas políticas.

El último apartado ha mantenido el mismo tono propositivo, en este caso sugiriendo cómo el concepto de cultura política puede enriquecer y profundizar las estrategias analíticas de los estudios del nacionalismo. Esto especialmente favoreciendo que los abordajes del fenómeno nacionalista sitúen a este en un contexto más transversal, poniéndolo en diálogo con otros conceptos políticos y sistemas de creencias que acompañaron su desarrollo. Al mismo tiempo, se ha reivindicado que los modelos teórico-metodológicos elaborados por las teorías de la nacionalización y del nacionalismo banal se pueden emplear de forma eficiente para vehicular los análisis de los procesos de socialización de las culturas políticas. Finalmente, se ha apostado por una profundización en la todavía embrionaria aplicación de la categoría que nos ocupa al abordaje del papel de las representaciones culturales en las dinámicas del poder mundial.

Es posible concluir que, para aprovechar en su plenitud las virtudes epistémicas del concepto de *cultura política* es necesario continuar profundizando y concretando los modelos heurísticos y metodológicos que son susceptibles de delimitar su aplicación historiográfica. Dicha concreción no puede restringirse a la reflexión teórica, sino que debe fundamentarse en un diálogo de la categoría con

campos de estudio y paradigmas que comparten problemáticas anexas a la misma y que ofrecen un notable desarrollo en la definición de sus objetos y sus estrategias analíticas.

## Bibliografía

- Almond, G. A., & Verba, S. (2016). *The civic culture: Political attitudes and democracy in five nations*. Princeton: Princeton Univ. Press.
- Anderson, B. R. O. (1993). *Comunidades imaginadas: Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México: FCE.
- Andersson, J. (2018). *The Future of the World: Futurology, Futurists, and the Struggle for the Post Cold War Imagination*. Oxford: Oxford University Press.
- Armitage, D. (2013). *Foundations of Modern International Thought*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baena, R. y Byker, B. (2015). Dialects of nostalgia: Downton Abbey and English identity. *National Identities* 17, pp. 259-69. DOI: <https://doi.org/10.1080/14608944.2014.942262>.
- Baker, K. (2006). El concepto de cultura política en la reciente historiografía sobre la Revolución Francesa. *Ayer*, 62, pp. 89-110.
- Baker, N. S. (2013). *The Fruit of Liberty: Political Culture in the Florentine Renaissance, 1480-1550*. Harvard: Harvard University Press.
- Baring, E. (2016). Intellectual History and Poststructuralism. In R. Whatmore & B. Young (Eds.), *A companion to intellectual history* (pp. 48-60). Malden MA: Blackwell.
- Barton, G. A. (2007). *Empire forestry and the origins of environmentalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bell, D. (2013). Making and Taking Worlds. In S. Moyn & A. Sartori (Eds.), *Global Intellectual history* (pp. 254-282). Columbia University Press. <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=1103450>.
- Bell, D. (2016). *Reordering the world: Essays on liberalism and empire*. Princeton, N.J.; Oxford: Princeton university press.
- Benesch, O. (2014) *Inventing the Way of the Samurai: Nationalism, Internationalism, and Bushido in Modern Japan*. Oxford: Oxford University Press.
- Berstein, S. (1999). La cultura política. In J.-P. Rioux & J.-F. Sirinelli (Eds.), *Para una historia cultural* (pp. 389-405). México: Taurus.
- Berstein, S. (2003). Nature et fonction des cultures politiques. In S. Bernstein (Ed.), *Les cultures politiques en France* (pp. 11-36). París: Seuil.
- Broers, M., Hicks, P., & Guimerá, A. (2012). *The Napoleonic Empire and the New European Political Culture*. London: Palgrave Macmillan UK.
- Cabrera, M. Á. (2010). La investigación histórica y el concepto de cultura política. In M. Pérez Ledesma & M. Sierra (Eds.), *Culturas políticas: Teoría e historia* (pp. 19-80). Zaragoza: Institución Fernando el Católico.
- Campbell, J. (2019). *El poder del mito*. Madrid: Capitán Swing.
- Carr, D. (2014). *Experience and history: Phenomenological perspectives on the historical world*. Oxford: Oxford University Press.
- Chappey, J.-L., & Vincent, J. (2019). A Republican Ecology? Citizenship, Nature and the French Revolution (1795–1799)\*. *Past & Present*, 243(1), pp. 109-140. <https://doi.org/10.1093/pastj/gtz003>.
- Chartier, R. (2007). El pasado en el presente. *Co-herencia*, 4(7), pp. 83-102.
- Day, M. (2008). Our Relations with the Past. *Philosophia*, 36, pp. 417-427.
- Dench, E. (2018). *Empire and political cultures in the Roman world*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dittmer, J., & Bos, D. (2019). *Popular culture, geopolitics, and identity*. New York: Rowman & Littlefield.
- Dueñas, A. (2010). *Indians and Mestizos in the "Lettered City": Reshaping Political*

- Justice, Social Hierarchy, and Political Culture in Colonial Peru*. Boulder: University Press of Colorado.
- Ellenberger, N. (2015). *Balfour's World: Aristocracy and Political Culture at the Fin de Siècle*. London: Boydell & Brewer.
- Erkkilä, V. (2015). Time, identity, and history: On the cognitive psychology and figural practice of historiography. *Rethinking History*, 19(4), pp. 602-620. <https://doi.org/10.1080/13642529.2015.1030229>.
- Escandell Vidal, M. V. (2014). *La comunicación: Lengua, cognición y sociedad*. Madrid: Akal.
- Escribano Roca, R. (2018). Poderes mutantes. La sospechosa ausencia del Estado-Nación durante el largo siglo XIX (1776-1914). In P. Pérez Herrero & E. Cavieres Figueroa (Eds.), *¿Sin pasado ni futuro? El presente pensado desde la historia y las ciencias sociales* (pp. 55-70). Madrid: Marcial Pons.
- Escribano Roca, R. (2019a). Ediciones Imperiales: La Colección de documentos inéditos relativos a las posesiones españolas en América y Oceanía y la construcción de un pasado panhispánico (1864–1936). *Journal of Spanish Cultural Studies*, 20(4), pp. 381-401. <https://doi.org/10.1080/14636204.2019.1689683>
- Escribano Roca, R. (2019b). Experience, symbol and communication: A transversal model for the study of historical thought. *História da Historiografia: International Journal of Theory and History of Historiography*, 12(29), pp. 124-152. <https://doi.org/10.15848/hh.v12i29.1335>.
- Escudier, A. (2013). Temporalización (Verzeitlichung) y modernidad política: Ensayo de sistematización a partir de R. Kosselleck. In J. Fernández Sebastián & G. Capellán de Miguel (Eds.), *Conceptos políticos, tiempo e historia: Nuevos enfoques en historia conceptual* (pp. 303-350). Santander; Madrid: Editorial de la Universidad de Cantabria; McGraw-Hill Interamericana de España.
- Eufrazio Jaramillo, J. F. (2017). La cultura y la política en la cultura política. *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, 30(86), pp. 101-119.
- Farré, J. A. G. De R. (2016). La recurrencia de la metáfora. Un marco filosófico-lingüístico. *Alpha: revista de artes, letras y filosofía*, 43, pp. 289-302.
- Foucault, M. (1988). *La arqueología del saber*. México: Siglo veintiuno editores.
- Freeden, M. (2013). Political ideologies in the age of globalization. In L. T. Sargent & M. Stears (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Ideologies* (pp. 216-241). Oxford: Oxford University Press.
- Freund, J. (2018 [1965]). *La esencia de lo político*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Manso, A. I. (2015). Héroes nacionales como vehículos emocionales de conceptos. *Historiografías: revista de historia y teoría*, 10, pp. 12-30.
- Goodlad, L. M. E. (2017). *The Victorian geopolitical aesthetic: Realism, sovereignty, and transnational experience*. Oxford: Oxford University Press.
- Greppi, A. (2020). Cultura Política. *Eunomía, En prensa*.
- Grethlein, J. (2019). Experience and History: The Reach and Limits of Phenomenological Approaches to History. *History and Theory*, 58(2), pp. 302-312. <https://doi.org/10.1111/hith.12116>.
- Guilhot, N. (2019) «Introduction» en *Historiographical Investigations in International Relations*, editado por Brian C. Schmidt y Nicolas Guilhot. London: Palgrave Macmillan.
- Hardacre, H. (2017). *Shinto: A history*. Oxford: Oxford University Press.
- Hölscher, L. (2014). Time Gardens: Historical Concepts in Modern Historiography. *History and Theory*, 53(4), pp. 577-591. <https://doi.org/10.1111/hith.10732>.
- Huzzey, R., & Miller, H. (n.d.). Petitions, Parliament and Political Culture: Petitioning the House of Commons, 1780-1918. *Past & Present*, 248(1), pp. 123-164. <https://doi.org/10.1093/pastj/gtz061>
- Jordheim, H. (2014). Introduction: Multiple Times and the Work of Synchronization.

- History and Theory*, 53(4), pp. 498-518. <https://doi.org/10.1111/hith.10728>.
- Koselleck, R. (2003). *Aceleración, prognosis y secularización*. Valencia: Pre-Textos.
- Kuukkanen, J.-M. (2015). *Postnarrativist philosophy of historiography*. London: Palgrave Macmillan.
- Leerssen, J. (2014). Romanticism, music, nationalism. *Nations and Nationalism*, 20(4), pp. 606-627. <https://doi.org/10.1111/nana.12087>.
- Louw, E. (2016). South African Nation Branding and the World Cup: Promoting Nationalism, Nation Branding, and the Miracle Nation Discourse. In Z. Volcic & M. Andrejevic (Eds.), *Commercial Nationalism: Selling the Nation and Nationalizing the Sell* (pp. 147-161). London: Palgrave Macmillan.
- Lovejoy, A. O. (1983). *La Gran cadena del ser*. Barcelona: Icaria.
- Maclean, M., & FIELD, R. (2014). Performing nations, disrupting states: Sporting identities in nations without states. *National Identities*, 16(4), pp. 283-289. <https://doi.org/10.1080/14608944.2014.930427>.
- Mazower, M. (2018). *Gobernar el mundo: Historia de una idea desde 1815*. Valencia: Barin Libros.
- Meiselman, H. L. (2016). *Emotion measurement*. Duxord: Woodhead.
- Melman, B. (2006). *The Culture of History: English Uses of the Past 1800-1953*. Oxford: Oxford University Press. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/uwsau/detail.action?docID=431118>.
- Mishra, P. (2019). *De las ruinas de los imperios: La rebelión contra Occidente y la metamorfosis de Asia*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Morán, M. L. (2010). Cultura política: Nuevas tendencias en los análisis sociopolíticos. In M. Pérez Ledesma & M. Sierra (Eds.), *Culturas políticas: Teoría e historia* (pp. 87-131). Zaragoza: Institución Fernando el Católico.
- Mouffe, C. (2005). *On the Political*. London: Routledge.
- Müller, F. L. (2011). *Our Fritz: Emperor Frederick III and the Political Culture of Imperial Germany*. Harvard: Harvard University Press.
- Muñoz Tamayo, V. (2016). *Historia de la UDI: Generaciones y cultura política (1973-2013)*. Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad Alberto Hurtado.
- Navajas Zubeldía, C. (2013). Sobre el tiempo histórico. *Historiografías: revista de historia y teoría*, 5, pp. 32-50.
- Neely, M. E. (2005). *The Boundaries of American Political Culture in the Civil War Era*. North Carolina: The University of North Carolina Press.
- Ohara, J. R. M. (2017). Virtudes Epistêmicas na Prática do Historiador: O caso da sensibilidade histórica na historiografia brasileira (1980-1990). *História da Historiografia*, 22, pp. 170-183. <https://doi.org/10.15848/hh.v0i22.1107>.
- Palonen, K. (2017). Concepts and Debates: Rhetorical Perspectives on Conceptual Change. In W. Steinmetz, M. Freeden, & J. Fernández Sebastián (Eds.), *Conceptual history in the European space* (pp. 96-117). New York; Oxford: Berghahn Books.
- Palti, E. J. (2014). The “theoretical Revolution” in Intellectual History: From the History of Political Ideas to the History of Political Languages. *History and Theory*, 53(3), pp. 387-405. <https://doi.org/10.1111/hith.10719>.
- Paul, H. (2016). *La llamada del pasado: Claves de la teoría de la historia*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico.
- Pedersen, S. (2007). What is Political History Now? In D. Cannadine (Ed.), *What is history now?* (pp. 36-56). London: Palgrave.
- Pines, Y. (2012). *The Everlasting Empire: The Political Culture of Ancient China and Its Imperial Legacy*. Princeton: Princeton University Press.
- Pocock, J. G. A. (2009). *Political thought and history: Essays on theory and method*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Quiroga Fernández-Soto, A. (2013). La nacionalización en España. Una propuesta teórica. *Ayer*, 90, pp. 17-38.
- Roberts, D. D. (2017). Postmodernism, Social Science, and History: Returning to an

- Unfinished Agenda. *History and Theory*, 56(1), pp. 114-126. <https://doi.org/10.1111/hith.12008>
- Rodríguez, J. E. (2018). *Political Culture in Spanish America*. Lincoln: UNP - Nebraska.
- Romeo Mateo, M. C., & Sierra Alonso, M. (2014). *La España liberal: 1833-1874*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosanvallon, P. (2003). *Por una historia conceptual de lo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rundell, J. (2017). *Imagineries of Modernity: Politics, Cultures, Tensions*. London: Routledge.
- Rüsen, J. (2005). *History: Narration, interpretation, orientation*. Berghahn Books.
- Sábato, H. (2018). *Republics of the New World: The revolutionary political experiment in nineteenth-century Latin America*. Princeton: Princeton University Press.
- San Narciso Martín, D. (2015). Ceremonias de la monarquía isabelina. Un análisis desde la historia cultural. *REVISTA DE HISTORIOGRAFÍA (RevHisto)*, pp. 191-207.
- Sargent, L. T. (2013). Ideology and Utopia. In M. Freeden & L. T. Sargent (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Ideologies* (pp. 515–529). Oxford: Oxford University Press.
- Seixas, P. C. (2017). Historical Consciousness and Historical Thinking. In M. Carretero, S. Berger, & M. Grever (Eds.), *Palgrave Handbook of Research in Historical Culture and Education* (1st ed., pp. 59-72). London: Palgrave Macmillan UK.
- Sewell, W. H. (2006). Por una reformulación de lo social. *Ayer*, 62, pp. 51-72.
- Simon, Z. B. (2019). Two Cultures of the Posthuman Future. *History and Theory*, 58(2), pp. 171-184. <https://doi.org/10.1111/hith.12108>.
- Skinner, Q. (2007). Motivos, intenciones, interpretación. In R. del Aguila & E. Bocado Crespo (Eds.), *El Giro contextual: Cinco ensayos de Quentin Skinner, y seis comentarios* (pp. 109-126). Madrid: Tecnos.
- Stahl, J. (2016). *Right Moves: The Conservative Think Tank in American Political Culture since 1945*. North Carolina: University of North Carolina Press.
- Steger, M. B. (2009). *The rise of the global imaginary: Political ideologies from the French revolution to the global war on terror*. Oxford: Oxford University Press.
- Stoler, A. L. (2016). *Duress*. Durham: Duke University Press. <http://read.dukeupress.edu/content/duress>.
- Tong, D. (2019). *Introduction to Comparative Political Culture* (1st ed.). Singapore: Springer Singapore.
- Torres, A. T. (2010). *La herencia de la tribu: del mito de la Independencia a la revolución bolivariana*. Caracas: Ed. Alfa.
- Turner, G. (2016). Setting the Scene for Commercial Nationalism: The Nation, the Market, and the Media. In Z. Volcic & M. Andrejevic (Eds.), *Commercial Nationalism: Selling the Nation and Nationalizing the Sell* (pp. 14-26). London: Palgrave Macmillan.
- Van Dijk, T. (2013). Ideology and Discourse. In M. Freeden, L. T. Sargent, & M. Stears (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Ideologies* (pp. 216-241). Oxford: Oxford University Press.
- Velikanova, O. (2018). *Mass Political Culture Under Stalinism* (1st ed.). London: Springer International Publishing; Palgrave Macmillan.
- Walter, J. (2017). *Covenanting Citizens: The Protestation Oath and Popular Political Culture in the English Revolution* (First edition). Oxford: Oxford University Press.
- Welch, S. (2013). *The Theory of Political Culture*. Oxford: Oxford University Press.
- White, H. V. (1992). *El contenido de la forma: Narrativa discurso y representación histórica*. Barcelona: Paidós.
- Wilson, R. J. (2016). *The language of the past*. London: Bloomsbury Publishing Plc.
- Winter, J. (2010). Introduction. The performance of the past: Memory, history, identity.

In K. Tilmans, F. van Vree, & J. Winter (Eds.), *Performing the past: Memory, history, and identity in modern Europe* (pp. 11-34). Amsterdam; Manchester: Amsterdam University Press ; Manchester University Press.



# Populismos\*

## Populisms

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. (2021). Populismos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 292-309.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6076>

Recibido / received: 18/01/2021

Aceptado / accepted: 23/02/2021

### Resumen

La idea de populismo se caracteriza por una polisemia radical que en no pocas ocasiones debilita su capacidad explicativa. La presente voz tiene el objetivo de exponer un doble movimiento para ganar en su comprensión: por un lado, reconstruir la historia, semántica y tipología del concepto, por otro, exponer las líneas generales de la teoría política del filósofo del populismo Ernesto Laclau. Finalmente, sugerimos que el sentido de los populismos está asociado al «nuevo espíritu del capitalismo postmoderno» como una de las formas de expresión del malestar social contemporáneo y que su encarnación política puede dirigirse tanto en una dirección emancipatoria como de «revolución pasiva».

### Palabras clave

Populismos, teoría populista, hegemonía, crisis orgánica, neoliberalismo.

### Abstract

*The idea of populism is characterized by a radical polysemy that on many occasions weakens its explanatory capacity. The present entry has the aim of exposing a double movement to gain understanding: on the one hand, to reconstruct the history, semantics and typology of the concept, on the other, to expose the general lines of the political theory of the philosopher of populism Ernesto Laclau. Finally, we suggest that the meaning of populisms is associated with the «new spirit of postmodern capitalism» as one of the forms of expression of contemporary social unrest and that its political incarnation can be directed in both an emancipatory direction and a «passive revolution».*

\* 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 macroyecto ON Trust-CM (H2019/HUM-5699), Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad, dirigido por José María Sauca Cano (UC3M). Agradecemos el generoso trabajo de los evaluadores anónimos, cuyos valiosos informes han permitido pulir no pocos, ni menores, errores formales del texto.

**Keywords**

*Populism, populist theory, hegemony, organic crisis, neoliberalism.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El problema del fondo y la forma de un *Kampfbegriff*: comunicacionismo, desintermediación, soberanía. 3. Populismos históricos y una caracterización de mínimos. 4. La teoría filosófico-política de Ernesto Laclau. 5. Conclusión.

**1. Introducción**

*Populismo* es, qué duda cabe, una de las palabras que protagonizan la semántica socio-política contemporánea y lo hace, no obstante, atravesada por una ambigüedad, confusión y oscuridad tales que su capacidad explicativa e incluso su validez teórica se ven seriamente mermadas. Aunque pareciera como si todos tuviésemos una intuición sobre a qué nos referimos cuando hablamos de populismo, si intentamos definirlo no tardan en llegar los problemas. Frecuentemente empleado en sentido peyorativo, como un insulto sinónimo de demagogia, irracionalismo o totalitarismo, otras veces usado de manera positiva, celebrado como una suerte de irrupción plebeya fruto de un descontento mayoritario de la población frente a las élites políticas. En nuestras experiencias más cotidianas, medios de comunicación y redes sociales, pero también en debates públicos y reflexiones académicas, somos testigos de cómo «populismo» ha devenido un concepto turbio y enredado, cuya extrema polisemia abarca incluso significados contrapuestos entre sí que se asumen desde perspectivas asimétricas e inconmensurables a través de las cuales es imposible alcanzar un consenso. Hasta tal punto llega la intensa la oscuridad y confusión de la idea populista que decir lo siguiente ya no es (solo) una precaución metodológica, sino un gris lugar común: populismo ha sido estirado y deformado conceptualmente hasta convertirse en una palabra comodín que, supuestamente, serviría para explicar una multiplicidad de acontecimientos históricos, realidades empíricas y objetos teóricos surgidos en contextos espacio-temporales e institucionales profundamente diversos.

A propósito de qué sea el populismo puede haber muchas dudas, mas no así sobre su extensión y colonización de los lenguajes sociales en los últimos años y, especialmente, a partir de la Gran Recesión de 2008 y la irrupción de los neopopulismos. Esto incluye, por supuesto, una inflación académica que afecta al tema en cuestión. A propósito de la misma, Manuel Anselmi (2018, p. 3) recuerda cómo Marco D'Eramo ha destacado el hecho de que los libros y artículos sobre el populismo viene aumentando de forma espectacular: de unas 160 nuevas publicaciones entre 1950 y 1960 pasamos a más de 1500 publicaciones solo entre 1990 y 2000. Y en el siglo XXI, añadimos nosotros, las cifras no han hecho más que aumentar. La base de datos *Scopus* pasa de tener 172 resultados en 2013 a 973 en 2019, los resultados de *Web of Science* ofrecen también un crecimiento considerable: si en 2008 aparecían 106 publicaciones, a partir de 2017 el número se multiplica por diez (1.007 en 2018 y 1.035 en 2019). Congresos, seminarios y talleres se han celebrado en todo el mundo sobre la cuestión populista e incluso ha aparecido una revista académica (a cargo de la prestigiosa editorial Brill) que se dedica de manera exclusiva al tema. Solo el tiempo dirá si estamos ante una burbuja académica o un fenómeno duradero. No obstante, más allá de los muros de las universidades, basta recordar que en 2017 el Diccionario Cambridge eligió «populismo» como su Palabra del Año y las búsquedas en *Google* de este término se dispararon a partir del *Brexit*

y la llegada de Donald Trump al poder, preocupando especialmente cuestiones como «significado de populismo» o «¿qué es populismo?».

## 2. El problema del fondo y la forma de un *Kampfbegriff*: comunicacionismo, desintermediación, soberanía

Desde una perspectiva conceptual, el populismo parece repeler *a priori* cualquier tipo de delimitación gnoseológica hasta el punto de ser una palabra que sirve para cualquier propósito, tanto en la batalla por la hegemonía de la semántica política entre partidos como en la reflexión teórica que busca comprender fenómenos sociales heterogéneos. En cuanto «significante vacío», siempre corre el riesgo de acabar resultando inoperante sea como objeto de estudio o herramienta de investigación. Así, como han señalado Mudde y Rovira Kaltwasser (2017, p. 1) el populismo es «esencialmente un *Kampfbegriff* (término de batalla) político [...] demasiado vago y que se aplica además a cada fenómeno político»<sup>1</sup>. De un modo similar se ha expresado Manuel Anselmi (2018, p. 5) al admitir que la extrema polisemia de la idea populista, dispuesta a adoptar muchas descripciones y de gran ambigüedad, convierte una definición conceptual en la «principal dificultad epistemológica, del mismo modo que tratar de restringirlo dentro de una limitación semántica unívoca y rigurosa es una tarea muy complicada».

En las últimas décadas, diferentes teóricos se han aproximado a la cuestión populista<sup>2</sup>. Los análisis clásicos de Gino Germani (1978) inauguraron una aproximación sistemática a la idea de populismo, centrada en el nacimiento del fascismo y la experiencia peronista, asociando el fenómeno a la convulsa transición de formas sociales tradicionales (elitistas) a la modernidad política (de masas)<sup>3</sup>.

Por su parte, el sociólogo Edward Shils se encargó de rastrear las transformaciones estructurales que afectaban a la esfera institucional y de opinión pública, con especial atención a los cambios en la percepción de los ciudadanos. Según el autor (Shils, 1996), las sociedades individualistas, con sentidos débiles de la fidelidad institucional y, al mismo tiempo, con una esfera pública significativamente desarrollada serían propensas a un tipo de mentalidad populista, de modo que el fenómeno adquiere una dimensión cultural y social, revelándose, así, como un «síntoma» de una sociedad donde los medios de comunicación son centrales y el populismo deviene la forma dominante de expresión política (Anselmi, 2018, pp. 16-17).

Resulta difícil no ver aquí la anticipación de buena parte de algunos de los problemas socio-culturales contemporáneos asociados al populismo (posverdad, noticias falsas, desinformación, etc.) que mostraría el profundo vínculo existente entre el giro digital de nuestras sociedades y el auge de los populismos. A primera vista, la relación entre populismo y redes sociales parece ser algo autoevidente, hasta el punto de que en la revista Forbes llegaron a preguntarse: «¿Han sido las redes sociales la causa del populismo?» (Dans, 2018). Sería ingenuo creer que estamos ante una

<sup>1</sup> Ahora bien, el mismo Cas Mudde ha ofrecido una célebre definición general a propósito del populismo: «Defino populismo como una ideología que considera que la sociedad está en último término separada en dos grupos homogéneos y antagonistas, “el pueblo puro” contra la “elite corrupta”, y que sostiene que la política debe ser una expresión de la *volonté générale* (voluntad general) del pueblo. Populismo, así definido, tiene dos enemigos: el elitismo y el pluralismo» (Mudde, 2004, p. 543). Agradecemos a uno de los evaluadores anónimos la recomendación de esta referencia.

<sup>2</sup> Una panorámica general del debate intelectual a propósito del populismo puede hallarse en los tres primeros capítulos del libro de Moffit (2016).

<sup>3</sup> Como igualmente se hace notar en el cuerpo de texto, por lo que respecta a las menciones de Germani, Shils, Wiles, Canovan, Mény y Surel, seguimos la reconstrucción de la obra de Manuel Anselmi (2018).

relación de causa y efecto, pero no es menos cierto que podemos hallar una serie de afinidades electivas entre ambos fenómenos que permiten descubrir algo relativo a los populismos como, esencialmente, estrategias comunicativas. Si bien es cierto que las redes sociales ofrecen un escenario hiperindividualizado que tiene más que ver con el culto a la autonomía individual del neoliberalismo que con la nostalgia comunitarista de los populismos (Gerbaudo, 2018, p. 748), también resulta adecuado afirmar que el «usuario genérico de redes sociales» funciona como una adaptación postmoderna del «hombre corriente» al que tradicionalmente han apelado los populistas (Gerbaudo, 2015). Las redes sociales y, en general, los nuevos medios coinciden, si es que no fomentan, las condiciones psicológicas y culturales aptas para alimentar un «momento populista». Para iluminar esta cuestión, este fragmento aporta algunas claves al respecto:

[...] suele decirse que las redes sociales representan un canal perfecto para la difusión de los mensajes populistas: primero, los sujetos populistas frecuentemente acusan a los tradicionales medios del sistema de estar controlados por élites políticas *mainstream*, por lo que consideran que las nuevas redes sociales son el único terreno neutral e independiente; segundo, los populistas construyen su credibilidad en los vínculos con la gente ordinaria y apelan a una soberanía popular ilimitada, de forma que la posibilidad de comunicarse directamente con el electorado puede reforzar su imagen de estar cercano a la gente; tercero, las redes sociales son un tipo de comunicación informal que favorecen el lenguaje coloquial basado más en las emociones que en el razonamiento, lo que se acerca al estilo discursivo populista. Por todas estas razones, los populistas esperan movilizar sus votantes y mejorar sus resultados electorales a través de las redes sociales de modo más fácil que los políticos tradicionales (Manucci, 2017, pp. 475-476).

Todas estas novedades socioculturales pueden englobarse bajo el marco teórico más amplio del «giro digital» de nuestras sociedades, un rótulo que, en palabras de Manuel Arias Maldonado, hace referencia al «impacto social de las nuevas tecnologías de la información» y, en concreto, a cuatro fenómenos intrínsecamente ligados:

(i) nuestras vidas están cada vez más mediadas por las tecnologías digitales y la propia subjetividad está cambiando en consecuencia; (ii) las formas tradicionales de organización política, cultural y económica están transformándose por efecto de la digitalización; (iii) la producción y reproducción social del conocimiento se están viendo alteradas y adoptan formas hasta ahora inéditas; y (iv) la digitalización produce ideologías propias que modifican nuestra percepción de la realidad y de nosotros mismos, así como novedosas costumbres y formas de interacción (Arias Maldonado, 2016, pp. 30 y 32).

La alteración de los formatos informativos, la aproximación entre medios de comunicación de masas y formas interpersonales de comunicación, las nuevas preferencias del consumidor/ciudadano y el uso de redes sociales así como los patrones de consumo asociados a los algoritmos (De Vreese, Esser, Aalberg, Reinemann y Stanyer, 2018) han hecho que el giro digital constituya la atmósfera ideal para un momento populista. No es casual en este sentido que Kioupkiolis (2016, pp. 105-106 y p. 112) haya usado el término *tecnopopulismo* para referirse a una de las notas esenciales del partido político español Podemos y su construcción de «pueblo a través de las nuevas redes sociales».

Para concluir con la breve aproximación a las diferentes corrientes intelectuales de estudio del populismo, merece la pena destacar la contribución clásica de Peter Wiles (Ionescu y Gellner, 1969, pp. 166-180; Anselmi, 2018, pp. 20-21) que consistió en desarrollar una serie de características intrínsecas al populismo en cuanto fenómeno político (moralismo, relación mística del líder con las masas, anti-

elitismo, inclinación por las teorías de la conspiración, etc.). La politóloga Margaret Canovan (1981, 1999) ha hablado del populismo como la «sombra de la democracia» y se ha negado a ofrecer una definición unívoca del concepto para, en su lugar, entender las heterogéneas dinámicas históricas y sociológicas del populismo como diferentes modulaciones de la «soberanía popular» en momentos de deslegitimación institucional y crisis democrática (Anselmi, 2018, p. 29). En este mismo sentido, los politólogos Yves Mény e Yves Surel (2001) estudiaron los populismos europeos de los años 90 partiendo del concepto de «soberanía popular», el cual funcionaba al mismo tiempo como deslegitimador del entramado institucional *mainstream* y legitimador de formas de gobierno más directas, en definitiva, un ataque a las instituciones representativas capaz de producir nuevas formas de desintermediación y participación política en el proceso de globalización y la consiguiente transformación de los estados-nación (Anselmi, 2018, pp. 36-37).

Ante una multitud de análisis y teorías, lo cierto es que pretender llegar a un consenso por alcanzar la definición de populismo es una tarea vana, ya que, como ha indicado Jespersen (2017, p. 248), la definición de populismo se trata más bien de una *forma* que de un *contenido*. Sin duda, los ricos análisis de carácter histórico, sociológico o politológico consiguen abundar en una serie de rasgos, fenómenos, estrategias e ideologías nada despreciables, los cuales deben ser un punto de partida imprescindible para la reflexión filosófica. Hagamos una breve genealogía de los movimientos populistas históricos y veamos también una serie de rasgos comunes en estas experiencias para después ofrecer una exposición del marco teórico de Ernesto Laclau, filósofo del populismo.

### 3. Populismos históricos y una caracterización de mínimos

La idea de populismo propiamente hablando, si atendemos al uso contemporáneo de la noción, surge en la segunda mitad del siglo XIX como parte de la semántica política de la sociedad estadounidense (Rochester, 1943) y la Rusia zarista (Venturi, 1952). Se trata de los populismos clásicos o históricos y, si bien son fenómenos que guardan algunas diferencias con los procesos políticos populistas posteriores, en ellos hay ya en germen algunas de las características modelo que veremos recurrentemente en las experiencias que los sucedieron.

Cuando en la Rusia de 1861 se pone fin a la servidumbre, persiste el contexto de pobreza y explotación que lleva el problema campesino al corazón de los debates públicos. La *intelligentsia* se divide en dos corrientes enfrentadas: los occidentalistas (como Herzen, Chernishevski o Turgueniev), conocedores de los avances filosóficos y científicos de los países europeos y defensores de sus incipientes democracias liberales, confiaban en que los valores de la Ilustración y la burguesía eran los únicos capaces de sacar a Rusia de su (supuesto) atraso aunque ello se hiciera en contra de las propias tradiciones y fundamentos culturales. En lugar de apelar al «espíritu del pueblo ruso», estos pensadores confiaban en «las luces de la razón» como guía para el futuro. Por su parte, los eslavófilos (Aksakov, Dostoyevski, Kireyevski, entre otros) eran partidarios de ahondar en las formas tradicionales de organización del campesinado ruso, cuyo paradigma es la *obschina* o *mir*, así como un rechazo de toda importación de ideas europeas, las cuales, por abstractas y «racionalistas», eran contrarias al espíritu del «sencillo» pueblo ruso y su profunda fe ortodoxa. Si el problema nacional tenía solución, esta pasaría por apagar las luces de la razón y dirigir la mirada a las tradiciones y valores del pueblo ruso<sup>4</sup>. De esta encrucijada surgieron los *narodniki*, un movimiento populista que buscaba en el «pueblo» la

<sup>4</sup> Nos permitimos remitir, a quien le interese profundizar en esta cuestión, a nuestro Sánchez Berrocal (2016).

salvación nacional (Walicki, 1973, 1989). A pesar de sus aspiraciones iniciales, este movimiento intelectual que pretendía ganarse la confianza del pueblo optó, pocos años después de su fundación, por la inclusión de nihilistas y anarquistas dentro de él, pasando a la defensa del terrorismo como el único instrumento que posibilitaría alcanzar los fines políticos deseados.

La experiencia populista rusa fue, en términos generales, un fracaso, pero dejó un legado de protestas y reclamos que se haría irrenunciable durante los próximos años y animó el descontento y la rabia de unos campesinos que, por primera vez en su historia, habían encontrado el apoyo de intelectuales y publicistas en su lucha contra el autoritarismo zarista y las pobres condiciones económicas. Por lo que respecta al hilo general de este breve recorrido por el populismo, lo que nos interesa fijar es la idea de que el pueblo resulta ser el sujeto político (en realidad, moral) por excelencia. Se trazan así los perfiles de una de las notas esenciales del populismo, como veremos más adelante.

Por su parte, el populismo estadounidense tiene algunas peculiaridades que merecen nuestra atención. Suele hablarse de Andrew Jackson («*The Man of the People*»), un militar sin formación política que accedió a la presidencia en 1829, como un referente fundacional. Según Redondo Rodelas (2017, pp. 83-84) fueron cuatro los rasgos populistas que Jackson introdujo en la sociedad estadounidense: 1) la idea de un relato simpático entre un pueblo humilde y un líder *outsider* que se considera su espejo, a través de los ejemplos de superación y lucha contra las adversidades; 2) el rechazo del Banco Nacional como institución corrupta y depósito de los «privilegios» de una clase política alejada del pueblo; 3) la intención de acercar la burocracia estatal a los deseos del «hombre común» a través del llamado *spoils system*; 4) el uso generalizado de publicistas y creadores de opinión que, repartidos en diferentes cargos públicos, vulgarizaron la política al servicio de las masas con un discurso panfletario.

Más allá de los contextos rusos y estadounidenses del siglo XIX, el populismo adquiere en el siglo siguiente una fuerza sin precedentes en diversas regiones de toda América Latina, con los gobiernos de Getúlio Vargas en Brasil y Juan Domingo Perón en Argentina. La idea paternalista del Estado y de su máximo representante, el presidente, favoreció una imagen del líder como caudillo y guardián de la justicia social, no en pocas ocasiones a través de la demagogia y grandes dosis de carisma (Barros, 2014, p. 300). Además, inspirados por una visión corporativista del Estado, estas experiencias populistas se consideraron «más allá» del liberalismo (juzgado como una realidad decimonónica incapaz de movilizar a las fuerzas populares y nuevos actores políticos) y del comunismo (interpretado como una amenaza colectivista de la que se necesitaba ser salvado). Así lo sintetiza Loris Zanatta cuando dice:

El horizonte ideal del populismo latinoamericano permanece, a pesar de todo, en la colaboración entre las clases y los «cuerpos sociales» en el interior de una comunidad de la que ha rígidamente delimitado las fronteras, una especie de tercera vía de tendencia corporativa e imaginario organicista (Zanatta, 2008, p. 38).

Con la caída de la Unión Soviética y el acercamiento de algunos países latinoamericanos al «Consenso de Washington», la presencia del Estado empezó a verse como un ente corrupto que necesitaba un cambio radical. Pero el populismo no desaparece, sino que conoce una renovación con figuras como Alberto Fujimori (Perú) o Carlos Menem (Argentina). Además, la desconfianza en el socialismo no se extendió por todos los países del continente y, algunos, incorporaron la retórica anticapitalista con peculiaridades propias de los movimientos indígenas, como fue el

caso de Venezuela, con Hugo Chávez, o Bolivia, con Evo Morales. En ambos tipos de populismo, sin embargo, se dio una idea común de que la mera gestión estatal no conectaba con éxito con las ansias de soberanía por parte del pueblo, requiriendo, así, formas de organización y de actividad política que desbordaran los cauces institucionales hasta entonces empleados.

Desde este impulso animado por la idea de soberanía popular, la democracia deja de ser un mero mecanismo representativo para encarnar la esencia misma de la voluntad de un pueblo que, a través de referéndums, se propone transformar por completo el modelo social hasta entonces vigente. Es sintomático en este sentido que Rafael Correa en Ecuador, Hugo Chávez en Venezuela y Evo Morales en Bolivia convocasen asambleas constituyentes para la creación de nuevas constituciones bajo la óptica de lo que la investigadora Micaela Alterio (2016, pp. 67-68) ha denominado «constitucionalismo popular», caracterizado por la flexibilidad de la constitución, la interpretación de la misma más allá del poder judicial y los intentos de introducir mecanismos de democracia directa e intervención en las instituciones bajo un refuerzo de los lazos entre derecho y política.

Si la noción de populismo está atravesada de sentidos tan diferentes que se oponen entre sí, difícilmente podría decirse que existe un consenso sobre su significado y ello depende, en buena medida, de las tesis ideológicas que asuman los implicados en definirlo. Como hemos visto, el populismo resulta ser, por sí mismo, polisémico, y en no pocas ocasiones se asume desde dentro y a la contra desde perspectivas asimétricas. Dada la problematicidad interna de la idea de populismo y tras haber dado cuenta de los problemas semánticos y el recorrido histórico, un modo de resolver provisionalmente el problema de su descripción pasa por elaborar un perfil de mínimos que recopile una serie de rasgos definitorios, no tanto a modo de condiciones necesarias sino como una lista funcional o metodológica, con un objetivo meramente de carácter rapsódico (como diría Kant de Aristóteles a propósito de sus categorías)<sup>5</sup>.

1) La sombra de la democracia. El populismo no niega la democracia, sino que la presupone: surge en ella como una modificación (a modo de «reverso oscuro», dirían sus opositores; de «regeneración», sus partidarios) que, en muchas ocasiones, pide precisamente «más democracia». En este sentido, el populismo se acerca a la idea de demagogia que expuso Aristóteles en su *Política*, una forma corrupta de la democracia donde impera el «la opinión de la mayoría numérica» (Aristóteles, 1988, p. 373 [1318a]), cuyas pasiones y sentimientos marcan el itinerario político de aquellos demagogos que «llegan al extremo de hacer al pueblo soberano incluso de las leyes» (Aristóteles, 1988, p. 303 [1305a]). En líneas generales, esta sería la lectura liberal de los fenómenos populistas contemporáneos, en cuanto movimiento que

tiende a adoptar formas institucionales y una reorganización política del Estado que modifican, e incluso destruyen, la democracia constitucional a través de la centralización del poder, el debilitamiento del sistema de controles y contrapesos, el desprecio hacia toda oposición política y la transformación de las elecciones en un plebiscito para refrendar al líder (Urbinati, 2015, p. 2).

2) La antipolítica. Entendida esta como un discurso que pone en duda o niega el éxito de los partidos políticos y las instituciones gubernamentales tradicionales. Los líderes populistas se presentan a sí mismos como surgidos «al margen del Sistema», frente a un *establishment* en descomposición que solo piensa en su propio beneficio. Los líderes populistas «no se meten en política», sino que se presentan como agentes

<sup>5</sup> Lo que sigue hasta la sección 4 es una exposición literal, aunque con modificaciones menores y nuevas referencias añadidas, del decálogo que presentamos en nuestro Sánchez Berrocal (2020, pp. 158-160).

externos, dinamizadores y renovadores del escenario social «más allá de las ideologías» y de la coyuntura política vigente. En un artículo sobre el populismo de Berlusconi firmado por Jorge del Palacio Martín (2017, p. 243), leemos frases pronunciadas por *Il Cavaliere* como «no hago, no he hecho, ni haré jamás nada que sea motivado puramente por razones de profesionalismo político o de partido»; «soy simple, no conozco la política con sus trampas y sus arabescos»; «os digo que es posible terminar con una política de chácharas incomprensibles, de disputas estúpidas y de politicastos sin oficio». Este carácter «antipolítico» del populismo lleva a Éric Fassin a precisar que la alternativa ideológica siempre se encuentra en un segundo lugar, de modo que «en la estrategia populista de izquierdas, con la oposición sociológica entre las élites y el pueblo, el populismo está primero; solamente se presenta “cualificado” por el término de izquierdas» (Fassin, 2018, p. 46).

3) La polarización. El populismo crea, fomenta y requiere de una división del escenario político entre bloques irreconciliables, que termina por suprimir el valor de diversas organizaciones e instituciones intermedias, tanto a nivel de partido — creándose un vacío entre el líder y sus seguidores— como de gobierno — favoreciendo y concentrando los poderes ejecutivos—. Cuando esta retórica se agudiza hasta sus máximas consecuencias, *in primis* como proceso comunicativo más que efectivo, se llega a presentar la distinción entre «amigo» y «enemigo» (según la célebre fórmula de Schmitt) como esencia última de la política. Este reduccionismo puede darse de muy distintas maneras: «los de aquí» vs. «los de fuera»; «la gente decente» vs. «la casta»; etc., pero siempre suprimiendo cualquier distinción dentro de los grupos antagónicos que, como bloques homogéneos, componen el «campo de batalla» político o, por decirlo *à la* Laclau y Mouffe, crean los «efectos de frontera». Marco Revelli da cuenta de esta situación de un modo muy ilustrativo:

El primer factor común a todos los populismos es, naturalmente, la centralidad absorbente que asume [en el populismo] la referencia al pueblo, entendido en su dimensión «caliente» de comunidad viva, casi una especie de entidad pre-política y pre-civil, al modo de un «estado de naturaleza» rousseauniano. Una entidad orgánica, que ciertamente no admite dentro de sí distinción alguna, ya que son interpretadas como divisiones culpables y perjudiciales. Y que funda una particular concepción del conflicto político: no la tradicional dialéctica «horizontal» entre las diversas culturas políticas en las que se articula la ciudadanía, siendo el par derecha-izquierda el ejemplo más evidente, sino el conflicto —incluso la contraposición— «vertical» entre la totalidad del pueblo en su incontaminada pureza originaria y de una entidad que se coloca, injustamente, sobre él (una élite usurpadora, una camarilla de privilegiados, un poder oculto) o quizás, desde abajo (los inmigrantes, los extranjeros, las comunidades gitanas...). Cualquier elemento «extraño» y «hostil» que, en cuanto polo negativo de la nueva dialéctica política, por un lado confirma, plásticamente, la unidad del pueblo «verdadero» y, por otro lado, esta contraposición determina un giro de noventa grados en la geografía del conflicto: de la espacialidad horizontal, típica de la modernidad inaugurada por la Revolución Francesa en la que los protagonistas del conflicto —al menos del político, entre *citoyens*— estaban en condiciones de igualdad (ideas diferentes pero no de jerarquías distintas), a la espacialidad vertical, donde prevalece la lógica «alto-bajo» y donde los protagonistas del conflicto pertenecen a niveles diferentes y, en cierto modo, a mundos vitales opuestos (Revelli, 2017).

4) La postulación de un sujeto colectivo moralmente virtuoso frente a otro de naturaleza corrupta. Dentro de este esquema de la polarización extrema y la dialéctica amigo-enemigo, una de las notas esenciales del populismo es apelar al «pueblo» como sujeto colectivo virtuoso que un líder o un movimiento dicen representar frente a los intereses de una oligarquía corrupta (por ejemplo, «la casta», como hemos oído los últimos años en España e Italia). De este modo, lo que sucede es que frente a un «nosotros» existe siempre un «ellos» donde se juega una especie de batalla definitiva

entre el Bien y el Mal cargada de contenidos maniqueos y un marcado tono teológico-moralista que excede el campo estricto de variables políticas.

5) El populismo surge en situaciones de crisis (real o percibida) del sistema político vigente. Las formas discursivas de «resolver» tal escenario de crisis orgánica pasan por postular un pasado mítico al que volver («la Francia soberana», «la gran América») o un futuro iluminador («la patria socialista», «el país para la gente decente»). Se producen, por tanto, operaciones teóricas de desplazamiento de la realidad efectiva para situarla en un tiempo que, gracias a la «esperanza» de un pueblo y a la determinación de sus líderes populistas, llegará tarde o temprano.

6) El papel central del líder. Una de las características esenciales de los populismos es la existencia de un liderazgo carismático cercano al caudillaje y de marcado carácter paternalista donde un líder se presenta como el guía del pueblo, capaz de entender sus demandas y necesidades mejor que otras organizaciones políticas. En este sentido, el liderazgo populista sería un caso extremo del «personalismo político» que tanto se ha intensificado los últimos años: los ciudadanos no se relacionan con el espacio público a través del partido, ni mucho menos atendiendo a los programas electorales, sino a través de la adhesión emocional a un líder carismático capaz de guiarlos sin más mediaciones. Así, el liderazgo populista contemporáneo podría verse como el «espejo» de otra experiencia a nivel subjetiva y de patrones de conducta política y que afecta a la individualización y personalización de la política:

La fragmentación social y el declive de las lealtades de grupo han dado lugar a una era de política personalizada en la que la expresión individual ocupa el lugar de los marcos de acción colectiva en el apoyo de causas políticas. El auge de las formas personales de participación política es, quizás, el cambio definitorio de la cultura política de nuestra era. [...], el periodo reciente ha sido testigo de diversas movilizaciones en que los individuos eran movilizados alrededor de valores y estilos de vida personales que engarzaban con diversas causas [...] (Lance Bennett, 2012, p. 37).

7) La desaparición de las formas tradicionales de mediación política. Es una de las notas fundamentales del populismo el desprecio por los elementos mediadores y los sistemas de contrapeso de las democracias «liberales» como los partidos, sus listas cerradas, las elecciones cada un número determinado de años, etc., pero también las estructuras colectivas (sindicato, partido, etc.) propias de la izquierda comunista que pasan a ser consideradas «rigideces» que no permiten expresar la voluntad individual. En su lugar, estos cauces tradicionales de acción política se sustituyen por asambleas populares, democracia directa y referéndums (habitualmente a través de redes sociales), en los cuales se haría oír la «voz del pueblo», sustancia última de decisión.

8) El discurso del populismo es marcadamente ambiguo y se alimenta, en ocasiones, de teorías conspirativas. Como estilo político o estrategia comunicativa, el populismo es esencial y necesariamente equívoco: a la vez que propone distinciones tajantes y reduccionistas ofrece, al mismo tiempo, un repertorio de diagnósticos y soluciones que resulta turbio e indeterminado. Además, el discurso populista puede mutar —en cuestión de poco tiempo— hasta «traicionar» las posiciones ideológicas de partida. Esto es así porque el populismo es más un «estilo» o una «forma» virtualmente abierta a contenidos muy diversos que debe tener un alcance «total» (pues teóricamente el sujeto representado es «el pueblo» mismo) y, por tanto, fácilmente adaptable a situaciones políticas y clases sociales muy diversas. En el populismo, las concepciones del mundo y los programas políticos sustantivos se

vaporizan o pierden su relevancia clásica, adoptando estilos discursivos y marcos de interpretación de la realidad «nihilistas» o, al menos, «relativistas».

9) La intensa moralización de la vida pública y la cultura política. Jan-Werner Müller (2016) ha llegado a definir el populismo como una «particular imaginación moralista de la política». En este sentido, se explica como una tendencia de la denominada «crítica romántica» donde la indefinición política (abandono de las variables «clásicas» como Estado, partido, ideologías, etc.) se suple con una moralización excesiva de campos y dimensiones *a priori* no exclusivamente éticos. Según una fórmula de Nicolao Merker (2009, p. 92), el populismo podría definirse como la doble experiencia de un «hiperbólico edificio moral y [una] pobreza en el horizonte específicamente político».

#### 4. La teoría filosófico-política de Ernesto Laclau

Los problemas sobre la definición conceptual del populismo, su genealogía y las características a él asociadas pueden contribuir a una mayor aclaración del fenómeno, pero como decíamos este seguiría siendo en gran parte un enigma si no es tratado desde la reflexión filosófica. De todas las aproximaciones teóricas, la más célebre y la que cuenta con el mérito de haber tomado en serio al populismo desde coordenadas filosóficas es la teoría política de Ernesto Laclau, a su vez una brújula estratégica para movimientos populistas de izquierdas, especialmente en el caso argentino, con el kirchnerismo, o el español, con Podemos. En las próximas páginas trataremos de ofrecer una exposición general de la génesis, evolución y consolidación del populismo como objeto teórico en la trayectoria intelectual de Ernesto Laclau.

En los primeros textos de Laclau encontramos una serie de intervenciones en debates y coyunturas que prefiguran algunos de los grandes temas de su obra. Así, la discusión sobre la teoría marxista del Estado, la reflexión a propósito de la naturaleza del peronismo o la investigación sobre el estatuto teórico del «populismo» en las Ciencias Sociales. Un hilo conductor de estos temas es que suponen objetos de estudio que desafían a las categorías tradicionales del marxismo clásico. Nos centraremos, sin embargo, en el itinerario que comienza con una transición, la que tiene lugar cuando el teórico argentino pasa de ejercer como historiador y deviene catedrático de Teoría Política en la Universidad de Essex. La constelación de problemas anteriormente mencionados no desaparece, pero pasa a ocupar un segundo plano que, a su vez, nutre algunas de las reflexiones del que será su primer libro: *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo* (1978).

En uno de los ensayos de esta obra, al teórico argentino no le preocupa tanto describir los elementos de una crisis (la que dio origen al fascismo) como ante todo explicar su razón interna. En su investigación sobre los diferentes componentes ideológicos del fascismo, Laclau llega a una conclusión que se convertirá en uno de los motivos centrales de su filosofía y que entonces ya suponía toda una declaración de intenciones frente al marxismo:

aceptar que los «elementos» ideológicos considerados aisladamente no tienen ninguna necesaria connotación de clase y que esta connotación es sólo el resultado de la articulación de estos elementos en un discurso ideológico concreto. Lo cual significa que la precondition para analizar la naturaleza de clase de una ideología es interrogarnos por aquello que constituye la unidad distintiva de un discurso ideológico (Laclau, 1978, p. 111)

Es aquí donde empieza a abrirse camino otro motivo que acabará siendo central en su filosofía populista: la diferencia entre interpelaciones de clase e interpelaciones popular-democráticas. Y es Louis Althusser quien ofrece la clave para profundizar en esta cuestión con su más célebre contribución al estudio de las ideologías: «la concepción según la cual la función fundamental de toda ideología consiste en interpelar/constituir a los individuos como sujetos» (Laclau, 1978, p. 112). A la teoría de la interpelación, Laclau añade la siguiente precisión: quien ofrece «el principio unificador de un discurso ideológico es el “sujeto” interpelado y así constituido a través de ese discurso» (Laclau, 1978, pp. 113-114). Se consuma así el gesto teórico que abrirá las puertas de la teoría populista por lo que respecta al enfoque ideológico: no atender a la composición de clase del sujeto interpelado, sino a las estructuras interrelativas mismas que lo constituyen como tal.

En este momento de su obra, Laclau conserva buena parte de las intuiciones marxistas de sus primeros años, pero ha avanzado duplicando el campo de juego introduciendo un doble nivel de contradicción (abstracción/concreción, modos de producción/lucha política e ideológica, clase/pueblo, etc.) entre la ideología de clase y la ideología popular-democrática, donde esta última tiene un carácter prevalente:

El «pueblo» es una determinación objetiva del sistema, que es diferente de la determinación de clase: el pueblo es uno de los polos de la contradicción dominante en una formación social, esto es, una contradicción cuya inteligibilidad depende del conjunto de las relaciones políticas e ideológicas de dominación y no sólo de las relaciones de producción. Si la contradicción de clase es la contradicción dominante en el nivel abstracto del modo de producción, la contradicción pueblo/bloque de poder es la contradicción dominante al nivel de la formación social (Laclau, 1978, p. 122).

En una nota al pie más adelante dirá incluso «sólo a través de este tipo de articulación [popular-democrática] la ideología de una clase puede presentarse como ideología hegemónica» (Laclau, 1978, p. 124, n. 37). «Hegemonía» es probablemente la clave de bóveda de la teoría de Laclau, pero en este texto su formulación solo alcanza a ser definida como «desarticulación de la ideología burguesa y articulación de sus elementos democráticos a la ideología de la clase obrera» (Laclau, 1978, p. 124). En sus obras posteriores hegemonía, como populismo, dejará de ser una doble articulación entre interpelaciones de clase e interpelaciones populares, y acabará transformándose en una forma de construcción de lo político y, finalmente, en la forma por excelencia.

En el seno de la contradicción pueblo/bloque de poder será donde Laclau introduzca la idea de tradiciones populares como un elemento fundamental que difiere de la mera lucha de clases. ¿Qué son estas tradiciones populares? La intuición de Laclau es que todas las resistencias históricas de las clases subalternas «representan la cristalización ideológica de la resistencia a la opresión en general, es decir, a la forma misma del Estado» (Laclau, 1978, p. 194). Más adelante afirmará, incluso, el siguiente caso límite: «La resolución de la contradicción “pueblo”/bloque de poder sólo puede consistir en la supresión del Estado en tanto fuerza antagónica respecto al pueblo» (Laclau, 1978, pp. 230-231). Una vez identifica tradición popular con supresión del Estado, está en condiciones de ofrecer una doble articulación entre contradicciones de clase (socialismo) y contradicciones populares (populismo):

El «populismo» surge en un campo ideológico específico: el constituido por la doble articulación del discurso político. La tensión dialéctica entre el «pueblo» y las clases determina la forma de la ideología, tanto de los sectores dominantes como de los sectores dominados. Las metamorfosis del «pueblo» consisten en sus diversas formas de articulación con las clases. En tanto «pueblo» y clases constituyen polos de contradicciones diferentes, pero igualmente constitutivas del discurso político, ambos

están presentes en el mismo. Pero mientras la contradicción de clase determina el principio articulador de dicho discurso, aquello que le da su singularidad específica en un campo ideológico determinado, la segunda representa un momento abstracto que puede existir articulado a los más diversos discursos de clase (Laclau, 1978, p. 228).

Este esquema dual queda abandonado a medida que Laclau se aleja definitivamente del marxismo, cuestión que no es un mero dato de su biografía intelectual, sino una realineación de coordenadas teóricas que da lugar a un nuevo vocabulario filosófico con consecuencias teóricas y estratégicas. El marco general de esta nueva semántica es el de una ontología general de carácter postestructuralista que se fundamenta en el psicoanálisis lacaniano. Laclau era consciente de que usar estas herramientas conceptuales implicaba asumir la condición postmoderna con todas sus consecuencias, algo que, a su juicio, lejos de bloquear las posibilidades emancipadoras de su teoría, abría nuevos escenarios para la democracia radical: «Lejos de percibir la “crisis de la razón” como un nihilismo que lleva a abandonar cualquier proyecto emancipatorio, creemos que se abren oportunidades sin precedentes para una crítica radical a todas las formas de dominación» (Laclau, 1990, pp. 3-4). Ese proyecto emancipatorio como política radical recibirá un nombre: populismo.

En 1985, con la publicación de *Hegemonía y estrategia socialista* como obra fundamental de la corriente postmarxista, se abre definitivamente el camino a una renovación de la denominada «política radical» bajo la forma de una teoría populista. Sus autores, Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, abrazan el programa filosófico de la deconstrucción radical (de la categoría de sujeto, de las «tesis epistemológicas» de la Ilustración) y el giro discursivo-lingüístico de la filosofía postestructuralista (crítica del esencialismo, «el nuevo papel asignado al lenguaje en la estructuración de las relaciones sociales»). En este momento, Laclau ha abandonado las coordenadas marxistas y nuevas influencias profundamente heterogéneas empiezan a tomar forma en su obra, la cual se presenta no solo como una superación del marxismo, sino de todo el pensamiento moderno, «ya que es sólo a través de una crítica del racionalismo y del esencialismo como es posible dar cuenta, de manera adecuada, de la multiplicidad y diversidad de las luchas políticas contemporáneas» (Laclau y Mouffe, 1987, p. ix). El hilo conductor de esta nueva aventura intelectual será el concepto de hegemonía, tanto en su evolución dentro de la teoría marxista como en su especificidad en cuanto fundamento de toda teoría política. Hegemonía, en realidad, es en esta etapa un sinónimo de populismo:

«Hegemonía» hará alusión a una totalidad ausente y a los diversos intentos de recomposición y articulación que, superando esta ausencia originaria, permitieran dar un sentido a las luchas y dotar a las fuerzas históricas de una positividad plena. Los contextos de aparición del concepto serán los contextos de una falla (en el sentido geológico), de una grieta que era necesario colmar, de una contingencia que era necesario superar. La «hegemonía» no será el despliegue majestuoso de una identidad, sino la respuesta a una crisis (Laclau y Mouffe, 1987, p. 8).

*La razón populista* (2005) se trata de la obra más célebre de Ernesto Laclau en su última etapa intelectual y contiene, aunque con un considerable reciclaje de posiciones teóricas previamente formuladas, la exposición más madura de su investigación sobre el populismo. El libro nace como una exploración de la lógica de formación de identidades colectivas, el populismo como modo de construcción de lo político y, acaso en último término, una brújula estratégica que ofrece sugerencias para la acción práctica. El inicio del mismo recupera un motivo que ya preocupaba al joven Laclau en la década de 1970, a saber, la reivindicación del populismo como un

objeto de estudio legítimo en igualdad de condiciones con otros que no sea, por tanto, relegado a «lo marginal» o «lo residual» de la teoría política:

podemos afirmar que para progresar en la comprensión del populismo, es una condición sine qua non rescatarlo de su posición marginal en el discurso de las ciencias sociales, las cuales lo han confinado al dominio de aquello que excede al concepto, a ser el simple opuesto de formas políticas dignificadas con el estatus de una verdadera racionalidad. Debemos destacar que esta relegación del populismo sólo ha sido posible porque, desde el comienzo, ha habido un fuerte elemento de condena ética en la consideración de los movimientos populistas. El populismo no sólo ha sido degradado, también ha sido denigrado. Su rechazo ha formado parte de una construcción discursiva de cierta normalidad, de un universo político ascético del cual debía excluirse su peligrosa lógica (Laclau, 2005, p. 34).

Esta reivindicación inicial no es solo una lamentación por el papel del populismo en la filosofía política y las ciencias sociales, sino una premisa metodológica que ayudará a comprender verdaderamente el fenómeno. El primer paso laclauiano pasa por incorporar una nueva fuente en su trayectoria intelectual: la psicología de masas. En estas páginas, Ernesto Laclau se ocupa de una investigación sobre la naturaleza de los sentimientos y la inserción de emociones en estructuras colectivas. Esta nueva aportación teórica no es del todo excéntrica si tenemos en cuenta que posteriormente Laclau volverá a poner el foco en la centralidad de lo afectivo en todo proceso de identificación política. Por lo que respecta a la psicología de masas, de este modo puede resumirse tal nueva inspiración:

Cualesquiera que fueran sus defectos, la psicología de las masas había tocado algunos aspectos de crucial importancia en la construcción de las identidades políticas y sociales, aspectos que no se habían tratado apropiadamente antes. La relación palabras/imágenes, el predominio de lo «emotivo» por sobre lo «racional», la sensación de omnipotencia, la sugestionabilidad y la identificación con los líderes, etcétera, constituyen rasgos reales del comportamiento colectivo. El hecho de concentrarse en ellos fue la contribución más original de la teoría de las masas a la comprensión del actor social y de la acción social (Laclau, 2005, pp. 59-60).

Ahora bien, según Laclau esta corriente intelectual no fue capaz de desarrollar al máximo sus potencialidades debido a su carácter antipopular y al gesto teórico que relegaba las emociones al campo de «lo patológico», aquello contrario de «lo normal». Esto se tradujo en diversos prejuicios negativos que no permitieron llegar a todas las consecuencias que su objeto de estudio prometía ofrecer. El teórico argentino, por tanto, consciente de la necesidad de ir un paso más allá de estos dualismos encontrará el impulso necesario en el psicoanálisis de Sigmund Freud. En este caso, la principal pregunta afecta a la naturaleza misma del lazo emocional establecido entre los miembros de un grupo y su líder bajo la óptica del «enamoramamiento»: «los lazos emocionales que unen al grupo son, obviamente, pulsiones de amor que se han desviado de su objetivo original y que siguen, de acuerdo con Freud, un modelo muy preciso: el de las identificaciones» (Laclau, 2005, p. 77). Así, el líder sería una especie de «yo ideal» que presenta rasgos comunes con sus seguidores y permite la identificación entre él y la masa.

«Todo gira en torno de la noción clave de identificación» (Laclau, 2005, p. 87), piensa Laclau, por lo que respecta a la fundación de una teoría de las emociones políticas. Pero el teórico argentino vuelve, además, sobre algunos de los temas de *Hegemonía y estrategia socialista* que le servirán de premisas ontológicas para su estudio sobre el populismo. Las tres categorías centrales del análisis son: 1) discurso: «El discurso constituye el terreno primario de constitución de la objetividad como tal» (Laclau, 2005, p. 92); 2) significantes vacíos y hegemonía, que ahora consistiría en

«la operación por la que una particularidad asume una significación universal inconmensurable consigo misma», sin olvidar cómo «la identidad hegemónica pasa a ser algo del orden del significante vacío, transformando a su propia particularidad en el cuerpo que encarna una totalidad inalcanzable» (Laclau, 2005, p. 95); 3) retórica: «Existe un desplazamiento retórico siempre que un término literal es sustituido por otro figurativo» (Laclau, 2005, p. 95).

Identificación, retórica, significantes vacíos y hegemonía. Con estos ingredientes para el análisis, Laclau está en posición de presentar una nueva definición del que fue el problema fundamental de su teoría política: en qué consiste una práctica articuladora populista. Para ello, toma como punto de partida la que considera la unidad más pequeña de análisis: la demanda social. A su juicio, existen dos tipos: por un lado, aquella que «satisfecha o no, permanece aislada, la denominaremos demanda democrática», por otro lado, a la «pluralidad de demandas que, a través de su articulación equivalencial, constituyen una subjetividad social más amplia, las denominaremos demandas populares» (Laclau, 2005, p. 99). Pues bien, la emergencia de demandas que en principio están aisladas debe concluir en algún tipo de vínculo, ya que solo entonces, cuando se forma una equivalencia entre demandas, estaríamos ante el surgimiento de una voluntad colectiva: «El surgimiento del pueblo requiere el pasaje —vía equivalencias— de demandas aisladas, heterogéneas, a una demanda “global” que implica la formación de fronteras políticas y la construcción discursiva del poder como fuerza antagónica» (Laclau, 2005, p. 142).

En realidad, solo ha habido un cambio de términos: lo que en los años de *Hegemonía y estrategia socialista* se llamaban «luchas» o «posiciones de sujeto» (populares o democráticas) ahora pasan a denominarse «demandas». Pero así alcanza Laclau a dar una nueva definición de «pueblo»: la cristalización de una cadena equivalencial de demandas. En este momento, el carácter pandiscursivista de los agentes sociales es ya absoluto: las demandas no solo precederían al grupo que las expresa, sino que, de hecho, lo construyen como tal: «La unidad del grupo es simplemente el resultado de una sumatoria de demandas sociales» (Laclau, 2005, p. 278).

El carácter constitutivo de la demanda social aporta ahora los dos aspectos más relevantes de todo proceso populista: por un lado, la existencia misma de «pueblo» como voluntad colectiva; por otro lado, la demarcación de una frontera entre el pueblo y el bloque de poder. Ahora bien, Laclau nos advierte de que la dispersión de demandas fragmentadas puede tener dos destinos. Estas dos posibilidades consisten en lo siguiente: en el caso de que se afirme la particularidad de una demanda, diferenciándola así de las demás, estaría funcionando una «lógica de la diferencia» a través de la cual el bloque de poder consigue asumir las demandas individualizadas, disolviendo el vínculo entre ellas y desarticulando al pueblo. Esto, en realidad, no es más que una traducción postmoderna del concepto gramsciano de transformismo. El caso de construcción de lo social propiamente populista sería, al contrario, aquel en que la demanda supera su particularidad y asume lo que tiene en común con otras a través de una «lógica de la equivalencia», la que permite trazar fronteras antagónicas y, por lo tanto, la experiencia populista como tal, esa que abre una «brecha en la continuidad del espacio comunitario resultante de que la *plebs* se presenta a sí misma como la totalidad del *populus*» (Laclau, 2005, p. 122).

Veamos el cuadro teórico general de la última formulación de la teoría populista. Destaca, en primer lugar, la importancia de la retórica elevada a una suerte de ontología fundamental, ya que cualquier tipo de identidad popular debe pasar por «algunos significantes (palabras e imágenes) que se refieren a la cadena equivalencial como totalidad» (Laclau, 2005, p. 125), fenómeno que Laclau identifica

con la *catacresis*<sup>6</sup>. Observamos, también, cómo la investigación sobre las emociones en política y la psicología de masas permiten dar «el paso final» o requisito último de toda construcción popular, ya que el pegamento de las demandas es siempre de naturaleza afectiva o, en sentido psicoanalítico, una investidura, lo que Laclau llama «nombrar», «nominación», o «investidura radical», un proceso de «sublimación» donde el significado se separa del significante. De esta combinación entre retórica y psicoanálisis obtenemos la nueva definición de operación hegemónica como la reconstrucción parcial y contingente de una totalidad anhelada (el pueblo, lo social) que se constituye al transferir pulsiones a objetos parciales que asumen el papel de «totalidades míticas» (concepto que toma de Georges Sorel):

En términos políticos, esto es exactamente lo que hemos denominado una relación hegemónica: una cierta particularidad que asume el rol de una universalidad imposible. Es porque el carácter parcial de estos objetos no es resultado de una narrativa particular, sino que es inherente a la propia estructura de la significación, que el objeto a de Lacan constituye el elemento clave de una ontología social. El todo siempre va a ser encarnado por una parte (Laclau, 2005, p.147).

Desde esta nueva ontología política, resulta imposible considerar el populismo meramente un movimiento o una ideología, se trata a juicio de Laclau de toda una lógica de lo político cuando se unifican demandas heterogéneas en oposición radical a un bloque de poder. El populismo alcanza, así, a «cualquier institución o ideología», porque es «es una cierta inflexión de sus temas lo que la hace populista, no el carácter particular de la ideología o institución a ellos vinculados» (Laclau, 2005, p. 157)<sup>7</sup>. Nos recuerda Laclau más adelante que «no existe ninguna intervención política que no sea hasta cierto punto populista», ahora bien, «esto no significa que todos los proyectos políticos sean igualmente populistas, eso depende de la extensión de la cadena equivalencial que unifica las demandas sociales» (Laclau, 2005, p. 195). Al final de su trayectoria intelectual, Laclau termina por identificar el populismo con la política misma, es decir, con la formación de cualquier tipo de identidad social. La depuración de elementos empíricos en beneficio de un trascendentalismo radical se refina hasta el extremo y aporta, aquí, su mayor resultado: el de un esquema teórico tan aparentemente sofisticado como vacío a la hora de comprender las diferencias específicas entre populismos.

## 5. Conclusión

Esperamos que estas aproximaciones al enigma populista hayan contribuido a esclarecer algunos de sus puntos más oscuros. A nuestro juicio, la heterogeneidad semántica de un concepto en permanente disputa como el de populismo no es razón para abandonar su uso y rechazar su capacidad explicativa sino más bien lo contrario, pues nos indica que, más allá de la confusión y el desorden conceptuales, su estatuto gnoseológico merece ser el de una idea filosófica. Como toda idea filosófica, populismo solo podrá construirse mediante los análisis y los resultados que formulan

<sup>6</sup> El haber convertido la retórica en una herramienta privilegiada para comprender la naturaleza del populismo supone la culminación del giro postmoderno de Laclau y su conciencia de que el lenguaje no es algo que se refiere a una realidad externa, sino más bien lo que la construye como tal. La vinculación entre el carácter performativo del lenguaje en Laclau y sus efectos en los populismos como estrategias de comunicación han sido diagnosticados por José Luis Villacañas del siguiente modo: «Lo propio del populismo no es el medio, la forma comunicativa espectacular: es la conciencia de que esa es *toda* la batalla y de que tiene que darse la más precisa convergencia de formas y contenidos comunicativos. La diferencia entre el populismo y los demás partidos es que, por detrás de la simplificación del mensaje, hay una teoría muy elaborada sobre la necesidad del lenguaje simplificado. Para Laclau la simplificación y la imprecisión son las condiciones mismas de la política» (Villacañas, 2015, p. 32).

<sup>7</sup> De hecho, al final de su obra es como si populismo y hegemonía, populismo y política, acabaran convirtiéndose en sinónimos: «"Hegemonía" es más que una categoría útil en tanto define el terreno mismo en que una relación política se constituye verdaderamente» (Laclau, 2004, p. 49).

las diferentes ciencias sociales y humanas (historia, política, sociología, etc.) pero desbordando, a su vez, el dominio de categorías estrictamente regionales y sus diferentes conceptos «técnicos». De ahí que la manera de aproximarnos a la cuestión populista en la presente voz haya tenido por objetivo un doble movimiento, el que afecta tanto a la historia, semántica y tipología del concepto como a su filosofía, la teoría política de Ernesto Laclau.

Si el enigma continuara irresuelto, no obstante, puede ser más bien porque pensar seriamente el populismo nos empuje a preguntarnos, en realidad, por todo un momento histórico, el nuestro, que se ha construido como una época post-ideológica, post-política y post-democrática cuya sombra es una forma contradictoria, incierta y polifacética de eso que, sin embargo, hasta no hace mucho tiempo se llamaba *lucha de clases*: los populismos. Por ello, nos parece especialmente acertada la siguiente observación de César Ruiz Sanjuán:

El populismo aparece como el reflejo especular a nivel político del sistema económico y social instaurado por el neoliberalismo, de modo que cuanto más se impugna la forma de subjetividad que produce la sociedad neoliberal y mayor sea la destrucción social que genera, más posibilidades tiene de expandirse el fenómeno populista (Ruiz Sanjuán, 2017, p. 383).

Bajo la tormenta perfecta de la pérdida de soberanía del estado-nación, el vaciamiento de viejos derechos económicos-sociales en beneficio de un mercado global, la desintermediación de la política, la desaparición de los viejos sujetos colectivos o la proliferación de pasiones tristes como el miedo y la ira, es como si en estas condiciones la forma por antonomasia en que se expresa el malestar social solo pudiera tener un nombre: populismo. Esto no significa que *a priori* los populismos tengan necesariamente una valencia revolucionaria o progresiva. Ni mucho menos. Como expresión de la crisis orgánica de nuestro sistema, al igual que antes el cesarismo o el bonapartismo, un proceso populista puede acabar convirtiéndose en un fenómeno de revolución pasiva «que promete para el pueblo inclusión y cambios radicales, manteniendo, sin embargo, en último término, la división de clase y la exclusión» (Cingari, 2019, p. 25; Frosini, 2014). El destino final de los populismos estará siempre abierto, pero su lección a una sociedad que solo es capaz de eliminar el conflicto social a través del aumento de la exclusión, la inseguridad y el malestar, parece ser la misma que Arthur Fleck le enseñaba a Murray Franklin justo antes de dispararle en la cabeza en la célebre secuencia de *Joker* (Todd Philips, 2019): «¿Qué obtienes... cuando cruzas... un solitario [...] con una sociedad que lo abandona y lo trata como basura? ¡Te diré lo que obtienes! ¡Obtienes lo que te mereces!».

## Bibliografía

- Alterio, A. M. (2016). El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/5.pdf> (último acceso: 17/02/2021).
- Anselmi, M. (2018). *Populism. An introduction*. Londres, Reino Unido: Routledge.
- Arias Maldonado, M. (2016). La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia. *Revista de Estudios Políticos*, 173, pp. 27-54.
- Aristóteles (1988). *Política*. Madrid, España: Gredos.
- Barros, S. (2014). Populismo, pueblo y liderazgo en América Latina. *Colombia Internacional*, 82, pp. 297-302.

- Canovan, M. (1981). *Populism*. San Diego, Estados Unidos: Hartcourt Brace Janovich.
- Canovan, M. (1999). Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy. *Political Studies*, 47(1), pp. 2-16.
- Cingari, S. (2019). Populismo e nazionale-popolare. En G. Liguori (ed.), *Gramsci e il populismo* (pp. 13-30). Milán, Italia: Unicopli.
- Dans, E. (2018). Did Social Networks Cause Populism? *Forbes*. Recuperado de: <https://www.forbes.com/sites/enriquedans/2018/12/03/social-networks-and-populism-cause-and-effect/> (último acceso: 17/02/2021).
- De Vreese, C. H., Esser, F., Aalberg, T., Reinemann, C., & Stanyer, J. (2018). Populism as an expression of political communication content and style: A new perspective. *The international journal of press/politics*, 23(4), pp. 423-438.
- Del Palacio Martín, J. (2017). El populismo en Italia: el berlusconismo y su legado. En A. Rivero, J. Zarzalejos y J. Del Palacio Martín (coords.), *Geografía del populismo* (pp. 234-248). Madrid, España: Tecnos.
- Fassin, É. (2018). *Populismo de izquierdas y neoliberalismo*. Barcelona, España: Herder.
- Frosini, F. (2014). «Pueblo» y «guerra de posición» como clave del populismo. Una lectura de los «Cuadernos de la cárcel». *Cuadernos de ética y filosofía política*, 3, pp. 63-82.
- Gerbaudo, P. (2015). Social Media Activism, the Generic Internet User and Interactive Direct Democracy. En D. Trottier y C. Fuchs (eds.), *Social Media, Politics and the State* (pp. 67-87). Londres, Reino Unido: Routledge.
- Gerbaudo, P. (2018). Social media and populism: an elective affinity? *Media, Culture & Society*, 40(5), pp. 745-753.
- Germani, G. (1978). *Authoritarianism, Fascism, and National Populism*. Piscataway, Estados Unidos: Transaction Publishers.
- Jespersen, B. (2017). What Is Populism? *Organon F*, 24(2), pp. 245-254.
- Kioupkiolis, A. (2016). Podemos: the ambiguous promises of left-wing populism in contemporary Spain. *Journal of Political Ideologies*, 21(2), pp. 99-120.
- Laclau, E. (1978). *Política e ideología en la teoría marxista*. Madrid, España: Siglo XXI.
- Laclau, E. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista*. Madrid, España: Siglo XXI.
- Laclau, E. (1990). *New Reflections on the Revolution of Our Time*. Londres, Reino Unido: Verso.
- Laclau, E. (2004). Identidad y hegemonía: el rol de la universalidad en la constitución de lógicas políticas. En Butler, J., Laclau, E. y Žižek, S., *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda* (pp. 49-95). Buenos Aires, Argentina: FCE.
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires y México D.F., Argentina y México: FCE.
- Lance Bennett, W. (2012). The Personalization of Politics: Political Identity, Social Media, and Changing Patterns of Participation. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 644(1), pp. 20-39.
- Manucci, L. (2017). Populism and the Media. En C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo y P. Ostiguy (eds.), *The Oxford Handbook of Populism* (pp. 467-488). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Mény, Y. y Surel, Y. (2001). *Populismo e Democrazia*. Bolonia, Italia: Il Mulino.
- Merker, N. (2009). *Filosofía del populismo*. Roma, Italia: Laterza.
- Moffit, B. (2016). *The Global Rise of Populism*. Redwood City, Estados Unidos: Stanford University Press.
- Mudde, C. (2004). The Populist Zeitgeist. *Government and Opposition*, 39(4), pp. 541-563.
- Mudde, C. y Rovira Kaltwasser, C. (2017). *Populism. A very short introduction*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

- Müller, J-W. (2016). *What is Populism?* Filadelfia, Estados Unidos: University of Pennsylvania Press. [Edición digital]
- Redondo Rodelas, J. (2017). El populismo norteamericano de ayer y de hoy. En A. Rivero, J. Zarzalejos y J. Del Palacio Martín (coords.), *Geografía del populismo* (pp. 82-93). Madrid, España: Tecnos.
- Revelli, M. (2017). *Populismo 2.0*. Turín, Italia: Einaudi. [Edición digital]
- Rochester, A. (1943). *The Populist Movement in the United States*. Nueva York, Estados Unidos: International Publisher.
- Ruiz Sanjuán, C. (2017). El populismo como espejo del neoliberalismo. *Res Publica* (Madrid), 20(2), pp. 383-390.
- Sánchez Berrocal, A. (2016). Rusia frente a Europa: Unas consideraciones antropológico-filosóficas a raíz de la disputa entre eslavófilos y europeístas. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, 2(12), pp. 141-152.
- Sánchez Berrocal, A. (2020). La historia conceptual de Koselleck como método de aproximación a la idea de «populismo». *Araucaria*, 22(44), pp. 155-176.
- Shils, E. (1996). *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*. Chicago, Estados Unidos: Ivan R. Dee Publishers.
- Urbinati, N. (2015). El fenómeno populista. *Desarrollo económico*, 55 (215), pp. 3-20.
- Venturi, F. (1952). *Il populismo russo* (2 vols.). Turín, Italia: Einaudi.
- Villacañas, J.L. (2015). *Populismo*. Madrid, España: La Huerta Grande.
- Walicki, A. (1973). *Marxisti e populisti: Il dibattito sul capitalismo*. Milán, Italia: Jaca Book.
- Walicki, A. (1989). *The Slavophile controversy: History of a conservative utopia in nineteenth-century Russian thought*. Notre Dame, Estados Unidos: University of Notre Dame Press.
- Wiles, P. (1970). Un síndrome, no una doctrina: algunas tesis elementales sobre el populismo. En G. Ionescu y E. Gellner (comps.), *Populismo. Sus significados en características nacionales* (pp. 203-220). Amorrortu.
- Zanatta, L. (2008). El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo. *Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, 19(2), pp. 29-44.

# Políticas conductuales\*

## Behavioural policies

Cecilia Güemes

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0002-2332-9082

[cecilia.guemes@uam.es](mailto:cecilia.guemes@uam.es)

Cita recomendada:

Güemes, C. (2021). Políticas conductuales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 310-321.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6078>

Recibido / received: 16/02/2021  
Aceptado / accepted: 16/03/2021

### Resumen

Las políticas conductuales aportan claves interpretativas que mejoran el diseño, selección e implementación de las respuestas a problemas públicos, a la vez que aterrizan como herramienta política que aumenta las probabilidades de alcanzar soluciones legítimas y eficaces a “problemas malditos”. Esa voz repasa las nuevas tecnologías de gobierno que recogen los aportes conductuales: nudges, norma social, think y cambio identitario. En segundo lugar, ofrece pistas sobre cómo se han institucionalizados los esfuerzos por trasladar los conocimientos conductuales a las políticas, ya sea modo ad hoc, transversal u organizacionalmente y la importancia de integrar metodologías cualitativas para incrementar la eficacia en las intervenciones experimentales. A continuación, resume las críticas formuladas al enfoque nudge: quienes diseñan, los temas y asuntos que abordan, y su efectividad. Al modo de conclusión, termina con una reflexión sobre las expectativas a futuro que suscita el tema y la importancia de que las nuevas tecnologías de gobierno se sumen e integren a las más clásicas.

### Palabras clave

Política conductual, tecnologías de gobierno, nudges, deliberación y norma social

### Abstract

*Behavioural policies provide interpretive clues that improve the design, selection and implementation of responses to public problems and policies tools that increase the chances of reaching legitimate and effective solutions to “cursed problems”. This voice presents the new technologies of government that collect behavioural contributions: nudges, social norm, think and identity change. After that, it offers clues as to how efforts to translate behavioural knowledge into policies have been institutionalized, whether ad hoc, cross-sectional, or organizationally, and the importance of integrating qualitative methodologies to increase the effectiveness of experimental interventions. The criticisms of the nudge approach are summarized below: who designs, the issues they address, and their effectiveness. It concludes*

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.



by highlighting the expectations for the future raised by the subject and how to join and integrate new governmental technologies to classic ones.

### **Keywords**

*Behavioural politics, governmental technologies, nudges, think, social norm*

SUMARIO. 1. Gobernar lo social: definición de las políticas conductuales. 2. Caracterización y diferenciación de las tecnologías de gobierno. 3. Institucionalización de su diseño e implementación. 4. Límites y críticas. 5. Expectativas y visiones de futuro.

## **1. Gobernar lo social: definición de las políticas conductuales**

Las políticas conductuales aluden tanto a un conjunto de investigaciones que enriquecen y complejizan el modelo de conducta que subyace a las políticas, como al esfuerzo de los decisores políticos por experimentar nuevos instrumentos para alcanzar sus metas de modos eficientes y legítimos (Rawat, 2019).

La tarea primordial del Gobierno es regular conductas individuales a fin de alcanzar objetivos sociales. Las políticas públicas son las herramientas a partir de las cuales los gobiernos hacen realidad sus aspiraciones. Son intervenciones que dan forma a las estructuras sociales –reforzándolas o transformándolas– e instituciones –patrones de relaciones formales o informales– y regulan las conductas individuales.

A fin de alcanzar sus objetivos las políticas públicas articulan recursos económicos, cognoscitivos, sociales y políticos. Tradicionalmente, el modo en que dirigen los comportamientos y relaciones sociales es utilizando tecnologías basadas en la coacción, los incentivos económicos o la persuasión. Las políticas conductuales vienen a introducir nuevos instrumentos de intervención a la vez que mejoran los supuestos desde donde se problematizan los asuntos de la política y la toma de decisiones.

Asumiendo la racionalidad humana es limitada, los científicos conductuales exploran cómo funcionan los sesgos y miserias cognitivas, el papel de las emociones, y la influencia de las expectativas empíricas y normativas de base social en los comportamientos individuales. Dicho conocimiento se traslada al ciclo de las políticas públicas a partir de asesores de gobiernos, consultores o instituciones intermediarias promoviendo nuevas herramientas de gobierno que aspiran a diseñar soluciones innovadoras a «problemas malditos»<sup>1</sup>.

En síntesis, el aporte de las políticas conductuales al mundo de las políticas públicas es ajustar y mejorar la comprensión sobre los factores no racionales que influyen en la conducta y ofrecer un nuevo repertorio de instrumentos para alcanzar mayor bienestar individual y social.

Hay quienes sugieren que las políticas conductuales son un nuevo paradigma de las ciencias políticas que emplea aprendizajes y evidencias provenientes de la economía conductual y la psicología sobre el comportamiento humano para la formulación de políticas. Bajo esta nomenclatura se observa: a) la recuperación de los aportes de Herbert Simons, Harold Lasswell y Charles Lindblond y su

---

<sup>1</sup> La idea de problemas malditos (*wicked problems*) fue desarrollada por Rittel y Webber (1973) para referir a asuntos complejos sobre los cuales es difícil planificar y encontrar soluciones satisfactorias en tanto se desarrollan en escenarios cambiantes y son en sí mismo contradictorios y difíciles de definir. Para entender su importancia en el campo de la gestión pública ver Brugué (2015).

cuestionamiento el paradigma de la racionalidad humana neoclásica; b) la incorporación de descubrimientos de la psicología y neurociencias en la economía, desarrollándose a partir de Daniel Kahnemann, Amos Tversky y Richard Thaler un nuevo campo de investigación que analiza los límites y desvíos de la racionalidad (ilusiones cognitivas, heurísticas que conducen a errores de cálculo); y c) la apertura de debate en el campo del derecho y la filosofía de la mano de Cass Sunstein sobre cómo estos descubrimientos son capaces de generar nuevos repertorios de acción política y responder a problemas actuales sin comprometer los postulados de la democracia liberal (Güemes, 2007; Rawat, 2019; Straßheim, 2020).

La mayoría de las publicaciones sobre políticas conductuales está centrada en sesgos, heurísticas y miserias cognitivas y cómo superarlas modificando la arquitectura de decisión. Menos atención se presta a desarrollar competencias en los sujetos que mejoren su capacidad de acción e involucren de modo activo su reflexión y compromiso, como en la transformación de las normas sociales y expectativas culturales. El foco se pone en la conducta individual –socialmente orientada o no– sin recalar demasiado en lo socio-estructural y, de este modo, se pierden de vista conceptos como el de «práctica social», donde actitudes, creencias y preferencias internalizadas por los sujetos y sus particulares formas de actuar y ser en el mundo se interrelacionan con el ambiente. Afortunadamente, la voz de filósofos y politólogos como Cristina Bicchieri, Peter John o Frank Mols se van incorporando al debate con análisis críticos. Sus investigaciones remarcan cómo la conducta individual se entreteje, moldea y depende de las interacciones con el otro y de expectativas empíricas y normativas sobre lo que los otros hacen o aprueban (Herwig & Grüne Yanoff, 2017; Ewert & Loer, 2021).

En esta voz abordaremos las políticas conductuales como un nuevo repertorio de tecnologías de gobierno refiriendo especialmente a las herramientas que usan las políticas. Probablemente los *nudges* han sido la estrella en los últimos años, la más difundida y popular, pero, como argumentaremos, hay otras iniciativas que podrían integrarse. En la próxima sección pasaremos revista y las describiremos. Luego de ello, ofreceremos pistas de cómo se han institucionalizados los esfuerzos por trasladar los conocimientos conductuales a las políticas para, a continuación, recalar en las críticas que se le formulan al enfoque. Concluiremos destacando las expectativas a futuro que suscita el tema.

A lo largo del trabajo iremos ofreciendo ejemplos para ilustrar los conceptos refiriendo a la peculiar situación pandémica que nos afecta. Quienes estén interesados en conocer aplicaciones conductuales en diferentes áreas de políticas recomendamos revisen publicaciones e informes como los del Banco Mundial (2015), la OCDE (2016) o Behavioural Insights Team (2015)<sup>2</sup>.

## 2. Caracterización y diferenciación de las tecnologías de gobierno

Las tecnologías de gobierno son las herramientas a través de las cuales los gobiernos buscan perfilar, normalizar y dirigir las conductas, pensamientos y aspiraciones de los sujetos para conseguir los objetivos y metas de dichas políticas públicas (Rose y Miller, 1992).

Autores como Bemelmans, Rist y Vedung (1998) distinguen las herramientas de gobierno según la fuerza que utiliza la autoridad y el grado de constreñimiento que comportan diferenciando: palos, zanahorias y sermones.

<sup>2</sup> Para más precisión ver <https://www.bi.team/bit10/> (último acceso 21/01/2021)

Los palos son las regulaciones que funcionan como mandatos. Son instrumentos de uso coercitivo o negativo que involucran penas, castigos, costos o sanciones, propias del derecho penal –aunque no sólo–, que buscan evitar y desalentar ciertos tipos de conductas. El toque de queda y el cierre de establecimientos anticipadamente durante la pandemia es un ejemplo de este tipo de herramienta que busca evitar la socialización y contacto para reducir contagios. Las zanahorias son regulaciones que apelando a instrumentos económicos (incentivos o exenciones fiscales) buscan inducir comportamientos deseados sin ser obligatorias. Ejemplo de ello son los subsidios a sectores como el turístico que buscan evitar el cierre de empresas frente a la crisis económica derivada del SARS-CoV-2. Los sermones son herramientas informativas que intentan influir en las conductas generando conciencia sobre los efectos de estas, persuadiendo mediante datos y argumentos. Ejemplos de ellos son todas las medidas sanitarias vinculadas a la higiene y distanciamiento social que se han venido difundiendo y que persiguen la toma de conciencia por parte de la población y la modificación de su conducta en consecuencia.

Las que denominaremos nuevas tecnologías de gobierno para distinguirlas de las anteriores recogen los aportes conductuales y ofrecen un nuevo repertorio de herramientas más sutiles y menos constrictivas. Dentro de ellas encontramos tecnologías que gravitan en torno a la heurística y los límites cognitivos de la racionalidad (*nudges*), otras que apelan al debate grupal sobre lo adecuado y deseable en una sociedad (*think*) y otras que aspiran al cambio cultural e identidades (Güemes y Wences, 2019).

La estrella de este nuevo repertorio es la *nudge*. Se trata de una tecnología que mantiene la libertad de elección a la vez que guía las decisiones de las personas hacia lo que se considera la correcta dirección. El modo en que lo hace es reprobando, razonando y persuadiendo antes que prohibiendo o coaccionando como las normas o regulaciones. En esto se parece a los sermones, pero, a diferencia de ellos, no siempre buscan cambiar las ideas o formas de pensar de las personas. Persiguiendo la búsqueda del bienestar individual y social (sin coaccionar o imponer una visión moral sobre lo bueno) se enfocan alternativamente en resultados, acciones, moldes mentales y/o preferencias transformando o alternado la arquitectura de decisión – espacio físico y mental en el marco del cual se define nuestra conducta– (Thaler y Sunstein, 2017).

Según el principio de decisión humana y la estrategia que utilicen, las *nudges* se pueden agrupar en 3 tipos (Güemes, 2017). En el primer tipo se presta atención al papel que tienen conceptos, narrativas causales y puntos de vista en las decisiones diarias de las personas. Las propuestas de re-enmarcado (*framing*) son las más ilustrativas dentro de estas. Por ejemplo, se ha probado que se verifica mayor apoyo a la progresividad de los impuestos cuando se expresan en porcentajes que cuando se lo expresa en dinero, por ello, las *nudges* se están utilizando para incrementar la fiscalidad (Noguera, 2016). Entran también aquí intervenciones destinadas a ofrecer información que genere conciencia sobre un modo correcto de hacer algo (i.e. toda la comunicación destinada a estornudar en el codo o lavarse las manos de modo frecuente o colocarse la mascarilla de modo correcto) y las intervenciones destinadas a alterar prácticas asentadas en mapas mentales (i.e. en sociedades donde los festejos navideños son punto de encuentro familiar y es casi imposible imaginarse las fechas sin reuniones, las recomendaciones de pasar navidades sin congregarse núcleos familiares que no cohabitan para evitar el riesgo de contagio busca demostrar como amar a tu familia en esta situación supone no juntarte con ella).

En el segundo tipo, se encuentran las *nudges* que apelan a normas, valores o sentimientos de orgullo social donde se referencia claramente la conducta esperada y se utilizan aspectos de la psicología social que buscan que los individuos se ajusten al grupo. Ejemplos de estas en general son aquellas que buscan fomentar el reciclaje o reducir el uso de recursos indicando a los individuos cómo lo hacen de bien el resto de los conciudadanos más próximos. En relación a la pandemia podríamos ilustrar el enfoque con las políticas de comunicación que apelaron a la idea de solidaridad y corresponsabilidad social buscando reforzar el cumplimiento voluntario. Un ejemplo de ello son las intervenciones públicas de la policía y agentes de seguridad al inicio de la pandemia indicando cómo más del 93% de la población española cumplía las normas de confinamiento aunque en los medios se popularizaran imágenes de incumplidores poco solidarios y cívicos. También la difusión en redes de personajes públicos siguiendo las normas (#Mequedoencasa). La idea detrás es que, si eres un ciudadano responsable como el resto de quienes te rodea, desarrollarás un curso de acción.

El tercer tipo son las *nudges* más clásicas y abarca tanto las tecnologías que alteran el espacio donde normalmente tomamos decisiones como las que trabajan sobre miserias cognitivas como la inercia. Intervenciones que alteran el orden en el que se presentan los alimentos en un comedor escolar o laboral (haciendo más visible y preferente los alimentos saludables) son un buen ejemplo de cómo mejorar la salud de los comensales a sabiendas de que, cuando alguien tiene hambre, suele escoger lo primero que ve. Las opciones por defecto han sido dentro de este tipo las intervenciones claves para mejorar, por ejemplo, la donación de órganos en Austria. Ejemplo de ellas durante el confinamiento son todas aquellas intervenciones que activan o facilitan que se cumplan las recomendaciones sanitarias en espacios públicos: pegatinas en el piso que indican la distancia de seguridad, la disposición de alcohol en gel en sitios bien visibles, o las alfombras desinfectantes en las entradas.

Al igual que los palos y zanahorias, las *nudges* se dirigen a los individuos y funcionan sobre la base antropológica de un sujeto racional que sopesa costes y beneficios antes de actuar y que cuando actúa en dirección contraria al bienestar es porque responde a sesgos o heurísticas o bien al ejercicio de su libertad en sentido opuesto al comportamiento socialmente deseable. La lógica de intervención pública opera en estos tres casos desde lo micro a lo macro, se busca alterar el comportamiento individual para alcanzar resultados colectivos.

Las herramientas *think* y las normas sociales –como también los sermones en algunos casos– parten de otra interpretación de la conducta humana y del cambio social. Consideran que el contexto de relaciones personales o mentadas de los individuos es clave para entender la conducta y que el cambio social solo se consigue en la medida en que se incrementen las capacidades de los sujetos colectiva y cooperativamente y los imaginarios sociales sobre los que se asientan las conductas individuales.

Estas tecnologías no suelen formar parte del catálogo de intervenciones conductuales, pero que esperamos a futuro se integren, en todo caso asumen una lectura más compleja del comportamiento individual siendo visiones críticas a los enfoques más tradicionales de *nudges*. Las normas sociales han recibido recientemente más atención a partir de las investigaciones de Cristina Bicchieri y se suelen identificar con *nudges* del primer o segundo tipo, las herramientas que denominamos *think* y las de cambio identitario suelen formar parte de análisis teórico-críticos desde la teoría política y la antropología.

La norma social asume como regla que los comportamientos humanos son interdependientes. El motor del cambio social que analizan quienes se enrolan en este enfoque no son las preferencias sino las expectativas sociales, que son las creencias que tienen los individuos sobre lo que los otros hacen (empíricas) o sobre lo que los otros consideran correcto aprueban/desaprueban (normativas). Puede que las expectativas sociales no gusten a los individuos e incluso no crean en ellas, pero sin embargo condicionen su comportamiento por su arraigo y el temor a la desviación. El modo en que la política podría cambiar conductas sería, primeramente, desmontando las normas sociales imperantes ya sea creando nuevas expectativas empíricas o sometiendo a las personas a una discrepancia a lo largo del tiempo bajo la exposición de nuevas ideas/cultura. En segundo lugar, ofreciendo alternativas de comportamiento que encajen socialmente o introduciendo una nueva norma social donde sentido, razón y emoción se articulen. Las campañas moralizantes o educativas clásicas o los rediseños de arquitectura de decisiones no sirven para desmontar normas sociales. En estos casos es clave identificar los miembros del grupo de referencia, entender el componente de deber que subyace en la norma social, y las sanciones y reprimendas asociadas a ella. Bajo este enfoque se trabajan problemas sanitarios y escolares en regiones de Asia y África donde las mujeres se niegan a amamantar a sus hijos recién nacidos o los padres deciden casar a sus hijas siendo menores (Bicchieri, 2017).

Un estudio reciente coordinado por Bicchieri y Fatas<sup>3</sup> en nueve países analizó la probabilidad de usar (o no) mascarillas tomando en consideración las expectativas sobre lo que hacían los otros, no solo familiares, amigos o vecinos sino personas que viven en la misma ciudad o país. Concluyeron que no resulta eficiente por sí solo el mensaje acerca de lo que los otros hacen sino en todo caso lo que los otros aprueban focalizando no en palabras sino en prácticas reales. En igual sentido, el trabajo de Storey et. al (2020) recuerda que las normas sociales se desarrollan de modo directo mediante interacciones con otro o indirectamente. Esto último puede ocurrir simbólicamente –a través de la exposición a medios de comunicación– o imaginativamente –mediante extrapolaciones–. Esto último es lo que ocurre en contextos de aislamiento como el SARS-CoV-2 donde el aprendizaje de normas sociales como usar mascarilla se realiza a partir de lo que se ve en la televisión y el de lavarse las manos a partir de lo que se extrapola o imagina. En estos casos es difícil prever la duración de la norma social, el nivel de suscripción y su aceptación por parte de la sociedad.

Por su parte, el enfoque *think* recupera los principios de la democracia deliberativa y aboga por el diseño de marcos institucionales en los que los individuos puedan visualizar sus limitaciones racionales y acceder a los puntos de vista de otros sujetos mediante el debate y encuentro con otros/otras. Se parte de la idea de que la deliberación tiene efectos pedagógicos y educativos en los ciudadanos, ya que, la necesidad de justificarse ante otros, moldea perspectivas y preferencias egoístas ante el público y conduce a pensar en términos más colectivos. Además, se cree que espacios de diálogo e intercambio bien diseñados permiten a los participantes desenterrar y explicitar creencias, valores y sus conexiones a la vez que y proveer razones para el cambio. Dado que las preferencias no son fijas y exógenas, sino maleables, si los espacios deliberativos se diseñan adecuadamente se pueden cambiar comportamientos de un modo más profundo y obtener respuestas a problemas sociales complejos con mayor legitimidad y eficiencia (John et al., 2011).

<sup>3</sup> How have new social norms emerged as COVID-19 has spread? Penn Today, October 23, 2020 <https://penntoday.upenn.edu/news/Penn-philosopher-Cristina-Bicchieri-studies-social-norms-COVID> (último acceso 27 de enero de 2021).

Los mini públicos y presupuestos participativos son los ejemplos más comunes donde se demuestra de qué modo la deliberación puede incrementar la eficiencia y legitimidad de las decisiones públicas y formar parte del ciclo de las políticas públicas, ya sea en la construcción del problema, en el diseño de la solución, en la toma de decisiones o en la implementación.

Durante el confinamiento se detectaron iniciativas a escala estatal y regional de participación como herramientas claves en la definición de políticas y soluciones. Por ejemplo, en Francia, el Parlamento acogió un foro público virtual con alrededor de 15.000 ciudadanos para recopilar recomendaciones sobre las prioridades políticas posteriores al SARS-CoV-2. También se impulsaron asambleas sobre cambio climático en línea con 150 ciudadanos representativos que participaron en siete sesiones. Algo similar ocurrió a nivel regional en Escocia y Turingia y en ciudades como Zaragoza o Bristol, donde se activaron respuestas innovadoras frente a la emergencia complementando los esfuerzos que desde las políticas de palos, zanahorias o sermones se estaban desarrollando y dando respuestas y apoyo a grupos vulnerables (Falanga, 2020).

En la misma dirección, la literatura sobre teoría de la identidad dirige su atención a la necesidad de interiorizar nuevas pautas de conducta que modifiquen el comportamiento en el mediano y largo plazo alterando creencias normativas asociadas a la propia identidad: «quienes somos nosotros», «lo que representamos» y, en consecuencia, «lo que hacemos». La clave del cambio de comportamiento pasa por encontrar un terreno de identidad común y definir (o redefinir) ese terreno en una senda donde las nuevas normas se vuelvan aceptables como parte integral de un auto-entendimiento compartido. A diferencia de los *nudges* de segundo tipo, aquí no se busca la adaptación de la conducta individual a la media del grupo o rebaño –que solo funciona cuando la mayoría cumple las normas y solo existe un grupo pequeño de desviados– sino a la interiorización o aceptación personal de las normas y a la reconstrucción de estas (Mols et al., 2015).

Durante la pandemia las políticas de comunicación general han apelado a valores de solidaridad en tiempos extremos y a la responsabilidad individual, pero no se conocen esfuerzos concretos sobre esta herramienta. Ejemplos fuera del caso de la pandemia se encuentran en iniciativas que buscan erradicar el abuso sexual, el consumo de drogas o actitudes racistas mediante la educación por pares. También el *edutainment*<sup>4</sup> ha sido clave para reflexionar quiénes somos y quiénes queremos ser, y trabajar en la interiorización de nuevas identidades (Güemes y Wences, 2019).

A fin de ganar mayor legitimidad y efectividad en las políticas, los promotores de las políticas conductuales no sugieren reemplazar unos instrumentos por otro, sino que los gobiernos combinen y estimulen el uso de instrumentos políticos tanto secuencialmente como de forma simultánea y complementaria.

<sup>4</sup> *Edutainment* es una conjunción que enlaza educación con entretenimiento y busca llamar la atención sobre el papel de los medios de comunicación en la difusión de pautas de acción y en el potencial que tienen de alterar mapas mentales y crear nuevos contextos de acción colectiva. Los espectadores suelen engancharse en las narrativas e identificarse con personajes de las series que siguen absorbiendo inadvertidamente mensajes educativos. El informe del Banco Mundial sobre mente, sociedad y comportamiento (2015:74) explica cómo ciertas series de televisión han sido claves en África o Brasil para prevenir el embarazo adolescente, abordar la violencia y discriminación de género y contra enfermos de HIV/AIDS y mejorar decisiones financieras.

En la sección que sigue analizaremos cómo estas nuevas herramientas aterrizan en los espacios decisorios y empiezan a formar parte de las políticas públicas.

### 3. Institucionalización, investigación y experimentación de políticas conductuales.

Las políticas conductuales tienen tres modos de incorporarse en el ciclo de las políticas públicas: ad hoc, transversal u organizacionalmente.

En el primer modo se trata de iniciativas concretas en ciertas áreas de gobierno. Normalmente hay algún asesor o consultor que propone una idea frente a un problema concreto, por ejemplo: la poca donación de órganos responde a un problema no de falta de solidaridad sino de inercia y pereza por parte de los ciudadanos para hacer el trámite de declararse donantes. A partir de allí se identifica que la opción por defecto –ser donante salvo se manifieste lo contrario– puede ser una solución y se implementa. Se trata de una respuesta específica que incluso puede copiarse o adaptarse en tanto se conoce alguna otra buena práctica sobre un problema concreto.

El segundo modo es capacitando al personal que formula, diseña, decide e implementa políticas con los conocimientos y competencias propios de las ciencias conductuales para que, dentro de cada área de gobierno, se inserten lógicas instrumentales nuevas y con ello se definan políticas. Esto puede promoverse solo en un área como la salud y entonces dentro de esa área capacitarse al personal para desarrollar políticas conductuales que prevengan la obesidad, aumenten la vacunación, generen hábitos de higiene, etc., o bien desarrollarse en varias áreas de gobierno: salud, fiscalidad, reciclaje y sostenibilidad medioambiental, etc. La transversalización de un enfoque y metodología es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la perspectiva de género, conduciendo a que diferentes áreas de gobierno desde su particular problemática (salud, educación, defensa, etc.) reflexionen cómo incorporar los lentes de género y diseñen acciones específicas en estos temas.

El tercer modo pasa por crear instituciones específicas –ya sea dentro del propio Estado o fuera del mismo– que se ocupen de diseñar y experimentar en diferentes temas de interés. Esto es lo que hizo el Reino Unido en 2010 bajo el liderazgo de David Cameron creando la Unidad de Análisis de Comportamiento –*Behaviour Inside Team (BIT)*–. Esta fue la primera institución de gobierno –ahora institución independiente– dedicada a la aplicación de ciencias del comportamiento cuya meta es pragmática: aplicar el conocimiento a pequeña escala a fin de poner a prueba qué ideas funcionan para luego escalarlas a otros escenarios. Para ello sistematizaron una serie de recomendaciones de aquello que los hacedores de políticas deben tener en cuenta para entender cómo reaccionan los sujetos a ciertos contextos e incentivos, a la vez que realizaban experimentos en Reino Unido.

Los resultados obtenidos y las expectativas generadas por este equipo condujeron al desarrollo de unidades de análisis de comportamiento en los gobiernos de New South Wales (Australia) y Singapur, y resultaron inspiradores para el desarrollo de equipos de trabajo similares en Países Bajos, Alemania y Estados Unidos (2015). Así, entre 2010-2012 se habla de la primera fase de institucionalización, entre 2014-2018 de la fase de estandarización e internalización donde se expande el modelo y crecen las experiencias de colaboración entre ellas, y, a partir de 2018 de la fase de diversificación en la cual las ciencias del comportamiento se piensan a escala multinivel, mediante procedimientos descentralizados y se entablan redes de actores civiles, Estados y múltiples modos de coordinación societal. Naciones Unidas y su espacio dedicado a la Infancia, la Organización Internacional

de la Salud y diferentes ONG están cumpliendo un papel clave en la extensión de estos enfoques en el sur global bajo la promesa de regulaciones más livianas e instrumentos menos invasivos y más efectivos para solucionar los problemas (Strabheim, 2020).

La popularidad de las herramientas es tal, que hay más de 70 unidades expertas distribuidas a lo largo del globo. Además, se tiene constancia de que al menos en 51 países el gobierno central está llevando adelante iniciativas políticas influidas por las *nudges* y 132 países donde se aplican a nivel regional o local –lo que representa el 60% de los países a nivel mundial– (Whitehead 2014: 22).

Los enfoques metodológicos de experimentación que aplican estas unidades, en general, refieren a investigaciones con experimentos controlados y grupos de control. Los datos que provienen de dichos experimentos suelen procesarse luego mediante técnicas cuantitativas para generalizar y replicar los instrumentos cuando ello cabe.

El problema con las investigaciones de las ciencias del comportamiento basadas en experimentos de laboratorio es el sesgo que tienen las muestras poblacionales con las que trabajan. Los participantes de los experimentos suelen ser occidentales, educados, provenientes de países ricos y democráticos y no representativos del mundo real al que se dirigen las intervenciones –*WEIRD Western, Educated, and from Industrialized, Rich, and Democratic countries*–. Ello conduce a que muchas intervenciones no sean capaces de capturar la complejidad del contexto o de las interacciones cotidianas de los sujetos se repliquen iniciativas como la publicación de información sobre la composición de los alimentos (azúcares, kcalorías, etc.) que en algunos espacios tiene efectos mientras que en donde más parece necesitarse no lo tiene. En cambio, las prohibiciones a las empresas alimenticias de usar azúcares en exceso o ciertos ingredientes tienen un efecto generalizado en la población y especialmente en aquellos que peor están (MacKay & Quigley, 2018)

Tomando como referencias algunas de estas críticas, en la actualidad se está abriendo una grieta para dar lugar a las metodologías cualitativas como base de apoyo a las investigaciones conductuales. Herramientas como los grupos de discusión, las entrevistas en profundidad y la etnografía ganan relevancia para generar nuevas hipótesis y entender el peso de los contextos en los comportamientos individuales y comprender por qué algunas intervenciones funcionan en un sitio y no en otro (van Bavel & Dessart, 2018).

Lo interesantes es combinar métodos para poder incluir desarrollo conceptual y teórico que nos permita responder preguntas como ¿qué funciona? y ¿por qué funciona? (Rawat, 2019).

#### 4. Límites y críticas

Siguiendo la estela de lo planteado en los párrafos previos, en esta sección sistematizamos los principales ejes de crítica al enfoque, formulado especialmente con relación a las *nudges*. Dichas observaciones apuntan en tres direcciones: a quienes diseñan, los temas y asuntos que abordan, y su efectividad.

En relación con quienes las diseñan y aplican preocupa que, para desarrollar o implementar políticas conductuales, se requiere una mínima alfabetización en la materia entre funcionarios y hacedores de políticas. Es necesario conocer las herramientas disponibles para cada caso y no esperar que, quienes diseñan políticas,

se limiten a cortar y pegar acríticamente iniciativas desarrolladas en otras latitudes. Para seguir inquieta que los hacedores de políticas son tan humanos como los destinatarios de las políticas y no son inmunes a sus propios sesgos y limitaciones.

El segundo eje crítico se centra en el funcionamiento de las políticas conductuales. Normalmente, lo que requiere inversión de alto coste y reflexión más profunda escapa a sus promotores y, en cambio, se apuesta por cambios de bajo coste que son visibles, pero muchas veces meramente cosméticos. Un ejemplo de ello ocurre en el campo del transporte en grandes ciudades, es común promover carteles o mensajes favoreciendo el uso de la bici pero no se analiza el problema de la vivienda por ejemplo ni suelen integrarse dichos esfuerzos con reformas más amplias que requieren decisiones políticas a gran escala y altos costes económicos y sociales. Así, se descomplejizan problemas en busca de soluciones elegantes (Lodge; Wegrich, 2014).

Enlazando la primera con la segunda de las críticas, existen temores fundados de que la moda por las políticas conductuales abone la continuidad de una tradición tecnocrática que promueve la política de expertos quienes aplican herramientas neutrales en apariencia despolitizadas y descontextualizadas. De esta forma se refuerza una visión elitista donde temas como las desigualdades sociales, políticas o culturales y determinantes macro no se atienden y en cambio la atención se pone en «estilos de vida» y la responsabilidad individual (MacKay & Quigley, 2018).

Por último, muchas de estas intervenciones, aprovechando nuestras miserias cognitivas, modifican nuestro comportamiento, pero no está claro que lo transformen a largo plazo en tanto no cuestionan el fondo. Dada su reciente aparición no existe suficiente evidencia que permita verificar si los cambios son sostenibles en el tiempo o se desencadenan efectos contrarios. Sin embargo, lo recomendable tampoco debería ser caer en las retóricas de la intransigencia (futilidad, perversidad y riesgo) sobre las que alertaba Hirschman ya que, «en general una actitud escéptica y burlona ante los esfuerzos progresistas y sus probables logros es un componente integral y muy efectivo de la actitud conservadora moderna» (Sunstein, 2016, p.3) aunque sí analizarlas críticamente y con juicio.

## 5. Expectativas y visiones de futuro

Como hemos venido sugiriendo, y a pesar de las críticas que se le formulan, las políticas conductuales resultan interesantes en tanto suponen un esfuerzo considerable por entender mejor la conducta humana a la vez que hacer más eficientes las políticas públicas que aspiran al bienestar.

Además de ello, que no es poco, son una oportunidad para introducir e insistir en cuestiones que vienen sobrevolando a los científicos y hacedores de políticas en relación a: la importancia de la evidencia y los datos para tomar decisiones, y el papel de la experimentación en la búsqueda innovadora de respuestas a «problemas malditos».

Lo primero supone transformar la cultura de diseño de políticas del cubo de basura<sup>5</sup> o el isomorfismo a un diseño que problematice las conductas tomando en consideración los aspectos psico-sociales de la conducta y el peso de las normas

<sup>5</sup> El modelo de cubo de basura alude al desorden y caos en medio del cual los decisores seleccionan cursos de acción reciclando viejas soluciones. Desarrollado en los 70' por Cohen, March and Olsen, sirve para explicar cómo se toman decisiones dentro de las organizaciones de modo reactivo, poco innovador y dependiendo de las oportunidades de elección en vez de hacerlo mediante procesos racionales puro secuenciados donde se sopesan costos y beneficios de diferentes alternativas.

sociales como informan investigaciones conductuales, a la vez que, aprovechar un torrente de información que se genera públicamente y está infrautilizado actualmente. Esto conduciría a diseñar políticas y programas para que sean más realistas, eficientes y eficaces en tanto están basados en conocimiento y datos, teniendo muy en cuenta las características del público al que van dirigidas y ofreciendo alternativas que atiendan la diversidad –targetización–.

Lo segundo nos invita a poner en valor y promover la última fase del ciclo de las políticas: la evaluación. En general los hacedores de política suelen estar cortos de tiempo, recursos o ánimos para desarrollar esta tarea y medir resultados e impactos de las políticas o bien se confunde la evaluación con la documentación o rendición de cuentas por parte de los gobiernos. En cualquier caso, se utiliza poco como herramienta de aprendizaje institucional. Evaluar nos permite conocer lo que funciona y lo que no, cuándo y cómo funciona, y si puede escalarse la solución a otros espacios. Atender problemas malditos como son la gestión de bienes comunes, la sostenibilidad ambiental o la violencia de género reclaman respuestas innovadoras además de las tecnologías clásicas. No se trata de reemplazar a mandatos o incentivos, sino se sumar y combinar herramientas para ir conociendo y midiendo en cada caso la efectividad de las respuestas.

El diálogo interdisciplinar está abierto, nos corresponde ahora fructificarlo y hacerlo crecer desde una perspectiva crítica y constructiva que impacte en las realidades que habitamos y en los futuros que buscamos construir.

## Bibliografía

- Bemelmans-Videc, M.-L., Rist, R., & Vedung, E. (1998). *Carrots, Sticks & Sermons. Policy Instruments and their Evaluation*. New Brunswick (USA) London (UK): Transaction Publishers.
- Bicchieri, C. (2017). *Norms in the Wild. How to diagnose, measure and change social norms*. New York: Oxford University Press.
- BIT. (2015). *Update report 2013-2015*. [http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT\\_Update-Report-Final-2013-2015.pdf](http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT_Update-Report-Final-2013-2015.pdf).  
The Behaviour Insights Team.
- Brugué, Q., Canal, R., & Paya, P. (2015). ¿Inteligencia administrativa para abordar “problemas malditos”? El caso de las comisiones interdepartamentales. *Gestión y Políticas Públicas*, XXVI(1), 85-130.
- Ewert, B., & Loer, K. (2021). Advancing behavioural public policies: in pursuit of a more comprehensive concept. *Policy & Politics*, 49(1), 25-47.
- Falanga, R. (2020). *Citizen Participation during the COVID-19 Pandemic. Insights from local practices in European cities*. Lisboa, Portugal: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Güemes, C. (2017). ¿Nudge en América Latina? Incidir en comportamiento individual, obtener resultados colectivos. *Reforma y Democracia*, 68, 43-74.
- Güemes, C., & Wences, I. (2019). Comportamientos incumplidores, reflexiones sobre las emociones, motivos y contextos que hay detrás y los posibles remedios políticos. *Revista Paper*, 104(1), 77-99.
- Hertwig, R., & Grüne-Yanoff, T. (2017). Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions. *Perspectives on Psychological Science*, 1-14.
- John, P., Smith, G., & Stoker, G. (2009). Nudge nudge, think think: two strategies for changing civic behavior. *The Political Quarterly*, 80(30), 361–70.
- Just, D. (2017). The Behavioral Welfare Paradox: Practical, Ethical and Welfare Implications of Nudging. *Agricultural and Resource Economics Review* 46/1, 1-20.
- Lodge, M. y. (2014). Rational tools of government in a world of bounded rationality. *LSE Discussion Paper N 75*, <http://www.lse.ac.uk/accounting/CARR/pdf/dps/>

- [dp75-lodge-wegrich.pdf](#).
- MacKay, K., & Quigley, M. (2018). Exacerbating Inequalities? Health Policy and the Behavioural Sciences. *Health Care Anal*, 26, 380–397.
- Mols, F., Haslman, A., Jetten, J., & Steffens, N. (2015). Why a nudge is not enough: A social identity critique of governance by stealth. *European Journal of Political Research*, 54, 81-98.
- OECD. (2016). *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*. Paris: OECD Publishing.
- Rawat, S. (2019). A bibliometric analysis of behavioural studies in economics and public policy journals. En H. Straßheim, & S. Beck, *Handbook of Behavioural Change and Public Policy* (págs. 49-62). UK: Edward Elgar Publishing.
- Ritter, H., & Webber, M. (1973). Dilemmas in General Theory of Planning. *Policy Sciences*, 4(2), 155-169.
- Rose, N., & Miller, P. (1992). Political power beyond the state Problematics of government. *British Journal of Sociology*, 172-205.
- Storey, R. N. (2020). Construction of Meaning during a Pandemic: The Forgotten Role of Social Norms. *Health Communication*, 35(14), 1732-1734.
- Strabheim, H. (2020). The Rise and Spread of Behavioral Public Policy: An Opportunity for Critical Research and Self-Reflection. *International Review of Public Policies*, 2(1), 115-128.
- Sunstein, C. R. (2016). Nudges That Fail. SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2809658> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2809658>.
- Thaler, R., & Sunstein, C. (2009). *Un pequeño empujón (nudge) El impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. Madrid: Taurus.
- van Bavel, R. D. (2018). *The case for qualitative methods in behavioural studies for EU policy-making*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- World Bank. (2015). *World Development Report 2015: Mind Society and Behavior*. Washington: World Bank.

# Radicalización violenta\*

## Violent Radicalization

Isabel Bazaga Fernández  
Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0002-4179-1510  
[isabel.bazaga@urjc.es](mailto:isabel.bazaga@urjc.es)

Manuel Tamayo Sáez  
Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0002-3902-112X  
[manuel.tamayo@urjc.es](mailto:manuel.tamayo@urjc.es)

Cita recomendada:

Bazaga Fernández, I. y Tamayo Sáez, M. (2021). Radicalización violenta. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 322-333.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6079>

Recibido / received: 23/12/2020  
Aceptado / accepted: 03/03/2021

### Resumen

El objeto de esta voz es definir el concepto de radicalización violenta y persigue los siguientes objetivos: la determinación de las dimensiones que lo componen, su diferenciación de otros términos como el extremismo violento y el terrorismo y la definición de los principales enfoques que se deben emplear para poder abordar su estudio. La radicalización violenta es un proceso que implica la legitimación o asunción de la violencia como mecanismo para el logro de objetivos sean estos políticos, sociales, religiosos o de otra índole. Como tema de carácter sociopolítico adolece de una gran complejidad por su alcance, por los impactos que genera, así como por la arquitectura institucional que se debe desplegar para poder intervenir. Su inclusión en la agenda pública se presenta asociada al terrorismo, sin embargo, por sí misma, es una amenaza para las sociedades democráticas por el impacto que tiene en la convivencia y en asuntos relacionados como la polarización política. Su prevención es esencial para contener el riesgo de conflicto social y, en último término, para prevenir el terrorismo y la violencia política.

### Palabras clave

Radicalización, violencia política, extremismo, terrorismo, sociopolítica, políticas públicas, seguridad pública, estrategias de seguridad.

### Abstract

*The aim of this paper is to define the concept of violent radicalization with the following objectives: the determination of the dimensions that comprise it, its differentiation from other terms such as violent extremism and terrorism and the description of the main approaches*

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On Trust–CM H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.



*employed in studying the phenomena. Violent radicalization is a process that involves the legitimization or assumption of violence as a mechanism for achieving political, social, religious, or other objectives. As a socio-political issue, it is highly complex due to its scope, the impacts it generates, as well as the institutional architecture that must be deployed in order to intervene. Its inclusion on the public agenda is associated with terrorism, but it is in itself a threat to democratic societies because of the impact it has on coexistence and related issues such as political polarization. Its prevention is essential to contain the risk of social conflict and, ultimately, to prevent terrorism and political violence.*

### **Keywords**

*Radicalization, political violence, extremism, terrorism, socio-politics, public policy, public safety, security strategies.*

SUMARIO. 1. Una aproximación a la definición de la radicalización violenta. 2. La radicalización violenta como proceso. 3. La radicalización violenta como tema público de carácter sociopolítico. 4. Las estrategias de lucha contra la radicalización violenta: enfoques y perspectivas. 5. Conclusiones.

## **1. Una aproximación a la definición de radicalización violenta**

Tras los actos de violencia y, en ocasiones, de los atentados terroristas, subyacen procesos más o menos duraderos de radicalización y de aceptación de la violencia como forma de actuar y reivindicar ideologías políticas, sean estas ideologías de extrema izquierda o anarquistas, de extrema derecha, independentistas, separatistas, nacionalistas o anticoloniales. También afecta este proceso a las ideologías religiosas, como los miembros del Ejército de Dios en Estados Unidos o las corrientes violentas del salafismo, cuyas ideas y planteamientos se han extendido por Europa y el mundo.

Definir el concepto de radicalización violenta tiene una gran dificultad pues todavía no se ha alcanzado un consenso sobre su alcance y significado. En el origen está su vinculación al concepto de terrorismo cuya definición también está en cuestión pues ninguna de las definiciones al uso, sea esta académica, criminológica, jurídica o psicológica es comprensiva de su significado debido a que en la esencia misma de los actos terroristas está la necesaria mutación; la transformación de la morfología de las organizaciones, de las metodologías, de las herramientas y de los objetivos para incrementar la efectividad de los actos. No se puede olvidar que la finalidad de las organizaciones terroristas es causar el mayor daño generando, además, una psicosis de inseguridad que ejerza presión sobre las instituciones y sobre la propia ciudadanía (Rodríguez Morales, 2012, p. 79). Adicionalmente, su conexión con la cuestión de las ideologías políticas, y la libertad de expresión, lo convierten en un fenómeno difícil de definir y muy sensible para su tratamiento por la comunidad científica. En otro orden de cosas, el modo en el que nos aproximemos a la definición terminará por tener impacto en la forma en la que se aborda el problema por las autoridades, en los enfoques y en los instrumentos que se utilicen para afrontar la intervención (Schlegel, 2020).

Los factores que dificultan la definición del concepto de radicalización violenta son varios, aunque debemos destacar el grado de dificultad para crear una definición compartida, la naturaleza misma de la radicalización violenta y su manifestación como proceso. Por lo que respecta a la primera dimensión, la radicalización violenta tiene amplias implicaciones políticas. La consideración de un hecho como radical se ve

afectado por su contextualización e íntimamente ligado a la evolución social. Hay que afinar mucho la definición pues tiene implicaciones de relevancia tanto en términos políticos como legales. Por lo que se refiere a la naturaleza de la radicalización violenta, nos encontramos ante un tema de carácter sociopolítico por lo que afrontamos un fenómeno multidimensional que requiere de una aproximación interdisciplinar lo que dificulta el consenso para acuñar una definición. Por último, constituyéndose como uno de los pocos acuerdos que existen en torno a la definición de radicalización, está su consideración como proceso.

La radicalización violenta tiene un componente de pensamiento y un componente de acción (Vidino, 2017, p. 77). Implica la aceptación de una ideología radical a nivel cognitivo y una pauta de conducta que consiste en involucrarse, participar, sustentar o apoyar acciones violentas. De hecho, la radicalización violenta se identifica como el fenómeno que está en la base de numerosos actos terroristas en el siglo XXI. Así, la radicalización violenta se entiende como el proceso por el que se produce una creciente disposición a perseguir y apoyar ideas que implican una amenaza directa al orden existente; un cambio fundamental en el statu quo político y social. Aunque el terrorismo es, en esencia, un fenómeno social y político (Crone, 2016, p. 591) cuando se analizan algunas de las características propias del denominado «nuevo terrorismo» (Crenshaw, 2008, p. 118) aparecen los procesos de radicalización individuales como factor de relevancia para el análisis. Adicionalmente, también se hace referencia a la presencia de cierta cultura de la violencia como base para la expansión de la radicalización que devendría en posteriores actos de violencia o terrorismo. Esta cultura de la violencia se manifestaría en forma de modelos sociales que contribuirían a la generación de marcos de referencia en los que la violencia, la violencia política y el terrorismo encontrarían su justificación (Waldmann, 2007). De ahí la importancia del tema en sí mismo para los sistemas democráticos, más allá de su impacto o su vinculación al terrorismo.

En este sentido, la radicalización violenta no sólo representa un problema de seguridad ya que puede conducir a la polarización política, un proceso que implica que los ciudadanos se sitúan en polos opuestos, lo que dificulta el diálogo y el consenso. Tras la polarización lo que subyace es la negación del otro como interlocutor. El impacto que tiene esta tendencia sobre la calidad de la democracia es muy alto ya que, en términos generales, el incremento de la polarización va en contra de la cohesión pues ocasiona el menoscabo de la paz social y la progresiva disminución de los valores compartidos. Esta tendencia se acompaña de la propagación de mensajes antidemocráticos, intolerantes y divisorios (Morlino, 2009, p. 98). Como afirma recientemente el informe del grupo de alto nivel de la Comisión Europea<sup>1</sup> esos mensajes alimentan tanto el extremismo violento como la propia polarización.

Existen visiones divergentes respecto a si radicalización violenta y extremismo violento son fenómenos similares y, en consecuencia, términos sinónimos o no. Los académicos y expertos que los equiparan, como Vidino, consideran que se trata de políticas públicas similares y tratan de atajar el mismo problema, ya se llame CVE (*Counter Violent Extremism*) o VRP (*Violent Radicalization Prevention*). Hay otros autores que prestan atención al término en sí, e indican que ser extremista es un estado mientras que la radicalización es un proceso dinámico. Se podría decir que el final del proceso de radicalización es el extremismo, lo que nos llevaría de nuevo a las similitudes entre ambos términos: todo radical es extremista (se sitúa en un

---

<sup>1</sup> En julio de 2017, la Comisión Europea creó el «Grupo de expertos de alto nivel sobre radicalización» para intensificar los esfuerzos a la hora de prevenir y contrarrestar la radicalización y mejorar la coordinación y la cooperación entre todas las partes concernidas por el tema.

extremo frente a la mayoría) y todo extremista es radical (en su visión del mundo y sus pensamientos y acciones). Entre los que apuestan que son términos diferentes se encuentran aquellos que señalan que la lucha contra el extremismo violento pasa por combatir ideas extremistas, en tanto que la prevención de la radicalización violenta se ha centrado en la contención de la violencia:

Lo peor es que en las Instituciones Europeas, al igual que en el seno de los países de la UE, la confusión acerca de cuál es la auténtica naturaleza del problema y lo que debe hacerse al respecto está generalizada. Apremia, en este sentido, repensar el concepto mismo de radicalización, para aclarar si las medidas que hay que adoptar ante dicho proceso se refieren únicamente a evitar que haya individuos implicados en actividades terroristas o supone también hacer frente a visiones rigoristas y extremistas del credo islámico, como las salafistas u otras similares, cuyas actuaciones provocan la segregación de colectividades enteras de musulmanes en el interior de las sociedades europeas, así como fracturas entre musulmanes y no musulmanes que explotan los terroristas. (Reinares, 2016).

La radicalización violenta es, por tanto, un concepto de gran complejidad y en continua discusión, lo que hace difícil acuñar una definición compartida. Lo que parece claro es que la progresiva inclinación a la violencia debe formar parte de las cuestiones a explorar, en la misma medida en que en un contexto en el que se instala la violencia política se activa la disposición a utilizar la violencia para alcanzar los objetivos políticos o religiosos (Moyano, 2019, p. 23).

## 2. La radicalización violenta como proceso

Como hemos señalado, la radicalización violenta es mayoritariamente definida como un proceso. Aunque muchos estudiosos se refieren al mismo como una sucesión de etapas que deben ser superadas, el proceso no debe ser considerado como secuencial o cronológico, sino como una serie de fases articuladas en torno a un orden lógico que permite separar conceptualmente cada una de ellas. Esta concepción nos enfrenta a una de sus características sustantivas: el proceso no implica la necesidad de pasar por cada una de ellas para que un individuo devenga en radical violento. De hecho, algunos autores acreditan que el proceso se podría revertir. En este aspecto han surgido diferentes trabajos que precisan o prefieren una «una interpretación ... que no es una teoría de etapas y que no requiere que cada nivel ... se alcance pasando por el nivel o los niveles inferiores a él» (Moskalenko y McCauley 2009, p. 241). Los modelos utilizados para explicar la radicalización violenta dan cuenta de este modo de aproximarse al fenómeno. Así, en el estudio de la radicalización violenta subyace la idea de responder a la pregunta: ¿Qué es lo que lleva a un individuo a defender y a ejercer la violencia? Todos los expertos coinciden en señalar que se trata de un proceso de tránsito entre la radicalización de las ideas, relacionado con lo cognitivo, y la radicalización del comportamiento, relacionado con lo conductual (Trujillo, 2019, p. 93)<sup>2</sup>. Las ideas radicales, independientemente de su ámbito, suelen ser interpretaciones extremistas de creencias que rayan el totalitarismo sean estas creencias políticas, religiosas o de otra índole. Las ideas son, por tanto, un elemento esencial de la conducta violenta por lo que la ideología forma parte de los elementos que acompañan a los procesos de radicalización (Neumann, 2013, p. 372).

<sup>2</sup> Para dar cuenta de la importancia cultural y social de la violencia frente una interpretación de la pirámide de la radicalización (modelo de la escalera de Moghaddam, 2005, o de la cinta transportadora de Baran, 2005 entre otros) que concibe la radicalización como un proceso intelectual a través del cual un individuo estaría cada vez más hechizado por las ideas extremistas (radicalización cognitiva) para dar el paso a la acción (radicalización comportamental) (por ej. Wiktorowicz 2005).

En el terreno de las ideas, la radicalización violenta se sustenta en tres proposiciones: los problemas son responsabilidad del *status quo*, la forma de resolverlos es abrazarse a un ideario y el método empleado para alcanzar el objetivo es la violencia (Schmid, 2016, p. 27). En conclusión, los procesos de radicalización no deben ser considerados como lineales porque lo cierto es que hay un conjunto de factores que influyen en cada individuo y de cuyo comportamiento depende la naturaleza y desarrollo del proceso mismo. De hecho, en estudios recientes se pone mayor énfasis en el análisis de los factores explicativos que en las etapas del proceso mismo. Esos factores explicativos actúan en diferentes niveles: sistémico, contextual e individual (Jordán, 2009, p. 198). Atendiendo a estas cuestiones, la radicalización violenta se presentaría como un proceso por el que se asumen posiciones de gran intransigencia desde el punto de vista doctrinal, lo que conllevaría una vinculación a ideologías extremistas y la asunción de prácticas de violencia política que podrían conducir al individuo al terrorismo o, en todo caso, a posiciones de riesgo para él mismo, la comunidad política y la democracia (Mellón y Parra, 2015, p. 30)

Esos factores que influyen en los procesos de radicalización violenta son de distinta naturaleza: socioeconómicos, religiosos, psicológicos, demográficos, existenciales y de socialización del individuo. Los factores de carácter socioeconómico por sí mismos no son explicativos y deben asociarse a otros indicadores para el análisis de su impacto en este proceso. A modo de ejemplo, entre los radicales violentos o terroristas *yihadistas* detenidos en Europa y en España, la casuística es diversa (Reinares *et al.*, 2019, p. 17). La religión actúa como elemento de movilización y puede ofrecer, bien la justificación, bien la motivación ideológica, pero no es la causa la radicalización violenta. De hecho, se considera que un conocimiento profundo de la religión actúa como factor de prevención de la radicalización, mientras que la ignorancia de los preceptos facilita la penetración de interpretaciones extremistas o falsos postulados que se usan para justificar la violencia. Por lo que respecta a los factores psicológicos, la mayoría de los radicales violentos realizan sus actos motivados por convicciones profundas. Desde el punto de vista demográfico, los factores vinculados a la integración social y cultural, el sentido de pertenencia a la comunidad y el arraigo son variables de gran relevancia.

Al igual que con las variables socioeconómicas, debemos huir de los mitos que hacen referencia a los problemas de integración social, especialmente en el caso de la inmigración, como explicativos de los procesos de radicalización violenta. De hecho, en España son numerosos los casos de personas integradas en la comunidad. Así, en el caso de la radicalización *yihadista*, es relevante el papel de los conversos. En cuanto a los factores existenciales, para comprender los procesos de radicalización conviene explorar la presencia de crisis personales o existenciales, ya que en muchos casos es este el factor desencadenante de la aproximación a nuevas ideas, bien sean políticas o religiosas, sobre todo si éstas ofrecen una visión del mundo muy explicativa (Trujillo, 2019). Por último, la radicalización está influida por el proceso de socialización del individuo y factores identitarios. El entorno se configura como uno de los aspectos más relevantes en el proceso de radicalización ya que, en muchas ocasiones, contribuye a la creación de lo que se denominan «*invernaderos ideológicos*». Los lazos familiares y personales están detrás de muchos individuos radicalizados. El caso de los atentados de Barcelona y Cambrils en 2017 es un buen exponente. No obstante, también se encuentran casos de individuos que, sobre todo en la radicalización *on line*, se aproximan en solitario a las ideas extremistas (Alava, 2019, p. 113).

### 3. La radicalización violenta como tema público de carácter sociopolítico

La radicalización violenta es un tema nuevo<sup>3</sup> en la agenda pública europea que surge en el marco del cambio de paradigma en las políticas de seguridad como consecuencia de los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, y más específicamente a partir de los atentados de Madrid en 2004 y Londres en 2005 (Coolsaet, 2019, p. 30). Asimismo, es deudor de la irrupción de las grandes organizaciones del terrorismo global, primero de Al Qaeda y después DAESH, en la seguridad global. Los grandes atentados terroristas que se suceden en el mundo a partir del 11S supusieron una transformación en la forma en la que los gobiernos confrontan la lucha contra el terrorismo. En aplicación del lenguaje de la teoría del equilibrio interrumpido (Baumgartner y Jones, 1991, p. 1068): la revisión de la definición del problema, la aparición de nuevos actores y la aplicación de modelos explicativos alternativos contribuyen a la formulación de una nueva estrategia europea de seguridad interior que defiende la aplicación de un modelo preventivo en la lucha contra el terrorismo. No obstante, la primera vez que se presta atención expresa a la prevención de la radicalización violenta por la Unión Europea fue poco después de los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004, siendo en la Declaración del Consejo de Europa del 25 de marzo de 2004 en la que se incorpora la prevención de la radicalización violenta como objetivo estratégico de la lucha contra el terrorismo. En este acuerdo se presenta como un tema sociopolítico complejo que aúna aspectos vinculados a la seguridad pública con dimensiones que llaman a la intervención social. Es en este contexto cuando la capacidad para prevenir se revela como factor esencial de la política europea de lucha contra el terrorismo con la búsqueda de las causas que llevan a un individuo a justificar la violencia y, en su caso, a cometer actos terroristas. A partir de esta concepción la radicalización violenta se interpreta como un proceso de socialización mediante el que los individuos adoptan y se adhieren a valores e ideas extremistas que, en determinadas circunstancias, pueden desembocar en la comisión de actos de terrorismo (De la Corte, 2015, p. 42).

La consolidación de la tendencia de un terrorismo de alcance global que utiliza los atentados con víctimas masivas como estrategia de presión y difusión del terror, que queda patente en los atentados de Madrid (2004) y Londres (2005), se incide en la elaboración de una definición del problema de la radicalización, una teoría sobre cómo abordarlo y un conjunto de instrumentos y medidas para su prevención. Con todo ello, se completa el proceso de formulación inicial de la estrategia europea de prevención de la radicalización violenta. Nos enfrentamos en este punto a la discusión sobre si esta estrategia constituye una política en sí misma o bien se trata de una dimensión de la política de lucha contra el terrorismo. Desde nuestro punto de vista, comenzó siendo una dimensión de la política de lucha contra el terrorismo para adquirir después entidad propia como una política pública diferenciada (Tamayo y Carrillo, 2019, p. 163). Estamos ante una política pública novedosa con vinculación a otras políticas públicas (seguridad y antiterrorista) pero con objetivos propios, redes de actores particulares y métodos y herramientas diferenciados. Ha operado, a su vez, la transferencia desde el ámbito europeo a los distintos estados miembros con un despliegue desigual en el territorio de la Unión.

La implantación de la política de prevención de la radicalización violenta se produce entre 2006 y 2014 tratando de atender a las distintas dimensiones que conforman el problema: afrontar los discursos extremistas, mejorar las condiciones de vida y eliminar desigualdades que podrían generar las condiciones propicias para los

---

<sup>3</sup> Temas que se incorporan a la agenda pública como producto del cambio social o la evolución de un tema previo y se convierte en sí mismo en emergente y diferenciado (Cobb, R., Ross, J. y Ross, M., 1976, p. 138).

procesos de radicalización. Con la implantación de los programas de prevención de la radicalización violenta se trata de anticipar los procesos de reclutamiento y captación, fundamentalmente de jóvenes, para la causa extremista. A su vez, se procede a revisar la formulación inicial a la luz de la evolución de un problema que presenta progresivamente nuevos desafíos como son las dinámicas de retorno de zonas de conflicto (los combatientes retornados y sus familias), la necesidad de poner en marcha programas de desenganche o desradicalización, la multiplicación de entornos críticos para el adoctrinamiento y captación con fines terroristas, y el reto de la radicalización *on line*. Al final del período se dispone de una estrategia de acción que los estados miembros van adoptando como referente para sus políticas nacionales de prevención de la radicalización violenta (Ruiz Díaz, 2017, p. 259).

A partir del 2015, la política europea entra en la fase de rutinización (Page, 2012, p. 9). La transferencia de definición y metodologías recibida desde las iniciativas europeas contribuye a la implantación normalizada de las políticas de prevención de la radicalización violenta<sup>4</sup>. Los cambios que se incorporan son escasos y se producen una extensión general del modelo adoptado a todos los estados miembros. Con estas orientaciones se intenta ampliar el foco a fenómenos de radicalización que vayan más allá del extremismo religioso impulsado por visiones rigoristas del islam, con el refuerzo de las redes de actores y organismos institucionales que dan soporte a la estrategia. Al tiempo, se impulsa la diseminación e intercambio de buenas prácticas y el diseño de programas basados en las evidencias de experiencias de éxito. Un hito principal de esta fase es la creación por la Comisión, en 2017, del Grupo de Expertos de Alto Nivel en materia de radicalización que, en mayo de 2018, publicó un informe en el que se describe la política, se analizan sus resultados y se establecen las líneas estratégicas de la política de prevención de la radicalización violenta<sup>5</sup>.

En el caso español, la radicalización violenta como tema en la agenda pública discurre en paralelo a la evolución del terrorismo internacional y a la transferencia de política pública desde la Unión Europea. Así, tanto las definiciones adoptadas como la orientación de las acciones se corresponden con las recomendaciones que surgen desde el ámbito europeo. A tal punto que la adopción de estas orientaciones ha podido comprometer la eficacia de alguna de las medidas adoptadas al ajustarse débilmente al sistema político administrativo español (Bazaga y Carrillo, 2019, p. 171). Se debe destacar que para incrementar la eficacia de los instrumentos de la política de prevención de la radicalización violenta es necesario que se ajusten al sistema político administrativo. Un diseño de intervención basado en experiencias importadas sin la adecuada adaptación a las características del sistema político administrativo corre el riesgo de convertirse en intrascendente y poco eficaz a los propósitos que persigue. Este riesgo se puede agravar en el caso de la radicalización violenta pues presenta un patrón diferenciado en cada comunidad política ya que sería el resultado de la interacción concreta en un territorio del conjunto de factores explicativos al que hemos hecho referencia.

#### 4. Las estrategias de lucha contra la radicalización violenta: enfoques y perspectivas

La radicalización violenta es un problema social complejo que debe ser afrontado movilizándolo a las instituciones y a la sociedad. No puede ser acometido por un sector

<sup>4</sup> Consejo de la Unión Europea, Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas. Bruselas, 19 de mayo de 2014. Recuperado de: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9956-2014-INIT/es/pdf>.

<sup>5</sup> European Commission, High-Level Commission Expert Group on Radicalisation (HLCEG-R) Final Report. 18 May 2018. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20180613\\_final-report-radicalisation.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20180613_final-report-radicalisation.pdf).

de la sociedad de manera aislada. De igual modo, la colaboración y coordinación entre los tres ámbitos considerados imprescindibles para la respuesta exitosa frente al terrorismo: el ámbito político y legislativo, el ámbito policial y el judicial no basta para poder enfrentarlo. Dentro de cada uno de esos ámbitos se identifican toda una serie de respuestas y acciones: pacto entre partidos políticos, apoyo a las víctimas, política de dispersión y reinserción (político y legislativo), cambios en el código penal (judicial), medidas para mejorar la información y la inteligencia (policial) que aún deben de ser completadas en un enfoque integrado en el que participen profesionales de un mayor número de ámbitos con sus conocimientos, capacidades y destrezas para lograr un objetivo común. Ese objetivo de la prevención es crucial y debe basarse en intervenciones en los lugares (entornos críticos) y con las personas (individuos en riesgo) que son vulnerables a los procesos de radicalización con el fin de evitar que se produzca o intentar detener su evolución para contener el extremismo violento y el terrorismo mismo (Atkinson *et al.*, 2005, p. 12).

La prevención de la radicalización y el extremismo violento requiere, por tanto, de nuevas visiones a la hora de plantear la intervención. Los enfoques y estrategias recientes priorizan la atención sobre dos aspectos: el primero de ellos es la importancia de mejorar la información disponible y el acceso a la misma por los actores con capacidad para anticipar el riesgo. El objetivo es disponer de capacidad para fomentar la alerta temprana, lo que requiere del intercambio de información y la colaboración entre organizaciones de distintas áreas funcionales. Con este enfoque se potencia la capacidad de dirección estratégica de la política de prevención de la radicalización violenta y lucha contra el terrorismo. Se consigue disponer de información de calidad para identificar necesidades y riesgos potenciales lo que permite mejorar la capacidad preventiva y, sobre todo, proactiva y anticipativa. El segundo aspecto que se debe atender es la intervención sobre las causas que potencian la violencia. La respuesta al extremismo cuando este se ha manifestado no es suficiente, hay que trabajar sobre el origen, las causas y los factores que propician la violencia. Se adopta el enfoque de prevención que se ha aplicado en salud pública (Vignolo, 2011, p. 9). Una perspectiva que ofrece tres niveles de prevención: primaria (trabajar sobre las causas y factores condicionantes para evitar la aparición del problema), secundaria (diagnóstico temprano y el tratamiento adecuado) y terciaria (procesos de rehabilitación y/o recuperación de los efectos del proceso). En el caso del tema que nos ocupa, se debería añadir un nivel cuaternario, la prevención y, en su caso, tratamiento de las posibles recaídas.

En este sentido la aplicación de un enfoque sostenido en la colaboración y cooperación entre actores con responsabilidad (multiagencia) mejora la capacidad de prevención de la radicalización violenta, el extremismo y de cualquier otra forma de violencia. La complejidad misma de la violencia como resultado de la interacción de causas individuales y sociales diversas hace necesario el trabajo conjunto entre organizaciones y niveles de gobierno (enfoque multinivel). Como se puede observar, en torno a la prevención y detección temprana del riesgo adquiere fuerza la idea de colaboración entre organizaciones e instituciones. Según esta idea la pieza clave de la respuesta está en los profesionales de primera línea. Esta aproximación implica la creación de redes que incluyan instituciones del sistema de justicia penal, profesionales de la educación, la sanidad, los servicios sociales, organizaciones no gubernamentales y sociedad civil. Según este enfoque, las redes tienen como misión prevenir la radicalización y proteger a aquellos individuos considerados en riesgo de radicalización. Al ser redes en las que se comparte información y experiencia, la ventaja de este enfoque es diseñar medidas fiables y duraderas. Estas redes deben trabajar en el ámbito local de acuerdo con su conocimiento y experiencia y diseñar intervenciones particularizadas. Se incorpora así a la perspectiva de intervención la aproximación de gobierno multinivel. ¿Por qué es de interés ofrecer una intervención

multinivel en la prevención de la radicalización violenta? La radicalización violenta es un asunto de carácter multidimensional. La multidimensionalidad genera complejidad y hace muy difícil que un solo actor tenga la capacidad de ofrecer una visión e intervención completa. La incorporación de la gestión intergubernamental, en contextos de gobierno multinivel, facilita una visión integral del problema y, por tanto, establece los parámetros para una intervención eficaz y un manejo adecuado de los recursos disponibles. Asimismo, permite la colaboración entre los distintos actores institucionales con competencias en la prevención. Del mismo modo, facilita la colaboración con la sociedad civil en el intento por aumentar la sensibilidad hacia el problema y la capacidad de disponer de mecanismos de alerta temprana eficaces. Este enfoque aumenta la calidad de la información de inteligencia, la capacidad de prevención (neutralizar procesos de radicalización violenta) y genera corresponsabilidad con la intervención.

En este enfoque se presenta al individuo en el centro de un gran número de interacciones que se conectan entre sí para abordar en su complejidad el tema y orientarlo tanto anticipativa como preventivamente. La política de prevención de la radicalización violenta precisa de enfoques sistémicos e integrados. La integración de servicios públicos de distintos niveles de gobierno con el objetivo de prevenir la violencia es necesaria y permite mejorar la gestión, la coordinación y los resultados (Atkinson *et al.*, 2007, p. 28). Desde el gobierno central se deben ofrecer las orientaciones de la política que, a su vez, responden a los lineamientos europeos e internacionales, la capacidad de poner en marcha las acciones que permitan desplegar la capacidad preventiva necesariamente se debe ajustar al mapa competencial de cada sistema político administrativo. En el caso español, la responsabilidad sobre los servicios sociales en los que radicaría la intervención está en el nivel de gobierno regional y en el local, lo que obliga a la administración central a la cooperación y colaboración para disponer de oportunidades de despliegue de la política pública de prevención de la radicalización. Si a esto le añadimos que tratamos de un tema en el que es determinante la implicación de los profesionales en la detección del riesgos y necesidades, anima a su incorporación tanto en el diseño de las iniciativas como en la forma de aplicarlas.

## 5. Conclusiones

Definir el concepto de radicalización violenta presenta gran dificultad pues no hay un consenso amplio y estable sobre su alcance y significado. La causa de precisión conceptual reside en la vinculación del tema a la prevención y lucha contra el terrorismo, así como a su conexión con las ideologías políticas. La radicalización violenta tiene un componente de pensamiento y otro de acción, implica la aceptación de las ideas radicales y la disposición a defenderlas a través de la violencia política. El hecho de que el debate se sitúe en el terreno de las ideas implica riesgos que generan dificultades a la comunidad científica y académica, así como a las autoridades, para identificar qué modelo explicativo y de intervención se debe utilizar. La radicalización violenta presenta una conexión con la polarización política dado que utiliza narrativas antidemocráticas y de confrontación que contribuyen al conflicto social y generan el escenario propicio para la expansión de la violencia que necesitan las organizaciones terroristas para la captación y reclutamiento de individuos. Una de las discusiones presentes entre los estudios de la radicalización violenta es en qué medida es o no lo mismo que el extremismo violento. Aunque todos los autores coinciden en señalar que se trata de aspectos de un fenómeno similar pues el extremismo es el resultado de un proceso de radicalización.

La radicalización se concibe como un proceso dinámico mientras que el extremismo sería un estado, de ahí la importancia de reflexionar sobre las ideas

extremistas, y no sólo sobre la violencia política, para combatir la radicalización, el extremismo violento y el terrorismo mismo. Los distintos expertos señalan la radicalización violenta como un proceso de tránsito entre la radicalización de las ideas (lo cognitivo) con la radicalización del comportamiento (lo conductual). La idea de proceso puede conducir a su interpretación como una sucesión de etapas. Sin embargo, no es necesario que un individuo pase por cada una de las etapas para concluir en radical o extremista. En este proceso de radicalización del individuo influyen múltiples factores individuales, sociales y contextuales que pueden actuar como aceleradores, ralentizadores o, en caso de disponer de buenos sistemas de prevención, neutralizadores del proceso de radicalización. Los factores que intervienen en los procesos de radicalización violenta son socioeconómicos, religiosos, psicológicos, demográficos, existenciales y de socialización del individuo. Dada la complejidad del entramado de influencia es necesario aplicar enfoques multi e interdisciplinarios tanto para conocer bien el fenómeno como para aplicar mecanismos de contención de la evolución del proceso de radicalización. Aunque todos los factores son importantes a la hora de interpretar el fenómeno conviene prestar atención a los aspectos más psicológicos y las comunidades de conocimiento o «invernaderos ideológicos», lo que aflora la importancia de identificar entornos críticos, tanto *off line* como *on line*, donde se puede producir la socialización con las ideas extremistas y, en su caso, la captación, el reclutamiento y el adoctrinamiento.

La radicalización violenta es un tema relativamente nuevo en la agenda pública en Europa. Hasta 2004 se presentaba como parte de la política de prevención y lucha contra el terrorismo. La constatación de la presencia de individuos radicalizados tras los atentados de Madrid primero y Londres después, influye en la atención expresa a la prevención de la radicalización violenta y se expresa en la Declaración del Consejo de Europa de 25 de marzo de 2004. A partir de esta concepción la radicalización violenta se interpreta como un proceso de socialización mediante el que los individuos adoptan y se adhieren a valores e ideas extremistas que, en determinadas circunstancias, pueden desembocar en la comisión de actos terroristas. Se consolida así la prevención de la radicalización violenta como una política pública novedosa con objetivos propios, redes de actores particulares y métodos y herramientas diferenciados. También como con una conexión muy estrecha con otras políticas públicas. Con la implantación de los programas de prevención de la radicalización violenta se trata de anticipar los procesos de reclutamiento y captación, fundamentalmente de jóvenes, para la causa extremista.

La rutinización de la política de prevención de la radicalización se produce a partir de 2015 con la implantación normalizada de las recomendaciones que la UE trasmite a los estados miembros. En un primer momento el foco de atención se pone sobre la radicalización religiosa, fundamentalmente el salafismo, progresivamente se han incorporado otros extremismos como el creciente de extrema derecha y supremacista. En todo el proceso adquiere especial relevancia el estudio de las narrativas extremistas, las narrativas alternativas para enfrentarlas y la generación de conocimiento sobre los entornos críticos y la exposición a la violencia. La evolución de la política de prevención de la radicalización en Europa ha estado muy condicionada por los actos terroristas con víctimas masivas y por la transferencia de definiciones desde la UE.

Por lo que respecta al modo de afrontar la intervención sobre el fenómeno, se apuesta por la colaboración y cooperación tanto entre actores (enfoque multiagencia) como entre niveles de gobierno (enfoque multinivel). Como en cualquier tema público la eficacia de la intervención está condicionada por el grado de ajuste al sistema político-administrativo. El objetivo es disponer de mecanismos de alerta temprana por lo que es necesario el trabajo con los profesionales de primera línea tanto de los

servicios sociales, sanitarios, educativos como de la seguridad pública. Es necesario mejorar la calidad de la información y la comunicación para evitar zonas oscuras en las que se puedan activar los procesos de radicalización violenta.

## Bibliografía

- Alava, S. (2019). Los procesos de radicalización *on line*. En Bermejo, R. y Bazaga, I. (Eds.), *Radicalización Violenta en España: Análisis, detección y prevención* (pp. 109-119). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Antón Mellón, J. & Parra, I. (2015). El concepto de radicalización. En Mellón, A. (Ed.). *Islamismo yihadista. Radicalización y Contraradicalización* (pp. 17-37). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Atkinson, M., Doherty, P., & Kinder, K. (2005). Multi-agency working: models, challenges and key factors for success. *Journal of Early Childhood Research*, 3(1), pp. 7-17. <https://doi.org/10.1177/1476718X05051344>.
- Atkinson, M., Jones, M., & Lamont, E. (2007). Multi-agency working and its implications for practice. *Reading: CfBT Education Trust*, pp. 28-42. DOI: <https://www.nfer.ac.uk/media/2001/mad01.pdf>.
- Baumgartner, F. R. y Jones, B. D. (1991). Agenda Dynamics and Policy Subsystems. *The Journal of Politics*, 53(4), pp. 1044-1074. DOI: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdf/10.2307/2131866>.
- Cobb, R., Ross, J. y Ross, M. (1976). Agenda Building as a Comparative Political Process. *The American Political Science Review*, 70(1), pp. 126-138.
- Coolsaet, R. (2019). Radicalization: The origins and limits of a contested concept. En Fadid, N. et al. (Eds.). *Radicalization in Belgium and the Netherlands. Critical Perspectives on Violence and Security* (pp. 29-51), London: I.B.Tauris. DOI: 10.5040/9781788316187.ch-001.
- Crenshaw, M. (2008). The Debate over “New” vs. “Old” Terrorism. En Karawan I.A., McCormack W., Reynolds S.E. (Eds.). *Values and Violence. Studies in Global Justice*, 4, (pp. xx-xx), Springer, Dordrecht. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8660-1\\_8](https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8660-1_8)
- Crone, M. (2016). Radicalization revisited: violence, politics and the skills of the body. *International Affairs*, 92(3), pp. 587-604. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-2346.12604>
- De la Corte, L. (2015). *¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista? “Extremismo Yihadista: Radicalización y Contraradicalización. Inteligencia y Seguridad”*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Dolowitz, D. P. y Marsh, D. (1996). Who Learns What from Whom: A Review of the Policy Transfer Literature. *Political Studies*, 44, pp. 343-357. DOI: <https://doi.org/10.1111%2Fj.1467-9248.1996.tb00334>.
- Hecló, H. (1978). Issue Networks and the Executive Establishment. En King, A. (Ed.). *The New American Political System* (pp 87-107; 115-124). Washington, Estados Unidos: American Enterprise Institute.
- Jordán Enamorado, J. (2009). Políticas de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. (11), pp. 05:1-05:25.
- Jordán Enamorado, J. (2009). Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles. *Revista de psicología social*, 24(2), pp. 197-216.
- Marsh, D y Rhodes, R.A.W. (1992). *Policy networks in British government*. Oxford, GB: Clarendon Press.
- McCauley, C. & Moskalenko, S. (2008). Mechanisms of political radicalization: pathways toward terrorism. *Terrorism and Political Violence*, 20(3), pp. 415-433. DOI: <https://doi.org/10.1080/09546550802073367>.

- Meny, I. y Thoenig J.C. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona, España: Ariel.
- Moghaddam, F. M. (2005). The staircase to terrorism: A psychological exploration. *American Psychologist*, 60, pp. 161-169. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066X.60.2.161>.
- Morlino, L. (2009). *Democracia y Democratizaciones*. Madrid, España: CIS.
- Moskalenko, S. & McCauley (2009). Measuring Political Mobilization: The Distinction Between Activism and Radicalism. *Terrorism and Political Violence*, 21(2), pp. 239-260. DOI: 10.1080/09546550902765508.
- Moyano Pacheco, M. (2019). *Radicalización terrorista. Gestión del riesgo y modelos de intervención*. Madrid, España: Síntesis.
- Neumann, P. & Kleinmann, S. (2013). How Rigorous Is Radicalization Research?, *Democracy and Security*, 9(4), pp. 360-382. DOI: 10.1080/17419166.2013.802984.
- Page, E. (2012). *Policy without Politicians*. Oxford, GB: Oxford University Press.
- Reinares, F (2016). Prevenir la radicalización yihadista: un fracaso europeo. Recuperado de: <http://www.blog.rielcano.org/prevenir-la-radicalizacion-yihadista-un-fracaso-europeo>.
- Rodríguez Morales, T.G. (2012). El terrorismo y nuevas formas de terrorismo. *Espacios Públicos*, 15(33), pp. 72-95. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=676/67622579005>.
- Ruiz Díaz, L. (2017). La prevención de la radicalización en la Estrategia Contra el Terrorismo de la Unión Europea. Entre Soft Law e Impulso de Medidas de Apoyo. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(2), pp.257-280.
- Sabatier, P. (1988). An Advocacy Coalition Framework of Policy Change and the Role of Policy Oriented Learning Therein, *Political Science and Politics*, 24(2), pp. 147-156. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199646135.013.24.
- Sabatier, P. (1988). An Advocacy Coalition Framework of Policy Change and the Role of Policy Oriented Learning Therein, *Political Science and Politics*, 24(2), pp. 147-156. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199646135.013.24.
- Schlegel, L. (2020). *Formas, interrogantes, procesos: Las dificultades para definir la radicalización*. Ciudad, País: ERR.
- Schmid, A. (2016). Research on Radicalisation: Topics and Themes. *Perspectives On Terrorism*, 10(3). Recuperado de: <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/511/html>.
- Tamayo, M. y Carrillo, E. (2019). Europa en la prevención de la radicalización. En Bermejo, R. y Bazaga, I. (Eds.). *Radicalización Violenta en España: Análisis, detección y prevención* (pp. 145-162). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Trujillo, H. (2019). Los procesos de radicalización off line. En Bermejo, R. y Bazaga, I. (Eds.). *Radicalización Violenta en España: Análisis, detección y prevención* (pp. 92-105). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Vidino, L. et al., (2017) Fear thy neighbor. Radicalization and jihadist attacks in the West. *Publication of ISPI*, 6, pp. 77-101. Recuperado de: <https://icct.nl/app/uploads/2017/06/FearThyNeighbor-RadicalizationandJihadistAttacksintheWest.pdf>.
- Vignolo, J., Vacarezza, M., Álvarez, C., & Sosa, A. (2011). Niveles de atención, de prevención y atención primaria de la salud. *Archivos de Medicina interna*, 33(1), pp. 7-11. Recuperado de: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1688-423X2011000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-423X2011000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es)
- Wiktorowicz, Q. (2005). *Radical Islam Rising: Muslim Extremism in the West*. Maryland, Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers.

# Directivas comunitarias (efectos)\*

## Community directives (effects)

Juan Martínez Caballero

Agencia Valenciana de Fomento y Garantía Agraria

Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica

ORCID ID 0000-0001-7144-8222

[martinez\\_juacab@gva.es](mailto:martinez_juacab@gva.es)

**Cita recomendada:**

Martínez Caballero, J. (2021). Directivas comunitarias (efectos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 334-347.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6080>

Recibido / received: 28/07/2020  
Aceptado / accepted: 23/02/2021

### Resumen

El incumplimiento por un Estado miembro de la Unión Europea de la obligación de transponer a su ordenamiento jurídico una directiva comunitaria ha constituido uno de los problemas más importantes a los que ha tenido que hacer frente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para garantizar el cumplimiento de las directivas, desde la sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto SACE (C-33/70), el citado Tribunal ha venido atribuyendo una serie de efectos a las mismas y reconociendo a los particulares el derecho a actuar directamente contra su Estado por la no transposición o por la transposición deficiente de la directiva, con la finalidad de lograr su efecto útil, esto es, de evitar que su operatividad se vea alterada por la eventual inejecución de las labores de incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

### Palabras clave

Directiva comunitaria, transposición, aplicabilidad directa, efecto directo vertical, efecto directo horizontal.

### Abstract

*One of the major problems to be confronted by the Court of Justice of the European Union is the failure of Member States to comply with the obligation to transpose a Directive into national law. Since the judgment of the Court of 17 December 1970, case SACE (C-33/70), the Court has provided some legal effects to directives in order to enforce them. Likewise, the aforementioned Court has also enabled individuals to bring proceedings against a Member State, which has either still not transposed the Directive or has failed to transpose it correctly, with the aim of achieving the effectiveness of the Directive. That is to say, the application seeks to avoid this effectiveness to be hindered by any non-transposition into national law.*

### Keywords

Community directive, transposition, direct applicability, vertical direct effect, horizontal.

\* Juan Martínez Caballero es Licenciado en Derecho y máster universitario en Unión Europea. En la actualidad presta servicios como auditor interno de ayudas financiadas con fondos comunitarios.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. El origen patológico del efecto directo de las directivas. 4. Eficacia directa «de exclusión» y «de sustitución». 5. Eficacia directa vertical. 6. Negación de la eficacia directa horizontal y sus atemperaciones. 7. El efecto «anticipación». 8. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

Con un retraso de casi cuatro años en transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, la exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, por el que se procede a dicha integración, establece:

La transposición en plazo de las directivas de la Unión Europea constituye en la actualidad uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo. Al respecto, la Comisión Europea presenta informes periódicos al Consejo de Competitividad a los que se les da un alto valor político en cuanto que sirven para medir la eficacia y la credibilidad de los Estados miembros en la puesta en práctica del mercado interior.

El cumplimiento de este objetivo resulta hoy, si cabe, aún más relevante, habida cuenta del escenario diseñado por el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, para los incumplimientos en el plazo de transposición de directivas, en los que la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la imposición de importantes sanciones económicas de manera acelerada según el artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A finales de febrero de 2020, el Reino de España tenía 10 directivas pendientes de transponer cuyo plazo límite de transposición finalizaba durante el ejercicio 2019; 31 directivas pendientes de transponer cuyo límite de transposición finaliza durante el ejercicio 2020 y 34 procedimientos abiertos por infracción por no transposición al ordenamiento español de la previa directiva comunitaria (encontrándose otros Estados miembros con mayor número de procedimientos de infracción: 43 en el caso de Grecia y Bulgaria, 42 Irlanda o 41 Bélgica), sin que hasta el momento al Reino de España se le haya impuesto ninguna sanción económica por falta de transposición<sup>1</sup>.

Junto a los efectos políticos y económicos expuestos de la falta de transposición de la directiva comunitaria en plazo, dicha demora también tiene efectos jurídicos pues, hasta la publicación en el diario oficial del Estado miembro de la correspondiente norma de transposición, está vigente en el ordenamiento jurídico la normativa anterior a la directiva que convive, desde la expiración del plazo de transposición, con la directiva comunitaria, la cual es aplicable en virtud de la doctrina de los efectos directos del Derecho de la Unión Europea (UE) y sociales, pues la citada ausencia de

<sup>1</sup> Extraído de la respuesta del Gobierno de España a la pregunta escrita formulada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Ciudadanos. Recuperado de: [http://www.congreso.es/entradap/114p/e1/e\\_0012040\\_n\\_000.pdf](http://www.congreso.es/entradap/114p/e1/e_0012040_n_000.pdf) (Última consulta: 2 de abril de 2020).

transposición de la directiva afectaría considerablemente a los derechos de los ciudadanos en la medida que los derechos amparados en la norma comunitaria podrían ser alegados, pero no tendrían una adecuada respuesta al carecer de una regulación *ad hoc*.

## 2. Consideraciones generales

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, establecía en su artículo 189 (actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-)

Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos, directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Las directivas obligarán al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios.

La directiva es el instrumento armonizador por excelencia de las legislaciones internas de los Estados miembros por cuanto que, lejos de sustituir el poder legislativo de los Estados, necesita de él para establecer una legislación armonizada entre los diferentes países miembros. Aparecen así los dos elementos que explican la naturaleza de la directiva: el objetivo de armonización de las diferentes legislaciones nacionales, es decir, la consecución de un mismo resultado fijado por la UE, pero a través de diferentes mecanismos normativos utilizados por los Estados. De otro, esta figura supone el respeto a las competencias legislativas de los Estados miembros.

Estamos, pues, ante un acto que: a) no tiene, en principio, alcance general por que, a diferencia del reglamento que tiene por destinatario a todos (Estados miembros y particulares), la directiva tiene como destinatario a uno, a determinados de ellos o a la totalidad de los Estados miembros; b) impone una obligación de resultado, dejando a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios. En este sentido, no tiene aplicabilidad directa como los reglamentos, sino que requiere de un acto normativo interno (transposición) para el cumplimiento del objetivo previsto en la directiva; c) los Estados miembros tienen que elegir la forma que consideren más adecuada para la transposición de la directiva, interpretar correctamente el objeto que esta persigue y hacerlo en el plazo consignado en la misma, sin demoras y sin que sus destinatarios puedan distorsionar, eludir o tergiversar las obligaciones de resultado que establece la directiva.

Ni el TCEE ni los tratados posteriores mencionan el efecto directo de la directiva. Sobre esa base, la doctrina dominante durante mucho tiempo consideró que el concepto teórico de la directiva, al ser un acto de aplicación mediato por naturaleza, excluye absolutamente todo efecto directo, pues las directivas no solo hacen fijar obligaciones de resultado a los Estados destinatarios, sino que, además, requieren de medidas nacionales para aplicarlas. Esta posición se apoyaba en una interpretación exegética del artículo 189 del TCEE (actual artículo 288 TFUE), sobre la necesidad de no desnaturalizar los actos de derecho derivado confundiendo las

diferentes categorías (distinguiéndose así, los reglamentos, como actos directamente aplicables, de las directivas, que no tienen ese carácter)<sup>2</sup>.

Ha sido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJ, TJCE o TJUE), quien ha elaborado el concepto de efecto útil o directo de la directiva para paliar los efectos derivados de la falta de transposición o de la transposición incorrecta de la directiva por parte de los Estados miembros.

El principio de efecto directo (Martínez-Carrasco Pignatelli, 1999, p.28), como puso de manifiesto el TJCE en el asunto *Van Gend en Loos*<sup>3</sup>, conlleva «que el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan en su patrimonio jurídico». Por lo que los particulares tienen el derecho a invocar ante las instancias administrativas o judiciales la disposición comunitaria, instando su aplicación frente al Estado (efecto vertical) o frente a otros particulares (efecto horizontal).

La mencionada sentencia *Van Gend en Loos* sienta por tanto el principio de efecto directo, partiendo de la cesión de soberanía como postulado para justificar que en el Derecho comunitario los ciudadanos de los Estado miembros –y no solo estos últimos– también pueden invocar derechos que derivan de tal ordenamiento y pedir, por tanto, que el juez nacional aplique el Derecho de la Unión en los litigios en los que tal Derecho sea pertinente (Vicente Andrés, 2018, p.146).

La existencia del efecto directo era lógica (Vercher Noguera, 2015, pp.111-112) pues, en palabras del Juez Lecourt, antiguo presidente del TJCE, las alternativas para el ciudadano de a pie eran:

(...) o bien la Comunidad es para el mismo una fascinante pero remota abstracción, cuyas normas deben ser aplicadas exclusiva y discrecionalmente por los Gobiernos, o bien la Comunidad es para el ciudadano una auténtica realidad y, en consecuencia, una fuente de derechos para el mismo (1976, p. 248).

### 3. El origen patológico del efecto directo de las directivas

A partir de la década de los setenta, concretamente del asunto *SACE*<sup>4</sup> y, posteriormente, del asunto *Van Duyn*<sup>5</sup>, el TJCE empezó a pronunciarse sobre la eficacia de las directivas, dejando progresivamente bien sentado que, si bien los reglamentos poseen aplicabilidad directa y pueden en consecuencia, por su propia naturaleza jurídica, producir efectos directos, ello no excluye que otras categorías de disposiciones no puedan, de ninguna manera, producir efectos similares. Sería incompatible con el carácter obligatorio otorgado a la directiva excluir, en principio, la posibilidad de que la obligación que ella impone sea invocada por los particulares a quienes conciernen. En particular, en aquellos casos en los que, a través de una directiva, las autoridades comunitarias han obligado a los Estados miembros a una determinada conducta, la efectividad de tal medida estaría debilitada si los particulares no pudieran invocarla ante sus jueces nacionales y estos no pudieran

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1990. Sentencia que constituye una de las primeras en nuestra jurisprudencia que afronta directamente la naturaleza y efectos de las directivas en el Derecho español y en la que se hace una larga reflexión sobre el estado de la doctrina y jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas.

<sup>3</sup> STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* (C-26/62).

<sup>4</sup> STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *SACE* (C-33/70).

<sup>5</sup> STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn* (C-41/74).

considerarla como parte integrante del derecho comunitario. La facultad de los juzgados nacionales a dirigir al TJ las cuestiones concernientes a la validez e interpretación de los actos de los órganos de la UE supone, por lo demás, que los particulares pueden invocar las mismas ante dichos juzgados. Para ello, conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición en cuestión son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario y los terceros.

Posteriormente, en el asunto *Ursula Becker*<sup>6</sup>, el TJCE fue un paso más allá al añadir que si un Estado miembro no ha adoptado las medidas requeridas por la directiva dentro del período prescrito para ello, no podrá alegar, contra los particulares, el propio incumplimiento de las obligaciones impuesta por dicha directiva. Así, allí donde las disposiciones de una directiva se presentan, en lo referente a su contenido, como suficientemente precisas e incondicionales, podrán ser alegadas, en ausencia de transposición dentro del período para ello establecido, contra las disposiciones de derecho nacional incompatible con las mismas y, en la medida en que atribuyan derechos, los particulares podrán invocarlas contra los órganos e instituciones del Estado.

Del análisis de la jurisprudencia expuesta se desprende que, inicialmente, para el TJ, las directivas, a diferencia de las disposiciones de los Tratados y de los reglamentos que son directamente aplicables, carecerían de efecto directo en tanto los Estados miembros no incumplieran su obligación de trasponerla en su ordenamiento jurídico dentro del plazo concedido.

De esta forma, como expuso nuestro Consejo de Estado en relación con la encomienda del Gobierno de elaborar un estudio sobre las cuestiones que, para la Administración General del Estado, plantea la inserción del Derecho europeo en nuestro ordenamiento:

la eficacia directa de las directivas surge como un remedio provisional o una garantía mínima frente a una situación de incumplimiento estatal, con la finalidad de lograr su efecto útil, esto es, para evitar que la funcionalidad de tales normas se vea impedida por la eventual inejecución de las tareas de incorporación al derecho nacional<sup>7</sup>.

Pues una vez la directiva está correctamente transpuesta en el Derecho interno, es esta normativa interna la que podrá, en su caso, invocar el particular. De esta manera, la directiva, en principio, tan solo produciría efecto indirecto (Escobar Hernández, 2012, pp. 250-251).

El reconocimiento del efecto directo de las directivas se vio reforzado al sancionar a los Estados miembros que no la habían transpuesto a sus ordenamientos jurídicos pues, es estos casos, no podrían alegar las disposiciones de la directiva frente a sus súbditos y, además, tendrían que aceptar la invocación por los particulares ante los poderes públicos de la aplicación de las disposiciones de la directiva (eficacia vertical unilateral ascendente), y ello porque al ser

los Estados los responsables de la situación patológica origen de la entrada en juego del efecto útil o directo, no podrían pretender recurrir al remedio frente a la enfermedad por ellos provocada y cuya curación, a través de una correcta ejecución, dependería de ellos mismos. (García, 2014, p. 282).

<sup>6</sup> STJCE de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker* (C-8/81).

<sup>7</sup> Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español. Recuperado de <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>, p. 30. (Última consulta: 24 de junio de 2020).

Este carácter obligatorio de la directiva para los Estados miembros encuentra su fundamento en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 288 del TFUE, y conlleva el derecho del particular a alegar a su favor una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente e impide al Estado miembro inhibirse a las obligaciones que la Directiva le impone<sup>8</sup>.

#### 4. Eficacia directa «de exclusión» y «de sustitución»

El efecto directo en Derecho comunitario europeo puede caracterizarse como la cualidad de sus normas para crear o generar derechos subjetivos directa y autónomamente en la esfera jurídica de los particulares; derechos que estos pueden invocar ante las jurisdicciones nacionales y que estas deben salvaguardar. (Andrés Saénz de Santamaría, 2006, p. 134).

Asentado lo anterior, la doctrina del TJ, como nos sintetiza Mangas Martín y Liñán Nogueras:

condiciona la invocabilidad de una directiva y su efecto directo a las siguientes circunstancias: a) a la expiración del plazo dado a los Estados para su adaptación interna; b) a la ausencia, insuficiencia o deficiencia en la adaptación; c) que la disposición invocada de una directiva cumpla los requisitos generales del efecto directo: que, desde el punto de vista de su contenido, sea una disposición suficientemente precisa e incondicional (2014, pp. 402-403).

Precisando el TJCE, en el asunto *Klattner*<sup>9</sup>, que:

una disposición comunitaria es incondicional cuando enuncia una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros. Es lo suficientemente precisa para ser invocada por un justiciable y aplicada por el Juez cuando establece una obligación en términos inequívocos.

No obstante, a partir de los años ochenta, observamos cómo el Tribunal introduce algunas modulaciones.

Así, a partir del asunto *Ursula Becker*<sup>10</sup>, el TJCE va más allá, al extender el efecto directo a la posibilidad para un particular de alegar las disposiciones de una directiva, generen o no derechos subjetivos, con el objeto de proteger sus intereses. Introduciéndose un nuevo concepto clave en el análisis del efecto directo, los intereses del particular, superándose la teoría clásica que centraba su atención en los derechos subjetivos (Prechal, 2002, p. 27 y ss.), pues el «equiparar el concepto de efecto directo con la creación de derechos, ignorando elementos como los intereses, restringe innecesariamente el espectro de posibles efectos producidos por las normas jurídicas» (Bengoetxea Caballero, 2008, p. 59). Y al reconocer que las exigencias, en relación con la necesidad de que la directiva fuera incondicional y suficientemente

<sup>8</sup> SSTJCE de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti* (C-148/79), de 19 de enero de 1982, asunto *Becker* (C-8/81), de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall* (C-152/84), de 20 de septiembre de 1988, asunto *Moormann* (190/87) y de 26 de septiembre de 2000, asunto *IGI-Investimentos Imobiliários, SA c. Fazenda Pública* (C-134/99).

<sup>9</sup> STJCE de 29 de mayo de 1997, asunto *Klattner* (C-389/95), apart. 33.

<sup>10</sup> En el asunto *Ursula Becker* (C-8/81), el Tribunal de Justicia vino a disponer que: «cuando las disposiciones de una directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas a falta de medidas de ejecución dentro del plazo en contra de toda disposición nacional no conforme con la directiva o incluso en cuanto sea idóneas para definir derechos que los particulares están en condiciones de hacer valer frente al Estado».

precisa, cuando exista margen de apreciación, deben entenderse matizadas, a la luz del artículo 288 del TFUE.

A este respecto, como informó nuestro Consejo de Estado:

la concesión a los Estados de un margen de apreciación en su ejecución interna no impide que dicha norma pueda ser operativa, si bien en tal caso la eficacia, de naturaleza meramente reaccional, se manifiesta en la inaplicación de la medida interna que rebasa dicho margen, es decir, que haya sido adoptada *ultra vires*. De ahí que en estos supuestos se hable de eficacia directa «de exclusión». La diferencia de esta eficacia con respecto a la modalidad tradicional, denominada, en contraposición, «de sustitución», radica en que en esta última las disposiciones de la directiva se invocan para hacer valer algún derecho que reconocen al particular en cuestión, por lo que la consecuencia de tal invocación sería, de resultar procedente, la inaplicación de la normativa estatal y la subsiguiente aplicación de la disposición comunitaria<sup>11</sup>.

## 5. Eficacia directa vertical

Frente a la eficacia directa de los Tratados y los reglamentos, definida por su plenitud, en las directivas, su efecto útil se constriñe al ámbito de las relaciones «verticales unidireccionales: no pueden generar obligaciones para el particular frente al Estado ni frente a otros particulares» (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2014, p. 403), pues, como estableció el TJCE en el asunto *Ratti*<sup>12</sup>:

en los casos en que las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros por medio de una Directiva a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto quedaría debilitado si a los justificables se les impidiera invocarlo ante los tribunales y a estos a tenerlo en cuenta como un elemento de Derecho comunitario.

A juicio del TJCE, la eficacia directa solamente es aplicable en las relaciones ascendentes. A este respecto, el Tribunal ha reiterado que los particulares pueden alegar la eficacia directa de las directivas frente a las entidades nacionales, pero no a la inversa. Esta precisión «tiene por objeto evitar que un Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario» (asunto *Faccini Dori*<sup>13</sup>). Es decir, el particular, en tanto su Estado no proceda a su transposición, es invulnerable frente a la directiva, de la cual no es su destinatario directo y, por ende, no tiene deber de conocerla. Los poderes públicos no pueden, por tanto, exigir el cumplimiento de las obligaciones que una directiva impone a los particulares, cuando no ha cumplido con su deber de incorporar la misma a su ordenamiento jurídico. Por lo que, como señala Bengoetxea Caballero:

Primero deberá transponer o desarrollar o traducir la directiva a su Derecho interno mediante el instrumento jurídico necesario y solo entonces las relaciones jurídicas tipo previstas en la directiva podrán preverse como relaciones jurídicas tipo en el Derecho interno y tendrán los particulares la obligación de ajustar su conducta y sus relaciones jurídicas concretas a las previsiones normativas de las relaciones jurídicas tipo. (2008, p. 67).

<sup>11</sup> Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español. Recuperado de <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>, pp. 30-31.

<sup>12</sup> STJCE de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti* (C-148/78), apart. 21.

<sup>13</sup> STJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori* (C-91/92), apart. 22.

Además, el Estado miembro no puede seguir aplicando la norma interna que tenía que haber derogado o modificado a fin de dar cumplimiento a la directiva. Esta debe prevalecer sobre toda norma nacional no conforme con la misma<sup>14</sup>.

Al precisar los conceptos de «Estado» y «particular» para apreciar la existencia de una relación vertical, el Tribunal de Justicia ha operado con flexibilidad, al incluir, por un lado, en la noción de «Estado» no solo a todas las Administraciones públicas sino también «a todo organismo o entidad que estén sometidas a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitante» (asunto *Foster*<sup>15</sup>) y, por otra parte, al extender la noción de «particular», en determinados casos, a «los organismos de Derecho público» (asunto *Comune di Carpaneto*<sup>16</sup>), pues «lo relevante es el cumplimiento de una norma obligatoria, y no el carácter público o privado del sujeto que alega el contenido obligacional, que debe cumplir el Estado miembro» (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2014, p. 406).

## 6. Negación de la eficacia directa horizontal y sus atemperaciones

Al configurarse la eficacia directa de las directivas como sanción por su falta de transposición por los Estados miembros a sus ordenamientos jurídicos, es decir, al ser los Estados miembros los causantes de la infracción, dicha eficacia no se reconocería en el ámbito de las relaciones horizontales o *inter privatos*, dado que los particulares no son los causantes de la falta de transposición o de la transposición incorrecta. Ahora bien, como recuerda Alonso García:

si dicho trasfondo sancionador, por el contrario, actuara no tanto como fundamento, sino como límite a una aplicabilidad directa más vinculada a la condición de las directivas en cuanto normas jurídicas, la consecuencia sería que estas desplegarían sus efectos tanto en las relaciones horizontales como verticales, excluida la posibilidad (y aquí estaría el límite) de que el infractor se beneficie de su infracción. (2014, p. 288).

Sea como fuere, la negación de la eficacia horizontal de las directivas fue puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Marshall*<sup>17</sup>, al establecer que «la directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal contra dicha persona» y confirmada en el asunto *Faccini Dori*<sup>18</sup>, al disponer que reconocer el efecto directo horizontal a una directiva:

equivaldría a reconocer a la Unión la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando solo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos. De ello se deduce que, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores no pueden fundar en la directiva en sí misma un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> En la Sentencia de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti* (C-148/78), el Tribunal de Justicia vino a establecer que «un Estado miembro no puede aplicar su Derecho interno –incluso si prevé sanciones penales– aún no adaptado a la directiva, después de expirado el plazo fijado para su entrada en vigor, a una persona que se haya ajustado a las disposiciones de la referida directiva».

<sup>15</sup> STJCE de 12 de julio de 1990, asunto *Foster* (C-188/89), apart. 28.

<sup>16</sup> STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto *Comune di Carpaneto* (C-231/87 y C-129/88), apart. 31.

<sup>17</sup> STJCE de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall* (C-152/84), apart. 48.

<sup>18</sup> STJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori* (C-91/92), apart. 24 y 25.

<sup>19</sup> Esta jurisprudencia no se aplica a los supuestos de incumplimiento de las directivas sobre reglamentaciones técnicas, pues la vulneración de la obligación de notificar tiene como consecuencia la inaplicabilidad del reglamento técnico. En consecuencia, se legitima a un particular para alegar frente a otro particular, una disposición de una directiva que le perjudica, si bien de lo que se pretende es de

De lo anterior se deduce que, como puso de manifiesto literalmente el TJCE en el asunto *Pfeiffer e.a.*<sup>20</sup> «incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares».

Las críticas han sido duras, especialmente por parte de algunos Abogados Generales (Van Gerven<sup>21</sup>, Jacobs<sup>22</sup>, Lenz<sup>23</sup>, Ruiz-Jarabo<sup>24</sup>, entre otros). Particularmente en los supuestos de negación de la eficacia directa en las relaciones entre particulares cuando se alegan derechos fundamentales, «cualquiera que sea su asiento» (Cruz Villalón, 2017, p. 120), pues ello conllevaría «la quiebra del fundamento mismo de la eficacia directa del Derecho comunitario, basado en una concepción de una Comunidad de pueblos» (Mangas Martín, 1988, p. 62), hasta el punto de que TJ en la última década<sup>25</sup> viene admitiendo la posibilidad de reconocer el efecto directo horizontal a las directivas «que contribuyen a garantizar derechos fundamentales» (Ugartemendía Eceizabarrena, 2018, p. 21), aunque parcialmente pues, por ejemplo, sigue condicionándose la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales a la eficacia de las directivas, lo cual «reduce aquella a sus escasas posibilidades de eficacia vertical y las priva, por lo general, de efectos horizontales» (Aguilar Calahorra, 2018, p. 1007).

Para suavizar la negación del efecto directo horizontal de las directivas, el propio Tribunal ha abierto otras vías, como es la interpretación y aplicación de la normativa nacional a la luz del texto y de la finalidad de la norma comunitaria, lo que se ha llamado efecto horizontal indirecto (Emmert y Pereira, 1993, p. 514) y el principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares como consecuencia de los daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho comunitario.

Por lo que respecta a la interpretación conforme al Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia en el asunto *Von Colson y Kamann*<sup>26</sup>, vino a establecer que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotado el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario, principio que adquiere principal relevancia cuando las directivas no poseen las características para ser aplicadas directamente. En estos casos, la interpretación de la norma interna debe ser realizada de acuerdo con el espíritu de la directiva, rechazando otros métodos de interpretación reconocidos internamente, en especial, la interpretación histórica y auténtica.

---

excluir la aplicación de una disposición nacional incompatible con la directiva más que de aplicar el contenido de la directiva.

<sup>20</sup> STJCE de 5 de octubre de 2004, asunto *Pfeiffer e.a.* (C-397/01 a C-403/01), apart. 109.

<sup>21</sup> Conclusiones de 26 de enero de 1993, correspondientes a la sentencia de 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II* (C-271/91, Rec. p. I-4367).

<sup>22</sup> Conclusiones de 27 de enero de 1994, correspondiente a la sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto *Vaneetveld* (C-316/93, Rec. p. I-763).

<sup>23</sup> Conclusiones de 9 de febrero de 1994, correspondiente a la sentencia de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori* (C-91/92, Rec. p. I-3325).

<sup>24</sup> Conclusiones de 1 abril de 2008, correspondientes a la sentencia de 17 de julio de 2008, asunto *Arcor* (C-152/07 a 154/07, Rec. p. I-5959).

<sup>25</sup> SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto *Mangold* (C-144/04), de 19 de enero de 2010, asunto *Kücükdeveci* (C-555/07), de 13 de septiembre de 2011, asunto *Prigge* (C-447-09) y de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk Industri* (C-441/14).

<sup>26</sup> STJCE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Colson y Kamann* (C-14/83), apart. 28 *in fine*.

Yendo en el célebre asunto *Marleasing*<sup>27</sup> un paso más allá, al disponer:

al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (actual 288 TFUE).

Y, en el asunto *Pfeiffer e.a.*<sup>28</sup>, dos pasos más, al concretar que:

si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede este ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva.

Se trata, como puede observarse, de lograr cierta aplicación horizontal por el juez nacional sirviéndose de la norma interna (efecto «transfusión»), lo cual será de gran utilidad cuando la norma interna tenga alguna laguna o sea ambigua, es decir, cuando deje un margen de apreciación, pero no cuando sea clara y precisa (Millán Moro, 1991, p. 866). Además, este deber de interpretación conforme al Derecho de la Unión tiene unos límites, como son los principios generales del derecho, en particular, el de seguridad jurídica e irretroactividad<sup>29</sup>, y «no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (Diez de Velasco, 2010, p. 704).

En los casos en los que el recurso al criterio hermenéutico se hace imposible, el TJCE, a fin de garantizar los derechos de los particulares derivados del Derecho comunitario, ha establecido la vía de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión, proclamada por el Tribunal de Justicia, por primera vez, en el asunto *Franovich*<sup>30</sup> y perfilada en el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*<sup>31</sup>. En el asunto *Franovich*, el Tribunal consideró que las disposiciones de la directiva que prevé determinadas garantías para los trabajadores en caso de insolvencia del empresario no podían ser consideradas como normas de efecto directo, pero examinó la cuestión subsidiaria planteada por los jueces italianos y dirigida a saber si, en tales condiciones, el Estado estaba obligado a reparar los daños que para los trabajadores resultaban de la no incorporación de la directiva en el Derecho interno italiano. El Tribunal de Justicia afirmó la existencia de un principio de responsabilidad objetiva del Estado basado en la relación de causalidad entre la infracción lesiva de los derechos de los particulares y el perjuicio. Por su parte, en los asuntos *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, siguiendo la línea jurisprudencial asentada en el asunto *Franovich*, vino a afirmar que el citado principio es inherente al Tratado, que se aplica en los supuestos de infracción de normas sin el «don» de la eficacia directa, pues es válido ante cualquier infracción del derecho de la Unión por parte de un Estado miembro (Diez de Velasco, 2010, pp. 717-719) y que constituye el corolario necesario del efecto directo.

<sup>27</sup> STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing* (C-106/89), apart. 8.

<sup>28</sup> STJCE de 5 de octubre de 2004, asunto *Pfeiffer e.a.* (C-397/01 a C-403/01), apart. 115.

<sup>29</sup> Al que ha acudido el Tribunal de Justicia para evitar que los Estados miembros invocasen la disposición comunitaria para agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus normas. Sentencia de 12 de diciembre de 1996, asunto *Procura della Repubblica* (C-74/95 y C-129/95).

<sup>30</sup> STJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franovich* (C-6 y C-9/90).

<sup>31</sup> STJCE de 5 de marzo de 1996, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46 y C-48/93).

Conforme con la jurisprudencia comunitaria, perfectamente resumida en el apartado 27 de la citada sentencia *Faccini Dori*<sup>32</sup>:

el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Dichos requisitos deben ser analizados caso por caso, por cuanto «si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado»<sup>33</sup>.

Así, a tenor de esta jurisprudencia, se puede afirmar que el principio de responsabilidad del Estado se configura no solo como una garantía de los derechos atribuidos a los particulares por las directivas, sino también como un acicate para conseguir una rápida y correcta transposición de las directivas por los Estados miembros, toda vez que la falta de transposición puede dar lugar a reparaciones que, en algunos casos, pueden ser sumamente gravosas para el erario público.

Pero, lógicamente, ninguno de los dos mecanismos expuestos permite asegurar una protección más idónea para los derechos e intereses de los particulares que el efecto directo (horizontal). Razón por la cual cierto sector de la doctrina (entre otros, Krzeminski, 2010, p. 48 y Matia Portilla, 2006, p. 878) insisten en la necesidad de que se produzca un reconocimiento claro y abierto del efecto directo horizontal porque con ello se garantizaría, de acuerdo con Millán Moro, «la protección más eficaz de que pueden gozar los particulares» (1991, p. 876).

## 7. El efecto «anticipación»

De acuerdo con la jurisprudencia de Tribunal de Justicia, las directivas no solo producen efectos tras la finalización del plazo de transposición, sino también antes de la finalización de dicho plazo.

Así, si bien el Tribunal en el asunto *Ratti*<sup>34</sup> sostuvo:

que, en tanto no hubiese vencido dicho plazo, los Estados miembros quedan en libertad en la materia; que si un Estado miembro ha adaptado su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de una directiva antes de finalizar el plazo fijado por estas, dicha circunstancia no puede producir efectos con relación a los demás Estados miembros; que dado por su naturaleza, una Directiva solo impone obligaciones a los Estados miembros, no es posible que un particular alegue el principio de “confianza legítima” antes de expirar el plazo previsto para su entrada en vigor; que, la Directiva (...) no puede generar, en favor de un particular que se haya atenido a las disposiciones de dicha directiva antes de expirar el plazo de adaptación previsto para el Estado miembro, ningún efecto que pueda ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales.

<sup>32</sup> STJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori* (C-91/92).

<sup>33</sup> STJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francoovich* (C-6 y C-9/90), apart. 38.

<sup>34</sup> STJCE de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti* (C-148/78), apart. 44 a 47.

Tal jurisprudencia quedaría relativizada a partir de dos importantes asuntos. El asunto *Inter-Environnement Wallonie*<sup>35</sup>:

si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno, de la aplicación del artículo 5 (actual 4.3 TUE), en relación con el 189 (actual 288 TFUE) del Tratado, así como de la propia directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si estas circunstancias concurren en el caso de las disposiciones nacionales cuya legalidad debe examinar. En su labor de apreciación, el órgano jurisdiccional deberá, en particular, examinar si las disposiciones controvertidas se presentan como una adaptación completa del Derecho interno a la Directiva, así como los efectos concretos de la aplicación de las disposiciones que no se ajustan a esta y su vigencia en el tiempo.

Y el asunto *Mangold*<sup>36</sup>:

En efecto, por una parte, del propio tenor del artículo 18, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 se desprende que, en el caso de que un Estado miembro, como sucede en el presente asunto con la República Federal de Alemania, haya optado por disponer de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003 para poner en aplicación las disposiciones de la Directiva, dicho Estado miembro debe «informar anualmente a la Comisión sobre las medidas que adopte (...) para luchar contra la discriminación por motivos de edad (...), y sobre los progresos realizados para la aplicación de la (...) Directiva.

Por tanto, esta disposición implica que el Estado miembro, que, de esa forma, dispone excepcionalmente de un plazo de adaptación mayor, adopte progresivamente medidas concretas para aproximar inmediatamente su normativa al resultado prescrito por dicha Directiva. Esta obligación perdería todo efecto útil si se permitiera a dicho Estado miembro adoptar, durante el plazo de aplicación de la misma Directiva, medidas incompatibles con los objetivos de esta.

Es decir, las normas contenidas en una directiva producen efectos y se integra en el ordenamiento jurídico comunitario una vez publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea y, consecuencia de ello, obligan a los Estados miembros a no adoptar normas contrarias y a usarse como parámetro en el control de la validez de las normas adoptadas por los Estados miembros. En relación con ello, nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de noviembre de 1997, vino a establecer, siguiendo los postulados del TJCE que, una vez dictada una directiva, dentro del plazo de transposición no es posible dictar disposiciones contrarias a la misma, ni siquiera so pretexto de transponer una directiva anterior no transpuesta<sup>37</sup>.

En esta línea, la doctrina (Borchardt, entre otros) ha venido también a señalar que:

(...) las Directivas poseen, frente a los Estados miembros, cierto efecto de bloqueo, incluso antes de que transcurra su plazo de transposición. Con vistas a la obligación que impone una Directiva de que se cumplan unos objetivos y en aplicación del principio básico de lealtad a la Unión (artículo 4 del TUE) los Estados miembros deberán abstenerse, antes de la

<sup>35</sup> STJCE de 8 de diciembre de 1997, asunto *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96), apart. 45.

<sup>36</sup> STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto *Mangold* (C-144/04), aparts. 71-72.

<sup>37</sup> En concreto, el Tribunal Supremo estableció que: «La primacía del Derecho Europeo sobre el de los Estados de la Unión supone también, que dicha aplicación o adaptación lo sea del que se encuentre vigente en el momento en que esta se produzcan. No tiene razón de ser que un Estado miembro trasponga a su ordenamiento jurídico una norma CEE, cuando ésta ha sido derogada o sustituida por otra que se considera más acorde con el interés comunitario».

expiración del plazo de transposición, de todas las medidas que puedan perjudicar gravemente la consecución de tales objetivos (2017, p. 110).

## 8. Reflexiones finales

Es plenamente cierto que si el TJCE (hoy TJUE) no hubiera reconocido ningún efecto directo a las directivas no transpuestas en plazo, la indefensión y el perjuicio a los particulares sería total, pues ya fuera sus relaciones de Derecho público o de Derecho privado quedarían excluidas de la sanción mínima que le supone al Estado tener que aceptar la invocabilidad de una directiva en las relaciones con los organismos públicos.

Asentado lo anterior, se puede decir que el TJUE debería ir un poco más allá, si de lo que se trata es de proteger y defender los derechos de los particulares en los supuestos de falta, insuficiencia o deficiencia en la transposición por parte de los Estados miembros, y reconocer:

a) el efecto directo horizontal a las directivas que no dejan margen de apreciación, sobre la base de que, si la fuerza de la directiva no está tanto en su transposición sino en el Tratado, debe aplicarse *ipso facto* y *erga omnes*, es decir, las directivas tendrían un efecto directo pleno –horizontal y vertical–, el mismo que tendrían si el Estado hubiera transpuesto la directiva a su tiempo.

b) en base al artículo 4.3 del TUE, la facultad de los jueces de proceder a la integración judicial de las directivas, independientemente de su margen de apreciación, siempre que el resultado a alcanzar esté claramente delimitado y sin perjuicio de que dicha integración se vea afectada, lógicamente, por la posterior norma interna de transposición.

Y todo ello, a fin de garantizar plenamente, en el campo de las directivas, los principios de aplicación uniforme y de no discriminación por razón de la nacionalidad, evitando pues, en caso de correcta transposición de una directiva en un Estado miembro, que unos particulares estén sujetos a las obligaciones o se beneficien de los derechos que les atribuye, mientras que, en los supuestos de falta, insuficiente o deficiente integración en otro Estado, sus particulares no estén sujetos a las mismas cargas ni gocen de los mismos derechos.

## Bibliografía

- Aguilar Calahorra, A. (2018). La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de las directivas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, pp. 973 - 1011. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.05>.
- Alonso García, R. (2014). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Navarra, España: Aranzadi.
- Andrés Sáenz de Santamaría, P. (2006). Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias. En Sáiz Arnáiz, A. y Zelaia, M. (Eds.). *Integración Europea y Poder Judicial*, (pp. 131-156), Oñati-Bilbao, España: IVAP.
- Bengoetxea Caballero, J. (2008). Los efectos diversos del derecho comunitario: el caso de las directivas. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), pp. 55-72. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.03>.
- Borchardt, K.D. (2017). *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo: Publicaciones de la Unión Europea.

- Congreso de los Diputados. (2020). *Respuesta del Gobierno a pregunta escrita Congreso 184/1806*. Recuperado de: [http://www.congreso.es/entradap/114p/e1/e\\_0012040\\_n\\_000.pdf](http://www.congreso.es/entradap/114p/e1/e_0012040_n_000.pdf) (Fecha de consulta: abril de 2020).
- Consejo de Estado. (2008). *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español*. Recuperado de: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>. (Fecha de consulta: junio de 2020).
- Cruz Villalón, P. (2017). La incidencia de la Carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: de Küçükdeveci a Dank Industri. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21), pp. 101-120.
- Diez de Velasco, M. (2010). *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid, España: Tecnos.
- Emmert, F. y Pereira, M. (1993). L'effet horizontal des Directives. La Jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, (3), pp. 503-524.
- Escobar Hernández, C. y otros (2012). *Instituciones de la Unión Europea*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Krzeminiski, V. (2010). *The Küçükdeveci Judgment. A horizontal Direct Effect for Directives?* Leiden, Holanda; Universidad de Leiden.
- Lecourt, R. (1976). *L'Europe des Juges*. Bruselas, Bélgica: Bruylant.
- Mangas Martín, A. (1988). Problemas y perspectivas del ordenamiento jurídico comunitario. La crisis del Estado y Europa. Actas del Congreso sobre La Crisis del Estado y Europa celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco. Oñati-Bilbao, España: IVAP, pp. 50-66.
- Mangas Martín, A y Liñán Noguera, D. (2014). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, España: Tecnos.
- Martínez-Carrasco Pignatelli, J.L. (1999). Los principios generales del Derecho Comunitario: En particular, los principios de efecto directo y primacía. *Noticias de la Unión Europea*, (179), pp. 23-34.
- Matia Portilla, F.J. (2006). La aplicación del Derecho Comunitario. En Carrillo, M. y López Bofill, H. (Coords.). *La Constitución Europea* (pp. 867-879). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Millán Moro, L. (1991). La eficacia directa de las directivas: evolución reciente. *Revista de Instituciones Europeas*, 18(3), pp. 845-882.
- Prechal, S. (2002). Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected. En Prinssen, J. y Schrauwen, A. (Eds.). *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (pp. 15-42) Groningen, Holanda: Europa Law Publishing.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2018). Los mecanismos de eficacia equivalente a la eficacia horizontal de las directivas. Viejas consideraciones y nuevos apuntes. *Revista española de derecho europeo*, (68), pp. 21-53.
- Vercher Noguera, A. (2015). Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las directivas comunitarias en medio ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco. *Revista do Ministério Público do RS*, (77), pp. 107-124.
- Vicente Andrés, R. (2018). La eficacia directa de las directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social. *Revista jurídica de Castilla y León*, (46), pp. 143-161.

# Inteligencia Artificial (y Administración Pública)\*

## Artificial Intelligence (and Public Administration)

J. Ignacio Criado

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0002-9184-9696

[ignacio.criado@uam.es](mailto:ignacio.criado@uam.es)

**Cita recomendada:**

Criado, J.I. (2021). Inteligencia Artificial (y Administración Pública). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 348-372.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6097>

Recibido / received: 12/01/2021  
Aceptado / accepted: 01/03/2021

### Resumen

Los algoritmos y la Inteligencia Artificial (IA) en el sector público se están adoptando en diferentes contextos. Conceptualmente, todavía no están claras las implicaciones de la IA y los algoritmos en las administraciones públicas. Sin embargo, diferentes organizaciones internacionales han definido una serie de principios éticos y cuestiones legales a tener en cuenta. Las instituciones de la Unión Europea se han convertido en el actor clave para guiar la adopción de IA, estableciendo las primeras líneas para las políticas públicas a nivel nacional. El Gobierno de España ha comenzado a desarrollar una estrategia en esa línea, si bien con unos responsables de políticas tecnológicas encargados de su implementación, que cuentan con sus propias percepciones y prioridades. Este artículo se inicia con las siguientes preguntas de carácter descriptivo y exploratorio: ¿Cómo están enmarcando ética y jurídicamente la IA los principales organismos internacionales? ¿Cuál es el marco de prioridades de la política de IA promovida por el Gobierno de España en relación con la Unión Europea? ¿Cuál es la percepción sobre la IA de los responsables de gestión de tecnologías (CIOs) en los ministerios? Para responder a estas preguntas, este trabajo se nutre de una revisión documental y de parte de los resultados de un cuestionario sobre las percepciones de los responsables de gestión de las tecnologías en los ministerios españoles. Nuestro análisis permite responder exploratoriamente las preguntas de investigación del estudio. Además, los resultados señalan algunas claves para diseñar políticas y estrategias de uso de la IA en diferentes contextos político-administrativos.

### Palabras clave

Inteligencia artificial, algoritmos, servicios públicos, innovación pública, administración pública, gestión pública, gobernanza pública, gestores públicos, CIOs, políticas públicas.

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On TRUST – CM H2019/HUM-5699 de la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo. Parte de una versión previa de este documento se presentó como ponencia en el XXV Congreso del CLAD.



**Abstract**

*Algorithms and Artificial Intelligence (AI) in the public sector have been adopted in different contexts. Conceptually, the implications of AI and algorithms in public administration are still unclear. However, different international organizations have defined a series of ethical principles and legal issues to take into account. The European Union institutions have become a key player in guiding the adoption of AI, setting the first guidelines for public policies at the national level. The Spanish Government has developed a strategy according to these lines, albeit with those responsible for implementation having their own perceptions and priorities. Hence, this paper begins with the following descriptive and exploratory questions: How are the main international organizations framing AI ethically and legally? What is the framework of priorities of the AI policy endorsed by the Government of Spain in connection with the European Union? What is the perception about AI by IT managers (CIOs) in ministries? To answer these questions, this study is based on a documentary analysis and part of the results of a survey about the perceptions of public managers responsible for IT implementation in Spanish ministries. Our analysis encompasses an exploratory answer to the research questions guiding the study. In addition, the results indicate some key issues in designing policies and strategies to use AI in different politico-administrative contexts.*

**Keywords**

*Artificial intelligence, algorithms, public services, public innovation, public administration, public management, public governance, public managers, CIOs, public policy.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Inteligencia Artificial y Algoritmos. Una aproximación conceptual. 2.1. Definición y modelo de madurez de la Inteligencia Artificial en las administraciones públicas. 2.2. Algoritmos. Características e implicaciones para el sector público. 3. Gobernanza de la Inteligencia Artificial a nivel internacional. 4. Marco de la política de Inteligencia Artificial en la Unión Europea. 5. Hacia una política de Inteligencia Artificial en España. 6. La perspectiva de los CIOs ministeriales españoles. 7. Debates y conclusiones.

**1. Introducción**

El uso de algoritmos basados en sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el sector público es una realidad creciente, pero todavía poco explorada, a pesar de que el interés por el tema ha aumentado sin cesar en los últimos años. En las siguientes páginas nos acercamos a este fenómeno y a algunas de sus implicaciones desde una triple perspectiva. Primero, caracterizando lo que son IA y algoritmos, así como su relación con las administraciones públicas. Segundo, describiendo el marco internacional, europeo y nacional, así como algunos dilemas éticos, sobre la adopción de la IA en el ámbito público. Tercero, analizando las percepciones de responsables de tecnologías de información y comunicación en ministerios españoles sobre lo que es la IA, así como sus potenciales beneficios y desafíos dentro de las administraciones públicas. Aquí nos preguntamos por el alcance de la IA y los algoritmos en las administraciones públicas, en línea con lo que se ha planteado en diferentes contextos (Dutton, 2018; Margetts & Dorbantu, 2019; Meijer, 2017). En consecuencia, pretendemos enriquecer el debate en torno a uno de los temas más recurrentes en el estudio de las administraciones públicas durante los últimos años.

El estudio de algoritmos, IA y administración pública se encuentra en un proceso semejante respecto a otros ámbitos de las sociedades y economías contemporáneas. Gobiernos de todo el mundo han definido estrategias y políticas de IA frente a un futuro incierto (Criado, 2019; Lee, 2018; Valle-Cruz *et. al*, 2020). Muchos

de ellos han adoptado nuevas prácticas de IA en diferentes áreas del sector público, incluidas salud, educación, seguridad, emergencias, defensa, entre otras (Agarwal, 2018; Criado y Gil-García, 2019; Desouza, 2018; Janssen & Kuk, 2016). También se han desarrollado los primeros análisis de experiencias con impactos en diferentes dimensiones administrativas, tales como los procesos de adopción de decisiones, transparencia, organización del trabajo, privacidad, discrecionalidad administrativa o ética pública (Sun y Medaglia, 2019; Wirtz *et al.*, 2018). Hay quien habla de una nueva ola de innovaciones en el sector público que llevaría a hablar de Administración Pública 4.0 dentro del marco de una cuarta revolución industrial que tiene a las tecnologías disruptivas como la IA en el centro. Por ello, este trabajo parte de las siguientes preguntas de carácter descriptivo y exploratorio: ¿Cómo están enmarcando ética y jurídicamente la IA los principales organismos internacionales? ¿Cuál es el marco de prioridades de la política de IA promovida por el Gobierno de España en relación con la Unión Europea? ¿Cuál es la percepción sobre la IA de los responsables de gestión de tecnologías (CIOs) en los ministerios?

Este artículo analiza la realidad de los algoritmos, la IA y las administraciones públicas a través de una revisión de literatura y documental, así como datos primarios de un cuestionario. Si bien se recomienda algún trabajo previo para una revisión de literatura más exhaustiva (Valle-Cruz *et al.*, 2020), las siguientes páginas revisan algunas de las más recientes aportaciones académicas sobre el tema desde una perspectiva politológica asentada en los estudios de Administración Pública. Adicionalmente, el estudio también realiza una revisión documental referida a acciones y documentos procedentes de organismos internacionales (Naciones Unidas a través de la ITU o UNESCO, OCDE o Consejo de Europa), la Unión Europea y el Gobierno de España sobre IA en el sector público, tomando en cuenta otros casos (Gobierno de Colombia, 2019; Gobierno de EE. UU., 2020; Gobierno de Portugal, 2020; Gobierno de Uruguay, 2019). Además, la parte final del estudio ofrece datos primarios sobre las percepciones de los responsables de gestión de las tecnologías de la información y la comunicación en los ministerios españoles, en base a una encuesta administrada a todos ellos, siguiendo otros trabajos previos (Criado *et al.*, 2021; Ganapati & Reddick, 2012). Con esto se logra un contraste entre definición de políticas públicas y realidad en las percepciones de los responsables de su gestión en el sector público. También tiene el objetivo de mostrar algunas claves para diseñar políticas y estrategias de IA en diferentes contextos nacionales/federales, regionales/estatales y locales/municipales.

El documento se desarrolla de la siguiente forma. A continuación se elabora una aproximación conceptual de la IA y los algoritmos en el sector público. En la tercera sección se presenta la IA desde una perspectiva internacional, teniendo en cuenta el interés creciente en esta materia provocado en organismos internacionales. En la cuarta sección se analiza el marco de la política de IA en la Unión Europea, mientras en la siguiente (quinta) se muestran los principales hitos identificados en el ámbito español dentro del nivel nacional de gobierno. Esta sección sobre el caso español se contrasta con los datos de la perspectiva de los responsables de la política tecnológica en cada ministerio, sobre las políticas y adopción de la IA en el sector público. Finalmente, se completa el trabajo con una discusión de los resultados y unas conclusiones que abren la vía a futuros estudios.

## 2. Inteligencia Artificial y Algoritmos. Una aproximación conceptual

De cara a profundizar en el alcance de la Inteligencia Artificial (IA) y los algoritmos en el sector público, primero es necesario realizar una aproximación conceptual a ambos términos. A continuación no solo se presentan definiciones sobre IA y algoritmos, sino que desde el primer momento se tiene en cuenta su relación con las administraciones

públicas, con el objetivo de ir centrando el interés en sus implicaciones para lograr una gobernanza pública inteligente.

## 2.1. Definición y modelo de madurez de la Inteligencia Artificial en las administraciones públicas

La definición de lo que es Inteligencia Artificial (IA) se ha planteado de diferentes maneras. Se suele considerar que su origen se encuentra en *Dartmouth College* (1956) para caracterizar un ámbito emergente de investigación ligado a la fisiología del cerebro, análisis formal de la lógica proposicional y las ciencias de la computación (Sun y Medaglia, 2018). Por su parte, Valle-Cruz *et al.* (2020) indican que este ámbito de las ciencias se orienta a la creación de algoritmos que nutren máquinas inteligentes, simulando el comportamiento individual y colectivo, no sólo de los seres humanos, sino también de otros seres vivos, automatizando actividades, aprendiendo y evolucionando, así como mejorando el rendimiento y los resultados obtenidos con y sin ayuda de los seres humanos. Estas definiciones tienen en cuenta una dimensión científica del término y su identificación con un área de estudio.

De manera reciente, la aportación de la Unión Europea ofrece una visión muy concisa y aplicable a diferentes contextos. Se define la IA como «sistemas que muestran comportamiento inteligente mediante el análisis de su ambiente y el desarrollo de acciones –con cierto grado de autonomía– para alcanzar determinados objetivos (*systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions –with some degree of autonomy– to achieve specific goals*)» (European Commission, 2019, p. 1). Esta noción de IA hace referencia explícita a la inteligencia, que se interpreta como la manera en que las máquinas son capaces de lograr algún tipo de racionalidad mediante la percepción del ambiente con el que interactúan, mediante sensores, adquiriendo y analizando datos, razonando sobre los mismos, de cara a adoptar algún tipo de decisión y acción, con el fin de alcanzar determinados objetivos definidos (o no) previamente (European Commission, 2019). Por consiguiente, los sistemas basados en IA pueden usar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico. Además, pueden adaptar sus comportamientos a partir del análisis del entorno y de la interacción con el mismo. Esta definición acerca la IA a la robótica, uno de sus ámbitos, y se refiere a diferentes técnicas, incluyendo el *machine learning*, siempre teniendo como centro los datos masivos.

A partir de las definiciones presentadas, habría que preguntarse por qué ahora se ha situado la IA en el centro del debate público. Seguramente, el interés en la IA se refiere, precisamente, a la capacidad creciente del aprendizaje automático de los sistemas de *machine learning*, la disponibilidad de mayores cantidades de datos, así como el aumento de la capacidad de procesamiento de datos, a un coste cada vez menor (Joint Research Center, 2018). Unido a ello, el potencial para incrustar los algoritmos en diferentes ámbitos de la vida humana sobre los que percibir datos para predecir comportamientos, incluyendo el sector público, ha convertido a la IA, y todas sus aplicaciones, en protagonista de los procesos de digitalización de las sociedades actuales y también de las administraciones públicas. De hecho, incluso las relaciones de poder entre las principales potencias internacionales están determinadas por el control de los datos y el desarrollo de la IA del futuro.

Desde una perspectiva de madurez tecnológica sobre el desarrollo de la IA en las organizaciones, podemos plantear la cuestión conceptual desde otra vertiente. Aquí, la IA se puede definir tomando en cuenta dos de sus capacidades (Russell & Norvig, 2016): (i) máquinas desarrollando tareas mediante comportamientos inteligentes que reproducen los humanos, y (ii) máquinas comportándose racionalmente percibiendo lo que sucede en el ambiente y tomando decisiones para

alcanzar objetivos concretos. En los dos casos anteriores, se comienza a dar una mayor importancia a la cuestión de las capacidades que desarrolla la IA.

Esta perspectiva se amplía con otra idea de los mismos autores, quienes diferencian dos nociones de IA atendiendo a su complejidad. En efecto, Russell & Norvig (2016) mencionan la IA débil y la IA fuerte. En el primer caso (IA débil), se refiere a sistemas autónomos capaces de desarrollar tareas que requieren capacidades humanas sencillas (por ejemplo, percepción visual, comprensión del contexto, razonamiento probabilístico y tratamiento de la complejidad). En el segundo caso (IA fuerte), se centra en la idea de sistemas autónomos con capacidades e inteligencia super-humanas, que emulan la complejidad de la capacidad de los seres humanos para pensar, aprender y desarrollar tareas complejas (por ejemplo, juicio ético, razonamiento simbólico, gestión de situaciones sociales e ideación) (Brynjolfsson y McAfee, 2017). Las diferencias entre ambos tipos reflejan una evolución creciente de su complejidad a la hora de aplicarse dentro de entornos organizativos.

En términos de modelo madurez dentro del sector público también se puede diferenciar diferentes momentos de la IA. Lee (2018) ha sugerido cuatro estadios diferentes, ligados a la forma en que aprovechan el poder de la IA para generar disrupción en determinados sectores, así como para lograr entretenerse de manera más profunda en la vida diaria de la gobernanza de los sistemas en los que operan las organizaciones, servicios públicos y las personas. Esos estadios son los siguientes: IA Internet, IA Negocio, IA Percepción e IA Autónoma. Cada uno de ellos implica diferentes momentos en la evolución de la IA dentro de las organizaciones, en general, y las administraciones públicas, en particular.

Los dos primeros estadios de la IA (IA Internet e IA Negocio) se encuentran ya totalmente operativos en diferentes sectores de la vida humana. En concreto, estos dos estadios implican la reformulación de los mundos financiero y económico, la sustitución de determinados trabajos jurídicos (por ejemplo, decisiones que antes tomaban jueces), el diagnóstico médico, la intermediación financiera, el periodismo y las fuentes de información, etc. En todos esos ámbitos, la utilización masiva de algoritmos está generando transformaciones en su esencia, tanto en la forma en que interactúan los actores participantes en esos procesos, como en la propia naturaleza de la actividad.

Los dos estadios posteriores todavía se encuentran en una fase experimental o, incluso, de ideación. La categoría IA Percepción se refiere a expandir su poder a través del ambiente en diferentes situaciones de la vida, digitalizando el mundo alrededor de las personas a través de la proliferación de sensores y dispositivos inteligentes. Estos dispositivos irán transformando el mundo físico en datos digitales que podrían ser analizados y optimizados a través de algoritmos de aprendizaje profundo (Lee, 2018). Ejemplos concretos de este nivel incluyen la digitalización de los flujos de tráfico urbano a través de cámaras y el reconocimiento de objetos mediante IA, el apoyo a las experiencias de compra basándose en la monitorización de hábitos previos, la digitación del sonido ambiente de las casas y edificios de personas, así como la realización de ambientes de aprendizaje basados en la identificación visual, el reconocimiento del lenguaje y la creación de perfiles detallados pasados en comportamientos previos. Esta etapa implica lograr que los dos mundos, analógico (*off line*) y digital (*on line*), converjan.

Finalmente, la categoría IA Autónoma representa el último estadio en la evolución de la IA, integrando los tres momentos anteriores. Esta última fase supone la existencia de máquinas capaces de optimizar desde grandes cantidades de

conjuntos de datos hasta la generación de nuevas capacidades de sensorización de cualquier actividad humana. Aquí, la IA y las máquinas basadas en algoritmos complejos podrán trabajar de una manera totalmente autónoma, aprehender el mundo y darle forma con sus acciones independientes. Esta última etapa es la que en algunos contextos se denomina singularidad (*singularity*), el momento en el que las máquinas serían capaces de pensar y actuar de forma independiente y, por consiguiente, al margen de los seres humanos.

## 2.2. Algoritmos. Características e implicaciones para el sector público

La Inteligencia Artificial (IA) tiene una relación muy estrecha con los algoritmos que permiten su existencia, si bien la atención a los algoritmos ha sido mucho más escasa desde la perspectiva de sus implicaciones, sobre todo, en el ámbito de lo público. En términos amplios, el concepto de algoritmo se sostiene en el ideal de adquisición de datos de diferentes fuentes, así como su manipulación para lograr algún tipo de resultado (Janssen y Kuk, 2016). Tal y como estos autores plantean, los algoritmos disponen de una característica esencial para entender su potencial: los algoritmos co-evolucionan con datos, sistemas y humanos dentro de complejos sistemas socio-técnicos «*algorithms dynamically co-evolve with data, systems, and humans within a complex socio-technical system*» (Janssen & Kuk, 2016, p. 372). Por consiguiente, se puede esperar que las implicaciones de la IA y los algoritmos vayan más allá de otras tecnologías previas dado que refuerzan el poder de las interacciones mediadas por datos, además de mostrar una capacidad de aprendizaje que les permite evolucionar<sup>1</sup>.

Así las cosas, los algoritmos nos interesan desde la perspectiva de las implicaciones derivadas de su materialización y su capacidad performativa. En este sentido, los algoritmos son importantes porque incorporan características cruciales para las transacciones económicas, la acción colectiva, las redes de gobernanza o las relaciones inter-personales. Introna (2015) sugiere en su estudio sobre escritura académica, por un lado, que los algoritmos adquieren relevancia porque parecen operar bajo la superficie o en el fondo, esto es, parecen ser inescrutables (*incrustability*). Además, los algoritmos son actores significativos porque resultan ejecutables (*executable*), lo que significa que operan de manera «automática» sin la necesidad de intervención humana. Ambas características son esenciales para entender su impacto en nuestras realidades sociales, políticas y administrativas.

Adicionalmente, Introna (2015) habla de la performatividad (*performativity*) de los algoritmos. Esta es la tercera característica que resulta clave cuando nos referimos a cuestiones relacionadas con la gobernanza de los algoritmos. La performatividad de los algoritmos se inspira en el trabajo de Foucault sobre «gobernanza» (*governmentality*), es decir, «*rooted in an ontology of becoming, often referred to as process thought*» (Introna, 2015, p. 7). En esta misma línea, el autor sugiere que «*in the relational flow of becoming, each action inherits from prior actions and imparts to subsequent actions*» (Introna, 2015, p. 8). En suma, la gobernanza de los algoritmos implica interacciones humanas y desde la dimensión de gobiernos y administraciones públicas, personas adoptando decisiones, resolviendo problemas o trabajando activamente, interaccionando con algoritmos. Todo ello se produce en un flujo constante de llegar a ser, donde cada acción recibe algo de las anteriores acciones e informa a las sucesivas.

---

<sup>1</sup> Para una revisión más sistemática sobre algoritmos se sugieren Brassard y Bratley (1998), Comen et al. (2009) o LaValle (2006).

Teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir que los algoritmos tienen implicaciones en la acción de gobernar. Los gobiernos y administraciones públicas desarrollan sus actividades gracias a dispositivos y tecnologías que les permiten gestionar y controlar los datos, sobre todo, que emanan de la ciudadanía. En consecuencia, los algoritmos incorporan características que son diferenciales y suponen la necesidad de conocer su potencial, así como las dimensiones en las que tendrán un impacto directo en la sociedad y la gobernanza de lo público (Criado *et al.*, 2020). Las reglas incrustadas en los algoritmos tienen una directa consecuencia en aspectos como los procesos de adopción de decisiones del personal directivo, sobre qué empleados contratar, la elegibilidad para recibir ayudas públicas, la denegación de un permiso carcelario, la decisión de proporcionar un tratamiento médico, la elección de las rutas de patrullaje en una ciudad, etc.

La aproximación anterior a la noción de algoritmo tiene implicaciones de calado. Entre otros aspectos, el hecho de que los algoritmos tengan un papel cada vez más importante en las interacciones que se producen entre los individuos y las organizaciones supone que, por ejemplo, la individualización de los servicios que forma parte de las promesas de los algoritmos puede ser algo no benigno en determinados contextos o situaciones. En otras palabras, la generalización de los algoritmos estaría generando impactos directos en principios básicos para el buen funcionamiento de nuestras instituciones democráticas, tales como la equidad, la igualdad, la justicia y la propia democracia (Lazer, 2015). De hecho, hoy los algoritmos están incrustados en transacciones económicas (compra venta de acciones y clasificación de riesgos), activismo político (promoción de campañas electorales o difusión de noticias falsas), actividades organizativas (identificación de fraude fiscal o diagnóstico de enfermedades), así como interacciones humanas (búsqueda de amistades/relaciones o selección de un lugar donde realizar un viaje). Por tanto, esos ámbitos estarían ajustando su naturaleza y resultados con los de sus propios comportamientos en base a los algoritmos aplicados. No obstante, el alcance de la redefinición de comportamientos humanos y sociales en base a la aplicación de algoritmos de forma generalizada estaría por analizar.

### 3. Gobernanza de la Inteligencia Artificial a nivel internacional

Más allá de las definiciones, diferentes organismos internacionales y países han desarrollado durante los últimos años aproximaciones sobre cómo regular, promover o implantar algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) desde y en los gobiernos y administraciones públicas. Para comenzar este recorrido es necesario conocer las propuestas realizadas desde diferentes organismos internacionales y multilaterales. Entre ellos, destacamos la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Naciones Unidas (NU) y algunos de sus organismos del sistema o el Consejo de Europa (CdE). En todas estas aproximaciones se ofrecen conceptos y puntos clave que guían o establecen un marco de referencia para los países miembros de estos organismos, de ahí su papel clave desde una perspectiva del encuadre de las políticas de IA a promover desde gobiernos y administraciones públicas (desde el sector público hacia fuera), pero también en gobiernos y administraciones públicas (dentro del propio sector público).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La OCDE ha desarrollado una aproximación fundamentada en una recomendación legal, adoptada en mayo de 2019 por los países miembros. En concreto, el documento se denomina *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* (Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial). Dentro del mismo, se establecen una serie de principios y recomendaciones en relación con la IA que deberían plantear los países. En este caso se pone también el acento en la importancia que tiene el

conocimiento sobre IA, es decir, «las competencias y los recursos, como datos, código, algoritmos, modelos, investigación, *know-how*, programas de entrenamiento, gobernanza, procesos y mejores prácticas que son requeridas para entender y participar en ciclo de vida de la IA» (OCDE, 2020, p. 7), así como los actores y partes (organizaciones y personas) interesadas o afectadas por los sistemas de IA.

En concreto, la OCDE ha planteado unos principios para una gobernanza fiable de la IA. Los principios son (OCDE, 2020): (1) crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; (2) valores centrados en los seres humanos y justicia; (3) transparencia y explicabilidad; (4) robustez y seguridad; y (5) rendición de cuentas. Junto a lo anterior, también ha planteado una serie de recomendaciones para incorporar en las políticas nacionales y en la colaboración internacional para una IA de confianza: (i) invertir en investigación y desarrollo de IA; (ii) promover un ecosistema digital para la IA; (iii) facilitar y configurar un ambiente de política pública para la IA; (iv) construir capacidades humanas y prepararse para la transformación del mercado de trabajo; y (v) cooperación internacional para una IA fiable. Adicionalmente, la OCDE ha establecido el Observatorio OECD.AI (<https://oecd.ai>), donde no solo se recoge información sobre los principios y recomendaciones para consolidar una IA fiable, sino también información sobre publicaciones, áreas de implementación de proyectos, países involucrados, así como tendencias y datos. Lo anterior supone un importante espacio de reflexión sobre cómo promover una IA desde y en los gobiernos y administraciones públicas.

Naciones Unidas (UN). Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Desde una perspectiva diferente, la UIT ha promovido desde el año 2017 una cumbre global con el lema: «IA para el bien» (*IA for good*), con una clara orientación técnica dentro del propósito de esta organización, muy centrada en la colaboración con los ministerios nacionales de ciencia y telecomunicaciones. Uno de los elementos diferenciales de la UIT es la vinculación de la IA con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de NU, de manera que pretende identificar proyectos, iniciativas y organizaciones relacionadas que los permitan acelerar.

En este caso, las actividades se han centrado en promover la colaboración internacional entre países desde una perspectiva fundamentalmente técnica. Esto se ha llevado a término a través de la celebración de tres conferencias globales sobre IA para el bien (2017, 2018 y 2019), el desarrollo de dos grupos focales sobre Inteligencia Artificial para la Salud (FG-AI4H) y *Machine Learning* para 5G (FG-ML5G) o la creación de un grupo de colaboración (con más de 5,000 miembros, dentro de la red social LinkedIn <https://www.linkedin.com/groups/8567748/>). Pero sobre todo cabe destacar el repositorio sobre IA (<https://www.itu.int/en/ITU-T/AI/Pages/ai-repository.aspx>), donde se incluye información sobre proyectos e iniciativas concretas, por países o cada uno de los 17 ODS, siempre destacando la dimensión de las tecnologías emergentes involucradas.

Naciones Unidas (UN). *Department of Economic and Social Affairs* (UNDESA). También cabe decir que dentro del *United Nations eReadiness Index* de 2020 (Naciones Unidas, 2020) elaborado por UNDESA, el concepto IA aparece ya incluido como uno de los ámbitos emergentes clave de la digitalización de los gobiernos y administraciones públicas. En este sentido, se plantea que la IA tiene una dependencia directa de las políticas nacionales de datos abiertos, tanto datos estructurados, como no estructurados. Así, se dibuja un escenario de futuros servicios públicos en los que

estas tecnologías innovadoras pueden ser usadas para conectar fragmentos de datos e información relacionados de manera rápida; pueden mejorar la provisión de servicios

públicos a través de la racionalización de las transacciones digitales, la reducción de los errores, y la eliminación de la necesidad de solicitar a las personas la misma información varias veces. (Naciones Unidas, 2020, p. 159).

También se menciona el papel controvertido de la IA en la promoción de esta nueva ola de la revolución digital.

Naciones Unidas (UN), UNESCO. La UNESCO es uno de los organismos internacionales que ha liderado la atención a los problemas éticos de la IA. Los trabajos de la UNESCO parten de noviembre de 2019, cuando en la 40 sesión de la Conferencia General se adoptó una resolución para preparar un instrumento sobre la ética de la IA en forma de recomendación. Este trabajo se ha concretado en un completo documento publicado en abril de 2020 denominado «Texto para una Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial» (*Toward a Draft Text of a Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*). Este documento se compone de varios apartados, sobre la base de una visión ética de la IA, que se sostiene en el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, no dejar atrás a nadie, así como la protección del medio ambiente.

Seguramente, la parte de mayor interés se encuentra en la parte doctrinal y el debate sobre principios éticos, tal y como ya lo han planteado varios países en sus estrategias nacionales, pero también en su aproximación práctica para facilitar a los países su despliegue. En concreto, hay una serie de 24 potenciales principios relevantes que deberían tenerse en cuenta, entre los que se encuentran: derechos humanos, inclusión, bienestar, autonomía, explicabilidad, transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, sostenibilidad, buen gobierno, etc.

Junto a lo anterior, la UNESCO también sugiere una serie de acciones de política pública destacados tanto desde como en los gobiernos y administraciones públicas. En el primer caso, se indica la necesidad de promover la investigación, poner los derechos humanos en primer lugar, educar sobre costes-beneficios y desigualdades, practicar una gobernanza multi-actor, promover un ecosistema para la IA, generar capacidades humanas y preparar el mercado de trabajo o promover la cooperación internacional para lograr una IA fiable.

En el caso de la segunda vertiente (acciones de política pública en los gobiernos y administraciones públicas), también se subrayan otras cuestiones. Concretamente, se destaca la necesidad de (1) asegurar cambios sistémicos y en procesos; (2) proporcionar medidas técnicas y estrategia de gobernanza; (3) asegurar la responsabilidad y rendición de cuentas; (4) proporcionar soluciones técnicas, más investigación y enfoques regulatorios; (5) asegurar el beneficio, la confianza, la sostenibilidad y un enfoque de género adecuado; (6) así como usar la IA en la prestación de servicios públicos. En este último caso, se habla de, por un lado, «asegurar que el uso del sector público de la IA en los procesos de adopción de decisiones es transparente y consistente con las obligaciones de los derechos humanos». Por otro lado, se considera necesario «establecer guías y políticas de acceso, transparencia y rendición de cuentas, en el uso y desarrollo de sistemas de adopción de decisiones automatizadas, incluyendo el uso por el sector público» (UNESCO, 2020, p. 48). Lo anterior se completa con propuestas para reducir la brecha digital, establecer políticas de datos, asegurar mercados abiertos y consolidar las infraestructuras tecnológicas necesarias.

Consejo de Europa (CdE). El CdE ha desarrollado también una perspectiva propia, en este caso, centrada en diez recomendaciones concretas y en torno al impacto del uso de la IA desde la perspectiva de los derechos humanos. En concreto,

los ámbitos planteados son los siguientes (Consejo de Europa, 2019): (i) evaluación del impacto; (ii) consultas públicas para que los actores concernidos sean invitados a proporcionar *inputs*; (iii) obligación de los estados miembros a facilitar la implementación de estándares de derechos humanos en el sector privado; (iv) información y transparencia sobre cómo se usan los sistemas de IA, además de sobre cómo se adoptan las decisiones; (v) evaluación independiente de órganos autónomos respecto de las autoridades públicas y privadas; (vi) no discriminación e igualdad para prevenir y/o mitigar los riesgos para determinados grupos; (vii) protección de datos y privacidad; (viii) libertad de expresión, de reunión y asociación, así como el derecho al trabajo; (ix) remedios ligados al establecimiento de mecanismos de responsabilidad y rendiciones de cuentas por las posibles violaciones de derechos humanos que puedan suceder al implantar sistemas de IA; y (x) promoción de la alfabetización en IA. En suma, se trata de una colección de principios éticos y jurídicos generales en línea con los planteados anteriormente.

#### 4. Marco de la política de Inteligencia Artificial en la Unión Europea

La agenda europea de Inteligencia Artificial (IA) se ha ido consolidando con los años en torno a varios aspectos. Primero, desde la Comisión Europea se ha tratado de insistir en el relato sobre la búsqueda de un espacio propio dentro de un contexto con dos líderes internacionales (China y EE. UU.), respecto de cuyas estrategias de IA se pretende marcar distancia. En concreto, en un estudio de la Comisión Europea se ha planteado que

existe una fuerte competición global sobre la IA entre Estados Unidos, China y Unión Europea (UE). Los Estados Unidos lideran por ahora pero China se acerca rápidamente y se espera que lidere en 2030. Para la UE, no es una carrera en la que ganar o perder, sino una vía de alcanzar las oportunidades que ofrece la IA de manera que sea humano-céntrica, ética, segura, y confiable en nuestros valores constitutivos” (Comisión Europea, 2018a, pp. 12-13).

Como ya se ha apuntado más arriba, los modelos de IA y gobernanza de los algoritmos ponen en cuestión muchos de los equilibrios éticos de nuestras sociedades y, de facto, plantean problemas relacionados con sesgos y discriminación, así como libertades fundamentales y privacidad de datos personales, que resulta esencial entender *desde* gobiernos y administraciones públicas (Criado, 2021). Y desde luego, la UE lo pretende hacer desde un enfoque propio, encuadrando las políticas de IA a desarrollar desde gobiernos y administraciones públicas (desde el sector público hacia fuera), pero también *en* gobiernos y administraciones públicas (dentro del propio sector público).

Desde un plano discursivo, las instituciones de la UE han puesto el acento en la necesidad de crear un modelo propio de IA basado en principios éticos, democráticos, así como el control de los datos personales y la privacidad de las personas. Desde un primer momento, lo anterior se ha destacado a través de la necesidad de atender la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o el Reglamento General de Protección de Datos (*General Data Protection Regulation*, GDPR, por sus siglas en inglés) para garantizar ese enfoque, fundamentado en principios éticos, seguridad y responsabilidad, así como en el empoderamiento de las personas y consumidores para lograr lo máximo de la IA (European Commission, 2018b). De hecho, el artículo 22 y siguientes del GDRP establecen la noción y limitaciones, por ejemplo, de las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles o todo aquello relacionado con la protección de los datos personales en un contexto de IA. En definitiva, parecería una apuesta por transitar

hacia un modelo propio que tenga la protección de los datos personales como eje central.

Las acciones más recientes sobre IA dentro de la UE están consolidando ese enfoque singular. Por un lado, el Libro Blanco de la IA (a partir de aquí Libro Blanco IA) es la propuesta de política que han aprobado las instituciones europeas (febrero de 2020) para establecer un verdadero marco de política pública en la materia (Comisión Europea, 2020). Aquí también tenemos que diferenciar entre la promoción de la IA *desde* gobiernos y administraciones respecto de la IA *en* los gobiernos y administraciones públicas. Adicionalmente, la propuesta europea también se fundamenta en los principios de excelencia y confianza.

En lo que se refiere a la excelencia, la UE pretende situarse al nivel de los ecosistemas de IA más importantes del mundo. Con ello se asume la necesidad de adoptar y desarrollar la IA en todos los sectores económicos y las administraciones públicas, a través de (1) la colaboración con los Estados miembros; (2) centrando los esfuerzos de la comunidad de investigación e innovación; (3) el desarrollo de habilidades para superar la escasez de competencias; (4) la preocupación por el acceso de las PYMES a la IA; (5) el aseguramiento de asociaciones público-privadas amplias para lograr compromisos sobre IA, datos y robótica; (6) la garantía de acceso a los datos y las infraestructuras informáticas; (7) asunción del liderazgo mundial en IA a través de la colaboración en foros internacionales con países que asuman las normas y valores de la UE en derechos humanos y privacidad; y (8) la promoción de la adopción de la IA por parte del sector público.

Desde el punto de vista del sector público, el Libro Blanco IA se plantea lo siguiente:

Acción 6: La Comisión iniciará conversaciones por sector abiertas y transparentes, en las que dará prioridad a la atención sanitaria, las administraciones rurales y los operadores de servicios públicos, para presentar un plan de acción que facilite el desarrollo, la experimentación y la adopción de la inteligencia artificial. Las conversaciones por sector se emplearán para preparar un “Programa de adopción de la IA” específico que respaldará la contratación pública de sistemas de inteligencia artificial, y ayudará a transformar los propios procesos de esta contratación. (Comisión Europea, 2020)

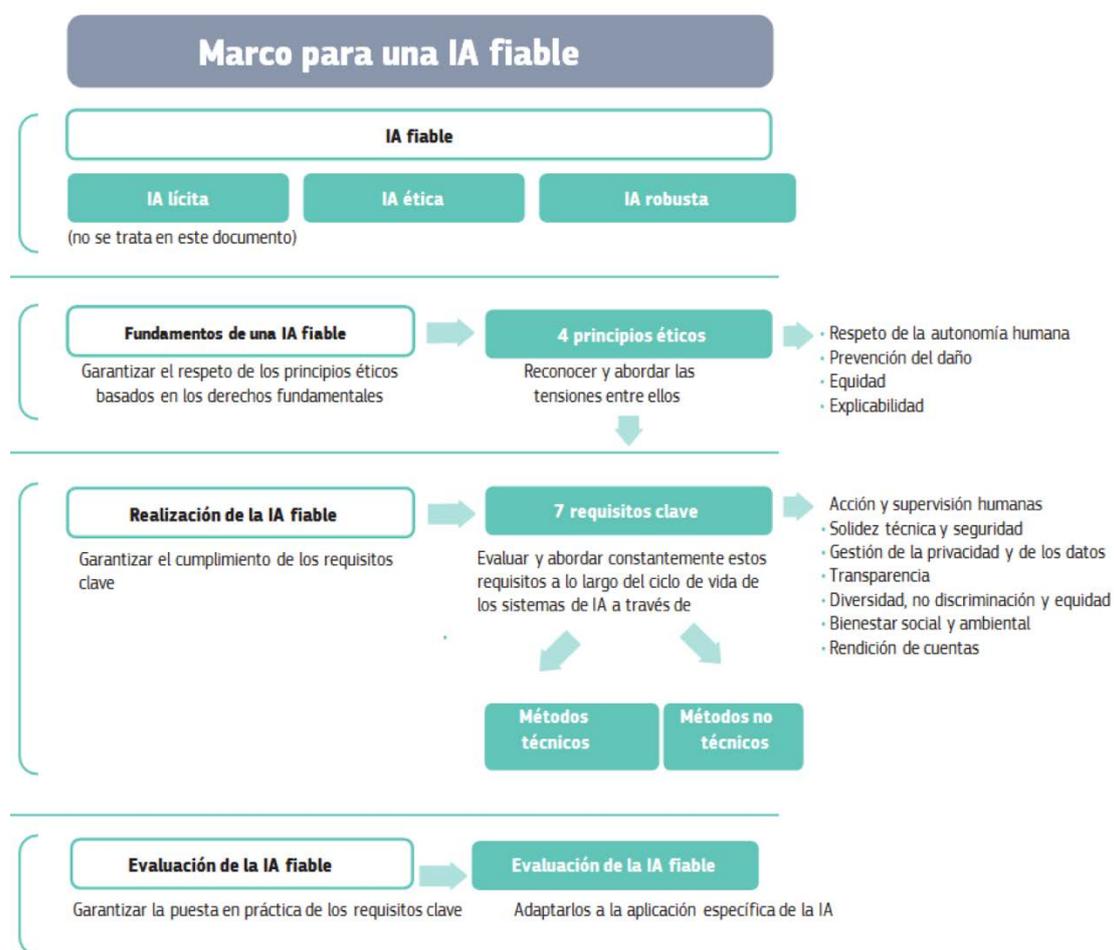
En este sentido se plantea que es necesario promover que los principales servicios públicos, transporte, supervisión financiera y otras áreas de interés adopten rápidamente productos y servicios basados en IA. En concreto, el marco de política que propone la UE sugiere la necesidad de focalizarse en los sectores públicos de salud y transporte, aquellos en los que se estima que las tecnologías de IA están lo suficientemente maduras para su adopción e implementación a gran escala. En todo caso, en este enfoque quedan fuera, de nuevo, cuestiones políticas de calado, especialmente, cómo la IA puede ayudar a mejorar los procesos de adopción de decisiones en el sector público, cuál es la aportación de la IA al diseño de las políticas públicas o qué oportunidades ofrece la IA para desarrollar modelos de gobernanza colaborativa e innovación abierta con la ciudadanía de cara a generar valor público.

Desde la perspectiva del ecosistema de confianza, la UE incide en la importancia de un marco regulador de la IA que, al mismo tiempo, facilite las oportunidades y se enfrente a las amenazas. Esta otra dimensión de la IA desde y en gobiernos y administraciones públicas se aproxima a la cuestión teniendo presentes los principales problemas que la IA puede generar, sobre todo, en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales (como la protección de datos, privacidad o la no discriminación) como consecuencia de su opacidad. Así, siguiendo el trabajo del

Comité de Expertos de Alto Nivel creado por la propia Comisión Europea, se han definido una serie de requisitos para las aplicaciones y sistemas de IA (Comisión Europea, 2020): (a) datos y entrenamiento; (b) datos y registros de datos; (c) información que debe facilitarse; (d) solidez y exactitud; (e) supervisión humana; y (f) requisitos específicos en el caso de determinadas aplicaciones de IA, como las empleadas en la identificación biométrica remota.

También ha concretado una aproximación a las directrices éticas para una IA fiable. En concreto, aquí se consideran varios aspectos, comenzando por la necesidad de una IA lícita, ética y robusta, que se sostenga sobre cuatro principios éticos (Comisión Europea, 2019): respeto de la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad. Junto a ellos, operan siete requisitos clave que deben cumplir los sistemas basados en IA: (1) acción y supervisión humana; (2) solidez técnica y seguridad; (3) gestión de la privacidad de los datos; (4) transparencia; (5) diversidad, no discriminación y equidad; (6) bienestar social y ambiental; (7) rendición de cuentas. En este sentido, se pone el acento en la necesidad de integrar estos requisitos, que inciden en algunas de las cuestiones clave de la IA dentro de las administraciones públicas (ver Figura 1).

**Figura 1. Directrices como marco para una IA fiable**

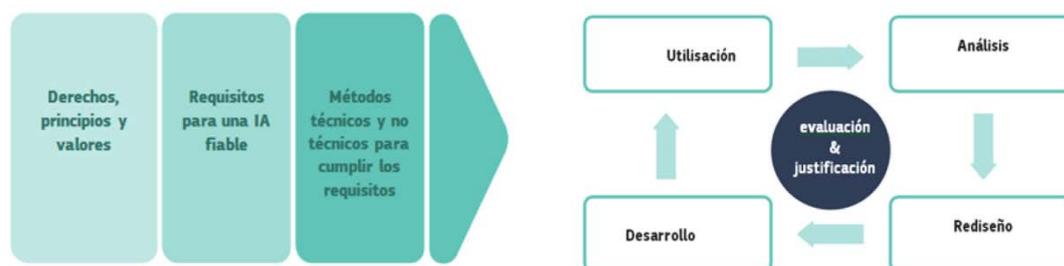


Fuente: Comisión Europea (2019, p.10).

Al mismo tiempo, también hay que insistir en que estos requisitos necesitan de una serie de métodos técnicos y de otro tipo para su puesta en marcha. Estos

métodos deberían abarcar todas las fases del ciclo de vida de un sistema de IA (ver Figura 2) (Comisión Europea, 2019). En el caso de los métodos técnicos, se consideran las arquitecturas para una IA fiable, la incorporación de la ética desde el diseño, los métodos de explicación, la realización de ensayos y validación de los algoritmos y sistemas de IA o los indicadores de calidad de servicio. Aquí se tiene la intención definir una lista de métodos de utilidad para lograr una IA fiable.

**Figura 2. Esquema sobre métodos a aplicar en todo el ciclo de vida de los sistemas de IA**



Fuente: Comisión Europea (2019, p. 26).

En lo que respecta a los métodos no técnicos, se estima que deberían evaluarse de una forma continua teniendo en cuenta la velocidad de desarrollo de los sistemas de IA. Particularmente, los principales métodos reseñados son (Comisión Europea, 2019): (1) la normativa de aplicación a la IA; (2) los códigos de conducta o documentos internos de política sobre cómo construir una IA fiable; (3) la certificación para acreditar ante el público que un sistema de IA es transparente, responsable y equitativo; (4) la rendición de cuentas a través de marcos de gobernanza tanto internos como externos a las organizaciones que se centren en los procesos de rendición de cuentas sobre las dimensiones éticas de las decisiones asociadas a los sistemas de IA; (5) educación y concienciación para fomentar una mentalidad ética entre la ciudadanía, incluyendo también a diseñadores, empresas y administraciones públicas y grupos afectados; (6) la participación de las partes interesadas y diálogo social; y (7) la diversidad y equipos de diseño inclusivos. Así, estos ámbitos tienen claramente un valor clave sobre el encuadre de las políticas y acciones de IA dentro de los gobiernos y administraciones públicas, dado que inciden directamente en su actuación, tanto en lo que respecta a las políticas y servicios públicos, como en la relación con la ciudadanía, así como en la gestión interna de las organizaciones.

En resumen, se puede decir que la UE ha establecido una ambiciosa agenda de IA, definiendo un marco de política pública, que a buen seguro va a tener una incidencia en los países miembros, aunque todavía está por ver cómo, cuándo y con qué alcance. Como se ha señalado, desde la retórica de las instituciones europeas parece que se ha entendido el desafío que supone la IA en el futuro, desde la noción de soberanía tecnológica y autonomía estratégica, hasta evitar los errores de otros países en contextos diferentes, cuyos modelos de desarrollo de IA y gobernanza de algoritmos parecieran contrarios a principios y derechos humanos básicos. Asimismo, también está por ver el alcance en los países miembros del marco de política pública sobre IA que se ha establecido desde la UE.

## 5. Hacia una política de Inteligencia Artificial en España

En el caso de España, también se han dado los primeros pasos orientados a la creación de una política de IA. Desde una perspectiva normativa, ya se vislumbró la incorporación de la actuación administrativa automatizada, con una lógica que se

acerca a la idea de adopción de la IA, en el conocido artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En este artículo se habla de decisiones automatizadas ante «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». Esta línea es la que después se ha desarrollado en el Reglamento General de Protección de Datos, tal y como han apuntado algunos autores, quienes han sostenido la necesidad de evitar cajas negras administrativas (Cerrillo, 2019), la promoción de sistemas de control de los algoritmos (Valero, 2019), o la protección de los derechos fundamentales a partir de un efectivo cumplimiento de los principios éticos (Cotino, 2019). En nuestro caso, nos centramos en conocer qué tipo de encuadre tiene la emergente política de IA del Gobierno de España, así como el alcance de la agenda desplegada hasta este momento.

Desde el Gobierno de España se concretó una primera aproximación a una política de IA en base a varios aspectos. El primer hito a reseñar es la Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019) que se definió a partir de un Grupo de Trabajo en IA. Dentro de este documento se puso de manifiesto la existencia de diferentes estrategias nacionales de IA en el contexto europeo, así como la necesidad de que España se sumara a ese proceso. A partir de ello, se reconoció que el documento se adhería a los avances mencionados en el ámbito europeo. Lo anterior podría considerarse ya una muestra de europeización de las políticas de IA en España, en línea con lo acontecido en relación a otras olas pasadas de adopción de Gobierno Digital desde y en el ámbito público (Criado, 2009; 2010; 2012; 2021).

Además de este elemento, entre las prioridades se incluyó la necesidad de consolidar a las administraciones públicas como catalizadoras de la IA. Para ello, se indicaron áreas clave como la gestión de los datos de los individuos y sus análisis a través de aprendizaje automático o el desarrollo de *chatbots* basados en procesamiento de lenguaje natural como primera interfaz de interacción entre ciudadanos y administraciones públicas, focalizando a los empleados públicos en tareas de mayor valor (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019). Además, se insistió en que dentro de los gobiernos locales hay tres áreas clave de interacción con el ciudadano (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019:29): (a) transacciones de alto volumen y baja complejidad, como formularios; (b) alta complejidad y bajos volúmenes, como la asistencia social, y en el medio, (c) aquellos que tienen una complejidad media y volúmenes medios como la planificación de permisos y la recaudación de impuestos. Dentro de las prioridades, también se observó la preocupación por la ética de la IA y la mención a los ODS de Naciones Unidas como un paso para lograr un marco nacional de IA que se convierta en palanca transformadora de las políticas públicas.

Un segundo paso importante se produce a partir de la puesta en marcha del nuevo gobierno de coalición a partir de enero de 2020. Entonces se crea la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), dentro del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Real Decreto 2/2020). Por primera vez en España existe un órgano político de este nivel con la competencia directa de promover la IA en el país. En concreto, dentro de su marco competencial se han incluido algunas de sus principales objetivos, tales como (Real Decreto 403/2020 de desarrollo de la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que también incluye la Secretaría General de Administración Digital): elaborar una estrategia española de IA; desarrollar las dimensiones normativa, ética y de regulación de la IA y sus tecnologías digitales habilitadoras; participar en comisiones, grupos de trabajo, etc., de carácter internacional sobre IA;

definición de programas de I+D+I en IA; impulsar de programas sobre IA en administraciones públicas y sector privado; o atender cuestiones de seguridad y normalización (entre otras).

Aquí hay que señalar algunos aspectos desarrollados durante la pandemia del COVID-19 que tienen relación con la IA. La crisis del COVID-19 llevó a la SEDIA a centrarse en el combate frente a la pandemia (Criado, Guevara-Gómez y Villodre, 2020; Meijer *et al.*, 2020). Pero también hay que señalar el hito de la creación de la primera Oficina del Dato dentro de la Administración General del Estado. En concreto, se justificó su creación sobre la base de que es necesario «impulsar nuevas capacidades y habilidades, el emprendimiento tecnológico y una inteligencia artificial inclusiva, ética, transparente, que permitan la igualdad de oportunidades y la creación de empleos» (Orden ETD/803/2020, de 31 de julio, por la que se crea la División Oficina del Dato). En este sentido, es clave la atención a las siguientes cuestiones: (1) el diseño de estrategias y marcos de referencia de gestión de datos; (2) la creación de espacios de compartición de datos entre empresas, ciudadanos y administraciones públicas de manera segura y con gobernanza (*sandboxes*, *data spaces* nacionales y europeos, ecosistemas de datos para uso sectorial tanto público como privado, etc.); (3) el empleo masivo de los datos en los sectores productivos de la economía mediante tecnologías de big data e IA; y (4) el desarrollo de mecanismos de acceso seguros a estas plataformas de datos, para la toma de decisiones públicas basadas en datos o para uso empresarial, garantizando sus seguridad y gobernanza. En suma, dentro de esta Oficina del Dato, junto a la gemela División de planificación y ejecución de programas, se espera que el encuadre pase a los siguientes pasos en la política española de IA.

Hasta el momento, el gran hito de política pública de IA en España se refiere a la adopción de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA), presentada el 2 de diciembre de 2020 en la Presidencia del Gobierno. Además de haber utilizado el mencionado trabajo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (2019), la ENIA es el documento donde aparece la visión sobre el impulso de la IA en España, en directo alineamiento con la estrategia europea y la Agenda Digital 2025 de España. Aquí se plantea responder al hecho de que se espera que más del 20% de los fondos del mecanismo europeo de recuperación se centrarán en la transición hacia la digitalización (ENIA, 2020, pp. 12-13). Adicionalmente, se explicitan diferentes menciones a documentos de la Comisión Europea, incluyendo su Libro Blanco sobre IA. Este aspecto es esencial, dado que la ENIA se ha integrado desde el primer momento dentro del marco europeo sobre IA, al menos, formalmente.

Por otro lado, a día de hoy, sólo podemos señalar algunos rasgos adicionales sobre la ENIA, tal y como aparecen explicitados en el documento. De entrada, se detallan siete objetivos estratégicos a lograr en relación con la política de IA en España (ENIA, 2020): (1) excelencia científica e innovación en IA; (2) proyección de la lengua española; (3) creación de empleo cualificado; (4) transformación del tejido productivo; (5) entorno de confianza en relación a la IA; (6) valores humanistas en la IA; y (7) IA inclusiva y sostenible. Los objetivos definidos se han planteado siguiendo el trabajo mencionado antes de la OCDE, a la vez que se combina la dimensión más económica y tecnológica de la IA, con su vertiente más social y ética.

Sin embargo, los aspectos más destacados en relación con la agenda pública en España sobre IA aparecen explicitados como ejes de acción. De entrada, se señala el período 2020-2025 como horizonte y se establecen seis ejes de acción con una serie de líneas de actuación e hitos temporales específicos. Los ejes estratégicos son los siguientes (ENIA, 2020): (a) impulsar la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en IA; (b) promover el desarrollo de capacidades digitales,

potenciar el talento nacional y atraer talento global; (c) desarrollar plataformas de datos e infraestructuras tecnológicas que den soporte a la IA; (d) integrar la IA en las cadenas de valor para transformar el tejido económico; (e) potenciar el uso de la IA en la Administración Pública y en las misiones estratégicas nacionales; y (f) establecer un marco ético y normativo que refuerce la protección de los derechos individuales y colectivos, a efectos de garantizar la inclusión y el bienestar social. A primera vista, aquí también se trata de desarrollar una política de IA *desde* gobiernos y administraciones públicas y *en* gobiernos y administraciones públicas.

Por un lado, se pueden plantear algunas ideas básicas sobre la dimensión de la política de IA en relación a las cuestiones que afectan a la economía y la sociedad. Sin ánimo de ser exhaustivos, y sin disponer de evidencias más allá del análisis documental, la ENIA (2020) destila claramente inquietudes más allá de una mera aproximación tecnológica o económica. En concreto, se desarrolla un bloque completo sobre ética y normativa relacionada con la IA (eje estratégico 6), con medidas previstas como el desarrollo de un sello nacional de calidad IA, la puesta en marcha de observatorios para evaluar el impacto social de los algoritmos, el desarrollo de una carta de derechos digitales (cuya consulta pública se cierra el 20 de enero de 2021), la puesta en funcionamiento del consejo asesor de IA (creado mediante la Orden ETD/670/2020 de 8 de julio) o la promoción de diálogo, sensibilización y participación sobre IA. Sin embargo, a pesar de que se plantea al final de la ENIA un apartado sobre gobernanza y presupuesto, no se detallan cuestiones esenciales, incluyendo un mapa de actores e impulsores clave, indicadores de medida de avance de las acciones, impactos esperados de las intervenciones públicas, un modelo más específico sobre cómo se van a articular las relaciones intergubernamentales para integrar a gobiernos autonómicos y locales, mecanismos de colaboración público-privada, un cronograma de proyectos o qué financiación cuentan las acciones específicas. Es posible que estas dimensiones se concreten más adelante.

Por otro lado, aquí nos interesan las acciones previstas en la política de IA que tienen que ver con la transformación digital de las administraciones públicas. En este sentido, la ENIA indica cinco medidas (2020, p. 73): (1) incorporar la IA en la administración pública para mejorar la eficiencia y eliminar cuellos de botella administrativos; (2) poner en marcha un laboratorio de innovación para nuevos servicios y aplicaciones de la IA en la administración pública (*gobtechlab*); (3) fomentar las competencias IA en la administración pública; (4) programa IA para una gestión pública basada en datos; y (5) promover misiones estratégicas nacionales en el ámbito de la administración pública donde la IA puede tener impacto (foco en salud, justicia y empleo). Aquí tampoco podemos descender a un mayor detalle, si bien es cierto que en el documento se incide en la importancia de la IA para mejorar la transparencia administrativa, adoptar mejores decisiones, desarrollar una gestión pública basada en datos, incorporar nuevos mecanismos de compra pública innovadora, abrir mecanismos de regulación basados en *sandboxes* o prestar servicios digitales basados en sistemas de IA. También aquí se esperan ulteriores detalles sobre actores, gobernanza, indicadores de medida, presupuesto, cronogramas de implementación o mecanismos de revisión y evaluación.

En suma, la política española de IA, en el momento de completarse este análisis (mediados de enero de 2021) se encuentra todavía en la fase de formulación, sin embargo queda todavía por concretar detalles relacionados con la gobernanza del proceso de implementación y evaluación. En todo caso, y sin entrar en cuestiones que exceden el análisis de este documento, se podría decir que la IA se ha integrado en la agenda mediática, al menos en su apartado económico, no queda tan claro que suceda lo mismo con la dimensión político-administrativa. En este último ámbito los cambios asociados a la implantación de la IA y la gobernanza con algoritmos todavía

se perciben como algo que todavía está por llegar, si bien resultarán necesarios para lograr una verdadera transformación digital del sector público.

## 6. La perspectiva de los CIOs ministeriales españoles

Junto al encuadre que se ha planteado en las anteriores secciones desde una perspectiva conceptual y más general, nuestro trabajo también asume que es importante la visión que tienen los responsables de la política de tecnologías en los organismos públicos (*Chief Information Officers* o *CIOs*), como responsables de su definición y desarrollo. De cara a sumar evidencia más allá del análisis documental planteado, utilizamos parte de los resultados de un cuestionario desarrollado entre el 15 de junio y 15 de agosto de 2019 a los entonces responsables de las áreas TIC de todos los ministerios españoles (otros resultados más desarrollados han aparecido en Criado *et al.*, 2021). Particularmente, en esta sección de análisis nos centramos, por un lado, en su visión sobre el concepto IA, y por otro, en los beneficios y desventajas de su implantación en el sector público.

En primer lugar, nuestro estudio examina las percepciones de los CIOs sobre el concepto de IA que, como tecnología emergente, no se percibe de la misma manera, ni se adopta e implanta por igual. En este momento, no todos los miembros del mundo académico y personal directivo del sector público comparten el mismo enfoque sobre lo que es la IA. Además, este concepto se halla asociado a diferentes ideas y técnicas. En este sentido, las percepciones de los CIOs ministeriales ayudan a reconocer el enfoque y potencial de la IA en el sector público, ya que estos altos directivos públicos definen las políticas tecnológicas. Así, esta parte del estudio se centra en arrojar luz sobre los conceptos relacionados, así como las técnicas más comúnmente vinculadas a la IA por parte de los CIOs ministeriales.

Nuestro enfoque sobre la IA surge de una pregunta abierta para definir este concepto. La pregunta del cuestionario para los CIOs fue: «Desde su punto de vista, y brevemente, ¿cómo se puede definir Inteligencia Artificial?». Las respuestas a la pregunta del cuestionario fueron completamente abiertas. Los resultados se resumen en la Figura 3, con una nube de palabras (las palabras de tamaño superior se repitieron más en las definiciones dadas). Los datos confirman que los CIOs caracterizan principalmente la IA con la idea de tecnologías, sistemas o series de algoritmos inteligentes que ayudan en el proceso de toma de decisiones, pero también otras tareas que incluyen aprendizaje, razonamiento, etc. Estos directivos identifican la IA con nuevas capacidades y oportunidades para realizar tareas específicas.

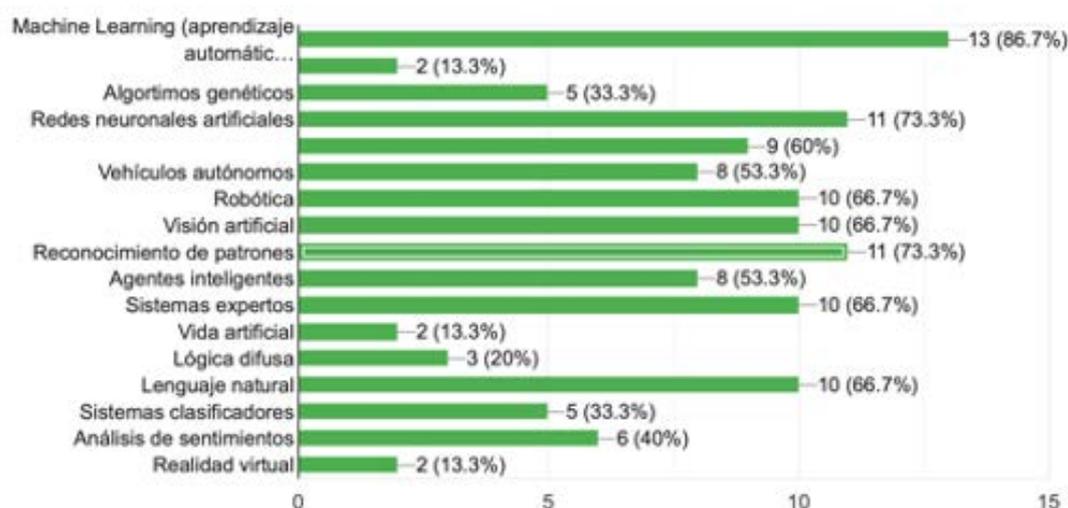
**Figura 3. Definición abierta de Inteligencia Artificial**



Fuente: Elaboración propia.

Otra categoría denota las técnicas más asociadas a la IA en el sector público. Aquí, las percepciones de los CIOs son críticas, ya que las políticas y estrategias nacionales tenderán a estar más o menos orientadas a determinadas técnicas, en la medida que sean más o menos familiares y se asocian más o menos con la IA por parte de estos actores directivos. Para comprender esta dimensión, la pregunta del cuestionario fue: «Entre los siguientes términos, señale cuáles tienen, a su juicio, mayor asociación con la Inteligencia Artificial». Las respuestas del cuestionario se plantearon a partir de una pregunta múltiple-respuesta (con un mínimo de tres opciones para responder del listado de opciones). Los resultados se resumen en la Figura 4, incluido el porcentaje de aparición de cada concepto/técnica. Las cinco técnicas más asociadas a la IA son: aprendizaje automático (86,7%), redes neuronales artificiales (73,3%), reconocimiento de patrones (73,3%), aprendizaje profundo (60,0%) y agentes inteligentes (53,3%). Este grupo de técnicas y sistemas de IA probablemente liderará la futura implementación de proyectos y aplicaciones en el sector público español, enmarcando la naturaleza y alcance de estas iniciativas.

**Figura 4. Técnicas y conceptos asociados a la Inteligencia Artificial**



Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, las expectativas sociales y políticas sobre la IA son altas en términos de logros y beneficios, pero también de posibles dificultades y problemas. Esta dimensión comprende las expectativas de los CIOs sobre las capacidades de transformación de la IA en el sector público. En particular, esta parte del estudio estuvo orientada a categorizar los beneficios y problemas esperados de la implementación de la IA en el sector público. Con ello se completa esta aproximación al encuadre que realizan los CIOs ministeriales en el caso de España.

Para examinar los beneficios esperados de la implementación de la IA en el sector público, el cuestionario abordó diferentes dimensiones de las organizaciones del sector público. La pregunta del cuestionario fue: «¿Qué beneficios considera que tienen los siguientes aspectos en relación con la implementación de la Inteligencia Artificial en los siguientes aspectos del sector público?». Las respuestas a la pregunta de la encuesta fueron en una escala *Likert*, desde «beneficio total» (7) a «ningún beneficio en absoluto» (1). En la Tabla 3, se identifican las ideas más destacadas de los CIOs españoles, en general, no demasiado optimistas, ya que identifican potenciales altos beneficios en aspectos como: eficiencia (6,7) y digitalización (5,7) (solo dos ítems por encima de 5 puntos en la escala). En el otro lado del espectro, los CIOs sugirieron menos beneficios esperados en temas centrados en los ciudadanos

y más políticos/democráticos, incluida la confianza (3.7), la equidad (4.0), la transparencia (4.1) o la seguridad de los datos personales (4.3).

**Tabla 3. Beneficios de la aplicación de la Inteligencia Artificial**

	CIOs ministeriales (n=15)	
	Media	Desviación típica
<b>Eficiencia</b>	6.7	0.5
<b>Digitalización</b>	5.7	1.3
<b>Transparencia</b>	4.1	2.0
<b>Seguridad de los datos personales</b>	4.3	1.9
<b>Participación ciudadana</b>	4.5	1.6
<b>Interoperabilidad</b>	4.1	2.1
<b>Equidad</b>	4.0	1.6
<b>Rendición de cuentas</b>	4.5	1.5
<b>Confianza</b>	3.7	1.8
<b>Flexibilidad</b>	4.6	1.6
<b>Media</b>	4.6	1.6

Fuente: Elaboración propia.

Con respecto a las desventajas esperadas de la aplicación de la IA en el sector público, el cuestionario también abordó dimensiones clave de las organizaciones del sector público. Aquí, la pregunta del cuestionario fue: «Desde su punto de vista, ¿qué desventajas espera de la implantación de la Inteligencia Artificial en los siguientes aspectos del sector público?». Las respuestas a la pregunta de la encuesta fueron en una escala *Likert*, desde «desventaja total» (7) a «ninguna desventaja en absoluto» (1). Como se esperaba de la pregunta anterior (la Tabla 4 resume los resultados), los CIOs ministeriales asumen altas desventajas en aspectos como opacidad algorítmica (5.3), cuestiones éticas (5.1) y desconfianza (5.0), (en todos los casos por encima de 5 puntos en la escala). Sin duda, esta dimensión conlleva aspectos humanos de las tecnologías emergentes, en general, y de la IA, en particular.

**Tabla 4. Desventajas de la aplicación de la Inteligencia Artificial**

	CIOs ministeriales (n=15)	
	Media	Media
<b>Reemplazo humano</b>	4.9	1.8
<b>Costos altos</b>	4.1	1.9
<b>Deshumanización</b>	4.1	1.8
<b>Desconfianza</b>	5.0	1.8
<b>Inflexibilidad</b>	4.0	1.6

<b>Vulnerabilidad de datos e información</b>	3.9	1.8
<b>Problemas éticos</b>	5.1	1.8
<b>Exclusión social</b>	3.9	1.8
<b>Desigualdad</b>	3.5	1.6
<b>Control invasivo</b>	4.2	1.7
<b>Opacidad algorítmica</b>	5.3	1.5
<b>Media</b>	4.4	1.7

Fuente: Elaboración propia.

## 7. Debate y conclusiones

En esta sección completamos este trabajo resumiendo los principales hallazgos del estudio, estableciendo algunas conclusiones y detallando algunas vías de evolución futura en torno a los algoritmos y la Inteligencia Artificial (IA) en el sector público. En primer lugar, es necesario entender los aspectos básicos de las nociones de IA y gobernanza con algoritmos y cómo afectan al sector público. Si bien el concepto de IA no es unívoco, es clave la asociación entre inteligencia no humana, racionalidad, desarrollo de capacidades (para adoptar decisiones, acometer acciones, obtener resultados, etc.), así como diferentes niveles de madurez en su implantación en las organizaciones, también públicas. Los algoritmos, en la medida que actúan como reglas incrustadas en diferentes actividades humanas, determinan de una forma creciente muchos de nuestras actividades y comportamientos diarios (qué vemos en televisión, qué noticias leemos, con quiénes nos vinculamos en redes sociales, etc.), incluyendo cómo nos relacionamos con las administraciones públicas. Las experiencias algorítmicamente determinadas y ligadas a sistemas de IA son cada vez más en cantidad y más determinantes en términos de experiencias y comportamientos.

A partir de esa realidad, es claro que las organizaciones internacionales están marcando una serie de principios éticos y cuestiones legales para tener en cuenta. Por una parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha elaborado una recomendación legal que se une a un intento de generar conocimiento y liderar el diálogo sobre la dimensión ética de la IA, también desde gobiernos y administraciones, si bien su aplicación en el sector público todavía es emergente. Naciones Unidas ha hecho suyo el lema «IA para el bien» (*IA for good*), como una declaración de intenciones sobre el potencial de la IA, así como sus desafíos. También invita a desarrollar proyectos tecnológicos centrados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y ha incluido la IA como uno de los retos de futuro del Gobierno Digital. En esa línea, la UNESCO ha establecido un marco sólido con los principales problemas y recomendaciones sobre la ética en la IA (incluyendo derechos humanos, inclusión, bienestar, autonomía, explicabilidad, transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, sostenibilidad, buen gobierno, etc.). La UNESCO propone claramente el uso de la IA para la prestación de servicios públicos, de manera que los gobiernos y administraciones públicas deben centrarse en las implicaciones de la IA en los procesos de adopción de decisiones, tanto en términos de transparencia como garantía de derechos humanos. Esta perspectiva se asemeja mucho a los planteamientos realizados por el Consejo de Europa (CdE) que, sobre todo, incide en la necesidad de que el uso de la IA se acerque a un bloque básico de derechos humanos. En definitiva, el componente ético y normativo es abundante dentro de las aproximaciones de estos organismos internacionales.

Por su lado, la Unión Europea (UE) ha consolidado un marco de referencia para el diseño e implementación de la IA en los países miembros, algo que ya se evidencia en casos como el español. Por un lado, hay que subrayar el papel catalizador de la UE y la intención de europeización desde las instituciones comunitarias de las políticas de IA dentro de los países miembros de cara a conformar un modelo propio. Quizá sea esta la principal conclusión en el caso europeo, la evidencia de que las instituciones comunitarias han pretendido desarrollar un modelo propio, en contraste con el chino y estadounidense, que permita a la UE presentarse como una tercera vía referente en IA. En concreto, ese modelo se sostendría, al menos, en los siguientes pilares: la necesidad de atender los derechos humanos y la protección de datos personales de una manera rigurosa (al menos, en línea con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Reglamento General de Protección de Datos). A ello habría que añadir los principios de excelencia y confianza. Para todo lo anterior, ya se han concretado directrices centradas en la creación de una IA (con)fiable, incluyendo requisitos, métodos técnicos y no técnicos de aplicación (más arriba identificados). En definitiva, el Libro Blanco de la UE sugiere el enfoque que los países miembros deberían dar a sus políticas nacionales, y aunque no es imperativo su seguimiento, aquí operan los criterios de europeización que a buen seguro irán generando resultados de interés para el futuro.

El caso de España se convierte en reflejo de lo anterior. Primero hay que indicar que España es un país donde opera un alto grado de europeización de sus políticas públicas. Lo anterior viene a confirmar nuestro análisis documental, que ha evidenciado que la estrategia sobre IA en el caso español se adhiere plenamente a los planteamientos de la UE, en línea con lo acontecido y en relación con otras olas pasadas de adopción de tecnología desde y en el ámbito público (Criado, 2009; 2012; 2021). A nivel organizativo, destaca la creación de una Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dentro del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Este hecho es clave, no solo por ser la primera vez que en España existe un órgano político de este nivel con la competencia directa de desarrollar la IA. También lo es por el hecho de conectar la IA desde y en gobiernos y administraciones públicas. De hecho, será esencial la colaboración con la Secretaria General de Administración Digital, tal y como se está mostrando con algunas de las medidas adoptadas durante la crisis del COVID-19 (incluyendo la *app* de trazado y rastreo Radar COVID) o la creación de la Oficina del Dato y sus proyectos asociados. La publicación de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) y su directo alineamiento con el marco europeo de IA, junto con algunas de las medidas ya puestas en marcha (carta de derechos digitales o la creación de un consejo asesor de IA) y otras que se mencionan (*sandboxes*, *gobtechlab*, ecosistemas de datos para uso sectorial tanto público como privado, etc.) van en buena dirección. Sin embargo, será necesario algo más de tiempo para caracterizar la política de IA en España, su alcance y, desde luego, los resultados de la misma.

Finalmente, también es crítico conocer la visión de los actores impulsores, sobre todo, los responsables TIC ministeriales (CIOs) españoles. Como responsables de la definición e implantación de las políticas tecnológicas dentro de sus organizaciones, disponer de evidencia sobre sus percepciones es esencial para comprender las potenciales limitaciones y oportunidades de la IA en las administraciones públicas españolas. En la primera dimensión sobre las percepciones acerca del concepto de IA en el sector público han mostrado varias ideas de interés, ya que comparten creencias comunes sobre cuál es la noción de IA (tecnologías, sistemas o series de algoritmos inteligentes que ayudan en el proceso de toma de decisiones, pero también otras tareas como aprendizaje, razonamiento, etc.). Asocian la IA con una serie de técnicas (sobre todo, aprendizaje automático, redes neuronales artificiales, aprendizaje profundo, reconocimiento de patrones y agentes inteligentes).

Por tanto, estos resultados confirman la existencia de visiones comunes sobre el concepto de IA. Además, respaldan nuestra hipótesis sobre los CIOs, que asignan una naturaleza tecno-céntrica a la IA en el sector público, dejando de lado los enfoques centrados en el ser humano/social, así como cuestiones éticas.

Nuestra segunda dimensión ha analizado las expectativas de los CIO sobre el desarrollo de la IA en el sector público en el futuro. Considerando los beneficios esperados, los CIOs españoles no son muy optimistas en relación con cuestiones como interoperabilidad, la rendición de cuentas, la transparencia, la digitalización, la seguridad de los datos personales o la flexibilidad, centrándose en beneficios como la eficiencia y la digitalización. Atendiendo las desventajas esperadas, están muy preocupados por la opacidad algorítmica, las cuestiones éticas y la desconfianza. En consecuencia, estos resultados corroboran diferentes expectativas sobre el potencial de la IA en el sector público. En concreto, esta dimensión también confirma nuestro supuesto de que los CIOs esperan resultados principalmente positivos (hiperpositivismo), más orientados a fomentar las operaciones de gestión pública (enfoque en servicios), que otras áreas probablemente más cruciales (de carácter político) en la actividad de nuestros sistemas de gobierno.

A partir de aquí, las vías de trabajo futuro son diversas. Primero, es necesario tener en cuenta el carácter multidisciplinar de los algoritmos y la IA, una vez que se generaliza su adopción y uso. Entonces, es crítico incorporar en su diseño y aplicación miradas diversas procedentes de las ciencias sociales, conductuales y económicas, pero también del mundo jurídico y ético, para construir instrumentos que beneficien al conjunto de la sociedad, y que interroguen sobre sus implicaciones reales en la vida de las personas y las organizaciones. Adicionalmente, cada vez es más importante disponer de evidencias sobre los efectos que están provocando los modelos algorítmicos y sistemas de IA en las organizaciones y personas que interactúan con ellos. Más allá de la reflexión teórica se requieren evidencias que nos permitan encaminar más certeramente los siguientes pasos de la IA en nuestras comunidades políticas. Finalmente, las administraciones públicas se han convertido en actores clave en el desarrollo de la IA en nuestras sociedades, no solo porque se encargan de definir agendas nacionales y catalizar acciones y recursos, sino también como ámbitos de aplicación de tecnología. Por un lado, la generalización de estrategias y agendas nacionales evidencia el interés por liderar el proceso, así como definir modelos propios, tal y como sucede en el entorno de la UE. Por otro lado, casos como el español permitirán comprobar en la práctica hasta dónde llegan las promesas de la IA para transformar digitalmente el sector público. Esta próxima década será clave en el desarrollo de la IA y la gobernanza de los algoritmos en el futuro de las administraciones públicas.

## Bibliografía

- Agarwal, P. K. (2018). Public Administration Challenges in the World of AI and Bots. *Public Administration Review* 78 (6), pp. 917-921. DOI: <https://doi.org/10.1111/puar.12979>.
- Brassard, G., & Bratley, P. (1997). *Fundamentos de algoritmia*. Madrid, España: Prentice Hall.
- Brynjolfsson, E., & McAfee, A. (2017). The business of artificial intelligence. *Harvard Business Review* 7, pp. 3-11.
- Cerillo, A. (2019). Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algorismes (CA-EN). *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), pp. 13-28. DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3277>.

- Comisión Europea. (2020). Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un Enfoque Europeo Orientado a la Excelencia y la Confianza. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf).
- Comisión Europea – Joint Research Center. (2020). AI Watch. Artificial Intelligence in Public Services. Overview of the Use and Impact of Artificial Intelligence in Public Services in the European Union. Recuperado de: [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120399/jrc120399\\_misuraca-ai-watch\\_public-services\\_30062020\\_def.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120399/jrc120399_misuraca-ai-watch_public-services_30062020_def.pdf).
- Comisión Europea. (2019). A Definition of AI. Main Capabilities and Disciplines. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.
- Comisión Europea. (2018a). Artificial Intelligence. A European Perspective. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/artificial-intelligence-european-perspective>.
- Comisión Europea. (2018b). Artificial Intelligence for Europe. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe>.
- Consejo de Europa. (2019). Unboxing Artificial Intelligence. 10 steps to protect human rights. Recuperado de: <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>.
- Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., & Stein, C. (2009). *Introduction to algorithms*. Cambridge, Estados Unidos: MIT Press.
- Cotino, L. (2019). Ética en el Diseño para el Desarrollo de una Inteligencia Artificial, Robótica y Big Data Confiable y su Utilidad desde el Derecho. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), pp. 29-48. DOI: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>.
- Criado, J. I. (2021). La Política de Administración Digital en España. De los Servicios Públicos Digitales a la Gobernanza Inteligente y Administración Pública 4.0. En Ramió, C. (Ed.). *Repensando la Administración Digital y la Innovación Pública* (pp. 71-108). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J. I. (2019). Inteligencia Artificial y Administración Pública. Incorporando Nuevas Capacidades para la Innovación Pública Pública. *XXIV Congreso Internacional del CLAD*, Buenos Aires, 12-15 noviembre de 2019.
- Criado, J. I. (2012). Interoperability of e Government for Building Intergovernmental Integration in the European Union. *Social Science Computer Review*, 30 (1), pp. 37-60. DOI: <https://doi.org/10.1177/0894439310392189>.
- Criado, J. I. (2010). The Politics of E-government in Spain: Between Recent Innovations and Old Inertias. En Reddick, Ch. (Ed.) *Comparative E-government* (pp. 275-297). New York, Estados Unidos: Springer.
- Criado, J. I. (2009). *Entre Sueños Utópicos y Visiones Pesimistas. Internet y las TIC en la Modernización de las Administraciones Públicas*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J. I., & Gil-García, J. R. (2019). Creating public value through smart technologies and strategies: from digital services to artificial intelligence and beyond. *International Journal of Public Sector Management*, 32 (5), pp. 438-450. DOI: <https://doi.org/10.1108/IJPSM-07-2019-0178>.
- Criado, J. I., Sandoval-Almazán, R., Valle-Cruz, D., & Ruvalcaba-Gomez, E. A. (2021). Chief Information Officers and Artificial Intelligence in Government. Implications and Challenges for the Public Sector. *First Monday*, 26(1). DOI: <https://doi.org/10.5210/fm.v26i1.10648>.
- Criado, J. I., Valero, J. & Villodre, J. (2020). Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system. *Information Polity*, 25(4), pp. 449-470. DOI: 10.3233/IP-200260.

- Desouza, K. (2018). *Delivering Artificial Intelligence in Government*. IBM for the Business of Government Report. Recuperado de: <http://www.businessofgovernment.org/sites/default/files/Delivering%20Artificial%20Intelligence%20in%20Government.pdf>.
- Dutton, T. (2018). An Overview of National Artificial Intelligence Strategies. Recuperado de: <https://medium.com/politics-ai/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd>.
- Ganapati, S., & Reddick, C. G. (2012). Open e-government in U.S. state governments: Survey evidence from Chief Information Officers. *Government Information Quarterly*, 29(2), pp. 115–122. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2011.09.006>.
- Gobierno de Colombia. (2019). Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. Documento CONPES 3975. Recuperado de: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/107147:CONPES-de-transformacion-digital-promovera-la-competitividad-del-pais-y-la-eficiencia-del-sector-publico>.
- Gobierno de Estados Unidos de América. (2020). American Artificial Intelligence Initiative. Year One Annual Report. Recuperado de: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/02/American-AI-Initiative-One-Year-Annual-Report.pdf>.
- Gobierno de Portugal. (2020). AI Portugal 2030. Recuperado de: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=236848b1-fcb6-4c65-9773-292d1c5b9ad1>.
- Gobierno de Uruguay. (2019). Estrategia de Inteligencia Artificial para el Gobierno Digital. Recuperado de: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/sites/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacionconocimiento/files/documentos/publicaciones/Estrategia%20IA%20-%20versión%20español.pdf>.
- Introna, L. D. (2015). Algorithms, governance, and governmentality: On governing academic writing. *Science, Technology & Human Values*, 41(1), pp. 17–49. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243915587360>.
- Janssen, M., & Kuk, G. (2016). The challenges and limits of big data algorithms in technocratic governance. *Government Information Quarterly*, 33(3), pp. 371–377. DOI: 10.1016/j.giq.2016.08.011.
- LaValle, S. M. (2006). *Planning algorithms*. Cambridge, Estados Unidos: University Press.
- Lazer, D. (2015). The rise of the social algorithm. Does content curation by Facebook introduce ideological bias? *Science*, 348(6239), pp. 1090–1091. DOI: 10.1126/science.aab1422.
- Lee, K.F. (2018). *AI Super-powers. China, Silicon Valley, and the New World Order*. New York, Estados Unidos: Houghton Mifflin Harcourt.
- Margetts, H. & Dorobantu, C. (2019). Rethink government with AI. *Nature* 568 (April), pp. 163-165.
- Meijer, A. (2017). Datapolis: A Public Governance Perspective on “Smart Cities” *Perspectives on Public Management and Governance*, 1(3), pp. 195-203. DOI: 10.1093/ppmgov/gvx017.
- Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (2019). Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial. Recuperado de: <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vqnextoid=70fcdb77ec929610VgnVCM1000001d04140aRCRD>.
- Naciones Unidas. (2020). *United Nations eGovernment Index*. UNDESA. Recuperado de: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey>.
- OCDE. (2020). *Legal recommendation 0449*, 22 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

- Russell, S., & Norvig, P. (2016). *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Englewood Cliffs, NJ, Estados Unidos: Pearson Higher Ed.
- Sun, T. Q., & Medaglia, R. (2019). Mapping the challenges of Artificial Intelligence in the public sector: Evidence from public healthcare. *Government Information Quarterly*, 36(2), pp. 368–383. DOI: 10.1016/j.giq.2018.09.008.
- UNESCO. (2020). Towards a Draft Text of Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. Recuperado de: [https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcd ef\\_0000373199&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach\\_import\\_5db2631f-9f2f-49a5-b3a5-5709fde182e8%3F\\_%3D373199eng.pdf&locale=es&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000373199/PDF/373199eng.pdf#%5B%7B%22num%22%3A35%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C68%2C285%2C0%5D](https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcd ef_0000373199&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_5db2631f-9f2f-49a5-b3a5-5709fde182e8%3F_%3D373199eng.pdf&locale=es&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000373199/PDF/373199eng.pdf#%5B%7B%22num%22%3A35%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C68%2C285%2C0%5D).
- Valero Torrijos, J. (2019). Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, pp. 82-96. DOI: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307>.
- Valle-Cruz, D., Criado, J. I., Sandoval-Almazán, R., & Ruvalcaba-Gomez, E. A. (2020). Assessing the public policy-cycle framework in the age of artificial intelligence: From agenda-setting to policy evaluation. *Government Information Quarterly*, 37(4). DOI: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101509>.
- Wirtz, B. W., J. C. Weyerer, and C. Geyer. (2018). “Artificial Intelligence and the Public Sector. Applications and Challenges”. *International Journal of Public Administration*, 13 (7), pp. 1-20. DOI: <https://doi.org/10.1080/01900692.2018.1498103>.

# Comunismo y democracia. Releyendo a Riccardo Guastini

## Communism and democracy. Revisiting Riccardo Guastini

Hernán G. Bouvier  
CONICET - Universidad Nacional de Córdoba  
[hernanbouvier@gmail.com](mailto:hernanbouvier@gmail.com)

Cita recomendada:

Bouvier, H. G. (2021). Comunismo y democracia. Releyendo a Riccardo Guastini. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 373-378.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6082>

Recibido / received: 01/02/2021  
Aceptado / accepted: 05/03/2021

*La historia de los partidos y los Estados comunistas ciertamente puede enseñarnos cómo construir organizaciones fuertes y cómo tomar el poder del Estado y conservarlo. Pero no nos enseña mucho sobre cómo sería el comunismo entendido como el poder de los “cualesquiera”*  
(Ranciére, J. “¿Comunistas sin comunismo?”)

1. Se recupera en esta sección un texto de Riccardo Guastini situado en la discusión de izquierda a fines de los años setenta del siglo pasado. El texto es una excelente muestra de conocimiento de Marx y su literatura circundante en la época. Consiste entre otras cosas en un ejercicio de análisis de conceptos, en particular del de «dictadura del proletariado».

En la primera parte de esta introducción realizo algunas consideraciones sobre el recorrido biográfico y teórico del autor para luego centrarme en el contenido del texto. Pretendo en esta presentación rescatar las ideas del texto de Guastini que siguen vigentes dejando de lado aquellas que parecen fuera de lugar debido al cambio de las circunstancias materiales e históricas. Sobre aquellas que no están vigentes o deben ser revisadas hago una breve consideración al final.



2. Riccardo Guastini es conocido en habla hispana por su extensa obra de los últimos 30 años en teoría del derecho y derecho constitucional. Menos conocida, entiendo, es su obra relacionada con la obra de Marx y Gramsci<sup>1</sup>.

Un rápido recorrido por la lista de su obra escrita muestra una línea divisoria clara a fines de los años setenta e inicios de los ochenta del siglo pasado. Allí la obra de Guastini se aleja del análisis de temas y autores de izquierda para dedicarse de manera exclusiva a la teoría del derecho en sentido amplio. Esta línea divisoria en su obra puede explicarse por múltiples factores. Uno para nada menor –según entiendo– fue la invitación de Bobbio por escrito a abandonar el lenguaje dogmático y teológico de gran parte del marxismo. En 1975 Bobbio llama a Guastini a abandonar terminología confusa o poco precisa y a comenzar a mirar la política y los fenómenos sociales con un telescopio o catalejo, por precario que sea (Bobbio, 1975). Es este detalle el que explica, entre otros, el cambio de foco del autor y su alejamiento de cierta temática.

De manera tal que puede hablarse de dos etapas en la obra de Guastini, antes y después del catalejo. Surge aquí la tentación de plegarse a la moda de dividir en dos al autor y hablar en términos del ‘primer’ o ‘segundo’ Guastini. La tentación debe ser evitada y el texto que aquí se presenta es una muestra clara de ello.

En efecto, *Comunismo y Estado* posee al menos tres grandes aspectos a remarcar.

En primer lugar, un análisis del concepto de dictadura del proletariado. Se muestra de manera convincente que las reconstrucciones posteriores –incluida la de Lenin– han traído cierta confusión y, por qué no, una hipertrofia del concepto teniendo en cuenta que Marx lo utiliza pocas veces y a tuestas. Asimismo –recurriendo a la exégesis de Marx– Guastini muestra que en el camino a una sociedad comunista la dictadura del proletariado sería una fase de un total de tres como mínimo. En todo caso, no sería una «época» sino algo transitorio destinado a devenir en otra cosa. En este recorrido se ve titilar el uso del análisis lógico o conceptual aplicado a un concepto. Se desambigua el concepto proponiendo múltiples lecturas posibles. Todo ello apoyado en una distinción fundamental: aquella según la cual ese concepto puede ser usado o bien en modo descriptivo/predictivo o bien en modo prescriptivo. Este estilo ha pervivido en la obra de Riccardo Guastini. La continuidad es patente. Los otros dos aspectos que me interesan remarcar, sin embargo, impiden hablar de continuidad temática o teórica. Al menos hasta un cierto punto.

En efecto –en segundo lugar– el texto no sólo somete a análisis el concepto de dictadura del proletariado, sino que también se encarga de indicar de manera clara por qué una teoría marxista debe tener como centro de su preocupación la relación entre Estado, instituciones y organización social. Esta idea se acerca a una prescripción a medio camino entre teórica y práctica. Cualquier ‘teoría’ marxista no puede evitar este problema y mucho menos sus militantes, intelectuales u obreros que sean. Esto es así dado que no cualquier forma Estado o cualquier ‘arreglo institucional’ –como se estila decir ahora– es un orden en que está garantizada la colectivización de los medios de producción. Esta observación tiene múltiples consecuencias. La más directa es señalar que la supuesta «superestructura» no es

<sup>1</sup> Entre otras: *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*, Il Mulino, Bologna, 1974; *I due poteri. Stato borghese e stato operaio nell'analisi marxista*, Il Mulino, Bologna, 1978; *Marxismo e teorie del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980; *El léxico jurídico del Marx liberal*, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1984; *El léxico jurídico del Marx feuerbachiano (La filosofía política de la alienación)*, Universidad autónoma de Puebla, Puebla, 1986.

un apéndice derivado de la base o estructura que se podría descuidar, sino un aspecto central.

El énfasis en señalar la relevancia de la superestructura coincide con otras observaciones realizadas dentro de la exégesis comunista y marxista antes y después del texto de Guastini. Concuere, además, con las propuestas que invierten el orden de relación e influencia entre estos dos niveles. Ningún análisis político-económico puede descuidar la relevancia de las formas de vida –organizadas– como determinantes de la estructura o base económica.

Con este énfasis Guastini se inscribe de alguna manera en la larga línea de autores que señalan que la distinción estructura-base/superestructura ha sido exagerada o mal utilizada. La distinción analítica es útil para empezar a analizar el fenómeno social del capitalismo. Sin embargo, mal utilizada, corre el riesgo de terminar siendo un derivado de la idea según la cual hay una distinción que hacer entre economía y política, algo que no puede hacerse una vez que se lee con cuidado a Marx. Por su parte, el énfasis en el poder generador/determinador de la superestructura sobre la base es compatible con consideraciones que a esta altura se consideran sólidas. Por sólo citar un ejemplo: una de las consecuencias firmes del análisis de Weber sobre la forma protestante de vida es que las prácticas religioso-jurídicas pueden determinar el modo de producción capitalista y no a la inversa. Los puntos se pueden discutir, claro está<sup>2</sup>.

En todo caso, como la distribución de los medios de producción depende de la organización colectiva, y la organización colectiva depende de la forma Estado, ninguna propuesta comunista puede aplazar la pregunta por la forma Estado. Para llegar a esta conclusión Guastini lleva adelante una maniobra que aún pervive en su pluma. Elige una caracterización de Estado relativamente escuálida, poco comprometida o deflacionista. El Estado es, según sus palabras, la organización colectiva de un pueblo. Esta definición es compatible con múltiples diseños, de manera tal que no todo Estado tiene por qué ser burgués-capitalista. Quien pretenda propiedad colectiva necesita organización colectiva y la organización colectiva de todo un pueblo es aquello que «abituamente chiamiamo Stato». De manera contundente no duda en afirmar que o el comunismo es una forma de Estado o no es nada. El problema del Estado es el problema central del comunismo.

Desconozco si este gesto de elegir una caracterización de Estado poco comprometida estaba ya influenciado por la obra de Kelsen. Si no sigue a Kelsen, coincide en puntos importantes. Cuanto menos desustancializa parcialmente la noción de Estado, razón por la cual debe distinguirse entre Estado como nombre propio (burgués, capitalista o no) y Estado como descripción definida o término de clase. Es obvio que la mayoría de las críticas marxistas a la noción de Estado y su necesaria abolición o superación se dirigen al Estado como nombre propio. Es decir, a un tipo de Estado, no a cualquiera.

Hasta aquí los dos primeros aspectos relevantes del texto: análisis del concepto de dictadura del proletariado y énfasis en la relevancia para cualquier análisis o propuesta comunista de las estructuras políticas y estatales.

---

<sup>2</sup> Sobre la modesta relevancia de la distinción entre estructura-base y superestructura en Marx, véase Aricó, J. M. (2011). *Nueve lecciones sobre economía y política en el marxismo. Curso del Colegio de México*. En especial la lección octava. Lamentablemente no hay espacio aquí para señalar los innumerables puntos de conexión entre este curso de Aricó, su énfasis en Gramsci, y las ideas de Guastini en sus textos de los años setenta.

El tercer aspecto relevante del texto de Guastini es su propuesta normativa en la línea del “qué hacer” (por recordar a Lenin). Este énfasis normativo-prescriptivo sobre cómo vivir en conjunto o cómo comportarnos políticamente es el elemento central que ha desaparecido –desde mi punto de vista– en la obra posterior de Guastini. Al menos en cuanto a su mención explícita. Sus palabras al cierre del texto son escuetas. No duda en apelar a las libertades, a la idea de concepción *liberal* y a la democracia. Dos aspectos son relevantes en este marco.

El primero es que no puede pensarse que el rótulo ‘liberal’ refiere al libre mercado o a la libertad definida en términos simplistas como posibilidad de elegir entre diferentes mercancías –libre consumo–. Tampoco puede ser entendido como el derecho cuasi irrestricto a poner en el circuito de compra-venta a la propia fuerza trabajo. Eso haría colapsar el liberalismo y las libertades en un rancio capitalismo. Se trataría de encontrar algún punto medio entre extremos. Quizás el punto medio –no desarrollado por Guastini en su texto– se ilumina con la siguiente cita algo más actual de Rancière. Sostiene el autor francés:

Podrá objetárseme que defino el comunismo con términos no muy diferentes de los que empleo para definir democracia. A ese reproche puedo responder, en primer lugar, que en mi concepción de la emancipación uno tiene que cuestionar la clásica oposición entre el comunismo y una democracia concebida, o bien como la organización estatal de la dominación burguesa, o bien como el mundo vivido enmarcado por el poder de la mercancía (Ranciere, 2010, p. 177).

Una clave alternativa o complementaria de lectura consistiría en ahondar en la noción de disputa de la hegemonía en Gramsci, claramente alejada del mero golpe revolucionario puntual, y ciertamente más trabajosa que el cortar cabezas o destruir palacios de invierno. La disputa por la hegemonía es un arduo trabajo político que incluye, entre otras cosas, la argumentación y persuasión sin engaños, además de una batalla cultural lenta con el propósito de horadar un bloque histórico que no puede disiparse jamás de un golpe. Se trataría –en parte– de modificar las redes de ‘aceptación’ del sistema (jurídico-estatal) existente<sup>3</sup>.

En todo caso, el final del texto es una invitación a pensar el comunismo o el socialismo sin la idea reconfortante según la cual el orden de cosas podría ser cambiado por un simple golpe o revolución puntual, sino más bien por un arduo trabajo de disputa en donde la democracia sea no sólo un producto sino también un proceso. Ese proceso o producto debería incluir –entre otras cosas– mandatos vinculantes, posibilidad de revocación instantánea y libertad de asociación.

En resumen, el texto es una buena muestra del análisis conceptual o lógico que Guastini nunca dejó de practicar; una sólida invitación a tomarse en serio las formas estatales de organización en la búsqueda de la colectivización de los medios de producción; y un llamado escueto y no desarrollado a pensar el comunismo o socialismo con democracia. Estos tres aspectos del texto hacen –desde mi punto de vista– que el texto haya resistido bien el paso de los años. Quiero señalar en la breve sección que sigue dos cuestiones que no han sobrevivido el paso del tiempo o que deberían ser severamente modificadas si se aspira a que sean herramientas útiles en el análisis de la explotación y la emancipación.

<sup>3</sup> Claramente aquí es posible echar mano a herramientas conceptuales y autores parcialmente alejados. Los sistemas jurídicos –y los sistemas de distribución que ellos habilitan– no se sostienen sin aceptantes. Revertir los consensos de aceptación no puede hacerse ni de un golpe ni con la mera violencia –aunque puedan eventualmente necesitar, en modo provisorio, tal medida extrema–. Conexiones sugerentes en esta línea, que cruzan teoría del derecho con teoría política, se encuentran en *Antonio Gramsci and The Legal System* (Kennedy, 1982).

3. El texto de Guastini correctamente muestra la oscuridad e inutilidad del concepto de dictadura del proletariado y aboga –como se indicó– por variantes democráticas. Sin embargo, mantiene el concepto de proletariado. Es dudoso que pueda actualmente hablarse de tal clase. O bien ha desaparecido en gran parte la clase de referencia, o bien el concepto de «proletario» carece de fuerza explicativa. Por ello actualmente se hace hincapié en la noción de ‘preariado’ y también en la de ‘prosumidores’ en la medida en que gran parte de la población es productora y consumidora al mismo tiempo de una serie de mercancías comunicativas que son sistemáticamente apropiadas por agentes económicos y financieros no controlados por las personas mismas que producen tales bienes. De manera tal que la democracia del proletariado debería ser sustituida por otra noción de democracia que capte la mutación del sistema en su actual variante posfordista<sup>4</sup>.

La segunda cuestión importante que –entiendo– no resiste el paso del tiempo es el concepto de Estado vinculado directamente a la organización de un «pueblo» sin aclaraciones posteriores. Dependiendo cómo se lo entienda no es lo suficientemente deflacionista o neutral con respecto a las posibles organizaciones colectivas que existen o podríamos darnos. En especial, un sentido de la palabra ‘pueblo’ estaba y está fuertemente asociado al Estado-nación, pero también a la homogeneización de un grupo de personas bajo una lengua, una educación (cuando no una raza). No hay por qué pensar que al referir a «pueblo» Guastini haya estado pensando en una idea tan densamente cargada. Sin embargo, creo que es importante recalcar que la noción es equívoca, porque remite a una particular teoría del Estado, de la población, de la administración de la vida y del territorio con una clara marca política: la del proyecto moderno ilustrado europeo. Tal concepto de pueblo no es lo suficientemente neutral como para captar cualquier forma de organización política conjunta y deja de lado todas las variantes marxistas y postmarxistas que han preferido apelar al concepto de ‘multitud’.

En resumen, el paso del tiempo y el cambio de las condiciones materiales de producción –cuando no las múltiples discusiones que se han dado sobre el comunismo y socialismo en los últimos 40 años– obligan, por un lado, a revisar la idea de democracia del proletariado visto que la clase ha mutado en todo o en parte. Por el otro, a elegir una caracterización de Estado y/o de organización colectiva que sea lo suficientemente deflacionista como para no presuponer una noción de pueblo que remite a una particular teoría del Estado o cuanto menos es equívoca al respecto.

He preferido en esta breve introducción no hablar de Guastini en términos de ‘primero’ y ‘segundo’ porque entiendo que hay un estilo que pervive en su forma de escritura y análisis, aunque haya virado el foco hacia la teoría del derecho y las ideologías interpretativas. Se trata de un estilo caligráfico, meticuloso, lento y constante como el gotear sobre la piedra. Mucho menos espectacular y autogratificante que el sentirse justo al momento que se blanden teorías de la justicia o se afirma con tono severo que algo es inmoral. Sin embargo, mucho más cercano a la idea de disputa lenta de las hegemonías, sin heroísmos ni esperanzas teológicamente cargadas, como toda aquella que piensa que la emancipación llegará gracias a un golpe –violento– de una vez y para siempre. Espero que el público de *Eunomía* pueda ver en este texto un atisbo de esa disciplina de escritura que ha cambiado el foco, pero no la forma de hacer.

---

<sup>4</sup> Al respecto, entre innumerables textos, corresponde citar *Capitale & Linguaggio. Dalla New Economy all'economia di guerra* (Marazzi, 2002).

## Bibliografía

- Aricó, J. M. (2012). *Nueve lecciones sobre economía y política en el marxismo. Curso del Colegio de México*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1975). Crítica filosófica o condena política? *Rivista di Filosofia*, n.1, pp. 131-137.
- Guastini, R. (1974). *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Guastini, R. (1978). *I due poteri. Stato borghese e stato operaio nell'analisi marxista*. Bologna, Italia: Il Mulino
- Guastini, R. (1980). *Marxismo e teorie del diritto*. Bologna: Italia. Il Mulino
- Guastini, R. (1984). *El léxico jurídico del Marx liberal*. Puebla, México: Universidad Autónoma de Puebla.
- Guastini, R. (1986). *El léxico jurídico del Marx feuerbachiano (La filosofía política de la alienación)*. Puebla, México: Universidad Autónoma de Puebla.
- Kennedy, D. (1982), Antonio Gramsci and The Legal System. *AISA Forum*, Vol VI, Nro. 1, pp. 32-37.
- Marazzi, C. (2002). *Capitale & Linguaggio. Dalla New Economy all'economia di guerra*. Roma, Italia: Derive Approdi.
- Ranciére, J. (2010). ¿Comunistas sin comunismo? En Hounie, A. (Ed.) *Sobre la idea de comunismo* pp. 167-178, Buenos Aires, Argentina: Paidós.

# Comunismo y Estado. Una invitación a discutir fuera de la ortodoxia\*

## Communism and State. An invitation to discuss outside orthodoxy.

Riccardo Guastini

Universidad de Génova

ORCID ID 0000-0002-2125-8196

[guastini@unige.it](mailto:guastini@unige.it)

### Cita recomendada:

Guastini, R. (2021). Comunismo y Estado. Una invitación a discutir fuera de la ortodoxia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 379-392.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6083>

Recibido / received: 01/02/2021  
Aceptado / accepted: 05/03/2021

### I. La política como superestructura

Creo que puede resultar útil para discutir la doctrina marxiana y marxista del Estado y del comunismo partir de la problemática de la «base» y la «superestructura». Cuando usaba estos términos Marx significaba:

a. dentro de la realidad social se debe distinguir entre dos clases de relaciones, de hechos, de comportamientos. Por un lado, la economía, por el otro, el resto (la política, el derecho, las ideas, etc.);

b. las relaciones económicas, es decir, las relaciones que las personas tienen entre sí en la producción material de su propia vida –«base»– determinan causalmente todo el resto de la sociedad (–«superestructura»–). En tal sentido, la superestructura no posee una historia autónoma de la base;

c. por lo tanto, en especial, la política (las luchas políticas) y sobre todo los Estados y los partidos (las organizaciones políticas) pertenecen a la superestructura.

\* Publicado originalmente como “Comunismo e stato. Un invito a discutere fuori dell' ortodossia” en *Problemi del socialismo*, n.9, año XIX, 1978, pp. 79-97. Traducción a cargo de Hernán G. Bouvier (CONICET-UNC. Argentina).



Esto es, están causalmente determinadas por la economía (por el modo de producción, por las luchas económicas de clase)<sup>1</sup>.

Querría subrayar que Marx concebía la relación entre base y superestructura de forma determinista, y con buenas razones. Me explico. O bien se considera que existen relaciones causales entre fenómenos sociales, del mismo modo que entre fenómenos naturales, y se investigan tales relaciones; o bien se considera que entre fenómenos sociales existen, antes que relaciones causales, vínculos de correlación general, mutua interrelación y ulteriores implicaciones mutuas. En el primer caso se enuncia una hipótesis científica útil y susceptible de verificación empírica. Se adopta frente a la realidad histórica-social el abordaje del científico naturalista, que tanto agradaba a Marx, y que ha dado buenos frutos en cientos de investigaciones históricas o sociológicas. En el segundo caso se reinventa la rueda: se enuncian tan sólo las leyes de la interconexión universal entre todas las cosas y no se toma alguna distancia de una edificante y poco concluyente filosofía de la historia que no aumenta en nada nuestro conocimiento del mundo. Desde mi perspectiva, al expresarse en términos de «base» y «superestructura» Marx quería expresar justamente que existen relaciones de causa-efecto entre el mundo de la producción y la entera organización social de las personas, sin excluir sus ideas políticas, sus luchas y organizaciones políticas. No hay dudas que al emplear esta metáfora arquitectónica Marx usaba el vocablo «superestructura» con una connotación negativa. La superestructura es secundaria respecto a la base. Es decir, comparativamente menos importante (y quizás menos digna de atención y estudio).

Ahora bien, ¿cuál es exactamente el campo de aplicación de esta teoría? Obviamente el estudio de las distintas formaciones sociales específicas (el feudalismo, el capitalismo, etc.) y el estudio de la sucesión histórica de las mismas. No obstante, debe quedar claro que la teoría marxiana es una teoría macrosociológica y macrohistoriográfica. Es decir, se ocupa de las formaciones sociales consideradas a lo largo de su entera existencia histórica. No es aplicable a los eventos políticos cotidianos, o de un decenio. Sería algo ridículo pretender explicar causalmente cada palabra de un documento político de hoy apelando a los cambios de ayer. Es más, tomando segmentos cortos puede suceder que la superestructura determine la base y no a la inversa. Además, corresponde también indicar que la teoría marxiana es una teoría histórico-sociológica y no una estrategia política. Quiero decir que esta teoría no tiene nada que ver con la ideología según la cual en la lucha de clases es prioritaria la lucha para la transformación de la base, bajo la hipótesis gratuita según la cual, si se transforma aquella, la superestructura quedará automáticamente implicada.

Pese a lo dicho la cultura política del movimiento obrero ha estado siempre dominada por malentendidos de este tipo. De aquí surge, creo, la falta de interés casi fisiológico por la superestructura de la sociedad capitalista y sobre todo por la superestructura de la futura sociedad comunista<sup>2</sup>. Para contestar a tal desinterés no

<sup>1</sup> El verbo que usualmente utilizaba Marx para indicar la acción ejercitada por la base sobre la superestructura es «condicionar». La base condiciona –*bedingt*– la superestructura. Tal vocablo parece poco idóneo, dada su debilidad, para indicar una conexión causal. En tal sentido ponen en duda las repetidas afirmaciones de Marx según las cuales la superestructura no tiene «autonomía», «historia», desarrollo propio. Para la referencia a los pasajes relevantes de Marx me remito, por brevedad, a mi texto *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851* (1974, pp. 259 y ss.), además del apéndice bajo los términos *Base, Basis, Superstruktur, Ueberbau*, etc. Los pasajes que utilizo y sistematizo son los de las obras escritas entre 1845 y 1847. Naturalmente se suma el famoso Prefacio (1859) a *Para una crítica de la economía política*.

<sup>2</sup> Me parece, por tanto, que en estos malentendidos –y en parte en la conformación teórica misma del materialismo histórico– se apoya la ausencia de una ciencia y de una doctrina política marxista. De manera diversa se ha sostenido que tal ausencia depende de la adhesión de los marxistas a la ideología evolucionista de la extinción del Estado. Cfr. Bobbio (1976b) “Esiste una dotrina marxista dello Stato?”;

bastan las pocas palabras de Marx sobre la dictadura del proletariado o las elementales instituciones consiliarias pensadas por Lenin en tono de propaganda o análogas. Sobre esta cuestión regreso más adelante.

## 2. La política al primer lugar

En virtud del malentendido ya indicado (o al menos a causa de él) el comunismo ha sido siempre pensado como una sociedad caracterizada sobre todo por la propiedad colectiva de los medios de producción, y sólo secundariamente como relativa a esta o aquella superestructura<sup>3</sup>. Tan es así que hasta hace poco tiempo nadie ha puesto en discusión la (detestable) doctrina de Engels y Lenin de la extinción del Estado<sup>4</sup>. Es este modo de pensar, por su parte, el que aún hoy parece legitimar la aberrante concepción de la sociedad soviética como un modo de producción socialista asociado a una superestructura política no (todavía no, ya no, no exactamente, no perfectamente) socialista.

¿Es posible seguir pensando que en este o aquel país rija un modo de producción socialista o comunista sea cual sea la forma de Estado que lo acompaña a condición de que exista propiedad colectiva de los medios de producción? Creo que no podemos y enuncio por tanto la tesis, quizás paradójica, según la cual *o el comunismo es una forma de Estado o no es nada*. Propiedad colectiva y forma de Estado van unidos.

Se puede considerar prácticamente aceptada la idea según la cual la propiedad colectiva y la estatización de los medios de producción son cosas bien diferentes, en el sentido de que la propiedad estatal no constituye, por sí misma, garantía de gestión colectiva<sup>5</sup>. Es más, no se encuentran experiencias históricas en las cuales la estatización de los medios de producción haya implicado su efectiva gestión colectiva, social.

La razón de ello se encuentra precisamente en la inadecuación de las estructuras organizativas de los Estados-propietarios (de todos los Estados que hasta ahora han existido) para asegurar una gestión de tales características. Y sin gestión colectiva no existe propiedad colectiva. Quiero decir, en resumidas cuentas, que la estatización es necesariamente un primer paso en el camino a la colectivización, pero de ningún modo suficiente para tal cometido. Nadie ha logrado hasta ahora imaginar una forma de propiedad colectiva («de todo el pueblo») diferente a la propiedad estatal. Ello así porque propiedad colectiva significa organización colectiva. La organización colectiva de todo un pueblo es, precisamente, aquello que habitualmente

---

Cerroni, U. (1976) *“Esiste una scienza politica marxista?”*; Zolo, D. (1976) *Stato socialista e libertà borghesi*; Zolo, D. (1977a) *Introduzione a I marxisti e lo Stato* (sobre el cual véase mi reseña (Guastini, 1977a) “Una antología di testi marxisti sullo Stato dai classici (Marx ed Engels) al secondo dopoguerra”; Zolo, D. (1977b) *Il marxismo e lo Stato* en AA.VV. *Società politica e Stato in Hegel, Marx e Gramsci*.

<sup>3</sup> Elemento esencial de la sociedad comunista resulta también la desaparición de la división en clases (y por tanto de la lucha de clases). Pero justamente, el fundamento de ello es la colectivización. Las clases se distinguen por su diferente relación con los medios de producción. Si todos son propietarios, no hay más clases (aunque puedan subsistir inequidades, divisiones, contrastes de otro género, entre otros, ideológicos). Va de suyo que la colectivización requiere también una transformación radical de las relaciones entre las personas en el trabajo, de la división del trabajo, etc. Cfr. Mao Tse-Tung (1975). *Su Stalin e sull’Urss, 1958-1961*.

<sup>4</sup> No obstante, Zolo, D. (1974) *La teoria comunista della estinzione dello Stato*. También *Un dibattito sul problema dell’estinzione dello Stato nella teoria marxista*, con intervenciones de Bobbio, Corradini, Guastini y Zolo en *Prassi e teoria*, N.3, 1975. Para un intento de criticar la doctrina en cuestión con los instrumentos del análisis del lenguaje véase Guastini (1977b) “Sulla estinzione dello Stato. Un approccio analitico”.

<sup>5</sup> Entre los textos más interesantes al respecto puede verse Sweezy, P.M y Bettelheim, C. (1972) *Lettres sur quelque problèmes actuels du socialismo*.

llamamos “Estado”. Una sociedad de acciones organiza a los socios, un partido organiza a los miembros y así sucesivamente. Únicamente aquello que llamamos “Estado” organiza –prescindiendo por ahora de su forma– al pueblo entero.

Por lo tanto, en primer lugar, antes que nada, estatización. Pero una vez realizado este primer paso todos los problemas se desplazan –por decirlo así– de la economía a la política y se concentran en una única cuestión central: la forma del Estado. Se necesita una forma de Estado tal que asegure que el derecho de propiedad sea colectivamente ejercitado por los titulares, dado que la titularidad no basta. Esto significa que existe propiedad colectiva solo en presencia de una organización política adecuada.

Es en este sentido que se puede decir que la política va en primer lugar. El problema del Estado –un problema de superestructura– constituye el problema central del comunismo<sup>6</sup>.

La temática de la dictadura proletaria –monstruo sagrado de la literatura “marxista-leninista”– no es el lugar en el cual los marxistas han elaborado una doctrina política del socialismo o del comunismo. Constituye más bien el lugar en el cual los problemas institucionales de la conquista del poder, cuando no la organización y gestión del poder conquistado, han sido oscurecidos, escondidos e ignorados.

### 3. Acerca de las fases de la transición

Ahora bien, la cuestión del comunismo como cuestión (no de organización meramente económico-social, sino) de organización política no puede ni tan siquiera ser afrontada si primero –con perspectiva laica, fuera del marxismo teológico– no se despeja el campo de la doctrina de la dictadura proletaria.

De manera preliminar será útil clarificar un punto controvertido. En todo el pensamiento marxista la doctrina de la dictadura proletaria es parte orgánica de una doctrina relativa a las diferentes fases históricas que se prevén o esperan como sucesivas al triunfo de la revolución comunista, esto es, a la conquista del poder por parte del proletariado<sup>7</sup>. La cuestión es: ¿cuántas y cuáles fases históricas?

Comentando pasajes de la *Critica al programa di Gotha* Lenin introduce primero una distinción clara entre un «período de transición» que sigue inmediatamente a la aventura de la revolución y el «comunismo» como fase sucesiva. El comunismo es representado como una sociedad sin explotación y por tanto sin clases. Al carecer de clases, carece de represión, y al carecer de represión carece de

<sup>6</sup> Esto implica que en el comunismo el Estado lejos de extinguirse, subsiste. Zolo ha demostrado (1974) que la *Critica al programa de Gotha* se debe interpretar en el sentido de que en la sociedad comunista, según Marx, debía existir un estado *sui generis*, no la ausencia de un Estado. Al respecto véase también Guastini, R. “Marx e la transizione”, ponencia en la III semana internacional de estudios marxistas sobre *Il congresso di Gotha. Partito operaio e socialismo*. Urbino, 5-9 octubre 1977. Por lo demás, muchos problemas de interpretación de textos marxianos, y también muchos problemas de teorización *ex novo* se resuelven si se reconoce que el vocablo “Estado” es ambiguo. Es decir, si se precisa cada vez el significado. Véase mi “Sulla estinzione dello Stato” (1977b).

<sup>7</sup> Sobre este punto específico de la conquista del poder creo que la tradición marxista revolucionaria acuerda en la idea de que la “conquista del poder” significa sustitución del Estado capitalista por una organización estatal de tipo nuevo. Puede resultar interesante en ese marco citar un paso poco conocido de Gramsci en *L’Ordine Nuovo*: conquistar el Estado es una “fórmula” que debe entenderse como «creación de un nuevo tipo de Estado...que sustituya al Estado democrático parlamentario» (1955, p. 17).

Estado<sup>8</sup>. En todo el período de transición –cuya duración hipotética no es clara– debe tener lugar según Lenin la dictadura del proletariado (Lenin, 1965, pp. 917 y ss). No obstante, acto seguido Lenin distingue ulteriormente entre una fase inferior y superior dentro de la sociedad comunista. En la fase inferior de la sociedad comunista existe todavía «injusticia» dado que la distribución de los bienes de consumo se realiza según el trabajo y no según las necesidades. Por esta causa el Estado subsiste con la tarea de salvaguardar la aplicación de la regla de distribución de los bienes de consumo (una regla del «derecho burgués»). Solo en la fase superior el Estado se extingue (1965, pp. 922 y ss). En la fase inferior el Estado existe aún. ¿De qué Estado se trata? ¿De una dictadura del proletariado? No es claro: Lenin dice, con tono paradójico y nulo contenido científico que, así como existe un derecho burgués sin burguesía, existirá un «Estado burgués sin burguesía». Un poco más allá habla de «Estado constituido por los obreros armados» (1965, pp. 928-930).

Si a alguien esto le resulta una doctrina clara e inequívoca de la transición, peor para esa persona. La verdad es que se trata de un discurso desordenado sobre el cual es imposible arrojar claridad. La dictadura del proletariado ¿termina en el umbral del comunismo o ingresa también en su primera fase? Si finaliza con el período de transición ¿qué Estado tendrá lugar en la fase inferior del comunismo? Si la dictadura del proletariado continúa ¿cómo se explica? ¿No debía extinguirse el Estado en el comunismo? Y por lo demás, ¿quiénes son los destinatarios de la represión en el comunismo? ¿Hay todavía capitalistas? ¿Existen todavía obreros? En resumen ¿hay todavía clases?

Para arrojar luz sobre estos problemas quizás resulte útil remitirse a Marx y justamente a la *Crítica al programa de Gotha* a partir de la cual –luego de Lenin– surge la canonización de la (confusa) interpretación en cuestión<sup>9</sup>.

¿Cómo presentaba Marx esta cuestión? En una primera lectura puede parecer que Marx imaginaba dos fases de la sociedad postcapitalista dado que son dos las que él analiza: la «fase inferior de la sociedad comunista» y la «fase superior de la sociedad comunista». Si es así, inmediatamente es necesario negarle razón a Marx. En efecto, no sólo es absurdo pensar que el capitalismo pueda mutar en comunismo de un solo golpe (inclusive en «fase inferior» del comunismo), sino que también la experiencia enseña que es improbable que ello suceda. Sin embargo, el texto marxiano tolera (y desde mi punto de vista exige) otra interpretación. Marx tiene en miras no dos sino tres fases. A las dos ya mencionadas debe sumarse una fase precedente, la de la dictadura del proletariado. Marx habla de dictadura del proletariado en un contexto diferente de aquel en el cual describe la sociedad comunista propiamente dicha (con sus dos etapas). En especial Marx concibe (repárese bien) a la sociedad comunista incluso en su «fase inferior» como una sociedad sin clases. Como resulta contradictorio lógicamente pensar en una dictadura de clase en una sociedad no clasista, se debe concluir que el proletariado ejercita –según Marx– su dictadura en una fase pre-comunista de la evolución social.

Tres fases por lo tanto. Dictadura proletaria, comunismo «inferior» y «comunismo superior».

I. Con respecto a la primera fase, Marx dice tan sólo lo siguiente: se trata de un período de «transformación revolucionaria», un «período político de transición» cuyo Estado es, justamente, la dictadura proletaria. Como es obvio, estas

<sup>8</sup> Téngase en cuenta que una sociedad sin aparatos de represión constituye, por otra parte, una cosa diferente a una sociedad sin aparatos de decisión. Ahora bien, si existen aparatos de decisión ¿no constituyen ellos un Estado en algún sentido de la palabra?

<sup>9</sup> Para referencias puntuales a los pasajes de Marx me remito a mis trabajos citados en la nota 6.

consideraciones no son suficientes para dar lugar a una teoría de la transición entre capitalismo y comunismo. Sobre el significado de la expresión «dictadura del proletariado» hablaré en los párrafos que siguen. Por lo pronto aquí importa solo subrayar que si existe dictadura del proletariado (sea lo que sea que esto signifique), entonces existe proletariado. Si existe proletariado, existen otras clases además del proletariado. Si existen varias clases, debe existir un modo de producción no-comunista cuyas características permanecen misteriosas. Además de esto, se puede conjeturar que Marx emplea la locución «de transición» (se trata de un período transitorio) no en el sentido obvio de que la dictadura del proletariado está destinada a pasar (¿haría falta decirlo?) sino en el sentido de que debería durar un breve período. Argumento en favor de tal interpretación del texto es el hecho de que Marx no se detiene sobre esta fase en absoluto (ni tan siquiera para especificar qué debería entenderse por “dictadura proletaria”).

II. Marx se detiene sobre todo en la fase inferior del comunismo. Aquí bosqueja una sociedad caracterizada por la propiedad colectiva de los medios de producción, por la distribución de los medios de consumo según el trabajo, por la ausencia (no de inequidades, sino más bien) de clases, con subsistencia de rastros «morales y espirituales» del capitalismo, por un Estado «enteramente subordinado» a la sociedad misma. En otro lugar he remarcado la importancia de esta última consideración (la sociedad comunista no carece, para Marx, de Estado) y he intentado explicar en qué sentido se pueda hablar de un Estado subordinado a la sociedad (Guastini, 1977b).

III. Con respecto a la fase superior del comunismo no hay mucho para decir. Marx se refiere a una sociedad caracterizada por un sistema de distribución de los bienes de consumo basado en la satisfacción de las necesidades y, más en general, como una sociedad no conflictiva (un punto que genera alguna perplejidad).

Esta exposición del todo sucinta de las ideas de Marx sobre la transición y sobre el comunismo no tiene el propósito de restaurar un pensamiento “verdadero” y autorizado del maestro, según el conocido hábito escolástico de los marxistas. Tiene tan sólo el propósito de poner en claro los términos de la discusión. Es más, si se pretende ingresar en el pensamiento marxiano las conclusiones a las que se arriben deberían forzosamente ser heterodoxas. Las palabras de Marx permiten ser interpretadas de dos formas: como previsiones científicas o como prescripciones ideológicas (ideales, valores, modelos, proyectos). Si pensamos que Marx formulaba previsiones no es posible evitar someterlas al rasero de la verificación científica ¿La historia de los últimos 100 años han verificado estas previsiones? Para nada, según parece. En todo lugar en donde ha existido una revolución comunista las cosas han ido en una dirección bien diferente a como las especulaba Marx. Si pensamos que Marx estaba formulando prescripciones, y como tales no sujetas a procedimientos empíricos de verificación sino tan sólo a adhesiones ideales, corresponde decir que los proyectos marxianos no son satisfactorios en múltiples aspectos. En especial porque son vagos, incompletos, inadecuados para los problemas que el capitalismo contemporáneo (así como el denominado “comunismo contemporáneo”) plantea.

#### 4. La dictadura del proletariado en Marx y en el leninismo

La expresión “dictadura del proletariado” —como es sabido— aparece muy pocas veces en los textos marxianos (e incluso engelsianos), en llamativa coincidencia con las relaciones políticas más o menos estrechas que tuvo Marx con los secuaces de Blanqui<sup>10</sup>. En su conjunto no se puede decir que tal expresión sea el centro de una

<sup>10</sup> Cfr. Draper, H. (1962) “Marx and the Dictatorship of Proletariat”, n. 129. Basso, L. (1969) *Appunti sullo sviluppo della teoria rivoluzionaria in Marx e Engels in Neocapitalismo e sinistra europea*. Basso, L.

genuina teoría e ideología política marxiana. Esto es así en virtud de la forma esporádica y ocasional en la cual la expresión aparece en las obras de Marx. Y sobre todo porque nombrar un ente misterioso no es suficiente para darle vida, ni tan siquiera como objeto de reflexión. Para hablar de teoría o ideología de la dictadura proletaria necesitaríamos un proyecto articulado de Estado, de un programa de medidas políticas y así sucesivamente. Pero Marx dice bien poco sobre la dictadura proletaria.<sup>11</sup> El análisis fisiológico de los textos permite establecer con relativa certeza tan solo lo siguiente:

a. Marx consideraba que la dictadura del proletariado duraría un período bien breve, siendo necesaria la preparación de una rápida transformación revolucionaria del capitalismo en comunismo<sup>12</sup>;

b. Marx no tenía ideas claras sobre las específicas formas institucionales que debía asumir la dictadura proletaria, aunque la Comuna de París lo convenció de la imposibilidad para el proletariado de apoderarse del Estado burgués y redireccionarlo para sus propios fines. No obstante –al menos en una ocasión– pareció pensar en las comunas como un modelo organizativo para la dictadura proletaria en general<sup>13</sup>;

c. Menos aún tenía Marx ideas claras (si es que tenía alguna) sobre el tipo de organización política que debía suceder a la dictadura del proletariado en una sociedad comunista, limitándose a pensar –alternativamente– o bien que la sociedad comunista debía carecer de Estado (en cualquier sentido de la palabra “Estado”), o bien que debía existir un Estado en la sociedad comunista, pero organizado de manera diferente (y quizás con funciones diferentes) en comparación con el Estado capitalista<sup>14</sup>.

Hasta aquí Marx. De Lenin en adelante, y especialmente luego de las relecturas stalinista y maoísta del leninismo, las ideas cambian. “Dictadura del proletariado” se transforma en el nombre de una fase histórica entera, más bien prolongada, quizás secular, sucesiva a la conquista del poder por el proletariado y caracterizada por un (no mejor precisado, a salvo la teoría maoísta de las contradicciones) “dominio de clase” del proletariado mismo.

Como resulta claro, entre un breve período de transición revolucionaria y una “época histórica” hay una gran diferencia.

---

“Marx e i problema della transizione al socialismo”, conferencia en la III semana internacional de estudios marxistas. Op.cit. Zolo, D. “La repubblica democratica nella *Critica del programma di Gotha*”, conferencia en el mismo Congreso.

<sup>11</sup> En las páginas que siguen fusiono y desarrollo dos artículos de mi autoría. “Che cos’è la dittatura del proletariato?” en *Quotidiano dei lavoratori*, 27 ott. 1977; “Marx e la dittatura del proletariato”, ibid., 19-20 feb. 1978.

<sup>12</sup> Es claro en tal sentido el texto de la *Critica al programma di Gotha*, como he intentado mostrar en “Marx e i problema della transizione”(1976) y también en “Marx e la dittatura del proletariato” (1976).

<sup>13</sup> En lo que refiere a la imposibilidad para el proletariado de apoderarse del Estado burgués, es sabido que Marx y Engels, curtidors por la experiencia de las comunas, quisieron “rectificar” la idea contenida en el *Manifiesto del partido comunista* de una estrategia dirigida a la conquista del Estado existente, en detrimento de una estrategia dirigida a su destrucción y sustitución. Sobre este aspecto debe consultarse el texto de Marx *Guerra civil en Francia* y el marxiano-engelsiano *Prefacio* a la edición alemana de 1872 del Manifiesto. Sobre la importancia de tal prefacio ha llamado la atención en tiempos recientes E. Balibar en *Cinq études du materialisme historique* (1974). En lo que respecta a la opinión de Marx sobre las comunas como modelo universal de dictadura proletaria, se sabe que en realidad se debe a una interpretación canonizada por Lenin en *Stato e rivoluzione*. Por el contrario, véanse las penetrantes observaciones de K. Korsch en las páginas publicadas con el título “La Comune rivoluzionaria” en *Giovane critica*, n. 20, 1969.

<sup>14</sup> Véase nota 6

## 5. “Dominio político de clase”

Resulta evidente que en la concepción marxiana una elaboración profundizada de los problemas institucionales de la dictadura proletaria resulta superflua. En la concepción de Lenin-Stalin-Mao resulta en cambio imposible o quizás irrelevante. Imposible debido a que no se pueden diseñar o proyectar las características institucionales de una época histórica completa. Irrelevante porque aquí cuenta, antes que nada, que el proletariado sea “clase dominante” y no con qué forma política tal dominio se ejercite.

Sin embargo, este último punto es precisamente el núcleo del problema. Al analizar la sociedad capitalista decimos que la burguesía es la clase dominante, ejercita una supremacía amplia en la sociedad, primordialmente económica y luego política. ¿Pero en qué sentido exactamente podríamos decir lo mismo del proletariado en una sociedad comunista o en dirección al comunismo? El dominio de clase de la burguesía se basa en el hecho de que ella misma posee privadamente los medios de producción. Sin embargo, el dominio del proletariado debería basarse en una situación del todo asimétrica: el colectivismo. ¿Es sensato sostener que la propiedad colectiva de los medios, o la apertura a tal colectivización, funda otro dominio de clase, diferente al burgués, pero homólogo? Resulta lícito dudar de tal posibilidad.

A su vez, diciendo que la burguesía es la clase económicamente dominante pretendemos decir que toda la burguesía en su conjunto ejercita el control de los medios de producción. Pero al decir que la burguesía es clase políticamente dominante no pretendemos en absoluto decir –salvo metafóricamente– que toda la clase burguesa en primera persona ejercita el poder político. Tal cosa sería insensata dado que una clase económica (definida según coordenadas económicas)<sup>15</sup>, sin mediaciones organizativas e institucionales determinadas, “representaciones” o “comité de asuntos”, difícilmente pueda ejercitar el poder directamente. Al expresarnos así, diciendo que en el capitalismo rige la “dictadura de la burguesía” no pretendemos decir en absoluto que todas las formas políticas de ejercicio del poder burgués son despóticas (o todas igualmente despóticas), ni tampoco que las diferencias entre una forma y la otra sean irrelevantes. Como resulta obvio, para describir científicamente un Estado burgués determinado necesitamos de nociones algo más articuladas que aquella del dominio político de clase. Debemos estudiar la forma de gobierno, partidos, libertades civiles y así sucesivamente.

Si la noción de “dominio político de clase” sirve de poco en relación con la burguesía, sirve todavía menos con relación al proletariado, como querría mostrar ahora.

## 6. Dictadura del proletariado

¿Qué significa exactamente la expresión “dictadura del proletariado”? En la literatura marxista esta expresión se encuentra usada en dos acepciones diversas.

<sup>15</sup> Aunque no falten opiniones en contrario. Por ejemplo, Poulantzas, N. (1968) *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*. Una opinión a la que adherí en su momento. Sin embargo, creo que la única noción de clase susceptible de uso científico es la que hace referencia a las relaciones de producción (cf. Nota 3) y específicamente al control de los medios de producción. La noción de “clase per se” no obstante sea políticamente significativa no delimita un objeto del discurso cuya connotación sea controlable empíricamente. Eso no quita que, a los fines del análisis sociológico-político, y de estrategia política, para conocer la composición de clase de todo un país, sea útil y quizás indispensable estudiar - para las clases, definidas como clases económicas - los abordajes políticos e ideológicos. Central para tal cometido resulta el famoso escrito de Mao *Analisi delle classi nella società cinese*.

I. En una prima acepción “dictadura” es sinónimo de “dominio” como aparece en la locución “dominio de clase”. “Dominio de clase” denota la supremacía de una clase sobre otra u otras. Usualmente, si no es adjetivada y especificada, esta locución se refiere a una supremacía múltiple (económica, política, cultural, etc.). Tal uso lingüístico hace referencia implícita a la suposición según la cual la supremacía de una clase sea contextualmente económica, política, cultural, etc.<sup>16</sup>

En esta acepción del todo general “dictadura del proletariado” denota una situación en la cual el proletariado goza de supremacía sobre (las) otras clases sociales. Va de suyo que, cuando se hace este uso de la expresión, como máximo se delimita el área de verdad de una teoría o el área de validez de una ideología política (el área en cuestión es precisamente la situación de supremacía del proletariado). Sin embargo, sea la teoría, sea la ideología, permanecen lejanas. Quiero decir que cuando se habla genéricamente del dominio de clase del proletariado no se dice todavía nada sobre las formas de poder político que deberían caracterizarlo o distinguirlo de sus contrapartes.

II. En una acepción más restringida el vocablo “dictadura” es utilizado como sinónimo no de “dominio” en general, sino de “dominio político”, en referencia a una supremacía específicamente política, no genéricamente social, del proletariado. ¿Pero qué significa que tal clase es “políticamente dominante”? En el léxico marxista, en el cual las expresiones políticas-politológicas raramente son definidas con precisión, “dominio político” y “poder político” son usados –me parece– de manera indiferente y usualmente usados para denotar (principalmente, cuando no exclusivamente) la posibilidad de disponer de la fuerza y por tanto de decidir de aquellos aparatos especiales que, en el Estado moderno, son depositarios del uso exclusivo de la fuerza en cuanto poder armado<sup>17</sup>.

Tenemos aquí un significado algo más claro del vocablo “dictadura”. Sin embargo, como ya he indicado, no es claro en qué sentido se pueda decir que es el proletariado, es decir, una clase (definida según criterios económicos) la que ejerce el poder. También aquí, por tanto, el problema de la organización institucional de la dictadura no está resuelto y menos afrontado.

III. En una tercera acepción (que es la marxiana) “dictadura” se refiere finalmente al modo de ejercicio del poder. “Dictadura” designa un poder ejercitado en modo más o menos despótico, antiliberal, eventualmente arbitrario, y en todo caso sin límites legales.

En cuanto atañe a Marx, a quien ciertamente los poderes despóticos no le agradaban mucho, la convicción según la cual el carácter necesariamente dictatorial en sentido fuerte del poder proletario (al menos inmediatamente después de la conquista del poder) estaba estrictamente ligado a la idea de que la dictadura en cuestión debía agotarse rápidamente y transformarse en otra cosa<sup>18</sup>. Lo siguiente deber ser bien claro: Marx, como he dicho, distinguía claramente entre el período de

<sup>16</sup> Una vez más, por brevedad, remito a mi texto *Marx: dalla filosofia del diritto allá scienza della società*, (1974, pp. 286 y ss.)

<sup>17</sup> Esta es, creo, la noción de poder político presenta sobre todo en Lenin (pero también en Marx y Engels) y a mayor razón en las vulgarizaciones de leninismo. Una consideración diferente correspondería en referencia, por ejemplo, a Gramsci. Cf. Althusser, L. (1970) “ideología e apparati ideologici di Stato”. Buci-Glucksmann, C. (1975) *Gramsci et l'Etat*. Últimamente Guastini, R. (1975) “Guerra di posizione” y “Via italiana al socialismo”. Note di studio e di discussione” en *Critica del diritto*,.

<sup>18</sup> Sobre el significado del vocablo “dictadura” en la cultura política del 1800, significado del cual Marx se apartaba sólo parcialmente, véase Bobbio, N. y Bovero, M. (1973) *Società e Stato da Hobbes a Marx*.; Bobbio, N. (1976a) *La teoría delle forme di governo nella storia del pensiero politico*. (cap. XIII). Stoppino, M. *Dittatura*, (1976) voz del *Dizionario di politica* a cargo de Bobbio, N. y Matteucci, N.

la dictadura proletaria de la primera fase de la sociedad comunista (dado que ya no hay más clases)<sup>19</sup>. El preveía una época histórica entera para la duración de esta fase inferior del comunismo, pero no pensaba en absoluto que también la dictadura proletaria (fase precedente) debiese durar tanto. Recién a partir de Lenin la dictadura del proletariado se hace coincidir con la primera fase del comunismo y es proyectada de este modo en un futuro secular o cuasi<sup>20</sup>. El punto es que Marx proyectaba la transición al comunismo en países capitalistas avanzados, caracterizados por una sola forma (capitalista) de propiedad, y con un alto grado de concentración de la propiedad misma. Por tal razón él se imaginaba como bien rápido el proceso de expropiación a los capitalistas<sup>21</sup>. La dictadura proletaria debía servir precisamente a esto, a la expropiación forzada de los medios de producción, a la privación de los derechos políticos a la burguesía, a la represión violenta de la resistencia opuesta por las antiguas clases dominantes, y así sucesivamente<sup>22</sup>. No obstante, Marx pensaba también que un régimen despótico se justifica (además de como medio dirigido a lograr el fin libertario del comunismo) por la excepcionalidad de la situación y por la rapidez con la cual las bases comunistas podían ser establecidas.

Ahora bien, una cosa es pensar en formas despóticas de dominio político por un breve período revolucionario de transición, otra es pensar en una época histórica entera de despotismo.

Nosotros hemos aprendido que la transformación del capitalismo en comunismo requiere, probablemente, no algunos años o meses de violencia revolucionaria, sino una época histórica entera (justamente) de luchas –pacíficas o no– en todos los ámbitos de la base y la superestructura. Acordamos también que en tal época la clase operaria debe ser clase operaria dominante. Pero ¿queremos quizás sostener que, durante un período secular, la clase operaria debe dominar por medio de formas despóticas de organización del poder? No, porque la experiencia ha mostrado que el perdurar de formas despóticas de organización del poder no garantiza el dominio de clase del proletariado y (en perspectiva) tampoco sirve para abolir la división de clases. Sirve, más bien, a crear un nuevo dominio de clases y a someter al proletariado mismo.

## 7. Una doctrina a ser abandonada

El significado de la expresión “dictadura del proletariado” en su significado más fuerte incluye por tanto las siguientes características: supremacía social del proletariado en general, posibilidad por parte del proletariado de disponer de los aparatos políticos de represión y el uso antiliberal del poder por parte del proletariado.

Todo esto no resuelve el problema central que se presenta constantemente. ¿En qué sentido se puede decir que una clase ejerce la dictadura? Si se entiende, al decir “proletariado”, que la clase proletaria entera debe colectiva y directamente ejercitar el poder –y quizás esta era de manera confusa la idea de Marx<sup>23</sup>–

<sup>19</sup> Sobre este punto véase apartado 3 de este texto.

<sup>20</sup> Como indiqué en el apartado 3 Lenin es bastante ambiguo al respecto. Pero creo que al fin de cuentas deba interpretarse en este sentido el capítulo V de *Stato e rivoluzione*. En todo caso, este es el modo de pensar hoy bastante difundido. Véase Balibar, E. (1976) *Sur la ditature du prolétariat*.

<sup>21</sup> Véase la *Crítica al programa de Gotha* y mis estudios citados.

<sup>22</sup> Basso en “Marx e il problema della transizione”, (op. cit.) ha resaltado, con apropiadas citas textuales, cómo Marx –al hablar de dictadura proletaria– no pretendiese tomar distancia del concepto ya formulado, con palabras diversas, en el *Manifiesto* (el dominio de clase de los obreros). Y es en el *Manifiesto*, precisamente, donde Marx había diseñado una serie de medidas “despóticas” destinadas a revolucionar en un breve tiempo los rasgos esenciales de las relaciones capitalistas de propiedad.

<sup>23</sup> Una vez más Basso “Marx e il problema della transizione”, op. cit., ha relevado cómo Marx –al decir “dictadura del proletariado”– pretendiese contraponer esta fórmula a la concepción blanquista de la

corresponde explicar cuál organización del poder puede llegar a posibilitar una cuestión de tamaño envergadura. ¿Una presencia de todos los proletarios singulares, por turno, en los “lugares” de decisión? ¿Una asamblea permanente de todos los proletarios que decida (por ejemplo) por mayoría?

Si estas soluciones suenan grotescas se debe a que el problema mismo está mal planteado. Es decir, se debe creer que el proletariado puede ejercitar el poder solo en sentido metafórico, o sea no directa y colectivamente, sino a través de una estructura institucional cuanto menos compleja que seguramente requerirá alguna forma de representación. Como resulta claro, adoptando esta óptica, la expresión mágica “dictadura del proletariado” adquiere un sentido determinado sólo a condición de que se especifiquen en detalle los pormenores de la estructura institucional necesaria<sup>24</sup>. A condición –en otras palabras– que se especifiquen los requisitos en presencia de los cuales se pueda hablar de dictadura del “proletariado” y en ausencia de los cuales deberíamos hablar de dictadura de un jefe carismático, de secretaría, de un comité central, de una nueva burguesía y similares.

La primera cosa que, en conclusión, debería emerger de esta discusión desordenada es la absoluta inutilidad de la noción de dictadura del proletariado. Inutilidad debida a la orgánica e ineliminable oscuridad de tal noción. No es claro si la dictadura proletaria debe durar un breve período de transición o constituye una larga fase histórica. No es claro si la dictadura proletaria sea un régimen político determinado o no. No es claro, finalmente, si y en qué sentido el proletariado pueda ser titular del poder político. En resumen, esta noción tiene que ser sustituida por otras nociones más claras y explícitas (cosa para nada menor), formuladas en un lenguaje más riguroso.

## 8. Hacia una nueva doctrina

¿Qué cosa podría sustituir la mezcolanza de la dictadura proletaria? Me parece que surgen, entrelazados, al menos los siguientes problemas: ¿qué fases deben suceder a la revolución comunista? ¿De qué forma deberá ser organizado el poder político en sus diversas fases? ¿Cómo debe ser ejercitado?

La experiencia parece sugerir que, concluida la revolución, antes de poder hablar de comunismo o socialismo no puedan evitarse al menos dos fases bien distintas. No una única fase de dictadura, breve o extensa según el punto de vista, sino dos fases:

I. una fase de dictadura en sentido fuerte, lo más breve posible, pero indispensable para destruir el aparato estatal del capitalismo y expropiar el capital privado. Un período, por tanto, como pensaba Marx, de medidas despóticas contra la burguesía y su propiedad. Un período político a ser superado lo más rápidamente posible, antes que se haga gangrena en una nueva dictadura *sobre* el proletariado.

II. una larga época histórica, necesaria para una profunda transformación de las relaciones sociales (en toda su extensión). Una época caracterizada sí por el

---

dictadura de un comité central, ejercitada por cuenta del proletariado. Tal concepción blanquista reaparece continuamente, de manera clara, en muchas formulaciones de Lenin, oportunamente criticadas por Rosa de Luxemburgo.

<sup>24</sup> En sentido contrario Balibar en *Sur la dictature du prolétariat*, (1976), cuyo enfoque pretendidamente “ortodoxo”, de sistemático desinterés por cualquier problema de organización del poder, considero nocivo.

dominio del proletariado, pero aún más por la progresiva desaparición de toda división de clase.

Resulta urgente para esta época proyectar sus rasgos políticos. Es la época en la cual se debe lograr dar forma a un Estado capaz de asegurar la gestión colectiva de los medios de producción, en el sentido indicado más arriba. ¿Cuál Estado? Aprovechando la cultura y la experiencia del movimiento obrero se puede tan sólo sugerir uno que otro punto de discusión.

La literatura marxista está llena de declaraciones de principio según la cual la transición al comunismo debe ser caracterizada por una plena democracia para la clase operaria y/o las masas populares<sup>25</sup>. Pues bien ¿cómo asegurar tal democracia y mediante qué instituciones? Corresponde tener firme un punto, que no es más que la enseñanza recibida por Marx de la experiencia en las comunas: la democracia delegada, propia de los Estados burgueses, debe ser sustituida por instituciones de nuevo tipo. El modelo de las comunas sugiere un instrumento de democracia diverso, aún hoy no superado: el mandato vinculante, revocable en cualquier momento. Pero el problema es lograr que este instrumento sea utilizado de verdad. Para este propósito corresponde, aunque no baste con ello, una descentralización espacial y funcional máxima de las decisiones. Se necesita que, independientemente del ejercicio de la revocación, los representantes sean renovados de manera bien frecuente y no sean re-elegibles. Se necesita, sobre todo, una participación activa de las masas en la vida política y tal participación no puede ser garantizada tan sólo con los medios jurídicos. Debe existir de hecho, aunque puede ser favorecida por la organización de masas, por la educación y así sucesivamente.

Otro punto fundamental es sugerido, otra vez, por las comunas: la extensión de la elegibilidad a todos los funcionarios del Estado. Esto requiere una simplificación del aparato público, una simplificación de los procesos de decisión, e implica la abolición del gobierno, de la burocracia y de la magistratura en cuanto aparatos especiales separados del pueblo.

Por último, la cosa más importante (dado que es siempre llamada): la democracia operaria requiere para funcionar, antes que despotismo, *un máximo de liberalismo*. Doy sólo un ejemplo. Supongamos que en esta época de transición el partido político sea todavía una mediación que necesita la clase operaria para el ejercicio del poder. Naturalmente debe tratarse de un partido “obrero” en algún sentido de la palabra. Pero ¿quién garantiza que un partido, obrero en su origen, no mude su naturaleza, se independice de la clase y se transforme en un nuevo coto de usurpadores o algo similar? Resulta necesario un sistema de controles, de garantías. Pero sobre todo es necesario que la clase operaria se encuentre libre para otorgarse en cada momento otros partidos. Por tanto, debe existir no un partido único, sino una máxima libertad de organización política. Es claro que a esta libertad la clase operaria puede tomársela cuándo y cómo le plazca, pero ciertamente será más fácil ejercitarla si está protegida por una constitución. Esto es preferible a negársela con el argumento de que la clase operaria ya está en el poder y que tales garantías formales servirán sólo a los enemigos de clase. Lo mismo vale para el derecho de huelga, para la libertad de organización sindical, para la libertad de prensa, para la libertad personal, para el sistema de garantías procesales, y así sucesivamente. Si en nombre del

---

<sup>25</sup> Véase Balibar (1976) en donde emerge bien claro cuán vacía sea la fórmula de la democracia de las masas a falta de un proyecto de instituciones adecuadas.

fantasma de la restauración se comienza negando estas libertades elementales en general, ¿cómo garantizar que luego no serán negadas a la clase operaria misma?<sup>26</sup>

Sobre esto se basa, creo, la idea de Mao de “cien flores” y, sobre todo, la idea de que para toda esta época de transición son indispensables siempre nuevas revoluciones de modo tal que la clase operaria reconquiste continuamente ese poder que nuevos mandarines tienden siempre a quitarles.

## Bibliografía

- Althusser, L. (1970). Ideología e apparati ideologici di Stato. *Critica marxista*, n. 5, pp.
- Balibar, E. (1974). *Cinq études du matérialisme historique*. Paris, Francia : Maspero.
- Balibar, E. (1976). *Sur la ditature du prolétariat*. Paris, Francia: Maspero.
- Basso, L. (1969). Appunti sullo sviluppo della teoría rivoluzionaria in Marx e Engels. En *Neocapitalismo e sinistra europea*, Bari, Italia: Laterza.
- Bobbio, N. y Bovero, M. (1973). *Società e Stato da Hobbes a Marx*. Torino: Italia: Clut.
- Bobbio, N. (1975). Critica filosófica o condanna política? *Rivista di Filosofia*, n.1, pp. 131-137.
- Bobbio, N. (1976a). *La teoría delle forme di governo nella storia del pensiero político*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Bobbio, N. (1976b). Existe una dotrina marxista dello Stato? *Il marxismo e lo Stato. Quaderni di Mondo operaio, nuova serie, n. 4*.
- Buci-Glucksmann, C. (1975). *Gramsci et l'Etat*. Paris, Fayard.
- Cerroni, U. (1976). Existe una ciencia política marxista? *Il marxismo e lo Stato. Quaderni di Mondo operaio, nuova serie, n. 4*.
- Draper, H. (1962). Marx and the Dictatorship of Proletariat, *Chaiers de l'Isea. Etudes de marxologie*, 6, pp
- Gramsci, A. (ed.) (1995). *L'Ordine Nuovo. 1919-1920*. Torino, Italia: Einaudi, 1955.
- Guastini, R. (1974). *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Guastini, R. (1975). 'Guerra di posizione' y 'Via italiana al socialismo'. Note di studio e di discussione. *Critica del diritto*, n.5-6.
- Guastini, R. (1976). Marx e la dittatura del proletariato. *Appunti emiliani*, n. 3, giugno.
- Gusatini, R. (1977a). Una antología de testi marxisti sullo Stato dai classici (Marx ed Engels) al secondo dopoguerra. *Quotidiano dei lavoratori*, 25.
- Guastini, R. (1977b). Sulla estinzione dello Stato. Un approccio analítico. *Política del diritto*, n.1-2.
- Guastini, R. (1977c). Che cos'è la dittatura del proletariato? *Quotidiano dei lavoratori*, 27 ott.
- Lenin, V. (1965). Stato e rivoluzione. En *Opere scelte*. Roma, Italia: Editori Riuniti.
- Mao, T. (1975). *Su Stalin e sull'Urss. Scritti sulla costruzione del socialismo, 1958-1961*. Traducción italiana. Torino, Italia: Einaudi.
- Poulantzas, N. (1968). *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*. Paris, Francia: Maspero.
- Stoppino, M. (1976). Dittatura. En N. Bobbio y N. Matteucci (ed.) *Dizionario di política*. Torino, Italia: Utet.
- Sweezy, P.M y Bettelheim, C. (1972). *Lettres sur quelque problèmes actuels du socialismo*. Paris, Francia: Maspero.
- Zolo, D. (1974). *La teoría comunista della estinzione dello Stato*. Bari, Italia: De Donato.

<sup>26</sup> Corrijo autocriticamente la opinión antiliberal que, sobre la base de la teoría maoísta de los tipos de contradicciones, he sostenido en “Note intorno a un dibattito in corso dittatura proletaria e democrazia rappresentativa” en *Critica del diritto*, n.5-6, 1975. Una crítica justa a mi posición se encuentra en Ferrajoli, L. y Zolo, D. “Marxismo e questione criminale” en *La questione criminale*, n. 1, 1977.

- Zolo, D. (1976). *Stato socialista e libertà borghesi*. Bari, Italia: Laterza.  
Zolo, D. (1977a). *Introduzione a I marxisti e lo Stato*. Il Saggiatore.  
Zolo, D. (1977b). *Il marxismo e lo Stato*, en AA.VV. *Società política e Stato in Hegel, Marx e Gramsci*. Padova, Italia: Cleup.

# El segundo “caso Pablo Hasél”\*

## The second “Pablo Hasél case”

Jacobo Dopico Gómez-Aller\*\*  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0003-0757-494X  
[jdopico@der-pu.uc3m.es](mailto:jdopico@der-pu.uc3m.es)

Cita recomendada:

Dopico Gómez-Aller, J. (2021). El segundo “caso Pablo Hasél”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 393-414.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6084>

Recibido / received: 14/03/2021

### Resumen

La segunda condena al músico Pablo Hasél por delitos relacionados con actos de expresión (injurias a miembros de la familia real, enaltecimiento del terrorismo e injurias a la policía) ha generado una importante polémica. En este texto se propone un análisis detallado de las expresiones que han dado lugar a la condena, y se confronta el razonamiento de las sentencias condenatorias con los estándares del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.

### Palabras clave

Libertad de expresión, injurias a la corona, enaltecimiento del terrorismo, injurias a la policía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### Abstract

*The second conviction of the musician Pablo Hasél for offences related to acts of expression (insulting members of the royal family, glorifying terrorism and insulting the police) has generated significant controversy. This text proposes a detailed analysis of the expressions that led to the conviction, and compares the reasoning of the convictions with the standards of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights on freedom of expression.*

### Keywords

*Freedom of expression, insult to the crown, glorification of terrorism, insult to the police, European Court of Human Rights.*

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa H2019/HUM-5699 (ON TRUST-CM), financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo

\*\* Catedrático de Derecho Penal. Director del Proyecto [LibEx.es](http://LibEx.es). El Proyecto [LibEx.es](http://LibEx.es) pone a disposición de los operadores jurídicos una herramienta web con materiales de apoyo para la interpretación de los tipos penales que se cometen mediante actos expresivos y que atentan contra bienes jurídicos colectivos o intereses difusos.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. La condena por injurias a ciertos miembros de la familia real. 2.1. Los tipos penales de injurias a miembros de la familia real. 2.2. Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena. 2.3 Conclusión. 3. La condena por enaltecimiento del terrorismo. 3.1. Breve historia del delito español de enaltecimiento del terrorismo. 3.2 Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena. 3.3. Conclusión. 4. La condena por injurias contra la policía. 4.1. Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena. 4.2. El delito de injurias a la policía y la jurisprudencia europea sobre el discurso antipolicial. 4.3. Conclusión. 5. Epílogo. Breathing space.

## 1. Introducción

Pablo Hasél, quien ya tenía una condena penal suspendida por delito de enaltecimiento del terrorismo y alguna otra condena aún no firme de meses de prisión por delitos como coacciones a un periodista, etc., fue condenado por la Audiencia Nacional en 2018 ([SAN nº 3/2018, de 2 de marzo](#), Pte. Poveda Peñas) por tres delitos de expresión:

- injurias a la Corona, lo cual determinó la imposición de una pena de multa;
- injurias a la policía, igualmente castigado con multa; y
- delito de enaltecimiento del terrorismo, que inicialmente recibió una pena de 24 meses de prisión, pero que tras un recurso ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional resultó castigado con una pena de 7 meses de prisión.

Esta última condena fue confirmada por el Tribunal Supremo en su [STS nº 135/2020, de 7 de mayo](#) (Pte. Magro Servet) y, debido a la previa condena suspendida, determinó la entrada en prisión del músico. Fue su entrada en prisión lo que hizo que el debate cobrase relevancia política e incidiese incluso en la producción de desórdenes callejeros.

Cuando la discusión pública alcanza ese nivel, como es habitual, los argumentos se difuminan. Con frecuencia los detractores del músico –o de los desórdenes callejeros– recuerdan que Hasél es autor de afirmaciones de contenido más brutal, como aquellas en las que decía que debía clavarse en la cabeza de un determinado responsable político un *piolet*, o que debía hacerse explotar el coche de otro político (en referencia al “coche-bomba”, arma típica de ETA). Con ello se ignora que por esas proclamas ya fue juzgado y condenado hace 6 años, y que en este nuevo caso se juzgan hechos distintos. No se trata, pues, de decidir si este músico debe ser considerado héroe o villano, sino de analizar la sentencia en cuestión a la luz de los estándares de la libertad de expresión. La *hooliganización* del debate público en los últimos tiempos ahoga cualquier intento de debate analítico y prima enfoques toscos y emocionales que nos hacen peores como sociedad; ello se ha podido advertir en la discusión sobre esta sentencia.

Tanto la condena de 2018 como su confirmación por el Tribunal Supremo en 2020 son resoluciones muy polémicas. Su contenido ha suscitado no sólo grandes críticas por parte de los expertos, sino incluso votos particulares disidentes por parte de varios magistrados de ambos tribunales.

Particularmente problemático en estas sentencias –y de modo muy especial en la del Tribunal Supremo– es la falta de un *análisis individualizado de la tipicidad de los concretos mensajes*, que pasa a verse sustituido por una valoración *global* plagada de juicios poco concretos sobre el contenido de los mensajes y su potencialidad lesiva. Esto no sólo supone un problema desde el punto de vista de la debida motivación de la resolución y los derechos de defensa, sino que desde la perspectiva de análisis jurisprudencial dificulta el seguimiento del proceso interpretativo del Tribunal Supremo.

Por ello, en las próximas páginas se propone un análisis que pretende hacer hincapié en dos aspectos:

- por una parte, fijar el foco de atención en los concretos textos que dieron lugar a las condenas. Sólo centrandolo en estos mensajes, sin reformularlos ni parafrasearlos, puede hacerse un análisis técnico correcto de la sentencia. Esta labor puede ser ardua, pues los mensajes son muchos. Para ello, se procede a analizarlos agrupándolos por los temas a los que hacen alusión, lo cual facilita su estudio;
- por otro, confrontar el razonamiento de las sentencias con los estándares protectores de la libertad de expresión fijados de modo vinculante por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 2. La condena por injurias a ciertos miembros de la familia real

### 2.1 Los tipos penales de injurias a miembros de la familia real

En el CP se contienen dos delitos de ofensas al rey, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes<sup>1</sup>:

- cuando tienen relación con el ejercicio del cargo (art. 490.3 CP, penado con prisión de 6 meses a 2 años si son graves o con multa de 6 a 12 meses si son leves) o
- cuando no la tienen (art. 491 CP, que prevé únicamente multa de 4 a 20 meses, y es el que es el que se aplicó en este caso).

Estos delitos suponen una importante agravación punitiva respecto de las injurias a cualquier otra persona, que sólo son punibles cuando son graves, y que están penadas con una multa de 3 a 7 meses (6 a 14 meses si son con publicidad).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha señalado en diversas sentencias que no es conforme al espíritu del Convenio la previsión de figuras delictivas agravadas para proteger el honor de los jefes de Estado. Así, en [Stern Taulats y Roura Capellera v. España \(Sentencia 13.3.2018\)](#), en la que se condenó a España por haber aplicado este delito en un caso de quema de fotos del rey, el Tribunal ha dicho:

En materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio ([Colombani y otros c. Francia](#), no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, [Pakdemirli c. Turquía](#), n.º 35839/97, §§ 51-52, 22 de febrero de 2005, [Artun y Güvener c. Turquía](#), no 75510/01, § 31, 26 de junio de 2007, y [Otegi](#)

<sup>1</sup> En relación con estos delitos, ver el apartado que se les dedica en LibEx.es: <https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/>

[Mondragón c España](#), no 2034/07, §§ 55-56, CEDH 2011). En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen ([Otegi Mondragón](#) anteriormente citada §55).

La idea de que haya una protección penal *cualificada* del Jefe de Estado –el *personaje público* por excelencia– resulta en efecto contradictorio con la idea, largamente asentada en la jurisprudencia del TEDH, de que la protección de las personas públicas frente a ofensas es menos intensa que la del resto de las personas, cuando éstas se profieren en el contexto de la crítica política. Es más contradictoria aún si reparamos en que el más grave de estos dos delitos es precisamente la ofensa al rey *con motivo de sus funciones* (art. 490.3 CP), cuyo castigo puede alcanzar la pena de prisión. No obstante, como hemos dicho, en este caso se aplicó a Pablo Hasél el delito de injurias al rey *no relacionadas* con sus funciones y se le impuso una pena de multa.

En el caso que nos ocupa, resulta particularmente chocante en términos constitucionales que haya una protección cualificada *de quien ya ni siquiera es Jefe de Estado*, como es el caso del rey emérito, contra quien se dirigen la mayor parte de las descalificaciones que fundamentan la condena. Si ya es difícil fundamentar una mayor punición para las ofensas dirigidas a un Jefe de Estado, esta dificultad se torna imposibilidad cuando se refiere, como hace el Código Penal vigente en España, a quienes sólo son *ascendientes y descendientes* del rey.

## 2.2 Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena

En este caso se puede contemplar, además, un sorprendente *exceso de celo* en la aplicación de este delito ya de por sí problemático. Veamos cuáles fueron las afirmaciones que el Tribunal consideró delictivas:

La sentencia individualiza aquí 19 tweets y la letra de un rap<sup>2</sup>. Los tweets pueden resumirse como sigue:

i. 7 tweets destacando en términos gruesos la relación entre el rey emérito y la *monarquía saudí*, a la que critica con términos durísimos. En este contexto usa apelativos como «mafioso» y dice que el rey emérito frecuenta prostitutas.

- «El mafioso del Borbón de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo».
- (Comic donde aparece el rey junto a un saudita decapitando) «La Monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado».
- «Los amigos del reino español bombardeando hospitales mientras Juan Carlos se va de putas con ellos».
- «Mientras llaman terrible tiranía a Cuba donde con menos recursos no se desahucia, ocultan los negocios mafiosos del Borbón en Arabia Saudí».
- (Junto a una imagen del rey emérito junto a dirigentes sauditas). «El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa».

<sup>2</sup> Ver las páginas 9 y 10 de la [SAN nº 3/2018](#) (FD Primero, C, II).

- (Junto a foto de niño con avanzada desnutrición en una báscula). «Por culpa de Arabia Saudí los niños de Yemen sufren así. Cosas de los amigos demócratas de los mafiosos Barbones».
- «Ada Colau no le llamara criminal al rey por vender armas a Arabia Saudí o vivir a todo lujo a costa de la miseria, criminaliza la huelga».

ii. Serie de tweets con descalificaciones ofensivas dirigidas a *la monarquía española*: insinúa que debería calificarse de «banda criminal», que son «parásitos», que es «mafiosa y medieval». Dice que la monarquía (sic) debería ir sin escolta por las calles; y que son millonarios debido a la miseria ajena. Finalmente, afirma que la monarquía fue impuesta por Franco.

- «Lo más asqueroso de la monarquía es que millonarios por la miseria ajena, finjan preocuparse del pueblo».
- «Si tanta Monarquía como quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles».
- «Llaman banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial».
- «Por más millones que inviertan en manipulación, por más que sean intocables, la monarquía pasara a la Historia como los parásitos que son».
- «Un año más con la mafiosa y medieval monarquía insultando a la inteligencia y a la divinidad con dinero público, parece mentira».

iii. En 3 tweets critica duramente a políticos de izquierda por ser tibios con los reyes. En uno de ellos dice que el rey es responsable de «atrocidades».

- «El PCE apoyo a la Monarquía impuesta por Franco en la "transición" mientras el PCE(r) se dejaba la vida denunciando esta maniobra».
- «Uno de CUP hablando claro contra la monarquía mientras IU anda de risitas con esta en la Zarzuela».
- «El mierda de Pablo Iglesias de risitas en la Zarzuela sin reprocharle al rey las atrocidades de las que son responsables».

iv. En relación con los negocios del rey emérito Juan Carlos I, dice:

- «El ladrón del Borbón no debe dar crédito a la impunidad que tiene para burlarse de nosotr@s».
- «El mafioso de mierda del rey dando lecciones desde un palacio, millonario a costa de la miseria ajena. Marca España».

v. Sobre el rey actual Felipe VI dice: «Constancia en la lucha hasta que un día el desahuciado sea Felipe de Borbón con toda su familia de parásitos enemigos del pueblo».

vi. En un tuit de contexto poco claro, dice: «Miles de ancianos pasando frio y sin un techo seguro mientras monarcas dan lecciones desde palacios».

Asimismo, la letra de un rap colgado en YouTube acusa al rey emérito de derroche de dinero público, de ser un cacique, un borracho, de consumir drogas y

frecuentar prostitutas, de haberse visto beneficiado por el intento de golpe de Estado en 1981 y le dirige epítetos como «basura». Asimismo, recordando un grave accidente ocurrido cuando el rey emérito tenía 18 años (mató sin querer a su hermano menor con una pistola), dice «quién se cree que fue un accidente».

### 2.3. Conclusión

Ante todo, debe destacarse que buena parte de los tweets que dieron lugar a la condena *ni siquiera se dirigen contra el rey ni contra miembros de su familia*. Es el caso de las *críticas a políticos republicanos de izquierda* por su tibieza contra la monarquía o las gruesas descalificaciones referidas a la *relación entre el rey emérito y la monarquía saudí*. No menos sorprendente es la inclusión en la sentencia de la frase donde contraponen el padecimiento de ancianos sin techo a «los reyes dando lecciones desde palacios»: una frase que carecería de relevancia penal incluso en el caso de que fuese dirigido a una persona no pública. No es fácil entender cómo estos tweets han llegado a ser incluidos como material penalmente relevante en las sentencias que nos ocupan.

Sorprende asimismo que buena parte de los tweets se fundamentan la condena son afirmaciones dirigidas *contra la institución de la monarquía* como tal. Este conjunto de tweets contiene *descalificaciones o insultos* (ni siquiera afirmaciones falsas o imputaciones de hechos que pudiesen afectar a su reputación) mediante las cuales el músico expresa con palabras gruesas su desprecio y rechazo a *una institución*. Castigar a quien descalifique al Senado como «banda criminal», o al Gobierno como «parásitos», o a la Fiscalía como «mafiosa y medieval» no resulta compatible con la libertad de expresión política amparada por la Constitución española y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tampoco si esas descalificaciones se dirigen a la institución de la monarquía. No obstante, a efectos dialécticos aceptemos por un momento que se pudiese entender que estas gruesas palabras contra la monarquía, *per saltum*, son expresiones dirigidas contra el rey o sus familiares.

Los tweets que, de haber sido dirigidos a una persona no pública, podrían tener relevancia penal son los epítetos «ladrón» o «mafioso de mierda», dirigidas al rey emérito en el contexto de la crítica a ciertos negocios de éste, hoy objeto de diversas investigaciones penales; o el apelativo «parásito» para referirse a los miembros de la Casa Real. Lo mismo puede decirse de las críticas a supuestos excesos en la vida privada del rey emérito. Y respecto de la mención al accidente infantil de Juan Carlos y su hermano, es un comentario malicioso vertido en un contexto satírico muy grueso, en el que critica a la persona del rey emérito.

En general, se trata de expresiones ofensivas que podrían ser ilícitas en relación con particulares, pero que en el contexto de la crítica a un personaje público y la expresión de rechazo hacia su persona no pueden ser objeto de sanción penal sin riesgo para la libertad de expresión. Así se ha manifestado el TEDH en distintas ocasiones: explícitamente en relación con jefes de Estado, véase [STEDH 14.3.2013, caso Eon c. Francia](#), que consideró que la conducta de lucir una pancarta con la expresión «Casse-toi, pov'con» (vete, pobre gilipollas) dirigida al Presidente de la República francesa *en su presencia* no podía ser sancionada penalmente<sup>3</sup>.

En el ámbito de la crítica política, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que las posibilidades de restricción de la libertad de expresión son absolutamente excepcionales; y más excepcionales aún, aquellas cuya infracción

<sup>3</sup> Sobre el uso de términos groseros en la crítica política, ver [STEDH 28.8.2018](#), pfo. 80.

puede ser sancionadas penalmente. Así, en la [STEDH 15.3.2011, Otegi Mondragón c. España](#), el TEDH advirtió que «El artículo 10 § 2 apenas deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político» (pfo. 50)<sup>4</sup>.

Como ha dicho la [STEDH 28.8.2018, Savva Terentyev c. Rusia](#), en la libertad de crítica contra quienes ejercen funciones públicas, protegida por el art. 10 del CEDH, caben también ciertos excesos o desmesuras, máxime cuando se critica lo que el hablante considera como conductas injustificadas de estas personas públicas. En este caso hablamos de críticas a la monarquía como tal y a quien han sido o es la persona pública por excelencia: un jefe del Estado en una monarquía hereditaria parlamentaria. Lo contrario supondría crear un *chilling effect* o efecto desaliento que amenazaría con ahogar la imprescindible libertad de crítica política.

En vano intenta la Sentencia del Tribunal Supremo desvincular estas expresiones de la crítica política, para así concluir que no cabe invocar la doctrina del TEDH al respecto. Por una parte, dice el Tribunal Supremo en esta sentencia que «no se trata de expresar una reivindicación política de otra forma de Estado, como pudiera ser la republicana». El argumento es incorrecto: la crítica política amparada por la libertad de expresión no es únicamente la que propone alternativas, sino también la que simplemente se opone a una institución (la monarquía actual) o a unas personas públicas (el rey emérito y el rey actual). De hecho, el TEDH notoriamente ha declarado que están amparadas por la libertad de expresión críticas tan poco argumentadas como expresar el rechazo al jefe de Estado *quemando en un acto público su fotografía invertida*<sup>5</sup>.

Por otra parte, añade el Tribunal Supremo que estas expresiones revelan un «ánimo evidente de que quien accede a sus tuits adopte una posición contraria a [la monarquía y sus integrantes], incluso de forma violenta». Respecto de la primera parte de esta afirmación, es *perfectamente legítimo* arengar a quien se desee para que adopte una posición contraria a la monarquía y sus integrantes. Respecto de la segunda, la afirmación de que los tuits promueven una acción violenta contra el monarca o su familia parece más un exceso estilístico, o quizá un uso del término «violento» en sentido metafórico: la idea de que nos encontremos ante una incitación a una acción violenta contra el monarca carece de apoyo real. No sólo es que no haya sido argumentado conforme a alguno de los esquemas conocidos (test de la recomendación nº 15 de la ECRI; test de Rabat, etc.): es que los contenidos no parecen en modo alguno idóneos para mover a nadie a una actividad violenta bajo ninguno de los cánones usualmente manejados (recuérdese que, como se ha señalado ya, el TEDH ha rechazado en varias ocasiones que tuviesen tal carga incitadora conductas como *quemar una fotografía del jefe de Estado en público*). Tan sólo imagínese por un segundo que ese mismo canon se utilizase para juzgar a quien dijese que «los políticos del Gobierno» son unos parásitos, mafiosos, medievales o una banda criminal.

Por todo ello, parece que nos encontramos nuevamente ante una condena de ofensas al rey o la corona española que transgreden los estándares de protección de la libertad de expresión; y que, si no es anulada por el Tribunal Constitucional, podría

<sup>4</sup> La misma afirmación se repite en otras sentencias; ver, por todas, [STEDH 14.3.2013, Eon c. Francia](#), pfo. 59.

<sup>5</sup> [STEDH 13.3.2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España](#): actos de rechazo como una *quema de fotografías* contienen una «relación clara y evidente con la crítica política concreta... que se dirigía al Estado español y a su forma monárquica»; similar, [STEDH 2.2.2010, caso Christian Democratic People's Party v. Moldova -Nr. 2-](#), en relación con la quema de fotografías del jefe de Estado de la Federación rusa.

ser llevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con una suerte parecida a otras que le precedieron, como "[Otegi Mondragón contra España](#)" o "[Stern Taulats y Roura Capellera contra España](#)".

### 3. La condena por enaltecimiento del terrorismo

Sólo uno de los delitos por los que Pablo Hasél ha sido condenado en esta última sentencia está castigado con pena de prisión: el delito de *enaltecimiento del terrorismo*<sup>6</sup>. La Audiencia Nacional consideró que debido a ciertos tweets el músico había cometido ese delito y procedía su condena a dos años de prisión, si bien en un recurso ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, la pena fue reducida a siete meses.

La Sentencia de la Audiencia Nacional nº 3/2018 enumera en un principio todos los tweets mediante los que habría cometido los tres delitos de expresión (injurias a la corona, injurias a la policía y enaltecimiento del terrorismo); pero cuando analiza el cargo de enaltecimiento, presta una atención individualizada a *11 tweets*. A lo largo de la motivación de la condena por este delito también incluye alguno más, a los que también haremos referencia.

#### 3.1. Breve historia del delito español de enaltecimiento del terrorismo

Para proteger la libertad de expresión, un estándar ampliamente extendido establece que sólo cabe castigar por delitos de *inflammatory speech* cuando nos encontremos ante conductas que sean idóneas para mover a terceras personas a conductas delictivas, y no por su simple contenido irritante o escandaloso. Se trata de una garantía básica de la libertad de expresión, que puede encontrarse en la [Recomendación nº 15 de la ECRI](#), en el "[test de Rabat](#)" o en la [Directiva \(UE\) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo](#). Esta última recoge que en el ámbito del terrorismo las conductas provocativas deben penarse «cuando conlleve(n) el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas», atendiendo a «las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto» (Considerando 10), por lo que se entiende que un acto de este tipo debe castigarse cuando «preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos» (artículo 5).

En el Código Penal, la figura de *apología* recoge expresamente esa exigencia (art. 18 CP). Sin embargo, el legislador español quiso en 2000 crear la figura del "enaltecimiento del terrorismo": un delito de discurso incendiario expresamente *liberado* de ese requisito, aligerando así la labor de las acusaciones en los casos de exaltación de la acción de terroristas, que de ese modo no se veían obligadas a probar ese elemento incitador.

Pero cuando se elimina una garantía, es simple cuestión de tiempo que ocurra el suceso indeseado que esa garantía pretendía evitar. A mediados de la década pasada comenzaron a proliferar acusaciones, aperturas de investigaciones penales e incluso condenas por comentarios jocosos, de mejor o peor gusto, sobre ETA. Comentarios satíricos sobre el asesinato del penúltimo jefe de gobierno de la dictadura franquista, Luis Carrero Blanco, dieron lugar a que los Tribunales españoles

<sup>6</sup> En relación con la jurisprudencia sobre enaltecimiento del terrorismo, véase en la web LibEx.es <https://libex.es/enaltecimiento-del-terrorismo/>

impusieran penas de prisión que tuvo que revocar el Tribunal Supremo (caso "Casandra Vera"<sup>7</sup>) o incluso el Tribunal Constitucional (caso "César Strawberry"<sup>8</sup>).

En este contexto, el Tribunal Constitucional dictó a finales de 2016 una sentencia en la que *reintroducía* ese requisito de incitación como garantía de la libertad de expresión. En su [Sentencia nº 112/2016](#), el Tribunal Constitucional estableció que estas conductas sólo pueden ser castigadas cuando la glorificación o justificación de delitos terroristas genere riesgo de comisión de delitos, al suponer una incitación a la comisión de actos criminales: de no ser así, una condena no sería compatible con la libertad de expresión constitucional. En la misma línea, el Tribunal Supremo español ha afirmado que para condenar por delito de enaltecimiento del terrorismo «debe constatarse objetivamente una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»<sup>9</sup>.

Veamos a continuación cómo se aplicó esta doctrina al caso en cuestión.

### 3.2. Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena

Los once tweets individualizados por la sentencia (p. 9) son los siguientes:

- i. Un tweet sin aparente relación con un enaltecimiento del terrorismo:
  - «Ante el terrorismo de Estado, Barrio organizado».

Resulta difícil entender por qué se incluyó este tweet como material penalmente relevante. No hace referencia a ninguna persona ni a ningún acto terrorista, ni expresa ni tácitamente; y no parece mostrar idoneidad incitadora de ningún tipo.

- ii. Cinco tweets referidos a Isabel Aparicio<sup>10</sup>.

- «A dos años de ser exterminada por el Estado torturador, recordemos sus palabras».
- «Y así fue la acabaron exterminando».
- «La condenaron a 12 años de prisión por estar en el aparato de propaganda del PCE (r). 12 años sin lucha armada».
- «2 años desde que Isabel Aparicio fue exterminada por comunista, negándole el Estado la asistencia médica en prisión».

<sup>7</sup> En la [STS nº 95/2018, de 26 de febrero](#), el Tribunal Supremo debió anular una increíble Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN nº 9/2017, de 29 de marzo](#)) que condenaba por enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas a una joven por hacer 13 chistes sobre la muerte de Carrero Blanco, acaecida el 20.12.1973.

<sup>8</sup> En la [STC nº 35/2020](#) el Tribunal Constitucional debió anular una condena del Tribunal Supremo en la que se había condenado por delito de enaltecimiento del terrorismo a un músico por una serie de tweets jocosos. La Sentencia del Tribunal Supremo expresamente llegó a negar que en el delito de enaltecimiento del terrorismo fuese un requisito la intención de incitar a la comisión de delitos.

<sup>9</sup> Es jurisprudencia pacífica: ver, por ejemplo, [STS nº 378/2017, de 25 de mayo](#) o [STS 600/2017, de 25 de julio](#).

<sup>10</sup> Isabel Aparicio fue un miembro de la organización "Partido Comunista de España – reconstituido" o PCE(r) (organización a la que la justicia española consideraba parte de banda terrorista GRAPO) condenada a 12 años de prisión. Isabel Aparicio había muerto en prisión en 2014, dos años antes de estos tweets, tras padecer diversas enfermedades en prisión. Sus allegados habían denunciado que no estaba recibiendo el tratamiento médico que necesitaba.

- «No habrá olvido ni perdón. Lo que no consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives mucho más que ellos»<sup>11</sup>.

En estos cinco tweets tampoco parece que se dé una llamada a la acción terrorista, una llamada idónea para mover a otros a delinquir. En ellos se contiene una dura crítica a la no excarcelación de la presa Isabel Aparicio, condenada por pertenencia a organización terrorista, pese a su enfermedad y próxima muerte, que el músico consideraba injustificada. En esa crítica hace uso de términos como «tortura» y «exterminio». El uso de palabras tan gruesas para criticar esta situación podrá ser objeto de diversas valoraciones, pero no cabe afirmar que se trate de una incitación al delito. Como dice el voto particular que formuló la Magistrada de la Audiencia Nacional Manuela Fernández de Prado, estos mensajes «hacen referencia a sus palabras y no a acciones violentas, por lo que tampoco pueden estimarse un enaltecimiento de sus actividades terroristas».

iii. Un tweet referido a los condenados por hacer explotar un artefacto en una iglesia.

- «Mónica y Francisco, 12 años de prisión por daños materiales en una basílica. Guardia Civil, impunidad por decenas de inmigrantes asesinados».

Sobre el significado de este tweet dice el recién mencionado voto particular de la Sentencia de la Audiencia Nacional:

Este tuit se refiere a los miembros del GRAPO condenado por la colocación en 1999 de un artefacto en la basílica del Valle de los Caídos [se trata de un error: era la Basílica del Pilar de Zaragoza]. Por más que el GRAPO haya sido una organización terrorista, que se cobró la vida de muchas víctimas y que causó importantes daños materiales, no parece que este comentario pretenda ir más allá de la crítica que expone al compararlo con la muerte de 15 inmigrantes en El Tarajal, el 6 de febrero de 2014, por la que no se llegaron de depurar responsabilidades. Los medios de comunicación recogieron la noticia de que ese día cuando un grupo numeroso de inmigrantes trataba de entrar en territorio español de forma ilegal, a nado por la playa ceutí de El Tarajal, miembros de la Guardia Civil pretendieron disuadirles mediante disparos de bolas de goma. Se contabilizaron 15 cadáveres.

El mensaje, pues, compara la pena de 12 años por un acto delictivo que sólo habría causado daños<sup>12</sup> con la en su opinión injustificada falta de respuesta penal a la llamada "tragedia de El Tarajal", donde él consideraba que debían haberse depurado responsabilidades penales por los disparos de bolas de goma a inmigrantes que intentaban ganar la costa a nado, pues entendía que fueron determinantes de la muerte de varios de ellos (curiosamente, meses después del tweet de Pablo Hasél, *el propio Tribunal Supremo* también entendió que esa pena de 12 años no era procedente, y la rebajó a 4 años y medio en su [Sentencia nº 932/2016](#)).

Más allá de cualquier otra valoración que pueda realizarse sobre este mensaje, no cabe hallar en él los elementos que permiten una condena por el delito de enaltecimiento del terrorismo: no se aprecia una incitación a la comisión de actos delictivos, ni se crea o incrementa el riesgo de que terceras personas cometan actos terroristas, sino que se denuncia lo que el autor entiende que es un *dobte rasero* (y que esta denuncia sea fundada o no carece de relevancia a los efectos de este delito).

<sup>11</sup> Los cuatro primeros tweets venían acompañados de un archivo JPG con la imagen de un texto de Isabel Aparicio; el quinto estaba acompañado de una imagen de su rostro con el anagrama del PCE (r).

<sup>12</sup> En realidad, la bomba no sólo produjo daños sino también lesión de entidad media en un oído a una turista.

Otro tweet similar se contiene en el relato fáctico, y aunque no aparece en el listado de 11 tweets de la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2018, la motivación hace en algún momento referencia a su contenido. Dice: «¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien».

iv. Tweets sobre otros miembros de la organización terrorista GRAPO.

GRAPO (Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre) fue una organización terrorista con fuerza en los años 80 y 90, pero que fue desintegrándose a raíz de la acción antiterrorista policial y judicial y que desde hace más de una década carece de ningún tipo de actividad.

Los siguientes tweets hacen referencia a tres militantes de GRAPO:

- «Juan Martín Luna, militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos».

Martín Luna era un líder de la organización terrorista GRAPO fallecido en 1982 que estuvo activo y cometió "delitos de sangre" entre 1977 y 1982. En 1982 varios policías mataron a Martín Luna en una acción que suscitó mucha polémica: mientras que las autoridades gubernativas afirmaban que fue una acción legal, desde distintos ámbitos se hablaba de un uso ilegal de la fuerza mortal. De hecho, la Audiencia Provincial de Barcelona sentenció en 1985 a tres años de prisión a varios policías por esta muerte.

- «Las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá» (junto a una imagen de Victoria Gómez, miembro del GRAPO).
- «Nueva carta de la presa política Victoria Gómez»<sup>13</sup>.
- «Sí nos representan» (junto a una foto del miembro del GRAPO Ignacio Varela<sup>14</sup>).

En este último bloque es donde sí cabe hallar algún rastro de conducta que de algún modo se acerque a la esfera de tipicidad del delito de enaltecimiento del terrorismo. No obstante, como se verá, no parece viable hablar de una conducta delictiva de enaltecimiento.

Como destacan los votos particulares de la Magistrada de la Audiencia Nacional y los Magistrados del Tribunal Supremo, las afirmaciones deliberadamente se mantienen en un ámbito de *falta de concreción*, sin llegar a una especificidad suficiente (la conducta de J. Martín Luna en 1982 era «defender nuestros derechos» o que el atracador terrorista Varela «sí le representa»). Por ello dicen los magistrados disidentes que no son «incitadores a la violencia» ni que generan riesgo de acciones delictivas (añaden: «Basta destacar que los dos primeros rememoran acontecimientos producidos un cuarto de siglo atrás»). Únicamente cabría hallar algún rastro de incitación en la referencia a que «hay que apoyar» a quienes

<sup>13</sup> Victoria Gómez también fue miembro de la organización terrorista GRAPO, y fue condenada, entre otros delitos, por el secuestro y desaparición forzada del empresario Publio Cerdón, del cuyo paradero nunca más se supo después del secuestro.

<sup>14</sup> Ignacio Varela (hijo de la recién mencionada Victoria Gómez) fue condenado a 20 años de prisión por una tentativa de atraco a mano armada en la que además causó lesiones a un policía (la frase «sí nos representan» se relaciona con la consigna «no nos representan», que se coreaba en las manifestaciones de aquella época en referencia a los políticos de los partidos mayoritarios).

realizaron conductas como las de Victoria Gómez (entre las que se cuentan actos como pertenencia a organización terrorista y secuestro terrorista).

Pero todo esto debe verse, como ha dicho la jurisprudencia española en distintas ocasiones, a la luz de un dato esencial: la organización terrorista GRAPO, como se ha dicho, lleva más de una década inactiva. Este extremo es importante, puesto que la *ausencia de un contexto de terrorismo activo* había sido un factor que había llevado al Tribunal Supremo español en resoluciones pasadas a *absolver* a personas que se limitaban a alabar o lanzar vivas a la organización terrorista GRAPO. En efecto: en ausencia de un contexto de latencia real de posibles acciones terroristas, las conductas de enaltecimiento tienden a carecer de capacidad incitadora.

Así, la [Sentencia del Tribunal Supremo nº 378/2017, de 25 de mayo](#), argumentó que no procedía hablar de un elemento de incitación idónea en unas loas al GRAPO debido a: «a) inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los 'GRAPO'. Esta organización desapareció hace años y no comete atentados; b) las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista», todo lo cual impedía decir que estas alabanzas hubiesen producido una «mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer». Más cautelosa se muestra la [Sentencia del Tribunal Supremo nº 59/2019, de 5 de febrero](#), que sostiene que el dato de que una organización terrorista ya se halle disuelta *no necesariamente* conduce a la atipicidad de la conducta, aunque mantiene de modo indubitado: «Sin duda puede ser factor relevante esa circunstancia para evaluar el contenido y potencialidad del mensaje».

En la misma línea, la [Sentencia del Tribunal Supremo nº 646/2018 de 14 diciembre](#), también en referencia a alabanzas y llamadas a que el GRAPO volviese, decía: «[L]a llamada a la acción no es real, no es seria, en la medida en que la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente, desaparecidas».

No es fácil comprender, pues, cómo en el caso de Pablo Hasél este dato pasa a carecer de relevancia; máxime cuando las expresiones en su literalidad no suponen una incitación clara a la comisión de delitos.

v. Tweets alusivos al terrorismo, pero no relacionados con la organización GRAPO.

Aunque no se encuentren en la relación de 11 tweets individualizados por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2018 como fundamentos de la condena por enaltecimiento, en los hechos probados hay además otras dos menciones a terrorismo, pero que no tienen que ver con la organización GRAPO:

- una mención a un miembro de otra organización terrorista (ETA) en un tweet de 2016. El tweet reza: «Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo»<sup>15</sup>. Parece claro que se trata de una denuncia de unos hechos delictivos cometidos en 1981 (la tortura de un terrorista), que en su día fueron objeto de condena judicial y que no puede considerarse un exceso del ámbito garantizado por la libertad de expresión, ni mucho menos una incitación a la comisión de delitos. Sería absurdo pretender que existe una prohibición de

<sup>15</sup> [Joseba Arregi](#) fue un miembro de ETA que, en efecto, según recoge el Tribunal Supremo en una Sentencia de 1989, fue torturado en 1981 por varios policías en el Hospital Penitenciario de Carabanchel, de los cuales dos fueron condenados a penas menores; y falleció posteriormente el día 13 de febrero de 1981 (es decir: exactamente 35 años y un día antes del tweet).

recordar que ciertas personas han sido torturadas o muertas tras excesos policiales, por el hecho de que estas personas hubieran cometido antes delitos terroristas.

- «Detenidos en Galiza por ‘enaltecimiento del terrorismo’ es decir, por decir que hay que luchar contra el estado fascista». Intentar hablar aquí de una conducta de enaltecimiento del terrorismo supondría afirmar que existe en España el delito de *enaltecimiento del enaltecimiento del terrorismo*. La jurisprudencia española ya ha rechazado en diversas ocasiones que pueda admitirse esta figura de una *conducta apologética de una conducta apologética* (ver [Auto del Tribunal Supremo de 14.2.2002](#), Fundamento Jurídico 9; [Sentencia de la Audiencia Nacional nº 24/2011, de 3.5](#), Fundamento Jurídico 2 *in fine*).

### 3.3. Conclusión

El conjunto de los mensajes revela, ciertamente, una proximidad ideológica a grupos que han sido considerados organizaciones terroristas; y una intención de producir irritación o intenso rechazo moral o ideológico. De hecho, nos encontramos ante un caso extremo de irritación: no tanto por el contenido aislado de cada uno de los mensajes, sino por la impresión que en su conjunto producen, al ser tan numerosos. El cantante expresa de manera indubitada una impresión general de simpatía o adhesión a grupos que han sido considerados terroristas y que han impulsado la comisión de numerosos delitos muy graves.

No obstante, ello no afecta al juicio de tipicidad. El delito de enaltecimiento del terrorismo no es un instrumento para la selección y represión de personas con afinidades odiosas ni para la condena de palabras que puedan producir repugnancia, sino una figura apologética y, en esa medida, sometida a estrictas limitaciones constitucionales: no es admisible una condena por la adhesión a ideas odiosas ni por las simpatías con movimientos criminales. En su Sentencia 235/2007, el Tribunal Constitucional español declaró que no es admisible la sanción del *negacionismo o la justificación del holocausto* cuando las expresiones no tienen capacidad de incitar a nadie a conductas de ese tipo y no son proferidas con tal intención. En relación con el delito de enaltecimiento, la ya mencionada Sentencia 112/2016 entendió que, pese a la inicial intención del legislador de prescindir del elemento incitador, éste debe entenderse como un requisito para la aplicación de este delito. E independientemente de otras posibles valoraciones, tiene razón el voto particular disidente de dos magistrados del propio Tribunal Supremo cuando, en referencia a los tweets de Pablo Hasél, afirma que «ninguno de ellos... soporta la consideración de incitadores a la violencia, o generadores del riesgo de que ésta se produzca, ni aun desde una perspectiva de peligro abstracto».

## 4. La condena por injurias contra la policía

### 4.1. Estudio de las expresiones que dieron lugar a la condena

Los tweets que fundamentan la condena por el delito de *injurias a la policía* son una extensa serie de mensajes recogida en las páginas 11-12 de la [Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2018](#), que se pueden agrupar bajo las siguientes rúbricas:

- i. Comentarios relacionados con la intervención policial en la muerte de Íñigo Cabacas.
  - «2 años desde que Íñigo Cabacas fue asesinado por la policía sin que haya habido condenados por ello».

- «Si yo fuera el padre de Íñigo Cabacas, se iba a enterar la policía que encima pide dinero por asesinarlo».
- «Policías que te matan a un hijo, siguen impunes y encima piden dinero».
- «El Policía que mando disparar provocando el asesinato de Íñigo Cabacas, pide 777000 euros a la familia por investigarlo, es para...».
- «Los policías asesinos de Íñigo Cabacas no solo siguen impunes, sino que encima pedían dinero a la familia. La realidad supera la ficción».
- «La policía asesina con total impunidad: Íñigo Cabacas, inmigrantes, etc. Pero Pablo Iglesias dice que nos protegen».

Íñigo Cabacas fue un aficionado del Athletic de Bilbao que murió al ser alcanzado en la cabeza por una pelota de goma en una carga policial. Por estos hechos, y años después de estos tweets, un inspector de la *Ertzaintza* fue condenado en firme por homicidio imprudente. No obstante, no se pudo condenar al ejecutor material del disparo, pues en cuanto se supo que había habido un herido grave, alguien recogió todas las armas de la policía y las limpió, de modo que fue imposible obtener pruebas sobre los hechos<sup>16</sup>.

Tal como señala alguno de los tweets, uno de los policías señalados como posibles responsables demandó a varios periodistas y a la abogada de los padres del fallecido por identificarle y difamarle. Esa demanda años después fue desestimada.

ii. Comentarios sobre la tortura y muerte del terrorista Joseba Arregi en 1981:

- «Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo».

Como ya se ha señalado, la justicia española condenó a varios inspectores por no haber impedido las torturas al miembro de ETA Joseba Arregi en 1981 en un Hospital Penitenciario (si bien no se identificó a quienes ejecutaron dichas torturas); estos inspectores fueron indultados en 1990. Arregi murió tras estas torturas, pero nadie fue condenado por su muerte.

iii. Sobre la muerte de 15 inmigrantes en la "tragedia de El Tarajal" y otros mensajes con críticas a la actuación policial relacionada con la inmigración.

- «La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas, chusma, etc.».
- «¿Guardia Civil torturando o disparando a inmigrantes? Democracia ¿Chistes sobre fascistas? Apología del terrorismo».
- «Con un video de la Guardia Civil disparando pelotas de goma. Luego pretenden que lloremos cuando les pasa algo a estos monstruos llamados policías».
- «Con foto de fallecido en una playa. Ningún Guardia Civil pago a los 16 inmigrantes asesinados a balazos de goma. Ahora llama democracia a esto».

<sup>16</sup> Véase sobre estos hechos el relato fáctico contenido en la [Sentencia del Tribunal Supremo nº 721/2020](#). La familia de Íñigo Cabacas anunció a inicios de 2021 su intención de demandar a España por la falta de investigación suficiente de los hechos.

Se trata de una serie de comentarios alusivos a la llamada "[tragedia de El Tarajal](#)": la muerte de 15 inmigrantes en el mar mientras intentaban ganar a nado el puesto fronterizo de El Tarajal en febrero de 2014. Los tweets son de marzo de 2014<sup>17</sup>. En 2020 la causa judicial, tras numerosos avatares procesales, se cerró considerando no probado ni el exceso policial ni una repercusión en las muertes.

En uno de los tweets compara la impunidad por estos sucesos con las causas penales por apología (*rectius*: enaltecimiento) del terrorismo por chistes sobre la muerte de Carrero Blanco, que tuvieron que ser anuladas por el Tribunal Supremo o, incluso, por el Tribunal Constitucional.

Otros tweets que tachan actuaciones policiales de racistas:

- «La Policía siembra racismo y recoge rabia ¿A quién le sorprende?».
- «La policía trata con racismo a los inmigrantes y cuando reciben una hostia en respuesta, se hacen las víctimas, el cuento de siempre».

iv. Sobre las cargas policiales durante las "marchas de la dignidad" del 22 de marzo de 2014.

- «¿50 policías heridos? Estos mercenarios de mierda se muerden la lengua pegando hostias y dicen que están heridos».
- «Orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía».
- «Ahora van de lloricas los antidisturbios cuando han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas, han desahuciado a porrazos, etc.».
- «Pretenden ocultar que muchas personas han salido a exigir el fin de la monarquía fascista y golpean hasta a periodistas».
- «Policía Nazi-onal torturando hasta delante de las cámaras».

Estos comentarios se relacionan con las noticias sobre los heridos (manifestantes, pero también policías) a raíz de las cargas policiales que tuvieron lugar en el contexto de las "Marchas de la dignidad": una serie de manifestaciones celebradas el 22 de marzo de 2014. Los tweets venían acompañados de distintas imágenes procedentes de las mencionadas noticias.

v. Sobre la acción policial durante una manifestación estudiantil en Pamplona en marzo de 2016.

- (*Junto con foto de dos ertzainas llevando detenido a un joven ensangrentado*) «Hoy la policía enemiga de la democracia, ha abierto cabezas y detenido a jóvenes que luchaban por una educación digna».

<sup>17</sup> El [Auto de 24.9.2019 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta](#), emitido cinco años después de los tweets, señalaba: «De las diligencias practicadas en la instrucción se infiere que, el 6 de febrero de 2014, miembros de la Guardia Civil, investigados en esta causa, dispararon pelotas de goma y botes de humo -con propósito disuasorio desde la playa ceutí del Tarajal al mar en el que una serie de personas intentaban alcanzar Ceuta a nado y que fueron obligadas a volver a Marruecos. No obstante, no todas consiguieron volver nadando y se ahogaron quince personas, resultando otras lesionadas».

- «Cuando la policía utilice sus armas contra los opresores y no contra los oprimidos, empieza a contarnos que son aliados».
- «Luchar por la educación digna supone que la policía te detenga o abra la cabeza a porrazos otra vez sucede en Gasteiz».
- «Estudiantes respondiendo a la brutalidad policial en Euskal Herria».

Los mensajes hacen referencia a la actuación policial en relación con una manifestación estudiantil celebrada en Pamplona en marzo de 2016 para protestar contra la "Ley Wert" o Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE). En el contexto de esta manifestación la policía denunció actuaciones vandálicas y hubo enfrentamientos entre los antidisturbios y algunos de los manifestantes, que se saldaron con varias detenciones.

vi. Sobre la acción policial relacionada con los desahucios de viviendas y los intentos de impedirlos por parte de organizaciones "antidesahucios".

- «Dicen escorias policías: Velamos por tu seguridad, mientras pagados por ti te vienen a desahuciar».
- «En la ciudad libre de desahucios que dijo Carmena, la policía agrediendo y deteniendo a quien lucha contra los desahucios ahora mismo».

vii. Otros tweets:

- «Hasta el policía que parezca más majo, detiene por luchar y no a los que explotan y saquean. No son amigos».
- «¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien».
- «Quieren exterminarlo como a su camarada Isabel Aparicio. Que se sepa».

Otro tweet no se refiere a la policía, sino a la Audiencia Nacional y a jueces a quienes atribuye un pasado como policías durante la dictadura franquista:

- «Policías que con Franco encarcelaban y que ahora encarcelan como jueces de la Audiencia Nazi-onal».

En resumen:

1. Todos los tweets mencionados se relacionan con la crítica a acciones policiales o incluso a la policía como tal: en la mayoría de los casos se trata de actuaciones concretas (muerte del aficionado Íñigo Cabacas, del terrorista Joseba Arregi, muertes en las tragedias El Tarajal...), si bien en algún caso adopta perspectivas globales («Hasta el policía que parezca más majo detiene por luchar... No son amigos»; «¿Asesina la policía? Ni se investiga bien»; «los antidisturbios... han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas»).

2. En varios de los casos hace referencia a sucesos que *antes* de sus tweets (caso Joseba Arregi) o *después* de sus tweets (caso Íñigo Cabacas) han dado lugar a condenas judiciales y a censuras a la acción policial por ocultar pruebas de los hechos.

3. Otros son tweets referidos a sucesos que estaban siendo investigados judicialmente mientras se emitieron los tweets, pero que años después fueron objeto de sobreseimiento (muertes de inmigrantes en los sucesos de El Tarajal).

4. En estas críticas se emplean términos como los siguientes:

- «asesinar». El caso de Íñigo Cabacas concluyó con una condena por homicidio imprudente del responsable policial; el de Arregi en 1981 no se probó la relación entre las brutales torturas y la muerte. En el caso de las muertes de inmigrantes en El Tarajal, años después de los tweets la Audiencia Provincial desestimó una relación causal entre la acción policial y las muertes.

- «torturar»: tanto en relación con casos concretos donde ha habido condena (J. Arregi) o sobreseimiento posterior a los tweets (El Tarajal); como de modo general, diciendo que los antidisturbios «han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas».

- «racismo»: atribuye racismo a la acción policial con inmigrantes.

- «enemiga de la democracia».

- insultos como «escoria» a los policías que ejecutan desahucios, o «monstruos» dirigido a los guardias civiles que efectuaron los disparos de balas de goma en El Tarajal; o «nazi» al hablar de «policía Nazi-onal».

#### 4.2. El delito de injurias a la policía y la jurisprudencia europea sobre el discurso antipolicial

Art. 504.2 CP: Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código.

El delito de injurias a la policía es probablemente una de las figuras más problemáticas entre los delitos consistentes en actos de expresión<sup>18</sup>. Pese a que la Policía, como ente de Derecho Público, carece de derecho al honor ([STS -Sala I- nº 408/2016, de 15.6.2016](#)), el Código Penal pretende proteger su «prestigio en un sentido funcional»: un bien jurídico que, frente al derecho fundamental a la libertad de expresión, tiene «un nivel de garantía menor y más débil» que el que tiene el derecho al honor de las personas físicas ([STC nº 51/1989](#)). Por ello, «salvo que concurren determinados contextos comunicativos especialmente graves y de gran repercusión pública, las expresiones o imprecaciones proferidas por particulares carecen de capacidad para afectar a la dignidad de las instituciones» ([AAP Barcelona, Secc. 6ª, nº 787/2018, de 12 de diciembre](#), FJ 5). La conducta delictiva no es la ofensa dirigida a *concretas personas que ejercen funciones policiales* (lo cual podría constituir como mucho, en su caso, un delito de injurias o calumnias), sino el descrédito de la propia institución<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Para profundizar en la jurisprudencia sobre injurias a la policía, el ejército y sus clases, véase en la web LibEx.es <https://libex.es/injurias-graves-a-los-ejercitos-clases-o-cuerpos-y-fuerzas-de-seguridad/>

<sup>19</sup> En este sentido llama la atención el claro error de la Sentencia del Tribunal Supremo, al fundamentar la condena en que «los agentes de policía en modo alguno tienen una menor protección que cualquier

El carácter problemático de este delito reside en que las expresiones de descrédito dirigidas a las instituciones policiales suelen ser indefectiblemente expresiones que se dan en el contexto de *crítica a la acción de poderes públicos*. Y en ese contexto, las posibilidades de limitación de la libertad de expresión son mínimas y absolutamente excepcionales. Como ha dicho el TEDH en el *leading case* sobre libertad de expresión y discurso antipolicial ([STEDH de 28.8.2018, Savva Terentyev c. Rusia](#))<sup>20</sup>:

Los servidores públicos que actúan en calidad de tales están sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos ordinarios (...), más aún cuando dicha crítica se refiere a toda una institución pública. Un cierto grado de desmesura puede entrar dentro de esos límites, especialmente cuando se trata de una reacción a lo que se percibe como una conducta injustificada o ilegal de los funcionarios (pfo. 75).

El TEDH ha establecido que la policía está obligada a tolerar discursos que son simplemente *ofensivos*, siempre y cuando no puedan provocar acciones ilícitas inminentes contra sus agentes, exponiéndolos a un riesgo real de violencia física. Y esta *inminencia* sólo la admite el tribunal de Estrasburgo en contextos de violencia latente muy graves (contextos bélicos, terroristas, de disturbios carcelarios letales, etc.):

Al formar parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debe mostrar un grado de tolerancia especialmente elevado con respecto a los discursos ofensivos, a menos que dichos discursos incendiarios puedan provocar acciones ilícitas inminentes con respecto a su personal y exponerlo a un riesgo real de violencia física. Sólo en un contexto muy delicado de tensión, de conflicto armado y de lucha contra el terrorismo o de disturbios carcelarios mortales, el Tribunal ha considerado que las declaraciones en cuestión eran susceptibles de fomentar la violencia capaz de poner en peligro a los miembros de las fuerzas de seguridad y, por tanto, ha aceptado que la injerencia en dichas declaraciones estaba justificada (pfo. 77).

Esta toma de posición, vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles, supone una obligación de *interpretación radicalmente restrictiva* de cualquier limitación de las expresiones críticas contra la policía: por más que supongan una ofensa al prestigio de las instituciones, no pueden ser prohibidas ni sancionadas salvo en los casos en que puedan generar un peligro grave e inminente de acciones violentas, en los términos señalados por el TEDH.

### 4.3. Conclusión

Las expresiones vertidas en este caso, por más que empleen términos crudísimos y muestren una hostilidad personal hacia las fuerzas policiales, no reúnen estas características.

En primer lugar, en su mayor parte suponen críticas hacia torturas o excesos policiales que han sido considerados como tales por la justicia española (casos

---

ciudadano» (FD Tercero, apartado "*Injurias y calumnias a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado*").

<sup>20</sup> La expresión cuya condena se consideró una violación de la libertad de expresión (art. 10 del CEDH) en la STEDH 28.8.2018, caso [Savva Terentyev c. Rusia](#), fue la siguiente: «En primer lugar, no son agentes de policía sino 'maderos'; en segundo lugar, su mentalidad es incurable. Un cerdo siempre sigue siendo un cerdo. ¿Quién se convierte en policía? Sólo los ignorantes y los matones: los representantes más tontos y menos educados del mundo animal. Sería estupendo que, en el centro de cada ciudad rusa, en la plaza principal... hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente cada día, y mejor aún, dos veces al día (digamos, a mediodía y a medianoche) se quemara a los 'maderos' infieles. El pueblo los quemaría. Este sería el primer paso para limpiar la sociedad de esta porquería de 'maderos' matones».

Cabacas o Arregi), hacia intervenciones policiales en manifestaciones ("Marchas de la dignidad", manifestación estudiantil en Pamplona) o desahucios o hacia la polémica intervención de unos guardias civiles en la tragedia de El Tarajal<sup>21</sup>. Que las expresiones empleadas puedan considerarse desmesuradas o irritantes para una institución no puede fundamentar a una prohibición de emitirlas, ni a una condena penal por su emisión.

En este contexto resulta evidente que excesos verbales como el hecho de calificar de *asesinato* lo que la justicia años después consideró como un *homicidio imprudente* en unos casos o como una *actuación policial no delictiva y no relacionable con las muertes de los inmigrantes ahogados* en otros no puede ser considerado como base para una condena penal. Máxime, cuando las expresiones fueron vertidas no ya *antes de la resolución judicial final* sino, como en el caso de los tweets referidos a la tragedia de El Tarajal, *semanas* después de los hechos, antes de que hubiese siquiera una investigación penal de los hechos<sup>22</sup>.

Ninguna de estas críticas, pese al empleo de términos gruesos y técnicamente incorrectos, supone una incitación a la violencia bajo ninguno de los cánones interpretativos al uso (Test ECRI, test de Rabat). Como ha dicho el TEDH, «El uso de frases vulgares en sí mismo no es decisivo en la evaluación de una expresión ofensiva, ya que puede servir simplemente para propósitos estilísticos ... el estilo constituye parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas e información expresadas»<sup>23</sup>. Como expresamente dice el Voto Particular disidente de los magistrados del Tribunal Supremo Colmenero y Ferrer,

«Ninguno de estos mensajes, algunos de los cuales dan sustento también a la condena por aplicación del artículo 578 CP, contienen incitación a la violencia ni son aptos para generar riesgo mínimamente valorable en relación a la misma. Muchos hacen referencia al empleo de métodos violentos por parte de los Cuerpos Policiales, sin concretar episodios identificables. Y en los casos en los que no es así, la crítica que contienen se proyecta más allá de los agentes, para denunciar el funcionamiento del sistema judicial que, en su opinión, no profundiza en la investigación de los excesos policiales, e incluso de un sistema de incriminación penal que incluye delitos de opinión, crítica ésta última compartida por un importante sector de la doctrina penal».

<sup>21</sup> Resulta llamativo que, ante esta evidencia, la Sentencia del Tribunal Supremo intente en vano *negar* que nos hallemos ante críticas a la policía: «Tampoco se trata de una crítica vertida en cuanto a cómo funcionan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (...) [Es] una opinión personal del autor desconectados de lo que podría suponer una crítica política, se puede advertir que aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones y menoscabar la dignidad de las personas. No es libertad de expresión. Es odio y ataques al honor» (FD Tercero, página 24-25).

Este último párrafo es llamativo. No sólo por el sorprendente uso no técnico del término "odio" fuera de un contexto que justifique su empleo (ni los coloquialmente denominados "*delitos de odio*" -art. 22.4 CP- ni la "*incitación al odio, la violencia o la discriminación*", que *no consiste* en albergar ni expresar odio), sino también por la insistencia en hablar de atentados contra el *honor* o la *dignidad de las personas* en relación con el delito de injurias a la Policía: un ente de Derecho público que no tiene derecho fundamental al honor, como ha dicho el propio Tribunal Supremo, ni obviamente dignidad humana.

<sup>22</sup> En ese sentido, parece extraña la siguiente afirmación de la Sentencia del Tribunal Supremo: «En este apartado se ha de reseñar la gran cantidad de delitos que se imputan de forma reiterada, a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, acusándoles de asesinatos, lesiones, torturas, que se integran en unos contenidos ofensivos y de marcado odio a los mismos a los que sigue acusando, a pesar de haber obtenido resoluciones judiciales que exoneraban a dichos Policías y Guardias Civiles de las responsabilidades indicadas».

<sup>23</sup> [STEDH 28.8.2018, Savva Terentyev c. Rusia](#), pfo. 80.

Que estas duras críticas usen expresiones ideológicamente irritantes, como denominar «nazi» a la policía o a un órgano jurisdiccional («Nazi-onal») carece de la más mínima relevancia penal. Como dice el voto particular de la Magistrada de la Audiencia Nacional Fernández de Prado, «El que en un juego de palabras se refiera a este tribunal como la 'Audiencia Nazi-onal' resulta inane, y no puede dársele relevancia penal. Como tampoco que se refiera de la misma manera a la Policía, como Policía Nazional». De hecho, parece preocupante que este tipo de toscos juegos de palabras pretendan incluirse como material penalmente relevante en una causa por delito.

## 5. Epílogo. Breathing space

Los casos complejos de libertad de expresión nos ponen frente a manifestaciones o proclamas que con frecuencia son no sólo inasumibles por la mayoría, sino que "ofenden, escandalizan o perturban"<sup>24</sup> a una buena parte de los ciudadanos.

La libertad de expresión no sólo ampara los casos en que personas ponderadas formulan críticas bien argumentadas a las instituciones o a sus gobernantes: si sólo amparase esos supuestos, la libertad de crítica política se vería pronto ahogada. Para la protección del debate político, las libertades públicas imponen restricciones *más intensas* al *ius puniendi*, de modo que no amparan sólo el espectro de las conductas abiertamente *lícitas*, sino que además impiden que el Estado reprima un cierto rango de excesos o desmesuras en el ejercicio de la libertad de crítica que, en principio, podrían dañar otros bienes jurídicos. *El ámbito de lo punible no comienza justo al terminar el espacio de legítimo ejercicio de la libertad de expresión*: por el contrario, para evitar el indeseable *efecto desaliento* o *chilling effect*, la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos obligan a que exista un cierto espacio de *excesos no punibles*, particularmente amplio cuando se habla de discurso político, crítica a instituciones o a personas públicas<sup>25</sup>. Así lo han reconocido el Tribunal Constitucional<sup>26</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>27</sup>.

La defensa de ese espacio es una tarea que puede parecer en principio moral o políticamente incómoda, pues es la protección del exceso, la desmesura, y en ocasiones la falta de piedad. Sin embargo, como dijo el Tribunal Supremo norteamericano en la histórica sentencia [New York Times Co. contra Sullivan \(1964\)](#), la libertad de expresión necesita *breathing space*: necesita un *espacio para respirar*. Si se reacciona penalmente contra todo exceso (y *siempre* habrá excesos en la crítica política), la libertad de expresión resultará ahogada. El precio de poder disfrutar de la libertad de expresión (lo que es tanto como decir: el precio de poder tener una democracia) es estar expuestos a expresiones irritantes o brutales, siempre que no supongan una incitación a conductas delictivas que cree un riesgo real de su comisión. El coste es asumible; la alternativa no lo es.

<sup>24</sup> [STEDH 2.2.2010, caso Christian Democratic People's Party v. Moldova -Nr. 2-](#).

<sup>25</sup> «Si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas instituciones ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal» ([STEDH 15.3.2011, Otegi Mondragón c. España, pfo. 58](#); [STEDH 14.6.2016, Jiménez Losantos c. España](#), pfo. 51; [STEDH 13.3.2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España](#), pfo. 33).

<sup>26</sup> Pues no se debe «correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» ([STC nº 112/2016](#), FD 2; también [STC nº 35/2020](#), FD 4).

<sup>27</sup> «Un cierto grado de desmesura puede entrar dentro de esos límites, dado que el artículo 10 protege no sólo el fondo de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en que se transmiten» ([STEDH 9.5.2018, Stomakhin c. Rusia](#), pfo. 106; similar, [STEDH 28.8.2018, Savva Terentyev c. Rusia](#), pfo. 75).

## Anexo de Jurisprudencia

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 6ª, nº 787/2018, de 12 de diciembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/da212a43f4a7ac37/20190321>.
- Auto del Tribunal Supremo 8970/2002, de 14.2.2002. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f1783823d9d1ce9/20110628>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional nº 24/2011, de 3 de mayo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b5490380e9508b3c/20120918>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional nº 9/2017, de 29 de marzo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c277b833241858737d573ebd499ff74cb8bab1834f06493d>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional nº 3/2018, de 2 de marzo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d6b03f45fec3874/20180305>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 51/1989, de 22 de febrero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1257>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112/2016, de 20 de junio. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25026>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 35/2020, de 25 de febrero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26247>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2.2.2010, *Christian Democratic People's Party v. Moldova* -Nr. 2-. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97049>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15.3.2011, *Otegi Mondragón c. España*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104449>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 14.3.2013, *Eon c. Francia*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-117742>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 14.6.2016, *Jiménez Losantos c. España*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165648>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13.3.2018, *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182461>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9.5.2018, *Stomakhin c. Rusia*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-182731>.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28.8.2018, *Savva Terentyev c. Rusia*. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185307>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 408/2016, de 15 de junio. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25f2cf9972664c14/20160530>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 932/2016, de 15 de noviembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/872c92f78fdef5b9/20161220>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 378/2017, de 25 de mayo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a10366ef6b2028df/20170529>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 600/2017, de 25 de julio. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fd5334476b9436ba/20170804>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 95/2018, de 26 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d6fd83cb45f41be1/20180302>.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 646/2018 de 14 diciembre. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2baeec35d28ed08/20181220>.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 59/2019, de 5 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/65df303a096be34a/20190218>.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 135/2020, de 7 de mayo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/566063944505ccaf/20200610>.

## Laicidad, ¿neutralidad? y deliberación pública. Un diálogo con Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 615 pp.

Rodolfo Vázquez  
Instituto Tecnológico Autónomo de México  
[rvazquez@itam.mx](mailto:rvazquez@itam.mx)

Cita recomendada:

Vázquez, R. (2021). Laicidad, ¿neutralidad? y deliberación pública. Un diálogo con Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 415-425.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6085>

Recibido / received: 01/02/2021

En el apartado 6, «Laicidad y libertad religiosa», correspondiente a la primera parte del libro más reciente de Alfonso Ruiz Miguel, *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, el autor señala que el texto «recoge ideas por mí expresadas en anteriores escritos». Hasta donde he podido averiguar, podríamos remontar esas ideas unos 15 años atrás, a junio de 2006, con un texto presentado en la Universidad de Milán con motivo del nombramiento del profesor Elías Díaz como Doctor *honoris causa* por dicha universidad (Ruiz Miguel, 2007). Con toda seguridad el tema de la laicidad y sus vínculos con el liberalismo y la democracia han acompañado a Alfonso a lo largo de su fecunda trayectoria académica, pero creo que en los últimos años ha sido uno de los *leit motiv* de sus investigaciones. Quiero aprovechar esta oportunidad a la que nos convoca nuestro querido amigo y colega José María Sauca, desde la Universidad Carlos III de Madrid, para seguir dialogando con Alfonso sobre este tema e intentar hacer más explícitos los puntos de acuerdo y aquellos -los menos- en los que creo que todavía mantenemos algunas diferencias.

### 1. ¿Qué es la laicidad?

En uno de sus trabajos seminales sobre el tema, dice Alfonso: «Defenderé aquí lo que considero la acepción más extendida y central de la laicidad: la doctrina de la



neutralidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión». Esto quiere decir que: 1. las creencias religiosas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado; 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas; 3. las faltas a la moral de inspiración religiosa no tienen trascendencia política y más bien el Estado debe definir los delitos mediante criterios universalizables; 4. se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos, a través del voto y del principio de mayoría, frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad a través de sacerdotes y jerarquías eclesiásticas o comunidades fundamentalistas (Ruiz Miguel, 2007, pp. 159-160).

Con respecto a lo público y lo privado, señala Alfonso con razón, si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: «desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el proselitismo casa por casa» (2007, pp. 159-160). Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado. Éste debe mantener una posición de neutralidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás. El Estado estará legitimado a intervenir cuando se violenten o transgredan los derechos humanos y, por lo mismo, las acciones dejen de ser privadas para adentrarse en el ámbito público-institucional.

Por lo que hace a la libertad religiosa, la extensión de la misma abarca tanto a creyentes como no creyentes, en el marco de una sociedad democrática y plural. El alcance de la libertad religiosa referida a los no creyentes abarca tanto a los ateos como a los agnósticos. En un comentario marginal con respecto a estos últimos, y comentando sobre la idea de neutralidad liberal que retomaré más adelante, Alfonso sitúa a los agnósticos, me parece que erróneamente, en una suerte de limbo, de «indiferencia», «indecisión» o «duda». Transcribo el párrafo:

Su neutralidad en materia religiosa [la del Estado neutral o laico] debería vedarle no solo el ser confesional, ateo o laicista, sino incluso la posición de indecisión o duda en el individuo que está a medio camino entre religión y no religión, que es el agnosticismo. Por eso yo he mantenido en ocasiones anteriores que el Estado verdaderamente laico debe ser meta-agnóstico, esto es, debe ser ajeno a cualquier pregunta y respuesta relativa a la religión. O, dicho de otra manera, el Estado no puede ni debe solo limitarse a dudar, como puede hacer el individuo agnóstico, sino que asume el deber de no pronunciarse sobre la materia religiosa, ni siquiera para afirmar que duda (Ruiz Miguel, 2020, p. 185).

Estoy de acuerdo en la idea de que el Estado ni siquiera debe pronunciarse para afirmar o negar cualquier tipo de duda. Lisa y llanamente debe abstenerse. Dicho esto, sin embargo, y consciente que no es el punto central en la argumentación, quiero reivindicar a los agnósticos, distinguirlo de los ateos y de los creyentes, y mostrar que nada es más compatible con un Estado laico que la actitud agnóstica, muy lejos de un estado de duda o indiferencia. Para este propósito, me apoyaré en el último libro de Ronald Dworkin, *Religión sin dios* (2014).

Para la mayoría de la gente, piensa Dworkin, el vivir bien requiere una vida *situada*, y situarse en la vida, tiene que ver para muchos con una concepción del universo, con un «parámetro incluyente para todos». Citando a Thomas Nagel, para Dworkin este deseo de una conexión generalizada es propio del «temperamento religioso». Este deseo no es privativo de los creyentes, también lo es para los no

creyentes que se enfrentan, igualmente, al dramático interrogante: «¿Cómo puede uno incorporar a su vida de individuo el pleno reconocimiento de la relación que tiene con la totalidad del universo?» (Dworkin, 2014, p. 268). Por ello: «Aun cuando no haya un planificador eterno, nosotros somos planificadores: planificadores mortales con una vívida sensación de nuestra dignidad y de la buena y la mala vida que podemos crear o padecer» (2014, p. 270). La convicción de un dios trascendente al mundo, su unicidad o multiplicidad –teísmo o politeísmo– presuponen para Dworkin, un compromiso previo con la realidad, independiente del valor de lo divino.

El entusiasmo, el fervor y la emoción que acompaña a la inteligencia, continúa Dworkin, descansan en el descubrimiento de aquello que tiene un valor en sí mismo, de algo bueno, correcto, de una belleza cósmica, verdadera y sublime, que se nos revela o se nos manifiesta *objetivamente*. En este sentido, pienso que la actitud agnóstica, la del individuo instalado plenamente en la mundanidad y la finitud sin sentido de trascendencia o de inmortalidad –dios es una hipótesis inverificable, empírica o racionalmente–, sin «indecisión» y sin «echar de menos a Dios», pero abierto a lo inefable, es, precisamente, el punto de encuentro entre teístas y ateos como compañeros de viaje en las convicciones más profundas. La experiencia de lo sublime, del asombro, de lo luminoso, de lo bello y bueno en sí, no necesita esperar a ningún dios. Si, como decía Bobbio, «el espíritu laico no es en sí mismo una nueva cultura, sino la condición de convivencia de todas las posibles culturas», diría que la actitud agnóstica sería la condición de posibilidad para toda coexistencia pacífica entre las diversas convicciones religiosas: la del teísta y el politeísta, pero también la del ateo, que niega sistemáticamente la existencia de alguna divinidad o ser trascendente. La laicidad en el ámbito institucional se correspondería plenamente con una actitud agnóstica que, al decir de Enrique Tierno Galván: «es el testimonio de la madurez de la secularización» (1975, p. 66), muy distante, ciertamente, de una actitud de duda o de indiferencia. En cualquier caso, reafirmo con Alfonso que el Estado ni siquiera debería asumir un sentido secular de la religión. Cierro el paréntesis.

## 2. Neutralidad no es lo mismo que imparcialidad

También conviene aclarar que imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como pasividad o inacción. En *Laicismo y constitución*, Alfonso no parece distinguir entre neutralidad e imparcialidad: «mi modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas [...] al Estado le está vedada esa posibilidad [*la de ser laicista*], debiendo limitarse a ser laico, en el sentido de neutral e imparcial entre las diversas creencias en materia de religión» (2009, pp. 34 y 62).

Ser neutral es abstenerse de influir en los resultados porque no se asume intencionalmente ninguna participación en el conflicto; en otros términos, la neutralidad es una característica formal del comportamiento y no está implicado ningún valor material en su concepto (Kolakowski, 1975, pp. 72-73). La neutralidad entendida como inacción se distingue de la imparcialidad que supone algún tipo de actividad. Ejemplifico con un caso en sede judicial y que Alfonso ya conoce. Se trata del voto concurrente del ministro José Ramón Cossío con respecto al régimen de convivencia, en un matrimonio, mujer católica y padre judío, en el que el demandante pedía que se adaptara el régimen de convivencia con su hija, para que ella pudiera conocer y practicar los ritos propios de la religión judía, al igual que lo hacía su madre, con respecto a los ritos católicos. El argumento de Cossío es el siguiente:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de

ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. [...] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas Cossío (2008, pp. 64-65)<sup>1</sup>.

Hay que tener presente que Cossío no está diciendo que se deba de dotar de recursos al padre, ni el modo como debe educar a su hija, sino, exclusivamente, igualar activamente en los derechos. De no ser así, el Estado incurriría en un paternalismo, o bien, en un perfeccionismo jurídico, injustificables desde un punto de vista liberal.

En ese mismo sentido se expresan Michelangelo Bovero y Luis Salazar Carrión. El adjetivo laico puede entenderse desde un punto de vista negativo mínimo de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación a los diferentes credos religiosos. Sin embargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: el pensamiento laico se funda en un principio práctico: la tolerancia; y en un principio teórico: el antidogmatismo. Siendo así, lo propio de una ética laica es colocar como principio fundamental el respeto a la autonomía de los individuos en tanto seres racionales. Bajo este supuesto, tal ética exige una educación ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas por igual (Bovero, 2002 y Salazar Carrión, 2007, pp. 149 ss.). Se puede objetar que si el Estado interviene para corregir las desventajas en relaciones asimétricas entonces el Estado deja de ser neutral (laico). ¿Qué igualdad es la que debe garantizar el Estado?: ¿de recursos?, ¿de oportunidades? Simplemente, como sugieren Bovero y Salazar, una igualdad en los derechos.

Alfonso reconoce en un escrito posterior, «La laicidad y el eterno retorno de la religión» (2010/2013), que en su propuesta de laicidad neutral el Estado debe mantener políticas activas, además de referentes a la protección de los derechos básicos, también en relación al fomento de la ciencia. Y precisamente para garantizar los derechos básicos manifestaba en ese escrito su discrepancia con respecto a las limitaciones constitucionales que en México afectan a los ministros de culto en el sufragio pasivo y en los derechos de asociación y expresión en materia política. Regresaré sobre este último punto más adelante. Lo que me parece necesario dejar claro es que la comprensión de la laicidad en términos de neutralidad pasiva o de imparcialidad activa no es una cuestión solo semántica. Creo, por el contrario, que se definen en este punto, de forma sustantiva, dos concepciones diversas del liberalismo: la vertiente libertaria del liberalismo ha insistido en la neutralidad estatal entendida como no interferencia y pasividad, mientras que la vertiente igualitaria la ha comprendido en un sentido proactivo acorde con su compromiso con los deberes positivos del Estado, y no solo con los negativos. Si es este último sentido de liberalismo el que defiende Alfonso –como se hace explícito en otros apartados de su último libro– nuestro acuerdo no puede ser mayor.

---

<sup>1</sup> El texto reproduce el voto concurrente formulado por el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 502/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México, el 28 de noviembre de 2007.

Dicho lo anterior, creo que para ningún jurista es novedad que el Estado puede y debe intervenir en materia religiosa para dirimir conflictos. En sede judicial ha habido casos muy interesantes, por ejemplo, con respecto a los testigos de Jehová y las obligaciones cívicas de honores a la bandera y el canto del himno nacional en las escuelas públicas; la portación o exhibición de símbolos religiosos en instituciones estatales, etc. Si el Estado ha intervenido es porque el Estado debe garantizar tanto el derecho a la libertad de conciencia como otros derechos con los cuales puede entrar en conflicto.

Es claro que el Estado debe salvaguardar el ámbito de lo privado, pero esta protección no debe servir como excusa tampoco, para violar derechos de terceros: el límite de la privacidad, como dijimos, es precisamente la violación de derechos de terceros. A este respecto, un caso muy interesante, además del señalado sobre el matrimonio mixto, judío y católico en el voto concurrente del ministro Cossío, es el caso *Wisconsin vs Yoder*, de 1972, con respecto a la educación en la comunidad Amish, que retiraban a sus hijos de la educación pública los últimos dos o tres años de escolaridad básica. En este caso se decidió en favor de la comunidad, pero quizás lo más conocido del caso y por el cual se le cita, es por el voto en disidencia del Juez William O. Douglas del que vale la pena citar un fragmento:

Un niño Amish puede querer ser un pianista o un astronauta o un oceanógrafo. Para lograrlo deberá apartarse de la tradición Amish... Si sus padres conservan al niño fuera de la escuela más allá de la primaria, entonces el niño quedará imposibilitado de participar en el nuevo y apasionante mundo de la diversidad que tenemos hoy día... Si es constreñido a la forma de vida Amish por aquellos que tienen autoridad sobre él y si su educación es truncada, su vida entera puede ser impedida o deformada<sup>2</sup>.

En esta argumentación se está haciendo valer, también, el principio del interés superior de la niñez y el desarrollo de su autonomía personal. Sobre este punto estoy tan cierto de la necesidad de igualar en los derechos básicos y en el fortalecimiento de la autonomía de los educandos, que he defendido en otros trabajos (Vázquez, 2015, pp. 81-89) la necesidad de que se regulen las escuelas privadas confesionales y se exija una educación laica en las mismas. Fuera de los tiempos oficiales podría acordarse con los padres algún tipo de instrucción religiosa, pero siempre de forma opcional, y sin ningún tipo de sanción para quien decide no aceptarla.

### 3. Liberalismo laico: entre laicidad positiva y laicismo

Acorde con el inciso anterior, vale decir que una cosa es la laicidad positiva y otra la laicidad activa, entendida esta, como dijimos, en términos de imparcialidad y no de neutralidad. La laicidad activa debe distinguirse de la idea popularizada por Sarkozy en la visita de Benedicto XVI a Francia –septiembre de 2008– sobre la laicidad «positiva». Esta última en términos de uno de sus críticos es «aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no sólo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente» (Savater, 2008, pp. 31-32). Apoyándose en Jean Baubérot, Fernando Savater critica con razón tal tipo de laicidad porque significa:

[...] una forma de neoclericalismo, confesional, pero no confeso. Y eso porque un Estado realmente laico no sólo no puede dejarse contaminar por ninguna religión, ni privilegiar ninguna de las existentes sobre las demás, sino que tampoco puede declarar preferible tener una religión o no tenerla (2008, pp. 31-32).

<sup>2</sup> 406 US 205 (1972), cit. por Macedo (1990, p. 268).

De aquí también que sea muy criticable la posición de quienes sostienen que la religión debe jugar un papel relevante en la política y en el derecho, y aun así se vean a sí mismos como defensores de los valores liberales. Michael Sandel cita – expresando su acuerdo– un pasaje del discurso de Barak Obama pronunciado el 28 de junio de 2006, que vale la pena transcribir:

Los laicistas se equivocan cuando les piden a los creyentes que dejen su religión en la puerta antes de entrar en la plaza pública. A Frederick Douglas, Abraham Lincoln, William Jennings Bryan, Dorothy Day, Martin Luther King –en realidad, a la mayoría de los grandes reformadores de la historia americana– no solo les movía la fe, sino que repetidamente usan el lenguaje religioso para defender su causa. Así pues, decir que hombres y mujeres no deberían insertar su ‘moral personal’ en los debates sobre asuntos públicos es absurdo en la práctica. Nuestras leyes son, por definición, una codificación de la moral, buena parte de la cual se fundamenta en la tradición judeocristiana (Sandel, 2011, p. 279).

No, no se equivocan los laicistas. Que los contenidos religiosos coincidan o empaten con contenidos ético-jurídicos no significa en ningún sentido que estos últimos se justifiquen o deban justificarse en los primeros. No debe confundirse el contexto de explicación con el contexto de justificación. Y sí, cuando un ciudadano asume una responsabilidad pública institucional está obligado a justificar secularmente sus iniciativas o decisiones reservando para el ámbito privado sus convicciones religiosas. Si la pretensión tiene una finalidad pragmática en el sentido de que la religión –por supuesto, la mayoritaria– conlleva grandes beneficios en términos de cohesión y estabilidad –muy del gusto de comunitaristas y de cierto republicanismo exagerado– entonces el Estado se deslizaría hacia una laicidad positiva y se sujetaría a las críticas de Savater, citadas más arriba.

Alfonso critica con razón esta «laicidad positiva» de la misma manera que, en el otro extremo, critica también con razón el «laicismo como militancia» en una suerte de fundamentalismo ateo, por ejemplo, en regímenes comunistas. Contra ambos extremos se pronuncia por un:

[...] Estado liberal –en el sentido amplio de democrático-liberal y, por tanto, comprometido con los derechos humanos– [que] debe ser ante todo laico y no confesional. Y eso comporta que debe mantener una forma de laicidad neutral o liberal, que se encuentra en una posición intermedia entre dos extremos: de un lado la laicidad positiva, que desde un punto de vista no es una genuina forma de laicidad sino de confesionalidad encubierta que pretende disfrazarse bajo un nombre que oculta su verdadera naturaleza; y, de otro lado, la laicidad radical o militante (o, en fin, laicismo), que supone una toma de partido beligerante contra las religiones por parte del Estado que, a mi modo de ver, no respeta suficientemente la libertad de conciencia de los individuos (2020, p. 174).

En otra parte del escrito, Alfonso afirma que el Estado liberal debe ser «estricta o puramente laico, en el sentido de indiferente e imparcial...». No sé si sea muy afortunado seguir equiparando liberalismo con neutralidad, o bien, imparcialidad con indiferencia, pero dejaré zanjada esta cuestión, y quiero más bien enfatizar con Alfonso, como él afirma y en lo que estamos de acuerdo, que la laicidad «neutral» no excluye la cooperación entre el Estado y las iglesias, o asociaciones ateas o agnósticas. Por una parte, en términos de ofrecer facilidades en condiciones de igualdad con otras actividades y manifestaciones públicas, pero sin especiales subvenciones o ventajas económicas, y por otra, subvencionando obras y necesidades de interés general (conservación del patrimonio artístico, por ejemplo), pero sin favorecer actividades idiosincráticamente religiosas (Ruiz Miguel, 2020, pp. 186-187).

Pues bien, sin llegar a posiciones extremas de un laicismo militante, Alfonso tiene serias reservas con respecto a ciertas restricciones en el ordenamiento jurídico mexicano con respecto al acceso de los prelados a medios de comunicación públicos o la limitante para estos sujetos con respecto a la negación del voto pasivo. La pertenencia o no a una iglesia, piensa Alfonso, es algo que se mueve en el ámbito de la sociedad civil y en tanto ciudadanos debe garantizárseles todos los derechos sin restricciones. Si así no fuera, tales restricciones, en una suerte de pendiente llevada al absurdo, debería aplicarse a cualquier ciudadano secular.

El mismo Alfonso reconoce que en el derecho mexicano no se priva al prelado del voto pasivo si previamente renuncia a su condición en un periodo razonable, anterior a la votación. Y esto con el fin de ser igualado en la condición de cualquier ciudadano secular garantizando con ello que las obligaciones del Estado no podrán ser limitadas o tergiversadas por otro tipo de obligaciones no seculares que podrían devenir en cierto tipo de fundamentalismo dogmático y de proselitismo en favor de las mismas. Ejemplos de Estados no seculares abundan y los excesos están a la vista. Por otra parte, me parece claro que si la referencia a una religión estatal o nacional responde a una costumbre histórica, pero en la práctica la tolerancia y el respeto a las diversas creencias religiosas o a los mismos no creyentes se ha institucionalizado y existen sanciones si se incurre en la violación de los derechos correspondientes, entonces una buena dosis de prudencia y de utilitarismo moderado serán necesarios para evitar males mayores y tolerar a estos Estados no seculares, más formales en el papel, que sustantivos en su implementación práctica. La tendencia, sin embargo, debe orientarse a que poco a poco se eliminen cualquier referencia a creencias religiosas en los espacios públicos institucionales y no poner las condiciones, ni mucho menos, favorecer, en los propios términos de Alfonso, actividades idiosincráticamente religiosas porque, como él mismo afirma: «las creencias religiosas, por su carácter peculiar y privativo, sólo deben valer para sus propios creyentes, quienes no pueden imponer tales creencia por la fuerza» (2017, p. 423).

Con respecto al otorgamiento a las iglesias de concesiones y permisos para tener canales de televisión y estaciones de radio, en efecto, la normatividad mexicana pone limitaciones que como bien argumenta la Asociación Mexicana de Derecho a la Información (AMEDI): «los medios electrónicos cumplen una misión social de servicio público y no de adoctrinamiento político o religioso» y tal como establece el artículo 3º constitucional: «los contenidos educativos que transmiten la radio y la televisión se basarán en los resultados del progreso científico, lucharán contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismo y los prejuicios», para concluir que: «Una emisora de índole religiosa es, por definición, adoctrinante, parcial y excluyente, todo lo contrario de nuestros fundamentos constitucionales» (Salazar Ugarte, 2020, p. 237). ¿Significa esto que los ministros de culto tengan prohibido participar en mesas de discusión o debate, lo que, sin duda restringiría seriamente su derecho a la libertad de expresión? De ningún modo. Como bien lo expresa Pedro Salazar:

Lo que debe protegerse es el derecho de las personas que creen en determinada fe y que se organizan para profesarla, pero no a la institución –asociación, comunidad o iglesia– que conforman. Esta última debe ser objeto de regulación y debe cumplir con sus obligaciones con el estado y con la sociedad. De eso hablamos cuando advertimos que la laicidad supone el sometimiento de las organizaciones religiosas al Estado de derecho (2020, p. 238).

Con estas precisiones creo que sería difícil ubicar la normatividad mexicana en una suerte de jacobinismo autoritario muy cercano a una suerte de laicismo militante. De paso no está de más recordar que la lucha por la laicidad en México desde el siglo XIX, con la separación entre iglesias y Estado, así como su reconocimiento explícito a nivel constitucional, ha impedido, a diferencia de muchos

Estados en la región latinoamericana –con sus excepciones individuales y heroicas–, la injerencia de estas instituciones en un bizarro y tenebroso contubernio con las fuerzas armadas convirtiéndolas en cómplices de las violaciones más aberrantes de los derechos humanos.

#### 4. Religión y deliberación pública

De las cuatro características de la laicidad señaladas por Alfonso, y citadas más arriba quisiera detenerme, brevemente, en la cuarta de ellas, a saber, la de privilegiar la argumentación y el consentimiento de los individuos en una sociedad democrática representativa, por encima de la custodia y eventual imposición de verdades reveladas o convicciones metafísicas por parte del Estado, en colusión abierta o solapada con las autoridades eclesiásticas. Como afirma Alfonso: «los intentos de imponer una u otra posición en esta materia por otras vías que no sean la argumentación racional y razonable o el ejemplo de la coherencia y la probidad de las conductas, son una clara negación de la libertad religiosa a la que todos los seres humanos tienen derecho» (2007, p. 192). Quisiera retomar las ideas expresadas en un texto anterior, que Alfonso ha comentado, con el fin de afinar algunos puntos y dar continuidad al diálogo (Vázquez, 2010/2013).

Contraoponía en aquel escrito las posiciones de Rawls y Habermas, y presentaba algunas aportaciones de Dworkin, en línea con las de Rawls y que me parecían, y me siguen pareciendo, un buen complemento a su propuesta. Como le aclaré en su momento a Alfonso no pretendía ordenar a estos autores en una suerte de dialéctica en la que Dworkin apareciera como una suerte de síntesis superadora, pero no me pareció nada desacertado como sugería Alfonso colocar a Habermas como antítesis de Rawls. La pregunta que se ponía sobre la mesa de discusión era la siguiente, en términos de Cristina Lafont: «¿Es posible realmente articular una noción de lo ‘racionalmente aceptable’ que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo o en una concepción del bien homogénea?» (2007, p. 130).

Como sabemos, en *Liberalismo político* John Rawls propone su conocido «consenso sobrepuesto» (1995). Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir y justificar nuestras obligaciones morales y políticas. El consenso obtenido con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU sería un claro ejemplo de consenso sobrepuesto.

A partir de tal consenso Rawls distingue entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, pero siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

Por su parte, Jürgen Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls (Habermas, 2006, cap. 5) y debatiendo, entre otros, con Joseph Ratzinger (Habermas, 2008). Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse, sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las «razones seculares». Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional, propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. En la primera los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Sólo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y aspirar a ser coercitivas. Con esta distinción, la propuesta de Habermas permitiría a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. En este punto, sin embargo, Alfonso comparte con Waldron, y yo con ellos, la idea de que:

[...] resulta errónea la distinción entre ciudadanos ordinarios y legisladores en lo que afecta a la deliberación y al voto desde el punto de vista de una aceptable doctrina democrática: primero, porque al igual que el legislador, el ciudadano no actúa privadamente cuando delibera o ejerce su voto, voto que por lo demás puede tener efectos legislativos en ciertos referendos; y, segundo, porque la relación de representación política, aun no siendo simple ni mecánica, establece una básica conexión entre la deliberación de los ciudadanos y la de los legisladores (Ruiz Miguel, 2010/2013, pp. 61-62).

Por otra parte, ¿hacer tal distinción tan radical, como pretende Habermas, entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerequisites de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes, como él mismo sostiene como condición necesaria de todo discurso comunicativo?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1. abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas y 2. ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general (Habermas, 2008, p. 33).

Sin embargo, resulta que ahora a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si éstas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental y, por supuesto, caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad que ya hemos visto en Rawls, nada más que ahora aplicado a los

ciudadanos seculares. Más aún, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traducciones seculares para las convicciones religiosas, pues éstas quedan excluidas para adoptar las políticas coercitivas que vayan a adoptarse. Creo que llegamos por una vía un poco más tortuosa a las mismas conclusiones de Rawls. Para Alfonso, y estoy de acuerdo con él, estas premisas acercarían a Habermas, no a una laicidad liberal, sino a una laicidad positiva o, si se prefiere, a un laicismo moderado. Asimismo, ¿qué tanto la defensa en Habermas de una posible verdad inherente en las creencias religiosas lo acerque más a Hegel y la distancia de Kant? Es una pregunta que entiendo que filósofos como Reyes Mate han puesto en la mesa de discusión y que valdría la pena profundizar con más detalle en otro escrito.

Dicho lo anterior, es claro que no se está negando el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que, si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública, «y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas», entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que «es moralmente correcto ejercer la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables», sin violar el principio de simetría entre los participantes.

En esa misma dirección se encamina la propuesta de Dworkin. El problema hoy día, piensa este autor, no se ciñe tanto a si el Estado debe ser tolerante o neutral con respecto a todos los credos religiosos pacíficos y también hacia las personas que no profesan ninguna fe, distinguiendo claramente entre el ámbito público y el privado. Estados Unidos es un buen ejemplo en donde casi el 70% de los estadounidenses cree que su presidente debe ser una persona religiosa y cuyo sistema ha sido calificado por la encuestadora Celinda Lake como «la democracia industrializada más religiosa del mundo» (2007). Más bien, el problema es saber sobre qué base debe asentarse el cultivo de nuestra tolerancia. ¿Una nación religiosa que tolera la falta de fe? ¿O una nación laica que tolera la religión? Dworkin argumenta, correctamente, a favor de esta segunda opción (2008, pp. 90 ss.).

Alfonso y yo aceptaríamos sin duda la defensa dworkiniana de una «nación laica tolerante», que, con expresiones distintas, Alfonso ya había hecho explícita en su diálogo con Navarro-Valls:

[...] el modelo de «nación religiosa tolerante» de Dworkin refleja de manera muy fidedigna tanto formas de confesionalidad estatal con libertad religiosa como la construcción de la laicidad positiva, mientras que el modelo de «nación laica tolerante» es caracterizado por idénticos rasgos a los que yo utilicé para caracterizar la neutralidad estatal en materia religiosa: «permisivo con la religión», «no se compromete más con el ateísmo que con la religión», «no se define respecto de si alguna religión es la mejor, si es que alguna lo es... (Ruiz Miguel, 2010/2013, p. 76, n. 34).

Pero tiene igualmente razón Alfonso en pensar que la expresión «nación laica tolerante» resulta un tanto redundante y confusa como si la laicidad estatal no supusiera el ejercicio de la tolerancia y hubiera que explicitarla para no incurrir en una suerte de laicismo. Por mi parte, solo enfatizaría, a riesgo de ser reiterativo, que tal laicidad debe entenderse como laicidad activa, y no pasiva o neutral, precisamente para hacer viable el valor de la tolerancia, el estado del arte de la ciencia y el reconocimiento y promoción de los derechos humanos.

## Bibliografía

- Bovero, M. (2002). Laicidad y democracia. Consideraciones sobre pensamiento laico y política laica. *Nexos*.
- Cossío, J.R. (2008). Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas. *Letras Libres*, 112.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2014). *Religión sin Dios*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Habermas J. y Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Kolakowski, L. (1975). Neutrality and Academic Values. En A. Montefiore (ed.), *Neutrality and Impartiality* (pp. 72-86), Cambridge: Cambridge University Press.
- Lafont, C. (2007). Democracia y deliberación pública. En R. Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Lakke, C. (2007). En *El Universal*, sección El Mundo, 20 de julio.
- Macedo, S. (1990). *Liberal Virtues*. Oxford: Oxford Clarendon Press.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz Miguel, A. (2007). Laicidad, laicismo, relativismo y democracia. En R. Vázquez (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente* (pp. 159 ss.), México: Coyoacán.
- Ruiz Miguel, A. (2010/2012). La laicidad y el eterno retorno de la religión. En R. Vázquez, A. Ruiz Miguel y J.M. Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*. Madrid - México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara.
- Ruiz Miguel, A. (2017). Razón pública, tolerancia e idiosincrasia religiosa. En J. Cerdio, P. de Larrañaga y P. Salazar (coords.), *Entre la libertad y la igualdad* (pp. 413-424). México: UNAM-ITAM-CEAD.
- Ruiz Miguel, A. y Navarro-Valls, R. (2009). *Laicismo y constitución*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Salazar Carrión, L. (2007). Religiones, laicidad y política en el siglo XXI. En R. Vázquez (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente* (pp. 149 ss.). México: Coyoacán.
- Salazar Ugarte, P. (2020). Una laicidad muy religiosa. En R. Bacerra y J. Woldenbverg (coords.), *Balance temprano. Desde la izquierda democrática*. México: Grano de sal.
- Sandel, M. (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Savater, F. (2008). Siempre negativa, nunca positiva. En *El País* (pp. 31-32), 16 de octubre.
- Tierno Galván, E. (1975), *¿Qué es ser agnóstico?* Madrid: Tecnos.
- Vázquez, R. (2010/2012). Laicidad, religión y deliberación pública. En R. Vázquez, A. Ruiz Miguel y J.M. Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*. Madrid - México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Fontamara.
- Vázquez, R. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM-ITAM-CEAD.

## Derecho, objetividad y corrección en la teoría jurídica de Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 615 pp.

Rodolfo Arango  
*Jurisdicción Especial para la Paz*  
[rodolfo.arango@jep.gov.co](mailto:rodolfo.arango@jep.gov.co)

Cita recomendada:

Arango, R. (2021). Derecho, objetividad y corrección en la teoría jurídica de Alfonso Ruiz Miguel. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 426-432.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6086>

Recibido / received: 01/02/2021

Me ha correspondido comentar algunos aportes de teoría jurídica contenidos en los escritos compilados del profesor Alfonso Ruiz Miguel, en buena hora publicados por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2020. Es un placer leer y estudiar los escritos de Alfonso. En ellos se evidencia la formación analítica, el conocimiento teórico y la sensibilidad política, tres cualidades indispensables para alcanzar la excelencia en el pensamiento jurídico y hacer de este algo socialmente relevante. El campo de reflexión abarca temáticas relativas al estatus científico de la dogmática jurídica (2003), al principio de jerarquía normativa (1988), a la igualdad ante la ley y el precedente (1997) y a la verdad y corrección de la decisión judicial, a propósito de la prueba ilícita (2016). Confieso que me alegró ver cómo, por diferentes caminos, confluyen nuestros intereses teórico-jurídicos; aunque, quizás, la confluencia sólo sea aparente, dada la complejidad y dificultad del objeto de estudio. No podía ser de otra manera. Indagar sobre ciencia y derecho, verdad y corrección, sistema jurídico e igualdad, abre esclusas interdisciplinarias y nos arroja a diferentes profundidades en las aguas de la epistemología, la ontología, la deontología y la filosofía práctica. Alfonso, al igual que la escuela analítica de la que proviene, rodeado de una generación de excelentes colegas con quienes dialoga, crea vasos comunicantes entre diversas disciplinas. Así, enriquece y ahonda la comprensión de los problemas jurídicos. En esta oportunidad debo limitarme solo a algunos problemas por él



abordados. Daré prioridad a sus reflexiones sobre ciencia y derecho y a su interés por la objetividad y la corrección de la decisión judicial.

En su artículo del 2003, Alfonso indaga sobre el carácter científico de la dogmática jurídica. Nótese que la pregunta que lo inquietó no fue si el «derecho» tiene carácter científico. El profesor Ruiz Miguel habla aquí de «dogmática jurídica», no de «derecho». Con ello ancla su exploración en un concepto positivista del derecho, el derecho «puesto» o conjunto de proposiciones normativas establecidas, no el derecho como una idea de lo jurídico. Alfonso parte así de un concepto sociológico del derecho, bajo el cual la dogmática jurídica termina siendo una técnica social, en contraste con la ciencia, que a su vez entiende como una práctica descriptiva de la realidad. Mientras que la dogmática jurídica propende interpretaciones para el mantenimiento y la transformación del sistema social, la ciencia busca explicar los hechos que acaecen y predecir los que vendrán. Con este enfoque, en su ensayo de 2003 Alfonso conserva el dualismo estricto entre hechos y valores, dualismo propio del positivismo científico y jurídico a principios del siglo XX, aunque deja sembrada una inquietud digna de mención, lo que haré más adelante. Una década después, no obstante, en su escrito de 2016, al reflexionar nuevamente sobre verdad, objetividad y corrección, esta vez en relación con la práctica judicial, Alfonso acoge un concepto aspiracional del derecho, en el sentido de Ronald Dworkin (2007, p. 15). Esta diferencia no es menor. Podría denotar un cambio en la concepción del derecho –de un positivismo hartiano a un antipositivismo dworkiano o alexiano–, conversión bajo la cual –de ser cierta– la pregunta sobre el carácter científico o técnico, ahora sí, del «derecho», debería recibir una respuesta diferente en 2016 a la de 2003, con repercusiones tanto para la legitimidad del derecho como para su práctica. Sólo sería legítimo el derecho que persigue pretensiones de «verdad» (pretensiones de «corrección», en el sentido de Habermas [2002, pp. 261 ss.]) y la práctica correcta del derecho dependería no sólo de la corrección formal (validez jurídica) y la adecuación a su fin (validez social, eficacia o *Zweckmäßigkeit*), sino de su corrección (validez moral) (Radbuch, 1980, p. 134; Alexy, 2004, p. 87). A mi juicio, y esta es la tesis central del comentario que les presento, el giro interpretativo que saluda Alfonso en su escrito de 2016 debería suponer el abandono de la dicotomía estricta entre hechos y valores, descripción y prescripción (en el sentido de Hilary Putnam [2002, pp. 133 ss.]), lo que a su vez permitiría reabrir el debate sobre el estatuto científico del derecho, con importantes repercusiones para su práctica: entre ellas, que los participantes en la actividad jurídica no deben simplemente aplicar técnicamente los dogmas normativos de forma adecuada, sino, además, mejorar el derecho para hacerlo el mejor derecho que puede ser (en el sentido de Dworkin [1988, p. 290]).

Volvamos un poco atrás para entender mi tesis de la posible conversión del profesor Ruiz Miguel, de un positivismo sociológico a uno «interpretativo». ¿Por qué Alfonso no titula su indagación de 2003: «El derecho: ¿ciencia o técnica?», y prefiere formular el problema a investigar bajo el interrogante: «La dogmática jurídica: ¿ciencia o técnica?»? La escogencia de la expresión «dogmática jurídica» en lugar de la de «derecho» no deja de tener implicaciones para la indagación. Digámoslo así, Alfonso no aborda una discusión de mayor calado sobre el concepto de derecho. Al cuestionar el carácter científico de la dogmática jurídica se casa con una noción del derecho, el «derecho puesto», positivizado, adoptado por una comunidad según normas preestablecidas, esto es, la dogmática jurídica en cuanto práctica interpretativa de un conjunto de proposiciones válidas que cumple la función de estabilizar las expectativas de comportamiento entre los partícipes de la práctica social, en las palabras de Niklas Luhmann.

El compromiso con un concepto positivista del derecho en 2003 hace que Alfonso anticipe el resultado de su indagación. Como diría Martin Heidegger, y luego

desarrollaría Hans Georg Gadamer, la formulación de la pregunta abre un mundo y prefigura la respuesta. La ciencia se ocupa de los hechos naturales, sus métodos apuntan a describirlos, a explicarlos causalmente y predecir su ocurrencia. Los hechos sociales, a diferencia de los naturales, no pueden ser descritos o explicados, solo interpretados y comprendidos. Un acceso valorativamente neutral a ellos, en principio, nos está vedado, salvo que acudamos al método empirista o a la variante historicista (Ruiz Miguel, 2020, p. 212). Sobre los hechos sociales no gobierna el método de verificación empírica de la experiencia. Así, bajo este enfoque, la escisión estricta entre hechos y valores, ser y deber ser, fáctico y normativo, se mantiene incólume. La comprensión weberiana del derecho clausura la pregunta por la objetividad, la verdad y la corrección en la decisión judicial y esto, precisamente, porque (para el decisionismo) lo jurídico constituye un ámbito cultural irreductiblemente subjetivo, ajeno a los resultados propios de la ciencia, esto es, el conocimiento objetivo de la realidad.

Que estas sean las conclusiones de Alfonso en 2003, fluye de las tesis centrales de su escrito sobre el carácter de la dogmática jurídica. Dice: La avaloratividad –la prescindencia de juicios de valor– en las ciencias sociales que aseguraría su «cientificidad», enfrenta una disyuntiva: «es una postura difícil o un ideal irrealizable, pero debido». Alfonso encuentra un tercer camino en medio de esta disyuntiva weberiana. Dice textualmente: «... solo queda un tercer camino para quien, como el que suscribe, a la vez que desecha cualquier alarde de confianza en las virtudes de la comprensión, acepta no solo el valor metodológico que en términos de objetividad la avaloratividad tiende a garantizar sino también el criterio ético de que la ciencia ha de servir fundamentalmente para la ampliación y la profundización del conocimiento antes que para la crítica o la transformación de la realidad» (2020, p. 207). Bien entendido este punto de vista –afirma– sirve para relativizar la idea de la imposibilidad de la objetividad avalorativa en las ciencias sociales. Es una cuestión de grado. Sólo así, continúa, «es coherente defender la deseabilidad de la exclusión de valores como exigencia para el conocimiento objetivo, pues sólo desde un concepto relativo y graduable de imposibilidad cabe creer en la capacidad de autocorrección y, por lo tanto, de perfeccionamiento por parte de las ciencias sociales» (ibíd.). No obstante, esta dificultad metodológica lleva a resultados endeble en las ciencias sociales, hasta el punto de que estas son denominadas «ciencias blandas», lo que se refleja en lo endeble de sus resultados (2020, p. 208). A su juicio, las ciencias sociales tienen resultados más pobres que las ciencias naturales no tanto por el menor desarrollo sino por la mayor complejidad de los hechos sociales (ibíd.). Lo cierto es que, dice Alfonso, «en la secuencia descripción-explicación-predicción, las ciencias sociales se encuentran menos elaboradas y, en todo caso, son mucho menos satisfactorias y ricas que las naturales» (2020, p. 209). Así, el derecho, visto como fenómeno social, puede ofrecerse como objeto de estudio científico de carácter empírico, como lo muestra la sociología del derecho, la criminología o la sociología política. Pero, para Alfonso, es dudoso que la ciencia del derecho o dogmática jurídica, dado su objeto eminentemente social o cultural, pueda considerarse científica. En este punto sostiene que «la discusión sobre su científicidad se ha de decidir en relación con sus *métodos*, sus *resultados* y, en fin, sus *funciones*» (2020, p. 211). En cuanto a los *métodos*, «la pretensión hermenéutica de otorgar objetividad a las valoraciones jurídicas –sostiene Alfonso– es, me parece, producto de una ilusión» (2020, p. 214). Para él, que la comprensión de las normas jurídicas consista en *describir* sus valoraciones, es una ilusión; más plausible resulta afirmar que los métodos de la dogmática jurídica componen un tipo de actividad de reelaboración que atribuye valoraciones al conjunto normativo interpretado (ibíd.). En cuanto a sus *resultados*, la dogmática jurídica se aleja de las ciencias naturales e incluso de otras ciencias sociales, como la economía, la sociología o la historia, en tanto se analicen bajo los cánones metodológicos empiristas o historicistas: mientras las ciencias

naturales predicen, explican o describen la realidad, la ciencia jurídica no es predictiva; no obtiene resultados explicativos respecto del objeto de estudio; ni ofrece descripciones o representaciones conceptuales fidedignas de la realidad (2020, pp. 216-218). En la tarea dogmático-jurídica prima la interpretación prescriptiva (2020, p. 219). En ella no se descubren, determinan, observan o analizan hechos, sino se reelaboran dogmas normativos en forma de dogmas doctrinales (ibíd.). En cuanto a las *funciones*, la ciencia jurídica no se fija como meta el conocimiento por el conocimiento del material dogmático, sino tres funciones prácticas fundamentales: la didáctica, la integradora y la político-jurídica (2020, p. 220). Al final del análisis, la dogmática jurídica no pasa el test de científicidad. Dice Alfonso: «Todo sumado, no parece que haya justificación mayor para concluir que la llamada ciencia jurídica sea propiamente una ciencia. Más bien, la secular insistencia de muchos juristas en tildarla de tal ha tendido a ocultar su carácter de técnica social y, con ello, sus inevitables implicaciones ideológicas» (2020, p. 223).

A propósito de la discusión sobre la exclusión de la prueba ilícita como regla del derecho procesal, en 2016 Alfonso –no sin dificultad ya que considera «no tan insensata» su posición de defender la tesis de la única respuesta correcta en el derecho (2020, p. 293)–, confiesa haber llegado a una conclusión «con cierta relucencia», debido su desconfianza general hacia la ponderación (2020, p. 297). Desde un punto de vista interno a la práctica jurídica, el profesor Ruiz Miguel le da cabida a la búsqueda de verdad y de respuestas correctas en la argumentación normativa (2020, pp. 295-296, n. 31). Aparentemente categorías antes reservadas a la ciencia –como las de la verdad, la objetividad y la corrección–, son admitidas en el ámbito del razonamiento jurídico; tal admisión llega hasta el punto de que un jurista que no pretenda hacer de la práctica del derecho en la que vive el mejor derecho que puede ser (en el sentido de Dworkin), infringiría sus deberes para con la comunidad jurídica y arribaría a respuesta erróneas o falsas, ya no exclusivas de las ciencias naturales o de las ciencias sociales con raigambre empirista o historicista.

El amigo aquí homenajeado se inscribe así en un «positivismo interpretativo», el cual rectifica el normativismo de Kelsen y Hart, entre otras al dar mayor atención a la argumentación jurídica y judicial y acoger una concepción «objetivista» de la argumentación normativa, tanto jurídica como moral (2020, p. 281). La discusión sobre la exclusión de la prueba ilícita sirve para introducir un tipo de «verdad» diferente a la verdad fáctica, esto es, de correspondencia de los argumentos con la realidad. Se trata de una «verdad» relativa a la justificación normativa, a la corrección o justicia de las premisas normativas, como referente ideal que solo se puede validar en términos de coherencia (2020, p. 282). Las implicaciones del giro argumentativo en el derecho son amplias. La pretensión de verdad no se reserva a las ciencias que buscan acceder al conocimiento de los hechos, sino que abarca la justificación de premisas normativas en la ciencia jurídica. El jurista, a semejanza del historiador, busca que sus textos se acerquen a la verdad, la cual debe estar en alguna parte (2020, p. 283). «(E)xiste una pretensión de verdad en las afirmaciones de uno y otro y de que esa pretensión es compatible con la falibilidad de tales afirmaciones por distintas razones, como información deficiente o insuficiente, errores en la interpretación, etc.» (ibíd.). No obstante, a diferencia del historiador, en la búsqueda de la verdad el jurista no es totalmente libre; está sujeto a limitaciones de distinto orden, no solo prácticas como la limitación de tiempo sino normativas, como, por ejemplo, las reglas «contraepistemológicas» –en el decir de Marina Gascón– que, entre otras, imponen límites a la búsqueda de la verdad para, entre otros fines, proteger el secreto profesional y de Estado o los derechos fundamentales. Alfonso aprovecha la discusión teórica sobre el alcance de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas para reflexionar sobre la pretensión de verdad en la aplicación del derecho. Dice: «La institución de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas (...) supone

una severa excepción al criterio de la búsqueda de la verdad (...)» (2020, p. 284). Se pregunta: «cuál es la frontera ante la que debe ceder la búsqueda de la verdad, o, dicho de otro modo, cuál es la regulación que propone el mejor equilibrio entre dos grupos de valores últimos que aquí se encuentran en tensión: la determinación de la verdad como presupuesto y fin de una decisión judicial materialmente justa, por un lado, y la defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales como presupuesto y función de una decisión judicial procedimentalmente justa, por el otro» (ibíd.). La relevancia filosófico-jurídica de la regla de exclusión la ilustra Alfonso con las posiciones opuestas entre Benjamín Cardozo y Oliver Wendell Holmes en el Tribunal Supremo de EEUU. Para Cardozo, «la prueba ilícita puede servir en el proceso si es conducente a la verdad, a la vez que los sus autores deben ser perseguidos legalmente, porque el delincuente no debe salir libre “porque la policía ha metido la pata”» (2020, p. 286). En cambio, para Holmes, «la utilización en el proceso de toda información o material derivado, incluso indirectamente, de una prueba ilícitamente obtenida, sería una violación inconstitucional de la integridad judicial que haría cómplice al Estado de los autores de la ilegalidad hasta situarlo al nivel de los delincuentes» (ibíd.). Como nos recuerda Alfonso, la posición de Holmes, salvo excepciones, ha resultado victoriosa, pero por dos razones de diverso cuño y alcance: por razones de principio o deontológicas relativas a la integridad en la conducta del Estado y por razones consecuencialistas o pragmáticas relativas a la disuasión de conductas ilegales por parte de los poderes públicos (ibíd.).

La regla de exclusión de la prueba ilícita plantea varios problemas filosófico-jurídicos de envergadura, como bien la anota el autor en comentario. Aquí sólo referiré uno relativo al alcance que se da en la práctica por los tribunales de diversas tradiciones jurídicas a dicha regla. No es lo mismo que se ordene la exclusión general de pruebas ilícitas (como en Italia) a que dicha exclusión se acote a pruebas que violen los derechos fundamentales (como en España) (2020, p. 287). Con acierto afirma Alfonso que «un rigorismo extremo que excluyera cualquier prueba obtenida en infracción de alguna ley o reglamento parece que carecería de fundamento suficiente para desconocer la finalidad de la búsqueda de la verdad y de persecución del delito...» (ibíd.). Como ejemplo, menciona la exclusión de la grabación por una cámara en un lugar público de un delito de agresiones porque la autoridad está en trámite de renovación de la autorización anual exigida por la ley de protección de datos (2020, pp. 287-288). Otro problema mencionado por Alfonso y que atañe al alcance de la regla de exclusión y a la justificación se refiere a si se deben excluir solo las pruebas ilícitas directas o, además, todas las pruebas indirectas que se derivan de las primeras, como enseña la doctrina estadounidense del «árbol envenenado». Mientras en Estados Unidos y España se impone un criterio extensivo, en Alemania e Italia la jurisprudencia ha admitido como válidas las pruebas indirectas, seguramente por no dar especial importancia al efecto disuasorio, recuerda el profesor Ruiz Miguel (2020, p. 288). Conocido es el caso, validado luego por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se admitieron pruebas indirectas como el ADN del secuestrador encontrado en el cadáver del niño secuestrado o la segunda confesión del asesino, quien había sido coaccionado bajo amenaza de tortura por la policía alemana a revelar el paradero del niño bajo la creencia de que aún estaba vivo (2020, p. 289). Esta complejidad en la aplicación de la regla de exclusión ha llevado al establecimiento de diversas excepciones y cualificaciones por parte de los tribunales. Es en este contexto que Alfonso introduce la importancia de admitir aquí una adecuada ponderación. Dice, en abierta crítica a la creación *ad hoc* de excepciones a la regla de exclusión por los tribunales, que se inclina más bien «por defender un test más transparente que, salvada siempre como límite absoluto la exclusión de la tortura, proponga ponderar la gravedad de la violación del derecho de

la que se derivan las pruebas con la gravedad del delito en cuestión...» (2020, p. 292)<sup>1</sup>.

El profesor Ruiz Miguel adhiere explícitamente a la búsqueda de verdad, objetividad y corrección en el derecho al final de su escrito de 2016, cuando defiende la ponderación entre principios para justificar excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en contra de la alternativa que privilegia la aplicación categórica de dicha regla. Dice: «Se verá que mantengo una concepción objetivista no solo en materia de verdad fáctica sino también en materia de corrección jurídica y moral y que, además, acepto la debatida tesis de la única respuesta correcta a la mayoría de los problemas jurídicos» (2020, p. 293). El juez, a diferencia del legislador, no puede ni debe hacer uso de la discrecionalidad al desempeñar su función, sino que debe intentar «alcanzar la mejor argumentación posible y que su decisión ha de ser categóricamente correcta o incorrecta, de modo que la pretensión de corrección alude aquí a la corrección como criterio *normativo* de justicia (moral) o licitud (derecho),...» (2020, p. 294). Y, concluye Alfonso: «Igual que la verdad para el historiador, la corrección para el juez también “tiene que estar en alguna parte, no puede no estar”» (2020, p. 295).

La reluctancia a la creación de excepciones en la aplicación de las reglas, alimentada por su desconfianza hacia la ponderación (2020, p. 297), lleva a Alfonso a proponer límites sustantivos y procedimentales al uso –necesario, aunque indeseable– de la ponderación: 1) Como límite sustantivo aduce el valor de la certeza que proporciona disponer de reglas sin excepciones o con excepciones limitadas. «Solo ese especial cuidado con las reglas y con la justificación de excepciones llamadas a ser generalizadas cabe respetar la integridad del derecho» (ibíd.). 2) Desde el punto de vista procedimental, considera Alfonso, es necesario «disponer de una cultura que alimente la argumentación jurídica y judicial rigurosa» (2020, p. 298) que de un apropiado respeto a los precedentes judiciales. Esto vale, según el autor, tanto para precedentes verticales como horizontales, de forma que se combata el cambio de criterio sinuoso e implícito y la regla sea «adoptar *overruling* francos y expresos» (ibíd.).

Al final de su escrito de 2016, Alfonso abraza una concepción del derecho donde juristas y jueces deben hacer de este, un *mejor* derecho (2020, p. 298). Y ello sucede al dar ingreso en el ámbito judicial a las pretensiones de verdad, a la objetividad en la argumentación jurídica y a la búsqueda de la única respuesta correcta en cada caso, donde la adecuada ponderación corrige la estrictez del derecho positivo. En remembranza a Aristóteles y a la recuperación del saber moral (*phronesis*) en el razonamiento práctico, el cual no puede reducirse a un saber técnico (*tekne*) sino que debe abrirse a la equidad (*epikeia*) por ser esta la que corrige a la ley, siempre imperfecta dado el grado de su abstracción y generalidad (Gadamer, 2000).

Fascinan la claridad, la elegancia y la precisión de las tesis de Alfonso. La mejor tradición iusfilosófica española bebe de la escuela analítica del derecho. Sin duda, el enfoque de H.L.A Hart encontró tierra fértil en el antiguo continente, en especial en la península ibérica. Además, sorprende la capacidad de Alfonso de aterrizar la abstracción filosófica a problemas de la práctica jurídica, como sucede con

<sup>1</sup> Páginas antes ha sostenido Alfonso, con sobrada razón y buen tino: «En realidad, el Estado no mantiene limpias las manos ni garantiza el juego limpio por excluir pruebas trivialmente ilícitas o cuando esa exclusión le impide proteger derechos más importantes. (...) Si la presunción de inocencia consiste en que nadie debe ser condenado sin la demostración de su culpabilidad mediante pruebas admisibles, la razón de la admisibilidad o no de las pruebas tiene que ser determinada con independencia de la propia presunción de inocencia» (2020, pp. 290-291).

el debate de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Pero la insensatez moderada que Alfonso confiesa, por abrir la puerta a la ponderación en la cultura positivista prevaleciente, deja algunas incógnitas, más cuando él mismo reconoce la influencia de Dworkin y Alexy y del «giro argumentativo» en la filosofía jurídica contemporánea. Como admirador de su trabajo de teoría jurídica, me quedan algunas preguntas que quisiera dejar planteadas para la discusión: Si la corrección propugnada en la práctica jurídica y judicial diverge en Dworkin y Alexy, ¿de qué lado se sitúa Alfonso? Esto, porque la corrección en Dworkin tiene carácter *sustantivo*, mientras que, en Alexy, es *procedimental*. No podía ser de otra forma: El primero es influenciado por el *pragmatismo filosófico* (Quine, Davidson, Putnam), el segundo se alimenta de la *tradición kantiana* (Kant, Weber, Kelsen) que, vía el neokantianismo, cimenta el positivismo científico y jurídico, central en las reflexiones de Alfonso en 2003. Así las cosas, en Dworkin se relajan las fronteras entre ser y deber ser, descripción y prescripción, lo que le permite desembocar en un coherentismo filosófico, tanto en las ciencias naturales como sociales, que rechaza las dicotomías y se aleja de la «objetividad con objetos» (Putnam, 2013, p. 87). Por el contrario, en Alexy las distinciones categoriales, y presumo que, en Alfonso igual, se mantienen en pie, con lo que el giro interpretativo no tiene la hondura ni el alcance filosófico que sí exhibe en la doctrina del derecho como integridad de Ronald Dworkin. En últimas, con las mismas palabras –verdad, objetividad, corrección– hablamos de cosas diferentes. Relajado el límite entre el ser y el deber ser, cuyas fronteras porosas debemos reconstruir sin resbalar en el relativismo de Richard Rorty, si queremos insistir en la importancia de la filosofía del derecho para la práctica judicial, parece tener poco sentido decir que la corrección, como la verdad «tiene que estar en alguna parte» esperando a ser encontrada. Por el contrario, la defensa de una «objetividad sin objetos» nos invita a desontologizar la discusión y a hallar en el constructivismo la mejor teoría disponible para fundamentar objetivamente las decisiones correctas. Sea la oportunidad para dejar planteada esta discusión, felizmente suscitada por las ricas y sofisticadas reflexiones de un maravilloso teórico del derecho.

## Bibliografía

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, España: Gedisa, 2ª ed.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Gedisa
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gadamer, H.G. (2000). *Verdad y método*. Barcelona, España: Sígueme.
- Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación*. Madrid, España: Trotta.
- Putnam, H. (2004). *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Barcelona, España: Paidós.
- Putnam, H. (2013). *Ética sin ontología*. Barcelona, España: Alpha Decay.
- Radbruch, G. (1980). *El hombre en el derecho*. Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

## Marginalidad de la democracia. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho\*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 615 pp.

Mauro Barberis  
Università di Trieste  
ORCID ID 0000-0002-1913-0863  
[barberis@units.it](mailto:barberis@units.it)

Cita recomendada:

Barberis, M. (2021). Marginalidad de la democracia. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 433-438.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6087>

Recibido / received: 01/02/2021

1. *Cuestiones de principios* es un libro elaborado, ambicioso y exigente que reclama mucha atención incluso para un lector no extraño a sus temas como yo mismo. Al tiempo, es *l'oeuvre d'une vie*<sup>1</sup> que recoge ensayos publicados sobre diversos temas filosóficos políticos y teórico jurídicos a lo largo de treinta años: de 1989 a 2019; años en que fueron publicados los dos trabajos que examinaré principalmente. Esta perspectiva frustra la búsqueda de hilos conductores que permitan coser entre sí contribuciones que resultan heterogéneas.

Además, y sobre todo, los diferentes trabajos se ubican en un nivel de abstracción tan elevado que deja a un lector contextual como yo, solo ante los textos y, por decirlo de alguna forma, sin otro contexto de referencia que la historia universal de los últimos treinta años. Desde este punto de vista, el libro podría considerarse también como un ejemplo paradigmático del grado de sofisticación alcanzado por los estudios analíticos en España tras el retorno de la democracia, con la apertura de la universidad a los investigadores de la generación de Ruiz Miguel.

En breve, aceptaré el reto concentrándome sobre el texto más intrigante de la recopilación: el ensayo de 1989 sobre el ámbito de la democracia. En 1989, el texto

\* Traducción de José María Sauca.

<sup>1</sup> Nota del traductor: «la obra de una vida», en francés en el original.



planteaba el problema de la imposibilidad de la democracia de delimitar sus propias competencias (Laporta, 2020, p. 21) pero hoy plantea, como poco, otros problemas. En el actual Estado constitucional (e internacional), y a pesar de las pretensiones de diversos populismos, el espacio por el voto democrático parece restringirse más que ampliarse, revelándose cada vez más marginal en el sentido que se verá.

2. Publicado originalmente en *Doxa*, «Problemas de ámbito de la democracia» se pregunta, caso por caso, en qué ámbito personal (de quién), territorial (dónde) y material (qué, sobre qué materias) está justificado decidir por mayoría, pero fijando también tanto las reglas como los principios. El problema surge por la institución del Estado –el gobierno de una población en un determinado territorio– pero también por las instituciones infraestatales (*Länder*, regiones autónomas) y las supraestatales (ONU, UE, Consejo de Europa), por no hablar de las instituciones privadas o del tercer sector.

Por «democracia», Ruiz Miguel entiende oportunamente la democracia liberal: un «método de gobierno» en el que el consenso de los ciudadanos está garantizado por medio de votaciones «según la regla de la mayoría»<sup>2</sup>; es decir, indica no solo la regla de la mayoría, con todos sus límites y aporías ya señaladas por Bobbio (1981, p. 331, n. 1) sino también los derechos de libertad y los «procedimientos universales» (Bobbio, 1987) que conforman las precondiciones liberales y constitucionales de la democracia (liberal).

Ciertamente, Bobbio ha considerado la implementación de algunos derechos sociales como pre-precondiciones de las propias precondiciones liberales pero se ha ocupado, principalmente, de los aspectos formales o procedimentales de la democracia. Ruiz Miguel va más allá y en una doble dirección. Por un lado, se pregunta cuáles son las condiciones no solo formales sino también materiales de la democracia: sobre qué materias ella puede decidir con su método característico, el voto mayoritario. Por otro, se pregunta si ese método solo es válido en el nivel estatal o también en el infra-estatal y supra-estatal.

En la primera dirección, sobre el ámbito material de la democracia, Ruiz Miguel sostiene que las materias sobre las que ella puede decidir dependen de su propio principio justificativo, la autonomía: todos y cada uno tiene derecho de participar en las decisiones que le afectan. Sin embargo, él mismo constata que en un mundo cada vez más pequeño y conectado, quizá, todo parece afectar a todo, incluidas las generaciones futuras. Así, el criterio para determinar el ámbito material acaba por depender de los diferentes contextos de toda decisión democrática sin poderlos fijar a priori.

Aquí Ruiz Miguel, como señala Laporta, admite la imposibilidad del método democrático de justificar mayoritariamente la propia competencia material. Tal competencia puede estar justificada solo por una decisión de segundo nivel: una meta-decisión constitucional explícita o implícita. Además, para Ruiz Miguel, el principio justificativo de la propia democracia, la autonomía como derecho de todos a participar en las decisiones que le afectan, no es sino una meta-metadecisión de modo que la justificación, como siempre, corre el riesgo de una regresión al infinito.

Por el contrario, en la segunda dirección, esto es, sobre el ámbito territorial de la decisión democrática, el autor llega a conclusiones más claras. Respecto a la fijación de las competencias infraestatales, Ruiz Miguel siempre ha preferido la negociación desarrollada en el nivel constitucional al método democrático aplicado en

---

<sup>2</sup> Nota del traductor: en español en el original.

el nivel local. El referéndum convocado en 2017 sobre la independencia de Cataluña, no admitido por la Constitución española, hace aún más clara esa preferencia (Ruiz Miguel, 2020, p. 345, n. 12 y, en su totalidad, el último ensayo de la recopilación, pp. 595-604).

Respecto de la fijación de las competencias supraestatales, cuya exigencia se ha multiplicado después de 1989, Ruiz Miguel parece favorable a una extensión del método democrático que, sin embargo, no puede ciertamente consistir en atribuir un voto a cada estado, independientemente de su población. Al contrario, «también las decisiones internacionales, para ser democráticas, deberían adoptarse mediante un sistema de representación de la población, todo lo ponderado que se quiera, pero de representación de individuos a fin de cuentas» (2020, p. 351).

3. Aceptando que la vertiginosa síntesis que he formulado apenas capta, siquiera, las tesis de fondo de Ruiz Miguel, en el espacio de una nota no pretenderé discutirle una por una. Más bien, y más rápidamente aún, volveré a replantear el problema del ámbito de la democracia en el actual Estado constitucional (e internacional). Aquí, de hecho, ese ámbito se restringe al punto de que la democracia y el voto mayoritario corren el riesgo de convertirse en lo que quizás siempre han sido: un método político tanto irrenunciable como marginal, respecto del conjunto, variedad y complejidad de los problemas prácticos.

En el Estado jurisdiccional, el primero de los tres estados o fases de la modernidad (Fioravanti, 2001), la tarea de la política y del derecho era fundamentalmente la justicia que, desde la antigüedad, se ocupa principalmente de la distribución de los bienes. Sin embargo, como muestra Walzer (1983), los bienes diferentes pertenecen a esferas diferentes en las cuales son distribuidos en formas aún más variadas. Además, antes de las grandes Revoluciones occidentales, nadie reclamaba la democracia y el típico método democrático, el voto mayoritario, tenía aplicaciones esporádicas y rudimentales.

Todo cambia, aparentemente, con el paso al Estado legislativo y la dislocación de la soberanía del monarca al pueblo representado en un Parlamento también soberano, competente para legislar sobre cualquier materia. En el régimen de constituciones flexibles, en efecto, los poderes del Parlamento no están realmente limitados por las declaraciones de derechos. En la práctica, la legislación se extiende de hecho a todos los ámbitos de la vida social e, incluso en la teoría, la utilidad, sustituta positivista de la justicia, tampoco admite límites, ni siquiera de parte de los derechos individuales. Solo en el Estado constitucional (e internacional), tras la Segunda Guerra Mundial, las competencias y los límites del Parlamento son fijados expresamente por constituciones rígidas y garantizadas y también por tratados internacionales con efectos internos en los estados. Así, según Pappas (2019), solo esta puede concebirse como la auténtica democracia liberal. Sin embargo, después de los *trente glorieuses années*<sup>3</sup> en los que las constituciones y los tratados aún vigentes han producido el *welfare state*, la democracia liberal ha sido atacada en todas sus conquistas.

El primer ataque, una reducción radical del ámbito de la democracia, ha venido del neoliberalismo a partir de los años setenta: reducción de la presión fiscal sobre los ricos, recortes del gasto social, privatizaciones, *deregulation*, deslocalizaciones de empresas, globalización económica y financiera (Harvey, 2005). El segundo ataque, una reacción al primero que muchas veces no hace más que proseguirlo, se llama

<sup>3</sup> Nota del traductor: «los treinta años gloriosos», en francés en el original.

populismo o *sovranismo*<sup>4</sup>, según erosione solo los límites constitucionales o también los límites internacionales del ámbito de la democracia.

En 1989, año del ensayo de Ruiz Miguel, el ataque neoliberal era ya visible, mientras que el ataque populista parecía excluido por el triunfalismo generado tras el colapso del comunismo. Sin embargo, el problema de la delimitación del ámbito de la democracia, propuesto entonces por Ruiz Miguel, se extiende fácilmente a los problemas actuales y así se revela más actual hoy que entonces. Probemos a poner tres ejemplos de plena actualidad, uno ya aludido por el propio autor, los independentismos, los otros dos añadidos por mí: los populismos y la emergencia de la pandemia.

El referéndum catalán de 2017, antes de nada, se presta a dos lecturas: una solo constitucional; la otra también internacional. Ruiz Miguel proporciona sólo una lectura constitucional: el referéndum independentista era inconstitucional porque forzaba el ámbito de la democracia fijado por la Constitución española. Ferrer (2017) y Barberis (2017) añaden una lectura también internacional. A saber, el problema de los independentismos europeos podría ser renegociado en los Tratados europeos dentro de una Unión Europea concebida como federación de las Regiones y no de los Estados.

Los diversos populismos que explotaron en 2016 han compartido precisamente este forzamiento del ámbito de la democracia liberal. La «población», así llamada por Ruiz Miguel, se convierte en «pueblo» en los medios de comunicación y reclama decidir por mayoría, o por plebiscito, fuera de los límites constitucionales e internacionales de la democracia, sobre cualquier materia. La democracia liberal deja así el lugar a la democracia populista, iliberal y anti-pluralista: la pluralidad de las esferas de la justicia de Walzer queda expuesta al arbitrio de los líderes populistas autorizados por el pueblo para decidir sobre cualquier cosa y su contraria.

Finalmente, la pandemia es solo la última de las emergencias del siglo XXI en un orden temporal, pero muestra también la tendencia populista a forzar el ámbito de la democracia en nombre de la propia democracia. Aparentemente, para los líderes populistas incluso la gestión de la pandemia debería ser «democrática» ya que de lo contrario se caería en la «dictadura sanitaria» de los científicos y de las Big Pharma<sup>5</sup>. Sin embargo, según la Constitución italiana (art. 32, pfo. 2º) incluso se podría decidir democráticamente, mediante la ley, la obligación de vacunarse.

Por otro lado, también en este caso, como ocurre a menudo en el propio Estado constitucional, la decisión del Parlamento acabaría por revelarse una forma de ratificación. De una forma algo más vistosa que en la política ordinaria, la institución elegida por la mayoría, el Parlamento, se limita a controlar y, normalmente, ratificar el trabajo de las instituciones contra-mayoritarias o no-mayoritarias que gestionan directamente la pandemia: los comités científicos, el gobierno central, las regiones autónomas, las administraciones centrales o regionales, las autoridades independientes...

---

<sup>4</sup> Nota del traductor: El término de «soberanismo» tiene -al menos en el español peninsular-, como campo semántico preferente el referido a los movimientos vinculados a los nacionalismos periféricos. En el contexto del populismo, en ocasiones, se hace referencia al término «patriotismo» pero su vaguedad es aún mayor. Quizá el término de uso más profuso para referirse a esta dimensión de los movimientos populistas es el de «nacional-populismo» o «populismo nacionalista». Ante estas indeterminaciones se ha preferido respetar el término original en italiano.

<sup>5</sup> Nota del traductor: «las grandes farmacéuticas».

Recapitulando, aún más rápidamente, Ruiz Miguel admite que el problema del ámbito de la democracia y de su técnica de decisión característica, el voto mayoritario, es irresoluble con base en su principio justificativo, la autonomía, y debe situarse en los niveles lógicamente superiores, no legislativos sino constitucionales o internacionales. Coincido con él, pero el ataque populista al Estado constitucional nos obliga a recordar límites que incluso van más allá: límites a la propia esfera de la política, lo que, en el Occidente actual, es a la propia democracia.

Como han sostenido, de maneras diferentes, autores politeístas, pluralistas y liberales como Max Weber, Michael Walzer e Isaiah Berlin, la política solo es una esfera de la práctica, junto al Derecho, la moral, la economía. Sin embargo, a la esfera de la práctica se añaden, seguidamente, las esferas vitales posteriores: ciencia, arte, religión (Barberis, 2006, 2008). La democracia, el voto mayoritario, sólo tienen sentido dentro de la esfera de la política y no fuera de ella. Esto es lo que entiendo cuando, usando una expresión de Hardin [1999 (1997)], hablo de la marginalidad de la democracia. Repito, la democracia es irrenunciable, pero está sujeta a un doble límite: por un lado, el límite de la constitución y de los tratados internacionales y, por otro, los límites de la propia política.

## Bibliografía

- Barberis, M. [2008 (2006)]. *Ética para juristas*, Madrid: Trotta.
- Barberis, M. (2017). L'incredibile e triste storia della candida Catalogna e della sua Spagna snaturata. En *Governare la paura*, 10 novembre, pp. 9-18. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-e&q=Barberis%2C+L%27incredibile+e+triste+storia+Governare+la+paura> [consultado el 5 de marzo de 2021].
- Bobbio, N. (1981). La regola di maggioranza: limiti e aporie. En Id., *Teoria generale della politica* (pp. 383-410), a cura di M. Bovero. Torino: Einaudi. Edición española: La regla de la mayoría: límites y aporías. En Id. (2003). *Teoría general de la política* (pp. 462-489), trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1986). Democrazia ed Europa. En Id., *Teoria generale della politica* (pp. 370-383), a cura di M. Bovero. Torino: Einaudi. Edición española: De la ideología democrática a los procedimientos universales. En Id. (2003). *Teoría general de la política* (pp. 449-461), trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2017). Sobre Catalunya y España. Frente a los nacionalismos, pluralidad. En *Agenda Pública. El Periódico*, 10 octubre. Disponible en: <https://agendapublica.elperiodico.com/catalunya-espana-frente-los-nacionalismos-pluralidad/> [consultado el 5 de marzo de 2021].
- Fioravanti, M. (2002). Stato e costituzione. En Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto* (pp. 3-36). Roma-Bari: Laterza. Edición española: En Id. (2004). Estado y constitución. En Id. (ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (pp. 13-43), trad. M. Martínez Neira. Madrid: Trotta.
- Hardin, R. [1999 (1997)]. Democracy on the Margin. En Id., *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy* (pp. 276-310). Oxford: Oxford University Press.
- Harvey, D. (2005). *Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press. Edición española: Id. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*, trad. Ana Varela Mateos. Madrid: Akal.
- Laporta, F. (2020). Prólogo. En A. Ruiz Miguel, *Cuestiones de principios: entre política y Derecho* (pp. 17-28). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pappas, T.S. (2019). *Populism and Liberal Democracy. A Comparative and Theoretical Analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice*. New York: Basic Books. Edición española: Id. (1987). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. H. Rubio. México: Fondo de Cultura Económica.

# Sobre el análisis de la «igualdad». El concepto de igualdad y el «momento feliz» de la transición española. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 615 pp.

Roberto Gargarella  
Universidad de Buenos Aires  
ORCID ID 0000-0003-1579-5427  
[roberto.gargarella@gmail.com](mailto:roberto.gargarella@gmail.com)

Cita recomendada:

Gargarella, R. (2021). Sobre el análisis de la «igualdad». El concepto de igualdad y el «momento feliz» de la transición española. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 439-449.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6088>

Recibido / received: 01/02/2021

## 1. Introducción

En lo que sigue, examinaré algunas de las reflexiones en torno a la igualdad que aparecen en *Cuestiones de principios*, colección de textos publicada recientemente por el profesor Alfonso Ruiz Miguel (2020)<sup>1</sup>. El tema de la igualdad es abordado en el libro en diferentes pasajes pero, en particular (y allí me centraré, conforme a la invitación que se me hiciera) el autor dedica a la cuestión, enteramente, la sección IV de su obra. Dicha sección IV se compone de 4 capítulos: el 16, dedicado a cuestiones conceptuales; el 17, que se refiere a temas -digamos así- político-partidarios (el liberalismo, la socialdemocracia, etc.); el 18, referido a la «igualdad política» (la democracia directa, la representativa, etc.); y el 19, relacionado con los «retos pendientes» en materia de «derechos de las mujeres». Como se ve, los temas de los que trata Ruiz Miguel en el área son muchos y muy variados; y, como puede anticiparse, el balance de lo que nos ofrece es muy rico. Concluimos nuestra lectura

<sup>1</sup> El libro se compone de 23 ensayos, 21 de los cuales habían sido ya publicados con anterioridad. Cuando me refiera a algún pasaje de los mismos, citaré directamente la página a la que me refiero, conforme a la numeración que le corresponde dentro del libro.

de la sección unidos de finas distinciones conceptuales; un «menú» amplio de problemas analíticos dispuestos sobre nuestra mesa de estudio; y aún, algunas discusiones y consideraciones «políticas» polémicas y provocativas. Con algunos de los capítulos mencionados encuentro un acuerdo casi completo (el 19, por ejemplo, que por dicha razón dejaré fundamentalmente de lado), a la vez que reconozco cierta incomodidad frente a algunas líneas fundamentales de su análisis. Como modo de homenajear al autor, y continuar nuestras conversaciones sobre una materia que nos apasiona a ambos, me concentraré en lo que sigue en unos pocos puntos que extraigo (algo caprichosamente) de la sección IV del libro, que son los que más me han motivado a replicar o tratar de responder sus argumentos. Me siento honrado por la oportunidad de comentar la obra de un amigo, a quien respeto y admiro por su trabajo, y a quien quiero agradecer también, por su bien sabida generosidad y amabilidad, de las que me he visto privilegiado. Pido disculpas de antemano por la (arbitraria) selección de temas que haré, y también, por poner el acento –mucho más– en los puntos de disenso que en los (muchos) puntos de acuerdo que mantengo con el autor.

## 2. El concepto de igualdad: forma y sustancia

Permítanme comenzar mi estudio del trabajo de Ruiz Miguel sobre la igualdad, a partir de una cita en apariencia extraña a su obra, que enseguida trataré de justificar. En su reseña del libro *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, de Ronald Dworkin, el profesor canadiense Will Kymlicka subraya la enorme potencia crítica del trabajo de Dworkin sobre la igualdad, a la vez que contrasta el vigor de las premisas del libro con las limitaciones propias de sus conclusiones.<sup>2</sup> Al respecto, sostiene Kymlicka: «Encuentro decepcionante la conclusión de este volumen. La primera parte contiene una verdadera catarata de ideas teóricas novedosas e inspiradoras; la segunda parte aplica estas ideas excitantes de modos sorprendentemente convencionales» (2001, p. 136). Continúa Kymlicka: «Su principal interés en materia de políticas es el de mostrar que el estado de bienestar puede ser más “sensible a las elecciones”, pero –sin embargo, agrega– Dworkin no invierte mucho tiempo o esfuerzo en pensar de qué modo el sistema puede ser más “insensible a las circunstancias”. Y esto le da al volumen un (tal vez no buscado) sesgo conservador» (Ibíd.). Kymlicka concluye su reseña señalando que: «(Dworkin) no considera la posibilidad de que, en nuestro actual clima político, nuestros esfuerzos necesiten enfocarse de modos más innovadores en cómo terminar con las profundas y crecientes desigualdades en las circunstancias» (Ibíd.).

Si, para introducir mi examen sobre lo sostenido por Ruiz Miguel en torno a la igualdad, tomo como punto de partida las reflexiones que hiciera Kymlicka sobre el

<sup>2</sup> En *Sovereign Virtue*, Dworkin retoma y desarrolla los escritos que había ido desarrollando, durante años, en torno a la pregunta de What is Equality? En esencia, Dworkin distingue en su trabajo entre las «elecciones» de las personas -respecto de las cuales un Estado justo debe mostrarse particularmente «sensible»- y las «circunstancias» de las que las personas no son responsables (i.e., sus capacidades físicas, su color de piel, su género, etc.) y que el Estado justo no debe tomar como razón para beneficiar o penalizar a las personas (y ellas no han elegido -no son responsables de- su raza, su color de piel, etc.). Kymlicka asume a la siguiente como la proposición central del libro de Dworkin: «identificamos una distribución justa de los recursos imaginando una porción igual de recursos que es modificada a largo del tiempo, teniendo en cuenta las elecciones de las personas en una subasta hipotética (que es sensible a las elecciones) y unas políticas de reaseguro hipotéticas (para protegerse contra circunstancias desiguales)» (2001, p. 135). Habitualmente, se entiende que la virtud de este esquema dworkiniano es que el mismo supera tanto a los enfoques tradicionales sobre la igualdad, que -de modo habitual- no se presentan como «sensibles a las elecciones» y descuidan el peso de las dotaciones naturales desiguales, entre las personas (i.e., sus talentos, etc.); como a las teorías libertarias y de derecha, que se centran exclusivamente en la cuestión de las elecciones personales, ignorando la necesidad de igualar a las personas en relación con las circunstancias que no controlan. Las conclusiones que agrega a sus trabajos iniciales no parecen, en efecto, derivadas necesariamente de las premisas de las que el libro parte.

trabajo de Dworkin, ello es por las siguientes razones. En primer lugar, me apoyo en dicha reseña porque presentaré mis comentarios críticos sobre la igualdad desde un interés particular (como el que manifiesta Kymlicka) por la filosofía política, y una preocupación especial (también compartida con aquel) por las injustas desigualdades que caracterizan a nuestras sociedades. Y a la vez, estaré examinando las ideas sobre la igualdad de un autor –Ruiz Miguel– que –como nuestro célebre Dworkin– también se ocupa de hacer consideraciones sustantivas sobre la igualdad, a partir de una formación, y un interés profesional vinculado con la filosofía analítica y el análisis conceptual. En segundo lugar, considero –como considera Kymlicka sobre el trabajo de Dworkin– que un problema central en el estudio de Ruiz Miguel sobre la igualdad, es que el promisorio aparato analítico que presenta termina diluyéndose en una serie de consideraciones de alcance muy modesto, que en cierto modo desentonan con los puntos de partida. Y, en tercer lugar, parto del estudio de Kymlicka porque puedo decir sobre las conclusiones a las que llega Ruiz Miguel sobre la igualdad, algo similar a lo que sostuviera Kymlicka sobre las conclusiones del trabajo de Dworkin, y es que ellas le dan «al volumen un (tal vez no buscado) sesgo conservador».

Permítanme fundamentar las observaciones críticas introducidas aquí arriba, yendo directamente al estudio de la obra de Ruiz Miguel. Comenzaré por centrarme, de modo especial, en el capítulo número 16 del libro: «Concepto y concepciones de la igualdad» (capítulo que, no por azar, comienza con una referencia a Dworkin y a Kymlicka). Dicho capítulo es el más «denso» de los que aparecen en el libro, en materia de igualdad, junto con el texto sobre la «igualdad política» (que es el capítulo 18). En este capítulo 16, y como se adelanta desde su título, Ruiz Miguel se dedica a explorar el «concepto» y las «concepciones» de la igualdad (tomando como punto de partida la famosa distinción Dworkiniana entre ambas ideas). Allí, Ruiz Miguel utiliza varias páginas para precisar la distinción «concepto-concepciones», para lo cual recurre a la obra de los filósofos H. Hart, J. Rawls y R. Dworkin. Recién luego de tales aclaraciones (sobre «el concepto de concepto» y el «concepto de concepciones»), comienza a explorar específicamente el concepto de igualdad; se pregunta si hay uno o varios conceptos de igualdad; y refiere a los dos rasgos básicos que atribuye al concepto bajo estudio: su carácter «relacional», y su «dependencia de la noción de relevancia». Al examinar el carácter «relacional» de la igualdad, se interna en consideraciones sobre las ideas de «identidad», « semejanza» y «diferencia»; y al examinar la noción de «relevancia», considera también las funciones «descriptiva» y «prescriptiva» de igualdad; la igualdad «neutra» e «injusta» y (lo que denomina) la «supuesta asimetría» entre los conceptos de «igualdad» y «desigualdad». Finalmente, en la última parte del capítulo, Ruiz Miguel examina la naturaleza de la relación entre el concepto de igualdad y las concepciones que lo especifican, en donde vuelve a introducir algunas distinciones conceptuales (i.e., «juicios analíticos» y «sintéticos»).

Mi primera reacción frente al capítulo, es sugerir que el profesor Ruiz Miguel tiende a quedar atrapado en un pantano de distinciones conceptuales, en muchos casos –por lo demás– no esenciales para el tratamiento específico de la cuestión de igualdad, o los problemas derivados de ella y que interesan al autor del libro. Uno se pregunta, al leer sus clasificaciones en la materia: son tales distinciones esenciales para el estudio que se propone Ruiz Miguel en el libro (recuérdese que él se ocupa, en el mismo, de la socialdemocracia, del neoliberalismo, de la igualdad de género, de la igualdad política, etc.). ¿Cuánto aportan, tales distinciones iniciales, a la tarea (comprensiva, normativa, evaluativa) que sigue? ¿Entramos ahora en dichos análisis pertrechados de conceptos que nos permiten pensar con más claridad sobre tales asuntos? Por ejemplo, no parece tener mucho sentido dedicar un tercio del capítulo sobre el concepto de igualdad, a precisar la diferencia entre «concepto» y «concepciones»; o, luego, volver a la distinción entre «juicios analíticos» y

«sintéticos»; o entrar en disquisiciones sobre la noción de «relevancia». Menos sentido tiene dicho análisis conceptual cuando las distinciones fatigosamente exploradas en el capítulo –según comprobamos al proseguir la lectura del libro– no terminan resultando imprescindibles para entender, por ejemplo, los usos más «políticos» que Ruiz Miguel explora, en torno a la idea de igualdad, en el capítulo 17; ni para entender la «igualdad política» que se examina en el capítulo 18: capítulo 18 en donde, por lo demás (y como veremos) el autor introduce toda una nueva oleada de distinciones conceptuales (igualdad «vertical», «horizontal», «de impacto», «de influencia») que no estaban presentes en el (conceptualmente denso) capítulo 16. Y finalmente, agregaría, el análisis conceptual del caso termina resultando todavía menos productivo, cuando el mismo, más que aportarnos una base imprescindible para entender el mundo que nos rodea, viene a complejizar al extremo o tornar más difícil (si no imposible, como veremos) dicho análisis.

Por supuesto –se podrá decir– es injusto enfocar críticamente el modo en que el profesor Ruiz Miguel encara el estudio de la igualdad, cuando sabemos que se trata de un destacadísimo profesor de filosofía del derecho; que tiene una amplia formación en la filosofía analítica; y que recordamos que él ha dedicado buena parte de su vida académica a trazar cuidadosas distinciones conceptuales. Sin embargo, recuérdese el referido caso de Ronald Dworkin –por tomar el ejemplo de un autor que parece inspirar buena parte de las reflexiones de Ruiz Miguel en el libro (al punto que su mismo título se emparenta directamente con el título de un libro de Dworkin, *A Matter of Principle*)–: Dworkin también proviene de la filosofía analítica; también se interesa de modo especial por la filosofía del derecho; y también «ancla» sus análisis normativos en el examen detallado del concepto de igualdad (i.e., antes de partir a las aguas profundas de la igualdad de recursos). Y, sin embargo, uno reconoce en los escritos de Dworkin sobre la igualdad un trabajo analítico finísimo que es puesto inmediata y directamente al servicio de su filosofía política, y de su crítica a las injustas desigualdades que lo rodeaban (y no es fácil mostrar a tales conexiones como impropia o indebidamente fundadas). En efecto, el trabajo de Dworkin sobre la igualdad pretende servir como base para someter a crítica el estado presente del *rule of law* en los Estados Unidos, a la vez que ofrece un ideal regulativo igualitario desde el cual re-pensar y reconstruir ese «Estado de derecho».

En mi opinión, no es ese tipo de aproximación –dworkiniana– la que encontramos en el trabajo conceptual ofrecido por Ruiz Miguel, en torno a la noción de igualdad. El ejercicio resulta, en este caso –es mi opinión– menos atractivo: se trata de un emprendimiento teórico-formal, que complejiza al extremo nuestro conocimiento sobre conceptos y concepciones de la igualdad, pero que no nos ayuda, finalmente, a enriquecer nuestro entendimiento y nuestra capacidad crítica, en relación con las profundas injusticias y desigualdades que nos rodean (que no son pocos, agregaría, aún en lo que fuera el «momento feliz» de las transiciones democráticas europeas). Por el contrario –y conforme veremos en el siguiente apartado– dicho análisis nos deja enfrentados a una complejísima madeja conceptual que amenaza con obstaculizar, quitar sentido o bloquear directamente nuestro análisis.

### 3. Del análisis formal al sustantivo; de la filosofía de los conceptos a la filosofía política

En el capítulo 18 de su libro, dedicado a la «igualdad política», Ruiz Miguel renueva –antes que «prosigue» o «profundiza»– su inicial estudio sobre el concepto de igualdad. El autor re-inicia, de algún modo, su análisis anterior (el del capítulo 16), que apoya aquí en una diversidad de distinciones conceptuales sobre la igualdad («igualdad vertical», «igualdad horizontal», «igualdad de impacto», «igualdad de

influencia», «igualdad en los resultados», «igualdad en los procedimientos», «igualdad cuantitativa», «igualdad cualitativa», etc.). Tales distinciones, tributarias de la filosofía dworkiniana, terminan sin embargo por perder de vista –y así, por quitar centralidad– a la distinción nuclear que caracterizó al liberalismo igualitario de Dworkin y Rawls. En el capítulo 18, y por ejemplo, la preocupación por las «circunstancias desiguales» podría haber jugado un papel clave en la determinación de las condiciones de la ciudadanía política; o en la reflexión sobre los prerrequisitos de la democracia. Tales consideraciones podrían haberlo llevado a repensar más críticamente su acercamiento a las ideas de «democracia representativa» y «democracia directa»: ideas a las que dedica bastante espacio en el capítulo, pero sin aludir a los profundos y graves problemas que hoy ya constituyen el sentido común de las ciencias político-jurídicas (la «erosión democrática»; el «backsliding» democrático; la «muerte lenta» de la democracia; «la fatiga democrática»; etc., en por ejemplo, Ginsburg & Huq, 2018; Graber et al., 2018; Levitsky & Ziblatt, 2018). Mejor aún, Ruiz Miguel podría haber retomado las decenas de estudios realizados por Dworkin en torno a las implicaciones político-democráticas de la idea de igualdad: igualdad, democracia y control judicial; democracia e impuestos progresivos; democracia e igual trato en tiempos de terrorismo; etc. Se trata de temas que Dworkin analizó en repetidas ocasiones, y a los que dedicó buena parte de su vida académica, y en particular dos libros, que no aparecen abordados en el texto de Ruiz Miguel (uno ya citado, sobre la igualdad, *Sovereign Virtue*, publicado antes de la aparición del texto de Ruiz Miguel, y otro que Dworkin dio a luz con posterioridad a dicho texto, y referido más directamente a los problemas de la democracia: *Is Democracy Possible Here?*, Dworkin, 1996; Dworkin, 2000; Dworkin, 2006). Sin embargo, el estudio que realiza Ruiz Miguel no nos conduce a tales indagaciones, a la vez que reserva severas críticas al igualitarismo de Dworkin (al que acusa de «adornar con grandilocuentes ropajes idealistas la...pedestre igualdad política...de la que algunos podemos disponer», p. 489). Perdida en los laberintos de la «igualdad vertical», «de impacto», etc., el liberalismo igualitario que presenta Ruiz Miguel termina diciendo mucho menos de lo (mucho, interesante) que está llamado a decir. Más grave que eso –y aquí vuelvo a retomar la reseña de Kymlicka sobre Dworkin– el trabajo que presenta Ruiz Miguel sobre la igualdad resulta, en un sentido tal vez inesperado, conservador. Conservador, agregaría, de un modo más severo que el que aparecía siéndolo (según Kymlicka) la teoría de Dworkin. Y es que, si el libro de Dworkin terminaba por ocuparse mucho más de la igualdad «sensible a las elecciones» que de la igualdad «insensible a las circunstancias», el libro de Ruiz Miguel, más que reforzar una sola de ambas opciones (como parecía hacer Dworkin, según Kymlicka), abandona por completo dicha nuclear distinción (elecciones-circunstancias), que es reemplazada por otras, menos potentes –y menos necesarias, agregaría– en el capítulo. Ruiz Miguel termina por describir a la igualdad como un ideal que «no resulta...tan estricto e importante como podría parecer a simple vista» (2020, p. 489).

El tipo de problemas que señalo para el capítulo 18 estaban ya presentes en el mismo capítulo conceptual del que partíamos (el capítulo 16). Dicho capítulo concluía, de hecho, empujándonos a pensar la idea de igualdad como una «forma», desprovista de «sustancia», «vacía» y susceptible de ser «rellenada» caprichosamente, casi de cualquier modo. Cabe mencionar al respecto, y por caso, las breves consideraciones que el autor ofrecía, en dicho capítulo, en torno a la notable idea rawlsiana de las «arbitrariedades morales». Para los menos familiarizados con el trabajo de Rawls, recuerdo simplemente que la noción de «hechos moralmente arbitrarios» es la que le sirvió para señalar que una sociedad justa no podía tratar mejor o peor a las personas por hechos de los que las personas no eran responsables (su raza, su color de piel, etc.): una noción que siempre mostró

tener una potencia crítica extraordinaria<sup>3</sup>. Sin embargo, la conclusión que propone Ruiz Miguel frente a dicha concepción tan influyente, que inauguró un nuevo paradigma en los estudios sobre la igualdad, resulta desalentadora. Nos dice el autor: «la cuestión está en determinar si las ideas de “arbitrariedad” o de “adecuación” son nociones (o formas) vacías rellenables de cualquier contenido, o si, aun siendo nociones abiertas, de todos modos no son por completo vacías porque establecen o presuponen límites dentro de los cuales es posible afirmar que existen ciertas relaciones relevantes de igualdad (o de desigualdad) y que, por más que puedan estar en conflicto según diferentes concepciones, a la vez, señalan algún perímetro fuera del cual no es posible afirmarlo» (2020, p. 428). Es decir, el núcleo de la teoría que cambió la historia del pensamiento igualitario termina presentado como una propuesta formal antes que sustantiva; radicalmente imprecisa, sino directamente vacía; y abierta a «cualquier contenido». Es allí –al advertir ese contraste– cuando pienso que el enfoque que propone Ruiz Miguel sobre la igualdad corre el riesgo de quedar encerrado en el propio laberinto conceptual en el que busca apoyarse: se trata de una propuesta que insiste sobre el análisis de conceptos, aún a riesgo de que perdamos de vista lo sustantivo de una teoría como la que nos ofrece Rawls<sup>4</sup>.

En definitiva, el análisis de Ruiz Miguel nos empuja a pensar que no hay nada demasiado preciso (¿ni relevante?) en la reflexión filosófica sobre la igualdad: se trataría de una idea formal, muy limitada –sino impotente– y más bien carente de significado. De hecho, es esa cruda conclusión la que parece desprenderse del último párrafo del capítulo 16, en donde Ruiz Miguel retoma y resume su análisis conceptual, con la ayuda de una cita de Fitzjames Stephen. Junto con Stephen, Ruiz Miguel nos dice que la «igualdad es una palabra tan amplia y vaga que por sí sola carece casi de significado» (donde el subrayado del «casi» es suyo, pero que no sirve para obviar la demoledora conclusión anterior [2020, p. 431]).

#### 4. Socialdemocracia, Europa y la teoría de Rawls

Al estudiar el capítulo 17 de *Cuestiones de Principios*, que lleva por título «Igualdad, Liberalismo y Socialdemocracia», se reconocen algunas de las limitaciones –«políticas», si se quiere– que se derivan del análisis conceptual sobre la igualdad presentado por Ruiz Miguel. En este nuevo texto, el profesor contrasta dos propuestas políticas, en apariencia en profunda tensión entre sí, siendo éstas el neoliberalismo y la socialdemocracia. Y considera que tales propuestas políticas (tan habitualmente enfrentadas como polos opuestos dentro del continuo de nuestro arco político) resultan, en verdad, más parecidas que diferentes (tan «lo mismo» resultan, que Ruiz Miguel debe aclarar dos veces, sobre el final del texto, que su examen no pretende

<sup>3</sup> Por lo demás, cabe agregar que dicha propuesta de Rawls –justamente en razón de su potencia– ha resultado sobre-estudiada, y en tal sentido ha sido objeto de análisis y precisiones muy específicas. Se ha discutido muchísimo sobre los factores «moralmente arbitrarios» más determinantes en nuestras sociedades (raza, etnia, género, clase, etc.). Más todavía, podrá agregarse: Rawls revolucionó al pensamiento igualitario con un enfoque tal que nos invitó a pensar, en cierto sentido, yendo mucho más allá de lo que había sido en Karl Marx el punto de llegada. Ello así, a través de afirmaciones como la de que «nadie es dueño de sus talentos»; o que los talentos pertenecen a un «acervo común»; o que nadie puede pedir recompensas especiales por haber nacido dotado de una mayor rapidez mental o de más velocidad en las piernas.

<sup>4</sup> Al respecto, me remitiría a lo dicho por Martha Nussbaum, en un breve escrito que dedicara a reflexionar sobre la obra de Rawls. Si una cosa destaca Nussbaum de todo el aporte rawlsiano, es el modo en que el mismo contribuyó a que la filosofía abandonara el confinamiento al que la había sometido el «positivismo lógico»: hasta entonces –nos dice Nussbaum– la filosofía aparecía encerrada en «la investigación empírica y el análisis conceptual» (Nussbaum, 2002). Rawls –concluye Nussbaum– ayudó a la filosofía política a encontrar su lugar, retomando las grandes preguntas sobre la justicia y la igualdad. Es este análisis –agregaría, teniendo en vista el trabajo de Ruiz Miguel– el que la filosofía no debería (volver a) abandonar, haciendo colapsar la filosofía política en el análisis conceptual.

«identificar el neoliberalismo con la socialdemocracia» ni «difuminar hasta hacer desaparecer las diferencias» entre ambas posturas [2020, pp. 452-53]).

Aquí se advierten –como anticipaba– algunos problemas relacionados con el capítulo anterior (el 16), concentrado en el análisis conceptual. Las dificultades en las que pienso se derivan, en parte, del haber diluido conceptualmente el peso o valor de los componentes esenciales del liberalismo igualitario (por caso, la noción de «arbitrariedades morales»); y en parte, también, del haber optado por precisiones conceptuales sobre la igualdad que no parecen vincularse directamente con los usos que damos a tal concepto en nuestro lenguaje político cotidiano. Por ello, nos encontramos en este texto una comparación entre aparentes opuestos –neoliberalismo, socialdemocracia– en donde, finalmente, los conceptos en tensión aparecen básicamente superpuestos –unos colapsados sobre los otros– y nada parece demasiado diferente de lo que tiene enfrente. La izquierda termina siendo algo muy parecido a la derecha; la socialdemocracia resulta un pariente cercano del neoliberalismo; el liberalismo igualitario se muestra como difícilmente distinguible del liberalismo conservador; y la dupla teórica Friedrich Hayek-Milton Friedman aparece hermanada con la de John Rawls y Ronald Dworkin.

Para ser justos con el autor, debe decirse, por un lado, que concepciones y teorías como las referidas (izquierda, derecha, liberalismo igualitario, liberalismo conservador) son en efecto complejas y guardan ambigüedades muchas veces buscadas. Por otro lado, debe dejarse en claro que Ruiz Miguel acerca estrechamente, pero no identifica, a esos polos en apariencia opuestos; y debe decirse también que el profesor español se ocupa de aclararnos que él interpreta las tesis centrales de autores como los citados (Rawls, Dworkin, Hayek, Friedman) «hasta llevarlas a conclusiones a las que ellos no se han adherido expresamente pero que no creo que fueren su pensamiento» (2020, p. 450). Pero allí reside justamente el problema: en los hechos, Ruiz Miguel fuerza algunas de las tesis centrales de tales autores hasta extremos que ellos seguramente rechazarían, y que no parecería apropiado atribuirles. Es que –permítanme ponerlo así– sobrevuela al capítulo un aire de «fin de la historia» (propio, seguramente, de ese «momento feliz» en el que fue escrito), que lleva al autor a sugerir que la Europa occidental, con su «desplazamiento al centroderecha», representa la arena común de la política contemporánea.

Me preocupa en todo caso, y en particular, el modo en que, en el contexto de *Cuestiones de Principios*, la teoría de la justicia rawlsiana aparece «sin alma», descolorida y desprovista de su potencia igualitaria. De hecho, Ruiz Miguel parece suscribir una lectura difundida pero injusta, de la teoría de Rawls, que asimila a la misma con el moderado liberalismo económico que tiende a predominar en los Estados Unidos, condimentado con algunas pizcas de impuestos a las ganancias, más al estilo europeo. De allí que el profesor pueda acercar al pensamiento de Rawls al de Hayek, atribuyéndole al primero la justificación de «una cierta ampliación temporal de las desigualdades... para las situaciones de crecimiento económico»; «el aumento a largo plazo de las desigualdades siempre que, además, los grupos peor situados en cada momento fueran mejorando en períodos sucesivos» (2020, p. 451). Ruiz Miguel sugiere «una posible coincidencia *parcial* entre la posición de Rawls y la de los neoliberales» (en la medida en que fuera cierta una tesis que él parece acompañar como si fuera cierta), conforme a la cual «la mayor eficiencia económica termina produciendo mayor igualdad» (Ibíd.).

Disiento con la reconstrucción que propone Ruiz Miguel, y considero incorrecto sugerir que Rawls *justificaría* desigualdades tales. Mi disidencia se debe, seguramente, a que participo de la tendencia que lee a Rawls del modo exactamente inverso al propuesto por Ruiz Miguel: estoy entre aquellos que destacan los aspectos

más igualitarios de la *Teoría de la Justicia*. A mi favor, en todo caso, he de decir que la lectura que propondría de Rawls parece fiel al propio texto de su obra magna; de sus consideraciones explícitas sobre los programas económicos que resultarían consistentes con su teoría (en donde Rawls se limita a hablar de dos alternativas, ambas muy radicales: la «democracia de propietarios» y el «socialismo de mercado»); y de las mismas aclaraciones que Rawls se viera obligado a hacer al respecto. Dos de tales aclaraciones resultan especialmente pertinentes, para este apartado.

La primera de tales aclaraciones ayuda a reconocer por qué no es correcto el apresuramiento que muestra Ruiz Miguel en convertir a la «teoría de la justicia» en la justificación teórica de una (complaciente) política socialdemócrata. Adviértase, por caso, las precisiones que realizara el mismo Rawls en su libro *Justice as Fairness. A Restatement* (2001): un libro que el norteamericano dedicara exclusivamente a lidiar con las numerosas y furibundas críticas recibidas por su «teoría» original. En la página 139 de *Justice as Fairness*, Rawls hace un deliberado esfuerzo por distinguir –por impedir que se confunda– a su propuesta en favor de una «democracia de propietarios» con el «capitalismo de estado de bienestar»-*welfare state capitalism* (Rawls no se ocupa aquí, en cambio, de distinguir al segundo con su modelo económico alternativo, el «socialismo de mercado», porque en este caso las diferencias resultaron siempre más evidentes, ante la ausencia de propiedad privada de los medios de producción). Dice Rawls entonces, para contrastar el estado de bienestar y la «democracia de propietarios»:

Una diferencia mayor es la siguiente: las instituciones que están en el trasfondo de una democracia de propietarios (*background institutions*) trabajan para dispersar la propiedad de la riqueza y del capital, y así impedir que una porción pequeña de la sociedad termine por controlar la economía e, indirectamente, también la vida política. Por el contrario, en el capitalismo de estado de bienestar se permite que una pequeña clase tenga casi el monopolio de los medios de producción (2001, p. 139).<sup>5</sup>

Y aclara también Rawls (agregaría, de modo significativo frente a reconstrucciones como la propuesta en *Cuestiones de Principios*): «Los menos aventajados» no deben verse como «objetos de nuestra caridad y compasión, mucho menos de nuestra lástima, sino como aquellos a quienes les debemos reciprocidad como cuestión de justicia política» (2001, p. 139; ver también, en un sentido semejante, O'Neill & Williamson, 2012). Precisiones como las anteriores, según entiendo, nos permiten entender bien las enormes distancias que existen (y que deben mantenerse) entre la visión sobre la economía y la desigualdad que subyace a la «teoría de la justicia», y la propuesta que pudiera avanzar la socialdemocracia europea -un régimen económico que Rawls no estaba dispuesto a suscribir, y mucho menos a justificar, por razones de fondo, «como una cuestión de justicia política».

Por otro lado –en relación con la segunda «aclaración rawlsiana» que quería traer a cuento– citaría un famoso intercambio epistolar entre Philippe Van Parijs y John Rawls, que el primero considerara, con razón, como «el texto más abiertamente anti-capitalista escrito por Rawls», y también (de particular relevancia para nuestros propósitos) como «el único escrito en el que Rawls trata, de modo explícito, acerca de la Unión Europea» (Van Parijs & Rawls, 2003). Cito el texto en su idioma original,

<sup>5</sup> Continúa Rawls: «la democracia de propietarios evita esto, no a través de la redistribución del ingreso hacia aquellos con menos recursos al final de cada período -para decirlo de algún modo- sino asegurando una dispersión en la propiedad de los bienes productivos y el capital humano (esto es, la educación y las habilidades que surgen del entrenamiento) al comienzo de cada período, y todo esto contra un trasfondo de equitativa igualdad de oportunidades. Lo que se busca no es, simplemente, asistir a aquellos que pierden por razones de accidente o mala suerte (aunque esto debe hacerse), sino poner a todos los ciudadanos en una posición de controlar sus propios asuntos, desde un lugar de igualdad económica y social» (2001, p. 139).

para que no se pierdan los términos extremadamente críticos que Rawls reservara para una Unión Europea entonces en vías de consolidación. Sostuvo Rawls, entonces:

The large open market including all of Europe is aim of the large banks and the capitalist business class whose main goal is simply larger profit. The idea of economic growth, onwards and upwards, with no specific end in sight, fits this class perfectly. If they speak about distribution, it is [a]lmost always in terms of trickle down. The long-term result of this—which we already have in the United States—is a civil society awash in a meaningless consumerism of some kind. I can't believe that that is what you want (Van Parijs & Rawls, 2003).

Queda claro, de este modo, el profundo contraste existente entre el pesimismo de Rawls sobre los desarrollos políticos y sobre todo económicos que se afirmaban en Europa, y el optimismo de Ruiz Miguel al respecto. En todo caso, me importa que la discusión subyacente no quede como aludiendo a un mero contraste entre «pesimistas» y «optimistas» (tampoco se trata de una carta escrita alguna vez por John Rawls, sino de una en donde por fin dejó en claro la visión sobre la Unión Europea que no había expuesto en sus demás textos, pero que resulta por completo consistente con su teoría general). Las diferencias son de fondo, y refieren, finalmente, a concepciones sobre la justicia muy diversas.

##### 5. Una cuestión de perspectivas: El «momento feliz» de la socialdemocracia española

El profesor Ruiz Miguel culmina su ensayo más sustantivo sobre la igualdad política —el 18— afirmando que el ideal en cuestión no parece ser «tan estricto e importante como podría parecer a simple vista», y admitiendo que su conclusión puede aparecer como «demasiado conformista con los sistemas democráticos existentes» (2020, p. 489). De modo similar, él cierra su ensayo sobre «Igualdad, liberalismo y socialdemocracia» —el capítulo 17— señalando que la posición que defiende en la materia «no desentona con las tendencias sociales dominantes hoy en Europa, como lo muestran la decisividad electoral del centro político y la alta expectativa... que una gran mayoría mantiene sobre la principal responsabilidad del Estado en materia social» (2020, p. 453).

Me pregunto por qué el profesor Ruiz Miguel tiende a concluir sus estudios sobre la igualdad con afirmaciones tan diferentes de aquellas por las cuales muchos comenzaríamos. Quiero decir, muchos empezariamos el examen sobre la cuestión afirmando que el ideal de la igualdad es, ha sido, y seguirá siendo fundamental para la reflexión filosófico-política; y que nuestra situación en términos de igualdad política es alarmante, por muchas razones a todas luces evidentes y comprensibles, entre las que destacan la presencia de sistemas políticos dominados por elites, en donde la regla es la exclusión mayoritaria y la captura de los beneficios por unos pocos. Partiríamos de tales premisas, que seguramente nos llevarían a conclusiones muy diversas de aquellas a las que llega nuestro autor. Propongo dos razones que podrían ayudar a entender estos diferentes enfoques: la primera tiene que ver con el *espacio* y la segunda con el *tiempo*.

Sobre el espacio. Entiendo que, en cierta medida, las diferencias de enfoque que advierto entre el análisis que propone el profesor Ruiz Miguel sobre la igualdad, y el que muchos —desde contextos diferentes— propondríamos, pueden tener que ver con esta cuestión de perspectivas: valga decir, desde dónde miramos el problema. El contexto socio-político en el que cada uno de nosotros vive puede explicar, seguramente, parte de nuestros diferentes acercamientos a la cuestión: su relativa

conformidad o acuerdo con lo que existe, frente al inconformismo que –desde aquí, por ejemplo, en América Latina– muchos mostramos, ante el estado de la vida socio-política. Pensar la «vida política» desde contextos muy marcados por las desigualdades injustas (nos) fuerza a muchos, seguramente, a «buscar ayuda» y respaldo en la idea de igualdad, con el objeto de cuestionar y someter a crítica el mundo político que nos rodea.

Sobre el tiempo. Pienso que Ruiz Miguel es uno de los grandes autores que nos ha dado la filosofía española de la transición democrática. Al decir «transición democrática» (española o europea) me refiero, fundamentalmente, a los años de bonanza y felicidad que trajo aparejado el gobierno del Partido Socialista encabezado por Felipe González, y que encontraron reflejo, también, en la «oleada socialdemocrática» que primó en Europa en los años 80. Un tiempo de optimismo, de libertades recuperadas, de más profunda, extendida y efectiva igualdad. Leo los análisis de filosofía política de Ruiz Miguel, y me es muy difícil sustraerme de la imagen de aquellos idílicos años, que prometían bajar a tierra «el maná» de la utopía igualitaria: una sociedad que aspiraba a asegurar a cada quien lo que sus necesidades le reclamaban. Con el correr del tiempo, aquellos años de ilusión sin horizontes, sin fin, se convirtieron en un recuerdo, y el Estado de Bienestar Europeo (y el español en particular) mostró sus límites y fisuras, que incluyeron crisis de gravedad (que hoy –en tiempos de pandemia– recrudescen), pero que no alcanzaron a eliminar del todo, la idea según la cual nos encontramos en un desafortunado paréntesis, de una realidad que, en verdad, tiende a parecerse a aquello que la socialdemocracia nos proponía. Desde tal perspectiva, por supuesto, las angustias por la igualdad que no alcanzamos, y las críticas a las desigualdades presentes, parecen exageradas. Alguien podría decir: «vamos, no estamos tan mal en realidad, ni falta tanto para cerrar este paréntesis conservador».

Explico, en definitiva, muchas de las diferencias que encuentro entre el análisis de la igualdad que sugiere Ruiz Miguel en su libro, y el que muchos –en cambio– propondríamos, en nuestras diferentes perspectivas, de tiempo y lugar. Entiendo que la teoría –o, el enfoque– de la igualdad que avanza Ruiz Miguel en *Cuestiones de Principios* representan la mejor expresión de una filosofía jurídica escrita en el «momento feliz» de la socialdemocracia española (o europea). Sería interesante, por ello, contrastar las conclusiones presentadas por nuestro autor, en su libro, con las perspectivas –y, sobre todo, las continuidades, correcciones y precisiones– que hoy él podría ofrecernos al respecto.

## Bibliografía

- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press.
- Ginsburg, T. & Huq, A. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Graber, M., Levinson, S. & Tushnet, M. (eds.) (2018). *Constitutional democracy in crisis?* Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (2001). Review of Ronald Dworkin's *Sovereign Virtue*. En *Isuma: Canadian Journal of Policy Research*, 2/1.
- Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*. New York: Crown.

- Nussbaum, M. (2002). Making Philosophy Matter to Politics. *The New York Times*, op. ed., 2 de diciembre.
- O'Neill, M. & Williamson, T. (eds.) (2012). *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*. Oxford: Blackwell Publ.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Van Parijs, P. & Rawls, J. (2003). Three letters on The Law of Peoples and the European Union in Autour de Rawls. Special issue of *Revue de philosophie économique*, 7, pp. 7-20.

# Paz y guerra en el pensamiento de Alfonso Ruiz Miguel. Con una apostilla sobre Cataluña. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios: entre política y Derecho\*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 615 pp.

Ermanno Vitale  
Università della Valle d'Aosta  
[e.vitale@univda.it](mailto:e.vitale@univda.it)

Cita recomendada:

Vitale, E. (2021). Paz y guerra en el pensamiento de Alfonso Ruiz Miguel. Con una apostilla sobre Cataluña. Comentario a Alfonso Ruiz Miguel, Cuestiones de principios. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 450-462.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6089>

Recibido / received: 01/02/2021

## 1. ¿Es racional lo que es real?

He aceptado con gusto la invitación de José María Sauca para comentar en la revista *Eunomía* la quinta sección, titulada «Pacifismo, cosmopolitismo, nacionalismo», de la voluminosa compilación *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, que recorre buena parte de la «vida de estudios» de Alfonso Ruiz Miguel. Adelanto que comentaré únicamente los ensayos incluidos en esta sección, una tarea ya de por sí bastante exigente y que probablemente supera mis menguantes fuerzas intelectuales. Por lo demás, el hilo conductor que recorre el volumen ha sido magistralmente reconstruido en el prólogo de Francisco Laporta y dudo de que ni siquiera Bobbio, que ha sido la guía bajo cuya égida Ruiz Miguel ha ido desarrollando a lo largo del tiempo su pensamiento, habría sabido realizar mejor la tarea de dar cuenta de la coherencia epistemológica y metodológica del autor. No me cabe duda de que este volumen es un ejemplo excelente de una adecuada utilización del método histórico-analítico que Bobbio ha dejado en herencia a sus discípulos próximos y lejanos.

\* Traducción de Andrea Greppi.



Paso, entonces, directamente a la quinta sección que, en síntesis, afronta el tradicional —«recurrente», habría dicho quizá Bobbio— tema de la paz y de la guerra entre Estados. La sección incluye cuatro ensayos —dos de los cuales habían sido originariamente publicados en los años noventa, «Pacifismo, guerra justa y legítima defensa» (1994) y «Las intervenciones bélicas humanitarias» (1996); uno de los primeros años del siglo, «Paz y democracia internacional (Repensando a Bobbio)», aparecido en 2005 y, por último, uno muy reciente (2019) dedicado a los acontecimientos en Cataluña, «Nacionalismo e invención de enemigos». Paso a discutirlos —en realidad, no iré más allá de alguna modesta nota a pie de página— comenzando por el ensayo escrito originalmente en 2005 y que, a mi juicio, presenta un horizonte teórico más ambicioso, para pasar a continuación a los dos escritos de los años noventa, que parecen estrechamente relacionados entre sí. Finalmente, a modo de apostilla, incluiré alguna consideración a propósito de nacionalismo y Cataluña.

Sin embargo, antes de comenzar a plantear alguna pregunta puntual más seria a mi amigo Alfonso a partir de los ensayos aquí recogidos, debo indicarle al lector dónde se encuentra nuestra distancia, creo insuperable, en torno a la manera de entender la filosofía política y la tarea, si es que existe una, de los llamados «intelectuales». Leyendo estos ensayos me han venido a la cabeza dos citas que, mejor que cualquier otra explicación, muestran el sentido de la diferente perspectiva. La primera, celeberrima, es de J.J. Rousseau, del «Prefacio» del *Emilio*:

Proponed lo que es hacadero, me repiten constantemente. Es como si me dijeran: proponed que se haga lo que se hace; o, al menos, proponed algún bien que se alíe con el mal existente. En ciertas materias, un proyecto así es mucho más quimérico que los míos; porque en esa mezcolanza el bien se echa a perder, y el mal no se cura (1990, pp. 29-30).

La segunda es del propio Bobbio:

«Se comprende, en estas situaciones, cuál es la tentación de la Ilustración, que con más fuerza se siente cuando consideramos que nuestros padres espirituales despreciaron esa filosofía, una filosofía esclarecedora, que da su mejor contribución en combatir la ignorancia y la esclavitud que de ella se deriva, una filosofía, como he tenido ocasión de decir en otra ocasión, militante. ¿Militante por quién? ¿Por un partido, una secta, una confesión? Militante no significa ni partisano, ni sectario, ni devoto. Es la manera de filosofar de quien no se queda contemplando las cosas desde lo alto de una sabiduría osificada, sino que desciende a estudiar los problemas concretos y solo después de haber llevado a cabo una investigación minuciosa y metódica, *toma posición* [las cursivas son mías]. Tomar posición no significa ser de parte, obedecer a las órdenes, oponer furor contra furor, sino prestar oído a todas las voces que surgen de la sociedad en la que vivimos y no a las voces seductoras que provienen de nuestra pereza o de nuestros miedos transformados en la virtud del distanciamiento y la imperturbabilidad, escuchar los reclamos de la experiencia y no solamente los que nos dicta un exasperado amor a nosotros mismos, disfrazado de iluminación interior. Y solo después de haber escuchado e intentado comprender, asumir la parte de responsabilidad que nos corresponde. Hablar de filosofía militante significa preguntarle al filósofo no solamente por lo que piensa, sino también de qué parte se sitúa» (2005, p. 172).

Me he preguntado, más allá de las cuestiones particulares sobre la paz y la guerra de las que vamos a ocuparnos a continuación, dónde habría que ubicar el pensamiento de ARM respecto de estos dos nítidos posicionamientos intelectuales. Con respecto a Rousseau, creo que ARM está en las antípodas. Su investigación está dedicada exactamente a aquello que es factible, que es también aquello que ya se está haciendo, como observaba agudamente el ginebrino, en el marco no solo teórico

sino también histórico-institucional que la realidad ofrece. ARM deja perfectamente preparado el terreno para una reflexión ulterior, comparando minuciosamente y, en la mayor parte de los casos, sapientemente los argumentos a favor y en contra, pero, imagino que por elección, no va más allá de eso. No hay impulso utópico en sus reflexiones, es más, hay una desconfianza de fondo respecto de un pensamiento que afronte el riesgo de una crítica radical de lo existente, que dé lugar a un «proyecto filosófico», a una construcción que, por el momento, no exista más que «en nuestros pensamientos». Incluso respecto de ese normativismo exigente que, en ocasiones, se presenta como utopía razonable —me refiero, por ejemplo, al pensamiento de Ferrajoli, un autor que también encuentra en Bobbio su punto de referencia— ARM se muestra bastante escéptico, dudando de que los argumentos bien contruidos puedan revelarse finalmente, enfrentados con la realidad, como simples fantasías. Por lo demás, ARM no se sitúa tampoco en el bando de los llamados realistas, de los «cínicos», cuya lección Bobbio recomendaba, no para asumirla, sino para no caer en un normativismo ingenuo y retórico, y quizá, al final, también un tanto hipócrita. ARM se queda en una especie de tierra de nadie, a mitad de camino entre el realismo trasimaqueo y el normativismo exigente, terminando por convencerse (e intentando convencernos, ¡una vez más!) de que «lo real es racional». He escuchado más de una vez al propio Ferrajoli contestar, a quien le preguntaba (y siempre hay alguien que lo hace) cómo y cuándo sus ideas podrán convertirse en realidad, con este ejemplo: pensad en un señor medieval, o en un patricio romano, a quien se le dijera que la esclavitud iba a convertirse un día en un grave delito. Probablemente se habría muerto de risa. Y, en cambio, así ha sido, por más que en la senda de las garantías quede todavía mucho camino por recorrer. Me pregunto qué pensará ARM de la perspectiva, quizá gobettiana, según la cual el intelectual (demos por bueno este término tan comprometido) no trabaja para el presente o el futuro próximo, sino poniendo la mirada en un futuro más lejano, asumiendo la tarea y el riesgo de intentar imaginar como «deberá» ser para ser mejor que el presente.

La misma exigencia de fondo aparece también, aunque en forma matizada, en la cita de Bobbio. Examinar todas las razones con atención, diligentemente y con equilibrio, pero al final saber también tomar posición, asumir la responsabilidad de tomar partido, es la manera para conjugar, según Bobbio, el principio de la neutralidad valorativa con el compromiso cívico. También a este propósito no me queda claro hasta dónde llega la actitud «bobbiana» reivindicada por ARM. Me da la impresión, pero podría equivocarme, que en los ensayos sobre paz y guerra recogidos en este bonito volumen se hace más hincapié en la capacidad de exponer y evaluar los distintos argumentos, pero que a la pregunta «¿de qué parte nos situamos?» la respuesta no llega a aparecer, o al menos lo hace explícitamente. Se presentan y se analizan siempre —repito: de manera ordenada y formalmente exhaustiva— las distintas razones, pero considerándolas todas ellas, a grandes rasgos, como equivalentes<sup>1</sup>, con tal de que sean razones que quedan dentro del perímetro de

---

<sup>1</sup> Buen ejemplo de ello son las conclusiones del ensayo sobre las intervenciones militares «humanitarias»: «Como todo argumento que apela al riesgo de *abuso*, también éste presupone la posibilidad de un uso apropiado y legítimo, pues, como dijo Michel de Montaigne, “no cabe abusar sino de las cosas buenas”. Pero aunque el riesgo de abuso de las intervenciones humanitarias parezca particularmente elevado en las actuales y previsibles circunstancias internacionales, a la vista de recientes y notorias experiencias tampoco se puede excluir el problema opuesto: el defecto de uso —sea por no uso o por uso incoherente e insuficiente— de la intervención armada cuando resulta necesario intervenir. La aceptable moralidad de esta contención cuando se debe a serias y legítimas consideraciones de autointerés nacional (como el riesgo de involucrar al país en una guerra generalizada) puede ir convirtiéndose en indiscutible inmoralidad cuando no están en juego intereses vitales del Estado y es posible y adecuada una contribución razonable a la intervención, por ejemplo mediante combatientes profesionales y voluntarios» (Ruiz Miguel, 2020, p. 572). Y ¿entonces? ¿Cuál sería la última palabra al respecto? Estos criterios justifican, en mi opinión, en cualquier situación

aquello que es factible, como diría Rousseau. O, quizá, precisamente porque caen dentro de ese perímetro. En definitiva, da la impresión de que una crítica radical de lo que existe y la preparación teórica del futuro no tienen cabida en el repertorio de ARM. Por el contrario, en el único de estos ensayos en el que ARM toma claramente posición, en el caso de Cataluña, lo hace poniéndose del lado del *status quo* y, sobre todo, antes de haber examinado detenidamente todas las razones, cayendo al final en cierta animosidad y en alguna evidente contradicción. Aquí también me pregunto si la lección de Bobbio ha sido integrada por entero o, intencionalmente, sólo en parte.

## 2. Bobbio, el tercero ausente y la edad de los derechos

Comencemos, pues, por «Paz y democracia internacional (repensando a Bobbio)». Antes de pasar al ámbito internacional, ARM reconstruye a grandes rasgos la propuesta normativa de Bobbio sobre política interna, que se resume en un estado de derecho democrático que, además de garantizar los derechos «civiles y políticos», asegure en la más amplia medida posible los derechos sociales, realizando la síntesis entre el pensamiento liberaldemocrático y socialista, según la fórmula del «socialismo liberal»:

Que este modelo pueda ser resumido en la difícil y abierta síntesis del «socialismo liberal» —uno de los principales oxímoron bobbianos— no debe hacer olvidar que se trata siempre de un modelo que no prescinde de la organización del Estado y, por tanto, presume que la seguridad ente los individuos, así como la garantía de los derechos mencionados, se basa en la posibilidad y legitimidad del uso de la violencia por un poder que, aun controlado por los ciudadanos y a su servicio, está situado por encima de ellos (Ruiz Miguel, 2020, pp. 573-574).

Ya en esta primera cita ARM pone de manifiesto esa tendencia a no tomar partido, con tal de que no salgamos fuera del perímetro de lo existente. De un lado, siente la necesidad de reiterar que también para Bobbio el Estado es el Estado weberiano, el que detenta el monopolio de la fuerza legítima; de otro lado, queda abierta la cuestión del socialismo liberal, definiéndolo a un mismo tiempo, y de forma contradictoria, como una síntesis y un oxímoron, es más, como «uno de los principales oxímoron de Bobbio». Pero ¿es una síntesis o un oxímoron? Porque una «síntesis oximórica» es, a su vez, un oxímoron... ARM parece inclinarse por esta segunda hipótesis, pero no llegamos a descubrirlo con la certeza recomendada por el brocardo *In claris non fit interpretatio*.

Definir de manera clara este punto no es una pedantería. Al contrario, tiene consecuencias teóricas también en el plano de la reflexión en ámbito internacional. Si el socialismo liberal fuera un oxímoron —un *ircocervo* crociano, un animal mitológico mitad carnero y mitad ciervo, es decir, una quimera absurda— en el plano interno, no hace falta decir que mucho más lo sería en el plano internacional o supranacional. E, independientemente de cual fuera la opción preferida por Bobbio entre las dos indicadas por ARM —una *lato sensu* «kantiana», que postula la expansión del sistema democrático a todos los Estados, y otra de carácter hobbesiano, que apuesta por la hipótesis de un gobierno mundial que fuera para cada uno de los Estados (no todos ellos necesariamente democráticos) ese tercero finalmente presente, y no ausente, encargado de desempeñar la misma función que los Estados cumplían respecto de los individuos en el ámbito de su jurisdicción—, es difícil, por no decir imposible, imaginar la replicación a nivel internacional. Que, a este nivel, el tercero *super partes* esté hoy ausente y no se vea la posibilidad de que vaya a aparecer en un horizonte históricamente definido, es algo que afirma con claridad el propio Bobbio, ya desde el

---

cualquier opción. La única cosa que me parece entender es que es preferible dejar correr cuando quienes violan los derechos humanos son huesos duros de roer.

título de uno de sus libros sobre la materia, quizá el más citado de todos (Bobbio, 1989). El punto es que según Bobbio o, al menos, según mi interpretación de Bobbio, ello no significa que no deba ser un «proyecto filosófico» —a partir de un renovado planteamiento contractualista, kantiano en la inspiración y hobbesiano en cuanto a su dispositivo lógico— que deba ser perseguido en el largo plazo, buscando en las transformaciones históricas en curso los elementos que representen un *signum prognosticum*. El pacifismo jurídico que Bobbio considera un camino extremadamente arduo, pero transitable, no se apoya simplemente sobre instituciones cosmopolitas, o sobre un modelo cualquiera de federalismo planetario, sino sobre la tríada paz, derechos y democracia, en la que podría realizarse, en un futuro, el «tiempo de los derechos». Es más un «proyecto filosófico» cultural y cívico, que político-institucional: el tiempo de los derechos no puede ser más que el tiempo en el que el planeta camine hacia la implementación de las cuatro grandes libertades de los modernos, donde el mercado no será el amo absoluto y donde el «pacto civilizatorio» soñado por el socialismo liberal se convertirá, trasladado a la altura de los desafíos globales, en la proyección de esa «décima época» de progreso moral y social que en su *Esquisse* enardecía la imaginación del último Condorcet:

La instrucción bien dirigida corrige la desigualdad natural de las facultades en lugar de fortalecerla, de igual modo que las buenas leyes remedian la desigualdad natural de los medios de subsistencia, y los mismo que, en la sociedades en que las instituciones hayan establecido esa igualdad, la libertad, aunque sometida una Constitución regular será más extensa y más completa que en la independencia de la vida salvaje. Entonces el arte social habrá cumplido su fin: el de asegurar y extender a todos el goce de los derechos comunes que por naturaleza les corresponde (Condorcet, 2004, pp. 166-167).

Es muy interesante diseccionar el pensamiento de Bobbio sobre la paz y la guerra y disertar sobre la eficacia, la posibilidad y, finalmente, la deseabilidad de las dos perspectivas, a mi juicio más complementarias de lo que puedan parecer a primera vista, de las democracias confederadas y del Estado federal mundial, pero esta vía nos aboca a la resignación a aquello que hoy nos parece factible, si descartamos la posibilidad de pagar precios que resulten demasiado altos, o empleando medios que fueran patentemente contrarios al fin que deseamos alcanzar (creer en el dictador que dice ponerse como objetivo el establecimiento de la democracia, o ponerse en manos de una superpotencia hegemónica para construir mediante la fuerza la federación de los Estados republicanos). A continuación recojo una amplia cita que me parece significativa, y de alguna forma determinante, para fijar la actitud con la que ARM mira al universo de las relaciones internacionales. Su convicción de fondo reposa en un marco sustancialmente inmutable o, lo que viene a ser lo mismo, sobre el escepticismo respecto de la posibilidad de cambiar el paradigma de las relaciones internacionales:

Es verdad que resulta muy poco realista pensar que sea *factible* [las cursivas son mías] constituir un gobierno mundial por acuerdo entre los Estados. En realidad, del estado de naturaleza hobbesiano no parece que se puede salir mediante un acuerdo voluntario por la sencilla razón de que —como claramente entendió el propio Hobbes aunque sin llegar a sacar todas las consecuencias de ello— cada parte debe preferir mantenerse armada y en situación de guerra potencial o efectiva antes que arriesgarse a perderlo todo si la otra parte no cumple el acuerdo. En otras palabras, el estado de naturaleza plantea una situación de dilema del prisionero en la que no es racional esperar la entrega voluntaria y simultánea del poder de cada uno a una instancia superior a todos. Para visualizarlo, imaginemos solo a Estados Unidos, China, Brasil y la Unión europea en un hipotético futuro negociando la renuncia a defender por sí mismos sus intereses nacionales y la puesta a disposición de sus

armas y ejércitos a unas renovadas Naciones Unidas. Es inimaginable que se pudiera llegar a acordarlo (Ruiz Miguel, 2020, p. 590)<sup>2</sup>.

En realidad, el mundo de las relaciones internacionales está en continua transformación y resulta cada vez más articulado y complejo, como advierten los especialistas en la materia: los actores estatales y no estatales se multiplican, y ni siquiera las guerras son ya las de antaño, sino que se han convertido en situaciones magmáticas, ni guerras ni guerrillas, ni guerras entre estados ni propiamente guerras civiles (Badie y Vidal, 2016). Todo esto, obviamente, se le escapaba a Hobbes y a Kant, pero en buena medida también al último Rawls de *The Law of Peoples*. Profundizar en estas consideraciones nos llevaría hacia otro plano de discurso, y probablemente hacia un terreno en gran parte desconocido. Sugiero que podamos adentrarnos en esta exploración, para manejar estos temas con mayor conocimiento de causa, pero aquí me limito a subrayar que Bobbio, a pesar de la etiqueta pesimista que le había sido adjudicada, se inclinaba, aún con todas las cautelas del «después de Auschwitz», por una filosofía de la historia ni cíclica ni regresiva, sino, pese a todo, progresiva. Véase, por ejemplo, el cierre del ensayo *L'età dei diritti*:

He comenzado con Kant. Con Kant termino. El progreso humano no era para Kant necesario. Era solamente posible. Él reprochaba a los «políticos» no tener confianza en la virtud y en la fuerza del impulso moral, y repetir: «El mundo ha estado siempre como ha estado hasta ahora». Estos, comentaba, con esta actitud, hacen que el objeto de sus previsiones, es decir, la inmovilidad y la monótona repetitividad de la historia, se confirme. De tal modo relegan a arte los medios que podían asegurar el progreso hacia mejor. Respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad estamos ya demasiado retrasados. Busquemos no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos mucho tiempo que perder (Bobbio, 1991, pp. 111-112).

El de Bobbio, era el verdadero pesimismo del iluminista, que no cierra nunca los ojos ante las tragedias que la realidad nos ofrece, pero que al mismo tiempo toma posición y prosigue la batalla intelectual, moral y cívica para dar sentido y consistencia a ese «proyecto filosófico» que se resume en el anhelo a realizar en la mayor medida posible en la «cruda realidad» [*rozza materia*] el «noble ideal» del tiempo de los derechos.

### 3. ¿Cuándo es justa una guerra?

A diferencia de Luigi Ferrajoli que asume y desarrolla en su obra esta indicación bobbiana, ARM parece perplejo ante esta perspectiva. La admira, parece fascinado, pero no la sigue hasta el final. De alguna forma «no se la traga». Demasiado abstracta, demasiado alejada en el tiempo, parece pensar ARM: hay temas más concretos sobre los que razonar, propuestas más factibles. Ante esta perplejidad de fondo, legítima y completamente respetable, yo no tengo nada que añadir, salvo que así es como se explican probablemente los intereses de investigación que confluyen en los dos primeros ensayos que componen la sección quinta de *Cuestiones de principios*, es decir, «Pacifismo, guerra justa y legítima defensa» y «Las intervenciones bélicas humanitarias». En ambos se reconoce, a fin de cuentas, que la guerra es un hecho terrible pero prácticamente inevitable en la historia humana, y ambos se afirma, asumiendo claramente como punto de vista más razonable el

<sup>2</sup> Me permito señalar que también la UE nace, aún con todos sus defectos estructurales, de acuerdos que en un tiempo no demasiado lejano habrían parecido impensables. Y, remontándonos más atrás, al tiempo de los particularismos feudales, lo mismo habría podido decirse de los estados territoriales o nacionales.

«consecuencialismo», esto es, la ética de la responsabilidad, cuándo, cómo y por qué algunas guerras pueden ser, con todo, consideradas justas, *pace* Kant.

Es entre finales de los años ochenta y los años noventa cuando ARM escribe *La justicia de la guerra y de la paz* (1988) el texto que, por expresa declaración del autor, se revisa y desarrolla en los ensayos aquí citados y que contiene los temas que realmente le interesan. La confrontación bipolar entre las dos superpotencias ha llegado a su fin y la victoria ha correspondido indiscutiblemente a los USA. El sistema de las relaciones internacionales se había transformado profundamente y estaba reclamando, según ARM, una nueva respuesta a la pregunta sobre la justificación moral de la guerra. Hoy, probablemente, vuelve a presentarse ese mismo desafío intelectual, en un marco de relaciones internacionales significativamente distinto, al menos por dos razones: la indiscutible hegemonía estadounidense ha durado poco y quizá sigue vigente en el plano estrictamente militar, pero desde un punto de vista económico y geopolítico hace tiempo que se encuentra amenazada por China, en un contexto más multipolar que bipolar; en el escenario geopolítico del mundo global han irrumpido con fuerza actores no estatales pero que tienen la capacidad de promover y condicionar las grandes decisiones estratégicas, así como de modificar los equilibrios político-económicos del planeta. Si todo ello es sensato, entonces, habría que volver a preguntarse cuáles son, en este nuevo contexto, las razones de la justificación moral de la guerra. El riesgo, por decirlo de forma graciosa o semiseria, es volver demasiado a menudo sobre el mismo tema y acabar haciendo «filosofía de la crónica», porque, como se suele decir en estos casos, recordando a Heráclito, «todo fluye». Sin embargo, un seguidor de Bobbio debería tener una mayor tendencia a analizar las grandes cuestiones desde la perspectiva del «nihil sub sole novi» que del «panta rei». A menos que no se considere que el fin del bipolarismo ha determinado un verdadero «cambio de paradigma».

Es verdad que algunos argumentos tradicionales y declaradamente afines a la retórica colonialista y nacionalista a favor de la guerra mencionados por ARM —el espíritu natural e conquista, la ampliación del comercio o la revitalización de las energías de un pueblo debilitado por la paz— resultan hoy impresentables, pero, de un lado, en su forma más explícita ya lo eran incluso antes de la guerra fría, y, de otro lado, habría que ver si los argumentos que hoy sí se consideran aceptables, la legítima defensa y, sobre todo, la intervención humanitaria en defensa de los derechos humanos, no son una manera —más refinada, o hipócrita— para justificar intervenciones cuya *ratio*, ahora como entonces, es puramente estratégica, económica o geopolítica, según se prefiera. Creo que el caso de Irak es, a este respecto, ejemplar. Una agresión disfrazada como legítima defensa preventiva y como intervención humanitaria para liberar a la población de un dictador sanguinario, al que previamente se le había apoyado en su ascenso al poder.

Se podría preguntar enseguida por qué no se interviene militarmente también cuando China, Rusia o Israel violan los derechos humanos o llevan a cabo operaciones político-militares que constituyen auténticas «anexiones» de facto. Pero es en este punto cuando interviene la ética de la responsabilidad o, más aún, la razón de Estado, para poner las cosas en su sitio. Se hace lo que se puede donde se puede y, sobre todo, donde conviene. El recurso a un celeberrimo pasaje maquiaveliano no deja lugar a dudas y no requiere, a mi juicio, comentario alguno:

Una ética que quiera operar en el mundo, sin embargo, una ética a la altura de la naturaleza de los conflictos internacionales no puede dejar de tener presente, debidamente interpretada y corregida, la maquiaveliana admonición de *El príncipe*: “... un hombre que en todas partes quiera hacer profesión de bueno, terminará arruinándose entre tantos que no son buenos. Por lo que un príncipe que quiera

mantener es necesario que aprenda a ser capaz de no ser bueno y a usar o no de ello según la necesidad” (Ruiz Miguel, 2020, p. 531).

El inciso «debidamente interpretada y corregida» no modifica, a mi juicio, la perspectiva. Si echas mano de Maquiavelo no lo haces para diluirlo. Sería contradictorio. Rechazada, por tanto, como ingenua, gracias también a la autoridad de Maquiavelo, toda forma de «deontologismo» y aceptada la lógica del «consecuencialismo», a ARM todo lo demás le viene dado... en consecuencia y consiste en un análisis minucioso de la casuística en que la guerra es justa y de los criterios de proporcionalidad que han de ser respetados para que un conflicto limitado no se convierta en una tercera guerra mundial. En el nuevo escenario abierto tras la caída de la URSS esta perspectiva parece un poco cínica —siempre que se combata una guerra «con justicia» van a acabar cayendo un cierto número de personas inocentes, que se le va a hacer...— pero a fin de cuentas razonable. El mayor riesgo, el de la escalada nuclear que había traído, además del llamado equilibrio del terror, un sincero interés hacia el pacifismo institucional parece controlado, básicamente porque el Occidente más o menos democrático ha triunfado. ¿Pero es realmente así? Una vez más, ¿acaso la verdadera ingenuidad no está en el realismo cortoplacista? A día de hoy, pero para quienes querían verlo las cosas estaban ya bastante claras en las dos o tres décadas finales del siglo pasado, nos encontramos ante una serie de emergencias planetarias interconectadas, que se alimentan entre sí y que ponen seriamente en discusión la supervivencia del género humano, al menos en las formas de la reproducción social y de la convivencia civilizada que nos resultan familiares: cambio climático, calentamiento global, con las consiguientes catástrofes, cada vez más frecuentes, probable escasez de algunos bienes fundamentales, empezando por el agua, desigualdades abismales entre grupos políticos y dentro de los mismos, financiarización salvaje de la economía capitalista, alérgica a cualquier forma de regulación heterónoma, grandes migraciones forzadas más o menos directamente por este conjunto de razones. Y el listado podría continuar. Frente a todo esto, las dos alternativas de fondo son la que con énfasis se define «justicia planetaria», es decir, el titánico esfuerzo para resituarse dentro de las limitaciones físicas del planeta y de reasignación y redistribución más equitativa de los recursos y de las cargas entre estados y ciudadanos de mundo, estableciendo para tal fin formas de colaboración estable, no sujetas a continua renegociación, o bien la que consiste básicamente en permanecer en el perímetro del estatus quo, del seguir haciendo lo que se está haciendo, considerando suficientes las declaraciones de buena voluntad no acompañadas por decisiones y comportamientos coherentes, o de grandes compromisos, con tal de que queden lo suficientemente alejados en el tiempo, y pese a ser desmentidos por las decisiones políticas a corto plazo.

En este segundo caso, el resultado más probable será una acentuación de las controversias y un aumento de las razones de conflicto, cuya solución pacífica, negociada, será cada vez más complicada. En este oscuro panorama, pero no tan poco razonable como para que podamos apartarlo de nuestra mente como una simple pesadilla, la guerra en sus incontables formas diferentes volverá a ser el método principal para la resolución de las controversias y los argumentos que hoy nos parecen impresentables podrán nuevamente encontrar un lugar en la retórica política. Es más, me atrevería a decir que, en los últimos tiempos, ya lo han encontrado. En el fondo, como recordaba Kant, para legitimar la guerra ya hemos inventado el cuerpo diplomático, que está siempre dispuesto a ello. Dicho de otra manera, una vez que aceptamos el discurso de la legitimación, en el fondo de todas las guerras siempre podrá encontrarse alguna. Como mínimo, el recurso al *ius praeventionis* funciona siempre.

Y además, en cierto sentido, ninguna guerra es más «justa» que la combatida en estado de extrema necesidad, ante la aparente elección entre *mors tua* y *vita mea*. En un planeta destrozado y agotado, en busca de las condiciones mínimas para la vida, todas las guerras serán justas, justísimas. No necesitaremos siquiera el cuerpo diplomático para justificarlas. Al revés, la apuesta que debemos hacer es la que está centrada en remover las causas de estas guerras potenciales, como invitaban a hacer las constituciones *lato sensu* «liberalsocialistas» de la segunda mitad del siglo XX con respecto al exceso de desigualdad entre ciudadanos, si bien únicamente en el ámbito de la política interna. Volvemos a una especie de *domestic analogy*. Bajo la forma de un proyecto filosófico, en suma, de la razonable utopía del «tiempo de los derechos». O quizá, por oximórico que pueda parecer, se trata del realismo de quien intenta mirar en la distancia, corriendo el riesgo de parecer alguien que sueña a ojos abiertos, cuando no un pobre iluso<sup>3</sup>.

#### 4. Cataluña y la invitación al diálogo

A diferencia de los anteriores, el último ensayo de esta sección —«Nacionalismo e invención de enemigos (a propósito de Cataluña)»— es muy reciente y trata de un tema algo excéntrico respecto a la paz y la guerra entre Estados. La compilación habría podido concluirse con veintidós ensayos, y quizá por mi parte yo habría debido fingir que así era, ignorando el vigesimotercer ensayo, evitando entrar en una discusión en la que admito no saber lo suficiente, por lo menos respecto de los acontecimientos que han precedido y que han venido después del referéndum catalán de 2017. La cuestión es, sin embargo, muy estimulante, tanto en sí misma, como porque, como ya he adelantado, parece presentarnos, al menos en este ensayo, a un ARM diferente, menos disponible a examinar con finura y paciencia los argumentos a favor y en contra, y más propenso a la intransigencia que a la tolerancia. Con una metáfora de la esgrima, se podría decir que ha dejado de lado el florete que estaba empleando hasta entonces para pasar repentinamente al sable o, quizá, a un arma no convencional, como la cimitarra o la clava.

Para ser precisos, en el comienzo del ensayo todavía siguen apareciendo los movimientos elegantes de quien tira de florete, y la argumentación contra el nacionalismo ético e identitario —pero, al fin y al cabo, me pregunto, ¿existe un nacionalismo que no lo sea? El patriotismo constitucional a la Habermas, ¿no es más bien un universalismo moderado?— es tan convincente y acertado que lo reproduzco por completo:

Uno de los rasgos del nacionalismo es su propensión a la invención de enemigos. Al fin y al cabo, como buen hijo del romanticismo, el nacionalismo es una de las doctrinas particularmente proclives a servirse de relatos en buena parte inventados, y sabido es que la afirmación de la identidad colectiva es siempre más rápida y sencilla de construir contra otros. No obstante, me importa señalar que la enemistad no es solo un instrumento subjetivamente utilizado por los nacionalistas, sino también un resultado objetivamente inscrito en esa ideología. Más allá de las pretensiones subjetivas de sus adalides y de sus invenciones más o menos ingenuas o deshonestas, el nacionalismo incorpora potencialmente como ingrediente objetivo la dialéctica amigo-enemigo en el sentido de Carl Schmitt (Ruiz Miguel, 2020, p. 599).

Hacia la conclusión, en cambio, el ensayo adopta el tono de la invectiva y las responsabilidades, o más explícitamente las culpas, se atribuyen por entero a los nacionalistas catalanes, que son considerados —precisamente— culpables no sólo de ser en la práctica nacionalistas étnicos, sino de haber sentado las bases para la

<sup>3</sup> En esta dirección, invito a todos a leer Ferrajoli (2020).

difusión de la misma actitud entre los españoles (no catalanes), provocando incluso una balcanización de la controversia, o del conflicto, si prefiere decirse así:

Antes he intentado separar conceptualmente de manera muy tajante el nacionalismo identitario, del que he venido hablando como nacionalismo, del nacionalismo cívico, el patriotismo constitucional o como quiera llamársele. Pero lo que es claro y distinto en los conceptos puede ser difuso y continuo en los hechos. Y en los hechos el nacionalismo identitario en acción no solo radicaliza a sus creyentes, sino que, por reacción, tiene el riesgo de convertirse en una especie de agujero negro que expande el nacionalismo identitario entre sus oponentes. El nacionalismo cívico, en los hechos, puede convertirse en étnico, como lo muestra la reciente historia de los Balcanes (Ruiz Miguel, 2020, p. 602).

Disculpadme la comparación quizá inadecuada, pero presentar de este modo las cosas se parece mucho a lo que se les dice a los niños de buena familia: ten cuidado con las malas compañías, que podrían llevarte por el camino de la perdición. Si se te cruzan en tu camino estos catalanistas, de rebote, corres el riesgo de convertirte en un nacionalista étnico. Muchos padres cuando se las tienen que ver con hijos que han cometido delitos o de alguna forma se portan mal, les echan la culpa a las malas compañías. Como dice un refrán italiano, quien va con un cojo aprende a cojear. Pero esto, a fin de cuentas, no deja de ser un excelente argumento a favor de la secesión. Si se quiere, no de Cataluña respecto de España, ¡sino de la España buena respecto de la Cataluña mala! Al final, el resultado será evidentemente el mismo y abrirá el vaso de Pandora de otros sentimientos independentistas que, es inútil negarlo, siguen vivos bajo el manto de la España democrática actual.

Para evitar el riesgo de balcanización del conflicto, la única perspectiva de «diálogo» que contempla ARM es la que parece tomar como punto de partida la derrota total no solo de las ideas catalanistas, sino también de los líderes políticos que las han defendido, porque no son de fiar y sería «estúpido» que se les concediera un indulto a cambio de nada o, mejor dicho, a cambio de una aparente tregua hasta la próxima «intentona». Lo lamento, pero esta es la manera en que sé retratar a un «enemigo», que es traicionero por definición, y no a un interlocutor, a un adversario político. Y precisamente esta es la vía que predispone hacia la «balcanización» del conflicto.

Las propuestas de un nuevo acuerdo que permita superar la crisis deben excluir no solamente el «raca raca secesionista del referéndum», sino dejar claro que «ante todo, se debe olvidar el recurso facilón y ya extenuado al “más autogobierno”, que en la aciaga senda de la teoría del salchichón deja incólume lo ya conseguido por los nacionalistas para que sigan cortando y comiendo las rodajas siguientes»; «en segundo lugar, hacen falta políticas y reformas legales que primen la lealtad y desalienten la deslealtad territorial» (Ruiz Miguel, 2020, p. 603). En definitiva, el Estado debe estar mucho más presente y ser más visible en todas las Comunidades autónomas, al menos para garantizar una mayor igualdad en relación con la educación y la sanidad. Más allá de los contenidos, más o menos asumibles, este lenguaje se parece más al de quien cree poder dictar las condiciones de una rendición que al de quien quiere poner en marcha una reflexión en común y, eventualmente, una negociación política.

No sé mucho de ello, como he dicho, y me disculpo por anticipado si estas consideraciones pueden resultar inoportunas, fuera de contexto, pero algo recuerdo haber leído al respecto. Sé que las dudas manifestadas por Ferrajoli acerca de la respuesta penal, esto es, sobre la criminalización del independentismo catalán y de sus representantes legítima y legalmente elegidos, y la respuesta política, que habría sido preferible, para no dar la impresión de que nos encontramos ante dos

nacionalismos iguales y contrapuestos, han suscitado reacciones fuertes e indignadas entre diversos estudiosos, entre los que se encuentra el propio ARM (Ferrajoli, 2019 y Ruiz Miguel, 2020a). La acusación que más me ha sorprendido y, personalmente, entristecido, ha sido el reproche a Ferrajoli de falta de coherencia con su teoría, con su itinerario filosófico-jurídico-político. En definitiva, se le acusaba de haberse traicionado a sí mismo... poco ha faltado para que se dijera que estaba perdiendo la cabeza. Los tonos de la respuesta a Ferrajoli eran exacerbados y rígidos en la absoluta certeza de estar enteramente del lado de la razón, con la misma rigidez que parecen mostrar los fiscales encargados del caso, que rechazan como casi ofensiva cualquier propuesta de indulto, en línea con el clima de opinión general que parece todavía dominante en España (Parera, 2020).

Andrea Greppi, en una entrevista a un periódico italiano, y que seguramente nadie habrá notado en España, se preguntaba si, tras la derrota de ETA, el nacionalismo español, que viene de lejos y que no ha surgido como reacción al catalán, no necesitaba un nuevo enemigo para recomponerse y reafirmarse, y no lo encontró precisamente en el secesionismo catalán. En el fondo, tiene razón ARM cuando sostiene que el nacionalismo se basa sobre la dialéctica amigo-enemigo, pero cabría preguntarse si esto vale universalmente, como es razonable suponer, o sólo particularmente para el caso del nacionalismo catalán. Greppi afirmaba además, a propósito del recurso al artículo 155 CE: «Hay que decir claramente que este es un artículo mal hecho, demasiado genérico, porque no establece límites, condiciones y garantías para una intervención excepcional del gobierno central. Pero la dificultad no está solamente en esa norma: detrás de las tensiones de estos días se encuentra también, por un lado, el papel atribuido al Tribunal constitucional por la reforma de 2015 que el atribuye poderes sancionatorios directos y de ejecución en relación con el incumplimiento de sus resoluciones y, por otro, los rasgos autoritarios de los artículos del Código penal que establecen penas desproporcionadas para los delitos rebelión y sedición. La amenaza de 15 años de cárcel como respuesta a actividades que pueden en gran parte ser contiguas a la libertad de expresión es muy grave» (Greppi, 2017).

No tengo simpatía alguna por el secesionismo catalán y, en general, por las secesiones de los ricos, pero francamente no consigo quitarme de encima la impresión de que se ha recurrido a la mano dura para hacer frente a algo que, por más que fuera ilegal, no dejaba de ser un referéndum, y no la ocupación armada de las calles y las plazas. No pretendo tampoco poner en discusión la corrección formal, técnica, del procedimiento seguido contra los independentistas catalanes y cuya denominación oficial es «Causa Especial 20907/2017», pero que el gran público conoce como «el juicio del *procés*», y de la consiguiente sentencia, dictada en octubre de 2019, a pesar de que en el mundo se han producido muchas tomas de posición críticas y se han suscitado muchas dudas en este sentido, comenzando por las de *Amnesty International*. En último término, creo que la respuesta de Madrid ha sido solo, o casi, fuertemente judicial. Y no se diga que no había más remedio que hacerlo así. Después de tantos elogios a las virtudes del «consecuencialismo», que no coincide con la valoración de la oportunidad política pero que asume una buena dosis de ella, atrincherarse en una cuestión de principios —esto es, apelar a una forma del tan vituperado «deontologismo»: el referéndum se configura como un delito de sedición y, por tanto, hay que aplicar el código penal, cualesquiera que fueran las consecuencias— parece ideológico y poco creíble. La elección ha sido, más bien, exquisitamente política: se ha considerado oportuno dar, ostensiblemente, una lección que pudiera servir de advertencia.

Naturalmente, en el clamor de las beligerantes declaraciones de una parte y otra, y con los profundos rencores que se generan, incluso la mera posibilidad de

pensar si no sería el caso de interpretar de forma menos rígida el artículo 2 de la Constitución y redibujar España en clave de un estado federal, se aleja sideralmente.

Sería bueno quizá que los estudiosos de demostrada fe democrática, fieles a esa Constitución que contó también con Bobbio entre sus inspiradores, no pasaran por alto que el fundamento filosófico de la democracia moderna se encuentra en el contractualismo de los siglos XVII y XVIII. El individuo, la persona, se sitúa axiológicamente por delante del Estado entendido como sociedad, y no como comunidad. En esta perspectiva, que se encuentra en las antípodas del nacionalismo de matriz romántica, si un número significativo de ciudadanos empieza a poner en duda —con razón o sin ella, mal aconsejado o no— que sea útil seguir formando parte de una determinada colectividad política, este es un problema serio, que ha de ser afrontado con los instrumentos de la política y no con el recurso a la represión o negándose a reconocer con artificios retóricos que existe un problema<sup>4</sup>.

En la primera fase de la guerra fría, precisamente en 1951, en una situación global de fractura política, militar e ideológica mucho más oprimiente y potencialmente cargada de consecuencias mucho más peligrosas que la cuestión catalana, Bobbio invitaba a todos, pero en particular a los intelectuales, al coloquio, aun sabiendo perfectamente que iba a ser difícilísimo lograrlo. Aquella invitación, como todos sabéis, empezaba así:

La tarea de los hombres de cultura es, ahora más que nunca, la de sembrar dudas, y no la de recoger certezas. De certezas —recubiertas con las galas de los mitos o edificadas con la piedra dura del dogma— está llenas, rebosantes, las crónicas de la pseudocultura de los improvisadores, de los diletantes, de los propagandistas interesados. Cultura significa medida, ponderación, circunspección: valorar todos los argumentos antes de pronunciarse, controlar todos los testimonios antes de decidir, y no pronunciarse y no tomar decisiones nunca a la manera de un oráculo del que depende, de manera irrevocable, una elección perentoria y definitiva (Bobbio, 2005, p. 3).

Todo aquel que quiera remitirse a Bobbio debería quizá comenzar retomando, antes que nada, el hilo conductor de aquella invitación de hace setenta años.

## Bibliografía

- Badie, B. y Vidal, D. (2016). *Nouvelles guerres. Comprendre les conflits du XXI siècle*. París: La Découverte.
- Bobbio, N. (1989). *Il terzo assente*. Torino: Sonda.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Bobbio, N. (2005). *Política e cultura*. Torino: Einaudi.
- Condorcet. (2004). *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (2018). Deshaciendo un posible equívoco. En *El País*, 29 de diciembre. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2019/12/28/opinion/1577552586\\_705550.html](https://elpais.com/elpais/2019/12/28/opinion/1577552586_705550.html) [consultado el 4 de marzo de 2021].
- Ferrajoli, L. (2020). Per una Costituzione della Terra. *Teoria politica*, X.

<sup>4</sup> Esta es la impresión que me produce la lectura de Ovejero (2020).

- Greppi, A. (2017). Dopo l'ETA, ora la Spagna ha un nuovo nemico, entrevista a Andrea Greppi de Jacopo Rosatelli. En *Il Manifesto*, 28 de septiembre. Disponible en: <https://ilmanifesto.it/dopo-leta-ora-la-spagna-ha-un-nuovo-nemico/> [consultado el 4 de marzo de 2021].
- Ovejero, F. (2020). España no es un problema. En *Revista de Libros*, 9 de diciembre. Disponible en: [https://www.revistadelibros.com/articulos/espana-no-es-un-problema?&utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=nl20201216](https://www.revistadelibros.com/articulos/espana-no-es-un-problema?&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=nl20201216) [consultado el 4 de marzo de 2021].
- Parera, B. (2020). La Fiscalía se opone al indulto a los presos del procés y avisa ante acuerdos políticos. En *El confidencial*, 22 de diciembre. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/espana/2020-12-22/fiscalia-indultos-presos-proces-tribunal-supremo\\_2882563/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-12-22/fiscalia-indultos-presos-proces-tribunal-supremo_2882563/) [consultado el 4 de marzo de 2021].
- Rousseau J.J. (1990). *Emilio, o de la educación*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz Miguel, A. (2020a). Luigi Ferrajoli y Cataluña: una correspondencia. En *Almacén de Derecho*, 2 de enero. Disponible en: <https://almacendederecho.org/luigi-ferrajoli-y-cataluna-una-correspondencia> [consultado el 4 de marzo de 2021].

## Razonando *Cuestiones de principios* (Respuesta a mis críticos)\*

Alfonso Ruiz Miguel  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-6306-7291  
[alfonso.ruiz@uam.es](mailto:alfonso.ruiz@uam.es)

Cita recomendada:

Ruiz Miguel, A. (2021). Razonando «Cuestiones de principios» (Respuesta a mis críticos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 463-486.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6090>

Recibido / received: 08/03/2021

«Las personas de buen juicio, según luego he podido apreciar, rara vez caen en el vicio de discutir, salvo los abogados, los universitarios o los que se han criado en Edimburgo».  
Benjamin Franklin, *Autobiografía*.

El mejor homenaje a un libro recién publicado es tenerlo en cuenta. Mi agradecimiento por ello a los cinco amigos y colegas que con gran generosidad con su tiempo han asumido la tarea de leer y responder a la para mí tan sorprendente como grata iniciativa de José María Sauca de organizar este debate en *Eunomía*. Como sugiere Francisco Laporta al final de su también generoso prólogo, no está clara la unidad de contenidos del libro, y me temo que esa misma diversidad puede trasladarse a este debate. Ciertamente, todos los temas allí y aquí tocados, como los mismos participantes, tienen o tenemos el aire de familia de una larga y estrecha relación con la filosofía del Derecho, pero tampoco tengo claro que esa materia, un poco en tierra de nadie entre dos saberes muy distintos y otro poco dividida entre temas y enfoques diversos, tenga la unidad de fondo que tienden a exigir los pensadores erizo. Lo que como inevitable zorro me preocuparía más, en cambio, es que más allá de la probable coherencia de método, que Paco Laporta caracteriza como «voluntad de argumento»

\* Indicaré entre paréntesis en el texto las citas de mi libro *Cuestiones de principios*, identificado por el año 2020 seguido de la página citada. Las referencias entre paréntesis en el texto sin indicación de autor ni año lo serán a las páginas en este mismo número de *Eunomía* de las contribuciones a este debate, que serán fáciles de identificar contextualmente por el apartado en el que se encuentran. En el resto de referencias entre paréntesis en el texto se indicará la correspondiente autoría, año y página(s).



(2020, p. 19), en el libro y en el modo de abordar sus temas se echara de menos alguna severa incoherencia en los principios que alientan detrás de las cuestiones debatidas. Creo que este debate es una oportunidad de ponerlo a prueba, es decir, de reflexionar no solo sobre algunas cuestiones más o menos concretas sino también sobre la coherencia de mis convicciones últimas. Y ese es otro motivo más de agradecimiento.

### 1. La cuestión constitucional de la laicidad: de la deliberación pública al agnosticismo (Rodolfo Vázquez)

El buen amigo Rodolfo Vázquez propone volver a un tema sobre el que hemos ya debatido anteriormente: la laicidad. En su amplia reflexión, Rodolfo aborda cuatro aspectos diferentes, tres de los cuales hemos debatido previamente. En uno de ellos, el del último apartado, dedicado al papel de la religión en la deliberación pública, reafirma y añade razones en una línea en la que ya habíamos coincidido de manera muy sustancial y en la que mi acuerdo continúa sin fisuras. Ambos hemos compartido la idea de Rawls de que en la esfera pública, incluido en ella el debate político no institucional, deben ser mantenidos al margen los argumentos idiosincrásicamente religiosos (y en realidad, más en general, argumentos de carácter idiosincrásico, es decir, argumentos que solo puedan ser válidos por quienes comparten creencias que ellos mismos deben considerar propias y exclusivas de una posición no imponible a los demás). Frente a la mayor tolerancia de Habermas y otros autores ante la introducción de los argumentos religiosos en el debate público, la razón fundamental de nuestra restricción es que el resultado de tal debate concluye en último término, según es característico de la política, en imposiciones apoyadas en la coacción.

Con todo, más allá del fuerte acuerdo, últimamente me viene asaltando alguna duda sobre nuestra común preocupación y el mejor modo de abordarla, lo que me anima a introducir una precisión sobre un punto. Para llegar a la precisión quiero ilustrar mi duda con un tema de gran actualidad en España, donde está a punto de ser aprobada una ley que regula la eutanasia a solicitud de personas con una «enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante», una cuestión que tiene con ver con los tres primeros capítulos del libro. Pues bien, en la oposición precedente y coetánea a la ley están clamorosamente ausentes los argumentos directamente religiosos. Incluso la Conferencia Episcopal Española, la única alusión expresamente religiosa que se ha permitido en una reciente Nota sobre la ley ha sido convocar a los católicos españoles a una jornada de ayuno y oración «para pedir al Señor que inspire leyes que respeten y promuevan el cuidado de la vida humana» (Conferencia Episcopal Española, 2020). Si esto es así –y con mayor razón si además fuera cierto que, en último término, solo la creencia en la vida como don divino indisponible para los humanos puede justificar una negación absoluta de la eutanasia<sup>1</sup>–, tal vez lo que una posición laica o liberal debería comenzar a reclamar no es tanto la evitación de los argumentos religiosos en el debate previo a las decisiones, sino una rigurosa honestidad en su formulación. Y para ello sería necesario no cerrar el diálogo a las razones religiosas, también para permitir desvelar sus conexiones con razones solo aparentemente universalizables. Y llego ya a la precisión: debido a la ambigüedad proceso-producto de la idea de deliberación, creo que tanto Rodolfo como yo mismo no hemos dejado suficientemente claro que una cosa es excluir las razones idiosincrásicas de la deliberación pública como producto,

---

<sup>1</sup> Cf. últimamente en tal sentido, Flores d'Arcais (2019, pp. 109 ss.). Pongo mi frase en condicional porque tal vez las razones kantianas contra el suicidio, desde luego absolutistas, pudieran ser independientes de alguna inspiración religiosa. En todo caso, un ejemplo quizá más claro de inevitable contaminación religiosa de una razón moral es la atribución del valor de persona al embrión humano por la creencia en la inspiración del alma desde el momento de la concepción.

que es lo decisivo, y otra excluir la apelación a esas razones en el proceso de la deliberación, una apelación que no se debería obstaculizar si lo que se pretende es someter las creencias a un escrutinio de razonabilidad. Sé que eso supone asumir el riesgo de que el resultado de la deliberación sea incorrecto, pero se trata de un riesgo que se debe asumir en todo caso, siempre en la confianza milliana de que la libertad terminará por hacer prevalecer las mejores razones.

El segundo tema ya debatido previamente viene de la insistencia de Rodolfo Vázquez en diferenciar entre neutralidad e imparcialidad. Mientras yo he tendido a identificar ambos términos a lo largo de mis escritos, Rodolfo sigue creyendo importante distinguir entre «neutralidad», entendida como abstención pasiva, e «imparcialidad», entendida como actividad protectora de la igualdad de derechos, añadiendo ahora que una y otra corresponderían a dos concepciones o vertientes distintas del liberalismo: la primera a la concepción libertaria, de mero *laissez faire* y por ende de convalidación del *statu quo*, mientras la segunda a la concepción igualitaria, comprometida con una visión del Estado como responsable de deberes positivos para la protección de los derechos básicos. Nuestro acuerdo en cuanto al fondo de este asunto no puede ser mayor, como el propio Vázquez anticipa tras recordar cómo yo ya había precisado que mi visión del papel del Estado exige no solo adoptar la defensa activa del derecho a la igual libertad en materia religiosa sino también el apoyo abierto a la ciencia frente a otras formas de entender el mundo.

Ahora puedo añadir en la misma línea que, como lo muestra el capítulo 4 del libro, sobre la Educación para la ciudadanía, también comparto la idea de la importancia de llevar a la escuela la transmisión de los principios inspiradores de la democracia liberal, dejando desde luego la educación religiosa en el ámbito familiar y en la mera opcionalidad escolar. Nuestro desacuerdo es –y seguirá siendo, en la medida en que preveo que me será difícil ser infiel a mi convención– puramente terminológico (o «semántico», como Rodolfo Vázquez prefiere decir, según otra convención lingüística): al fin y al cabo, no solo es que neutralidad como imparcialidad tengan una etimología latina que alude a un mismo significado (*ne-uter*, ni de uno u otro; *ne-pars*, no de una parte), o que la expresión canónica, tradicional y absolutamente generalizada en la discusión anglosajona –y, por tanto, ay, en la nuestra–, sea la de la neutralidad liberal<sup>2</sup>, sino que nada impide, al contrario, reconocer que una auténtica neutralidad o imparcialidad en materia religiosa exija tomar partido en favor de algunos derechos básicos. Quizá uno de los milagros de la comunicación humana es cómo a pesar de las palabras y de los juegos de palabras podemos seguir entendiéndonos y estar de acuerdo.

Un tercer tema también recurrente en nuestro diálogo precedente afecta a la cuestión del laicismo como posición diferente de la laicidad liberal que el Estado, pero no los ciudadanos, debe asumir como posición neutral (o imparcial). Rodolfo Vázquez acepta sin objeciones mi defensa de tal forma de laicidad como un término medio entre cualquier forma de confesionalismo, y especialmente del encubierto bajo la denominación de la «laicidad positiva», y esa otra forma de confesionalismo a la inversa que es el laicismo militante o antirreligioso. Sin impugnar la pertinencia de esta última categoría<sup>3</sup>, Vázquez objeta su aplicabilidad al caso mexicano. En realidad, desde la primera vez que lo propuse, me cuidé de advertir que ese caso, al igual que el francés, no era una manifestación típica y completa del modelo laicista en cuanto tal, al modo integral en que lo han sido Estados beligerantemente ateos como el soviético o la China maoísta, sino solo una mera ejemplificación de algunas

<sup>2</sup> Por citar algunos libros recientes que recogen esa más larga tradición, vid. Zellentin (2012), Merrill y Weinstock (2014) y Leni (2016).

<sup>3</sup> La ha impugnado, en cambio, Atienza (2019), al que respondo en Ruiz Miguel (2021).

manifestaciones específicas de laicismo estatal. Rodolfo sigue considerando inadecuada tal ejemplificación y defiende que los dos tipos de regulaciones que yo señalé como no neutrales en realidad pueden justificarse en términos perfectamente liberales. Se trata de la exclusión de los derechos de asociación política y de sufragio pasivo a los ministros o sacerdotes de cualquier culto (y no solo a los «prelados», al menos entendidos como superiores jerárquicos de un culto), así como de la prohibición, extendida también a las iglesias, de poseer o administrar, incluso por persona interpuesta, cualquier medio de comunicación de masas.

Yo avancé en su momento serias reservas a estas restricciones de derechos políticos básicos, que me pareció que carecían de justificación suficiente en su aplicación a miembros de la sociedad civil (a diferencia, de la limitación habitual en muchos países del sufragio pasivo a algunos funcionarios, como jueces o militares en activo) y que no tienen comparación ni siquiera con algunas legislaciones europeas, como la alemana, que siguen una concepción de «democracia militante» que convalida la posibilidad de prohibir partidos antidemocráticos o relacionados con actividades violentas (Ruiz Miguel, 2010, pp. 83 ss.). El amigo Vázquez aduce ahora en su réplica dos argumentos diferentes: por una parte, como razón más general, la necesidad de excluir el «adoctrinamiento político o religioso» del espacio público institucional, que en México habría impedido históricamente la injerencia de las iglesias en el Estado y, en especial, el contubernio con fuerzas armadas violadoras de los derechos humanos (pp. 421-422); por otra parte, respecto de la prohibición del control de medios de comunicación, la razón más específica de que se trata de limitar los derechos de instituciones y no de los individuos que profesan una determinada fe.

No estoy seguro de poder aceptar esas razones. Por comenzar por la segunda, reconozco que los derechos no tienen la misma fuerza justificativa para los individuos que para las personas jurídicas, pues la titularidad de los derechos de estas últimas se justifica derivada e instrumentalmente de las necesidades, intereses y fines de los individuos que las componen. Eso aceptado, sin embargo, en el caso de los medios de comunicación, como en el de las instituciones educativas religiosas, no veo razones especiales para romper jurídicamente aquella derivación instrumental hasta negar al colectivo los derechos que sí se reconocen a los individuos. Por su parte, en cuanto a la razón general, aparte de los varios y notorios casos de religiosos partidarios de la teología de la liberación asesinados por escuadrones militares o paramilitares de ultraderecha, no estoy en condiciones de valorar el papel que las anteriores limitaciones religiosas han podido tener en el pasado en la evitación del contubernio religioso-militar y, por tanto, en la preservación de la democracia en México. Sin embargo, me pregunto si los graves riesgos indicados por ese argumento (de carácter consecuencialista, anoto ahora por lo que se dirá más adelante sobre ello) están allí todavía tan vivos hasta el punto de poder justificar tan severas restricciones a derechos ejercidos sobre todo en el ámbito de la sociedad civil. Sea como sea, es cierto que, como alega Rodolfo, la supresión del sufragio pasivo para los sacerdotes se podría justificar como una extensión de mi argumento sobre la exclusión de las razones idiosincrásicas de los espacios institucionales. Sin embargo, no termino de compartir esa extensión, pues aparte de la relevancia de nuevo aquí de la distinción antes propuesta entre la deliberación como proceso y como resultado, me parece que la aplicación de mi criterio debería ser, como propuso Rawls y yo concluí en mi anterior escrito, más un deber de civilidad que un deber sancionado jurídicamente. Sin contar con que la limitación de tal derecho político individual se asemeja más a la regulación de los tipos de autor que a una de carácter liberal, basada en las acciones.

Solo me resta por comentar el punto con el que Rodolfo Vázquez inicia su contribución a este debate: la cuestión de la relación entre laicidad y agnosticismo,

una idea tan hondamente sentida por Rodolfo que resulta ser el hilo conductor de su último libro, todavía pendiente de publicación y que tuvo la gentileza de enviarme: *No echar de menos a Dios: itinerario de un agnóstico*, un libro que requiere mucha más atención de la que aquí puedo prestarle. La observación de Rodolfo proviene de mi uso del término «agnosticismo» con el significado de posición de duda, indecisión o indiferencia ante las creencias religiosas y mi subsiguiente calificación del ideal del Estado laico como meta-agnóstico, en el sentido de indeciso o indiferente en cualquier posición a propósito de la religión, incluido el agnosticismo individual. Rodolfo reacciona contra ambas calificaciones para defender que el agnosticismo es algo muy distinto y que «nada es más compatible con el Estado laico que la actitud agnóstica» (p. 416), excluyendo mi definición de tal término y, con ello, la necesidad de defender el meta-agnosticismo estatal.

Más allá de la mera discusión sobre palabras y de que, como reconoce Vázquez, el tema es un paréntesis al margen del «punto central en la argumentación» (pp. 415-416), creo que se puede aclarar brevemente el alcance de nuestro disenso, que me parece solo aparente en lo que a mi tesis concierne. Mi uso del término «agnosticismo», que tiende a corresponder a su origen y uso habitual<sup>4</sup>, tenía la función de reflejar la posibilidad de una tercera posición entre la creencia en alguna religión y la negación de la existencia de deidades y de un mundo trascendente o ultraterreno, habitual y genéricamente calificada como ateísmo. Recogía así una distinción tripartita muy convencional y trillada con la función de destacar que la libertad religiosa no debe restringirse únicamente a quienes profesan una religión en el sentido anterior, sino también a las otras dos categorías, de modo que tal libertad garantiza la licitud de profesar cualquier creencia «en materia» religiosa, sea a favor, en contra o indiferente a las religiones. Cuando utilicé la distinción era consciente de que el concepto de religión, o de creencia religiosa, es todo menos simple y que hay creencias, como el budismo, el panteísmo e incluso el deísmo, que según se cualifique aquel concepto pueden ser clasificadas como teístas o como ateas. Pero no necesitaba una distinción muy precisa entre las tres categorías ni entrar en ese debate para cubrir aceptablemente mis propósitos.

El amigo Rodolfo Vázquez tiene unos propósitos completamente diferentes, ajenos al debate sobre la naturaleza y alcance de la libertad religiosa. Su preocupación se dirige a la cuestión religiosa misma, sobre la que quiere defender la tesis, en la línea de la dworkiniana «religión sin dios», del agnosticismo como «comprensión de la religión como amor y comunidad» y como actitud de apertura a lo inefable que es compatible con la aceptación de la finitud de lo mundano. Así, la actitud de alguien es religiosa si aspira a una conexión con la totalidad del universo, bastando el compromiso con alguna idea de bien, de modo que el agnosticismo termina por oponerse claramente solo al nihilismo escéptico. En esta configuración conceptual, donde a veces son difusas las fronteras entre religión y no religión o entre el agnóstico y el ateo, el agnosticismo puede abarcar tanto el no pronunciamiento sobre la alternativa teísmo-ateísmo como la superación de un inmaduro ateísmo, o tanto la sustracción a la trascendencia como la suspensión del juicio sobre la divinidad, pero sobre todo se presenta como la «condición de posibilidad» de la

---

<sup>4</sup> La versión inglesa de la *Wikipedia* afirma documentadamente que el término *agnosticism* no tiene orígenes clásicos, y en particular como algo opuesto a la gnosis o gnosticismo del primer cristianismo, sino que fue acuñado por el biólogo inglés Thomas H. Huxley en una conferencia en 1869 para afirmar su propia posición epistemológica de que lo divino y lo sobrenatural es científicamente incognoscible. El significado usual, sin embargo, es probablemente algo más amplio, hasta negar cualquier tipo de conocimiento, como lo refleja el diccionario de la RAE, que ofrece esta única acepción: «Actitud filosófica que declara inaccesible al entendimiento humano todo conocimiento de lo divino y de lo que trasciende la experiencia».

coexistencia pacífica de cualquier posición ante la religión<sup>5</sup>. En esta última y precisa manifestación el agnosticismo creo que coincide plenamente con mi «meta-agnosticismo» y eso confirma nuestro sustancial acuerdo respecto al tema de la laicidad. Respecto de la restante y mucho más compleja conceptualización de Rodolfo Vázquez, no estoy seguro de compartirla en todos sus puntos, pero sí tengo claro que, religioso o no, Rodolfo se encuentra entre las mejores personas que conozco en el mundo académico.

## 2. Cuestiones jurídicas... y éticas: relativismo, científicidad y objetividad (Rodolfo Arango)

Sobre el comentario de Rodolfo Arango, comienzo abruptamente: ha dado en el clavo, ha encontrado en mis escritos lo que parece una relevante contradicción, que probablemente no se ve a simple vista y que yo no había advertido como suficientemente apreciable para mencionarla en mi prefacio al libro. Es el momento de reproducir aquí la pauta del gran helenista Gregory Vlastos que recojo en ese prefacio y que extiendo a los demás participantes en el seminario: «He cometido errores en el pasado y sin duda cometeré más en el futuro. Cualquiera que me los haga notar es mi amigo» (2020, p. 27). Pero antes de entrar en materia, quiero recordar algo en lo que todos los años insisto a mis estudiantes en los seminarios dedicados a analizar y debatir textos de los clásicos del pensamiento político. La fuente más segura para la crítica (y de paso el conocimiento) de un autor no es la crítica externa, en la que se contraponen ideas de otros autores o del propio crítico, sino la interna, la que procede de las contradicciones del propio autor. Si un autor se contradice, al menos sabemos que una de las dos afirmaciones es falsa o incorrecta, y si la contradicción es parcial (no del tipo “llueve y no llueve”, sino “llueve y nieva”) puede ocurrir que sean falsas o incorrectas las dos. Naturalmente, mucha de la gracia del análisis de esos textos clásicos está en ver si las contradicciones son reales o aparentes, si se debe distinguir entre el Platón joven, el maduro y el viejo, si hay un Hobbes contractualista y otro que prescinde de todo consentimiento o si, en fin, la esquizofrenia de un autor es insanable, como quizá le ocurra a Herder.

Ahora estoy preparado para intentar contestar, brevemente, al agudo comentario del amigo Arango, que ha visto bien que hay un primer Ruiz Miguel y un segundo Ruiz Miguel. Y ha visto bien, además, que la contradicción entre ambos es doble, porque afecta a dos temas distintos: por un lado, a la concepción metaética, inicialmente más bien relativista y después objetivista; y, por otro lado, a la concepción sobre el Derecho, inicialmente de claro implante normativista y recientemente más bien interpretativista o postpositivista. Los dos giros son ciertos, aunque como el diablo está en los detalles tendrá interés que yo trate de dar cuenta de uno y otro y de hacer algunas anotaciones que permitan precisar y completar el cuadro dibujado por Arango.

Mi posición metaética, como he dicho, fue originariamente la del historicismo relativista. Mis iniciales lecturas juveniles de Marx y Engels, en las que la ideología aparecía como una excrecencia de las relaciones de la clase propias de cada momento histórico, se vieron confirmadas después por la lectura más académica de Kelsen, Ross, Weber o los emotivistas ingleses, para quienes la moral y la justicia eran criterios en último término irracionales, así como por mi intenso estudio de Bobbio, que añadía la influencia del historicismo italiano y defendía que los valores últimos son producto de nuestra elección y no de la razón. No he ido a mirar mi bibliografía con detalle y no sé cuándo ni por qué pero en algún momento,

<sup>5</sup> En los anteriores apuntes incluyo también referencias extraídas del nuevo libro de Rodolfo Vázquez, *No echar de menos a Dios: itinerario de un agnóstico* (manuscrito).

probablemente por la influencia de Ernesto Garzón Valdés, encontré autocontradictorio el relativismo metaético, que quería estar en misa y repicando al sostener dogmáticamente que todo en moral es relativo y, a la vez, al afirmar como correctos ciertos valores con una convicción que desmentía aquel presupuesto. Solo sé que en 1992, con motivo de un amplio seminario sobre «La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio» celebrado en el Palacio de la Magdalena, al formular las diez paradojas en las que me pareció que podía resumirse su pensamiento, la única propiamente crítica, y la única que Bobbio rechazó como paradoja, fue la del «relativista creyente» (no en sentido religioso, claro, sino en el que estoy tratando aquí) (Ruiz Miguel, 1994, pp. 8-9; Ruiz Miguel, 2000, pp. 187-189; Bobbio, 1994a, p. 317; y Bobbio, 1996, p. 153). Por lo menos a partir de entonces, he profundizado en la crítica al relativismo en algunos otros escritos, en especial en el librito *Relativismo y democracia* (del que son una síntesis actualizada los tres apartados finales del capítulo 15 del libro), donde es explícita la influencia de la obra de Ronald Dworkin.

Pero donde la influencia de Dworkin es decisiva es en mi revisión de la teoría jurídica de matriz normativista, que no puedo negar y que es mucho más reciente que la revisión anterior, también porque mi dedicación a la teoría del Derecho nunca ha sido prioritaria, sobre todo en mis escritos. Por lo demás, no me parece que haya sido tanto un giro sobre mi modo de ver el Derecho en su conjunto, que sigo considerando al modo positivista tradicional como un conjunto de normas (reglas y principios) que constituyen el trasfondo de la interpretación, esta sí, ya considerada como una práctica social en la que aparece una cierta conexión (no identificación) con la moral a través de la pretensión práctica de encontrar la respuesta correcta, que es y debe ser característica de la dogmática jurídica y de la interpretación judicial. En el diseño anterior, además, yo he insistido en defender lo que he llamado «positivismo interpretativo», es decir, una cultura de especial respeto a la legalidad y a la seguridad que el Derecho debe garantizar. No estoy seguro de que mi propuesta ofrezca un diseño del todo coherente, pero de momento estoy dispuesto a defenderla.

Bajo el marco anterior de mis dos grandes giros, paso ahora a comentar o contestar alguna de las observaciones y preguntas del escrito del amigo Rodolfo Arango. Mi precisión fundamental es doble. Por una parte, a diferencia de lo que sugiere Arango, yo sigo sin creer que el Derecho tenga carácter científico, ni siquiera en el sentido débil y meramente analógico que él parece señalar de que el Derecho en general sea esencialmente correcto o justo. Me conformo con que el sistema jurídico en el que uno vive aspire a ser razonablemente justo, tanto sustantiva como procedimentalmente, y que sus instituciones, incluidas las interpretativas, tiendan y contribuyan a ese objetivo. Por otra parte, tampoco veo que ninguno de mis dos giros, según dice Arango, «debería suponer el abandono de la dicotomía estricta entre hechos y valores» (p. 427). En esto sigo siendo, un «dualista encarnizado», como de sí mismo dijo Bobbio (Varios, 1964, p. 281), pero además sigo acompañando en esto a la propia concepción metaética de Dworkin, cuya *Justicia para erizos* lo repite por activa y por pasiva. Por esta razón, alguna de las contradicciones indicadas por Arango puedo salvarlas mediante el expediente de la distinción sin acudir al cambio de opinión en el tiempo.

En efecto, creo que puedo seguir suscribiendo el sentido general de mi visión de la dogmática jurídica como técnica y no como ciencia, revisando solo mi crítica de aquel artículo a la hermenéutica y a la irremediable subjetividad de la interpretación. La jurisprudencia, y la interpretación jurídica, no son científicas, ni siquiera bajo el modelo de las ciencias sociales, porque su pretensión no es cognoscitiva, en el sentido de descriptiva-explicativa-predictiva, sino, precisamente, técnica, de actuación en la realidad social. Pero que la interpretación jurídica no sea científica no excluye en absoluto su pretensión de corrección y por tanto la aceptación de la

posibilidad de objetividad. Eso sí, con la condición de que tal objetividad no se confunda con la científica, entendida como, al menos en una medida última y básica, correspondencia con la realidad fáctica. La objetividad jurídica, como la filosófica, se mueve en la esfera del deber ser y no puede pretender corresponder con realidad fáctica alguna: detrás de ella no puede haber más que coherencia y argumentos pertinentes. Y ello, superado el escepticismo, porque, efectivamente, siguiendo a Luciano Canfora, la verdad tiene que estar en alguna parte, aunque la jurídica no sea el mismo tipo de verdad que busca el historiador.

Termino tratando de responder brevemente a la pregunta que Rodolfo Arango me formula en el párrafo final de su contribución de si me sitúo más cerca de la teoría de la integridad de Dworkin, de carácter más sustantivo, o de la de Alexy, de carácter más procedimental. No me había planteado la disyuntiva, pero creo que mi propuesta de un positivismo interpretativo está probablemente más cerca del enfoque de Alexy y de su especial preocupación por el rigor interpretativo en defensa de la seguridad jurídica. Agradezco de veras a Rodolfo que me haya incitado a esta contribución a la crítica de mí mismo, por recordar aquí a Benedetto Croce, quizá el principal inspirador del historicismo bobbiano contra el que yo terminé reaccionando.

### 3. La cuestión de la democracia: del ámbito a la marginalidad (Mauro Barberis)

Mauro Barberis ha tenido la gentileza de escribir un texto clarificador en el que, además de mostrarse de acuerdo conmigo prácticamente en todo, añade unos valiosos comentarios que bien ilustran o bien complementan magníficamente las ideas por mí esbozadas en el capítulo 13 del libro, dedicado al ámbito de la democracia. En esta ocasión podré ser más breve, porque no tengo gran cosa que añadir a la síntesis que Mauro hace de mi escrito y al complemento histórico de las transformaciones del Estado jurisdiccional medieval, al legislativo y de este al constitucional. Únicamente haría una pequeña apostilla a su observación de que mi justificación última del método democrático en la autonomía individual corre el riesgo del regreso al infinito porque es una meta-meta-decisión que justifica la meta-decisión constitucional que resuelve el problema de la imposibilidad lógica de decidir sobre el ámbito personal de la democracia (ya que, por definición, no puede haber demos previo para decidir cuál es el demos). Creo que el regreso al infinito se puede evitar si se piensa que el criterio de autonomía se debe sustentar en cada individuo, en cada sujeto (como Mauro y todos los participantes aquí creo que lo aceptamos) y, en el límite, en la idea de un consentimiento hipotético que lo acepta unánimemente.

El amigo Barberis afirma que estamos ante «el texto más intrigante de la recopilación» (p. 433), entiendo que porque en él yo planteaba varios problemas de límites de la democracia y a Mauro le sugiere uno distinto y mayor que allí faltaba: la creciente marginalidad del voto democrático tanto en el Estado constitucional como en el ámbito internacional. Tengo poco que añadir al diagnóstico de que los dos ataques fundamentales al Estado de bienestar de la segunda posguerra que marcan su crisis desde hace algunas décadas son el neoliberalismo con su expansión de la globalización económica y el populismo con su extensión de las democracias iliberales (vuelvo sobre esto en el apartado siguiente). A ello se suma el viejo reto que para la democracia supone el predominio de los técnicos y de las instituciones contramayoritarias, sobre lo que no es este momento de profundizar<sup>6</sup>. También coincido con Barberis en la conclusión liberal de que la esfera política no es más que una entre otras varias, como el Derecho, la moral, la economía, la ciencia, la religión.

<sup>6</sup> Sobre una institución contramayoritaria decisiva como los tribunales constitucionales me he pronunciado, moderadamente a favor, en Ruiz Miguel (2003, pp. 73-108; versión cast., pp. 51-84).

Un tema de ardua complejidad en el que tiendo a disentir de Mauro Barberis (y Jordi Ferrer) es el de la posibilidad de solucionar «el problema de los independentismos europeos» con la transformación de la Unión Europea en una federación de regiones que sustituyeran a los Estados (p. 436). Se trataría, en definitiva, de multiplicar, presumiblemente sobremanera, el número de entidades políticas, con el ahorro de la supresión de ese nivel intermedio que hoy configuran los distintos Estados. En un mundo que careciera de las pasiones nacionales tal vez ese modelo pudiera funcionar, aunque la multiplicación de actores de una institución no parece en principio destinada a aumentar la eficiencia. Con todo, al igual que las propuestas de constituir entidades políticas de dimensión más reducida que las actuales, avanzadas en la época de la Independencia americana por los antifederalistas y recuperada recientemente por Brian Barry (Ruiz Miguel, 2020, p. 467), la Europa de las regiones me parece más un diseño *fatto a tavolino* que practicable. Como dijo Catalina la Grande de los proyectos de Diderot, mientras el papel se presta a todo, la política debe contar con la naturaleza humana, «que es irritable y se ofende con mucha facilidad» (cit. por Blom, 2012, p. 346).

Para concluir, me queda una duda que quiero dejar dicha para poder continuar el debate: que la política, y la democracia, hayan ido perdiendo importancia de hecho no obliga necesariamente a concluir con una idea fuerte sobre su marginalidad. No afirmo en absoluto que eso es lo que termine por sostener Mauro Barberis, pero sí me parece importante terminar subrayando por mi parte que el hecho de que la política democrática sea hoy menos, y quizá incluso poco importante, no significa que no debería ser de lo más importante y decisivo. Y mantener su valor me parece también importante y decisivo frente a los grandes retos que afronta la superpoblada humanidad en el próximo futuro.

#### 4. Cuestiones de igualdad: de las igualdades a La Igualdad (Roberto Gargarella)

La contribución de Roberto Gargarella, puño de hierro con guante de terciopelo, presenta un severo contenido crítico bajo una forma bien temperada que agradezco de veras por su honestidad y su afabilidad. Hace mucho tiempo que sé que no todo lo que uno escribe, y ni siquiera algo de ello, puede recibir el aprecio de todo el mundo. Y el que solo uno de los cuatro escritos considerados por Roberto haya suscitado su casi completo acuerdo, mientras que el conjunto de los tres restantes le hayan causado una «cierta incomodidad» que en ocasiones puede haber llegado a fatigarle, es un porcentaje bajo que lamento pero que no toca a la relación amistosa que mantenemos. En todo caso, puedo entender bien y explicar las razones de nuestros desacuerdos, tal vez producto en buena medida a diferencias ideológicas y de talante personal —esto es, antes a circunstancias ajenas a mi control que a mis elecciones—, sin necesidad de compartir todas las observaciones críticas señaladas en su comentario, algunas de las cuales asumiré, mientras otras tal vez admitan justificación o al menos excusa. Vayamos por partes, como recomienda la mejor filosofía analítica.

Comienzo por aceptar solo en parte la halagüeña comparación de mis escritos con los de Ronald Dworkin, que me parece exagerada por poner al lado a un enano y a un gigante y también dudosa por asemejar a un estudioso más bien del tipo zorro con un autodeclarado e indiscutible erizo (que, dicho sea de paso, frente al *A Matter of Principle*, explica el plural duplicado en el título de mi libro). Puedo aceptar en cambio las dos semejanzas sobre las que giran los reparos centrales de Gargarella: que el promisorio aparato de distinciones analíticas de mis escritos tiende a producir conclusiones muy modestas y, por añadidura, conservadoras, dos calificaciones que pueden tomarse como independientes entre sí y que, dicho de momento solo como mera excusa, parecen más graves en un erizo, que pretende tener un conocimiento del mundo completo, cerrado y acabado, que en un zorro como yo, que únicamente

aspira a no perderse en un mundo que tiende a ver como inabarcable y laberíntico. Volver a la socorrida dicotomía de Isaiah Berlin me resulta casi inevitable para agilizar una explicación del primer y más general desencuentro de Gargarella con mis escritos sobre igualdad, que yo relaciono con su querencia intelectual hacia el tipo erizo.

Solo un erizo, me parece, afirmaría que el capítulo 16 del libro, dedicado al concepto de igualdad (2002), despliega un «pantano de distinciones [...] fatigosamente exploradas» –donde yo leo más bien «fatigosamente atendidas», dicho sin destemplanza– que no terminan por resultar imprescindibles para entender lo que se dice en otros capítulos porque son «no esenciales para el tratamiento específico de la cuestión de la igualdad [...] y para] el estudio que se propone Ruiz Miguel en el libro» (pp. 441-442). En lo descriptivo, Gargarella tiene toda la razón, pues nunca he buscado tal tipo de conexión ni, como muestra el propio capítulo 16, tal conexión existe. En lo valorativo, en cambio, me parece injusto el reproche de que la aportación de ese capítulo, con sus distinciones, está desconectada de mis demás reflexiones sobre la igualdad, a diferencia del caso de Dworkin, pero no precisamente porque yo sea un «destacadísimo profesor» con amplia formación analítica y de gran dedicación a las distinciones conceptuales (p. 442). Sencillamente, mi preocupación cuando escribí ese capítulo era el problema de si la idea meramente formal de igualdad (su concepto) era o no realmente algo valorativamente vacío, a la que Peter Westen había dedicado dos extensos escritos en 1981 y 1990 (Westen, 1981, pp. 537-596; y Westen, 1990), a diferencia de las concepciones sustantivas de la igualdad, que nadie ha puesto en duda que comprometan complejas y profundas valoraciones. En esa exploración lo primero que me llamó la atención fue la propia distinción entre el concepto y las concepciones, que inicialmente atribuí a Dworkin (que es quien sigue llevando la fama, como muestra Gargarella, seguramente porque el mismo Dworkin no dio a entender otra cosa) pero que terminé rastreando en Rawls y, a través del reconocimiento de este, en Hart<sup>7</sup>. Como esa distinción resultó ser más mucho más ambigua de lo que se podía sospechar le dediqué una buena parte del escrito, centrándome en otra parte en desmenuzar la idea formal de igualdad para tratar de ver si era tan vacía. Mi conclusión, más bien breve, fue que tenía un contenido mínimo, circunscrito al criterio de racionalidad imparcial típico del lenguaje moral, luego siempre rellenable bajo un criterio de razonabilidad según las distintas concepciones de lo arbitrario. Puede que la conclusión fuera no solo breve sino también pobre, aunque se podría decir en mi descargo que aunque hubiera sido más pobre todavía, por confirmar en vez de revisar mínimamente el carácter formal del concepto de igualdad, el proceso de justificación de la conclusión habría sido en mi opinión un ejercicio intelectual valioso, de modo similar (salvadas las distancias) al valor del intento de demostración de una conjetura matemática.

En realidad, el hilo conductor del capítulo sobre el concepto (formal) de igualdad es la discusión de si la distinción entre concepto y concepciones es categorial, de modo que el análisis y alcance del primero es o no independiente de las segundas. Más aún: esa discusión ni siquiera consideraba que no solo hay diferentes concepciones de la igualdad sino también distintas clases de igualdad, que no solo pueden seguir a su vez diferentes concepciones sino que, sobre todo, operan de distinto modo según el objeto al que se refieren, como la igualdad política, la

---

<sup>7</sup> Tras la publicación del libro, Manuel Atienza me hizo notar en un correo electrónico que, a su vez, Hart probablemente se inspiró en su distinción en el libro de Chaïm Perelman *De la justice* (1945), donde distingue la noción de justicia como regla formal y las concepciones de la justicia como reglas materiales (vid. Perelman [1964, pp. 15-42]). En mi respuesta, contesté que, más allá de la expresa llamada de atención a la distinción concepto-concepciones, que pertenecería a Hart, seguramente tenía razón en su observación pero que el fondo del asunto se podría rastrear al menos hasta la visión aristotélica de la justicia distributiva, que es siempre (formalmente) igualdad en los merecimientos, aunque (materialmente) cada uno vea los merecimientos de distinta manera.

igualdad distributiva, la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades, la igualdad de estatus, la igualdad de recursos o de bienestar, etc. En contraste, el escrito de Gargarella está atravesado por expresiones referidas a mi «análisis de la “igualdad”», mi «estudio de la igualdad», «la reflexión filosófica sobre la igualdad», etc. (pp. 439, 442 y 444; cursivas mías), como si solo existiera algo así como La Igualdad –me recuerda a “La Idea” común a los revolucionarios del siglo XIX–, una idea que vendría negada por «las profundas injusticias y desigualdades que nos rodean» y sobre la que yo habría concluido que es «casi» una forma vacía, lo que terminaría por «colapsar la filosofía política en el análisis conceptual».

Así, en aquella conclusión mía del último apartado del capítulo 16, donde cito una referencia de Rawls a las ideas de «arbitrariedad» o «adecuación», Gargarella me reprocha el no haber desarrollado la concepción rawlsiana sobre la arbitrariedad de las circunstancias de las que las personas no son responsables, como la raza, el sexo, el talento individual, etc., es decir, sobre el criterio central de lo que por comodidad expositiva denominaré en adelante el igualitarismo de la suerte (que en realidad, como Gargarella lo mostró en otro lugar [Gargarella, 1999, cap. 3], Rawls solo aceptó limitadamente). Es más, al eludir tratar ese criterio yo habría terminado por presentar «la teoría de que cambió la historia del pensamiento igualitario» (p. 444), la teoría rawlsiana, como una propuesta meramente formal, imprecisa y abierta a cualquier contenido.

No puedo aceptar esta crítica, que creo fuera de contexto. En el final del capítulo que estoy comentando, cité un texto de Rawls en el que aludía a las ideas de «arbitrariedad» y «adecuación» al efecto de calibrar su posible papel como nexo de unión entre el concepto y las concepciones de la igualdad, pero precisamente en el mismo contexto y sentido en que se expresaba el propio Rawls, es decir, afirmando lo mismo que Gargarella me reprocha ahora a mí: que aquellas ideas son compartidas por distintas concepciones de la justicia. En aquella discusión habría estado fuera de lugar que yo intentara cerrar la posible brecha entre el concepto y las diversas concepciones desarrollando la propia concepción de Rawls sobre la arbitrariedad de tratar desigualmente a las personas por rasgos de los que no son responsables, por extraordinaria que sea su potencia crítica (sobre lo que volveré un poco más adelante). Sencillamente, conforme al alcance y el objetivo de mi escrito «Concepto y concepciones de la igualdad», allí me mantuve en el mismo plano formal que Rawls, exactamente con su misma argumentación y sacando la misma conclusión:

Those who hold different conceptions of justice can, then, still agree that institutions are just when no arbitrary distinctions are made between persons in the assigning of basic rights and duties and when the rules determine a proper balance between competing claims to the advantages of social life. Men can agree to this description of just institutions since *the notions of an arbitrary distinction and of a proper balance, which are included in the concept of justice, are left open for each to interpret according to the principles of justice that he accepts.* [...] Clearly this distinction between the concept and the various conceptions of justice settles no important questions. It simply helps to identify the role of the principles of social justice (Rawls, 1999, p. 5; cursiva mía).

Paso al comentario del capítulo 18, sobre la igualdad política (también del 2002), sobre el que Roberto Gargarella dirige una crítica al escaso rendimiento de mi método analítico por el carácter pobre y, por añadidura, conservador de mis conclusiones, en especial por no tener en cuenta la relevancia central de la distinción entre circunstancias y elecciones, es decir, el criterio básico del igualitarismo de la suerte (cf. pp. 440ss).

En primer lugar, Gargarella destaca que mi profusa utilización de las distinciones crearía una laberíntica madeja de la que no sale gran cosa de especial sustancia, lo que me ha recordado la antigua fábula del parto de los montes. Como ya he sugerido, no acepto el reproche de que mis distinciones sobre el concepto de igualdad no sean utilizadas para el específico tema de la igualdad política, pero no porque en último término puedan ser inútiles en general, como se podría deducir del reproche, sino simplemente porque se referían a otro problema y no tenían ni podían tener tal pretensión. En cuanto a las nuevas distinciones del escrito sobre la igualdad política, en gran parte procedentes del propio Dworkin, reconozco la relativa complejidad del método allí utilizado de entrecruzar tres concepciones o modelos de tal igualdad (que allí denominé procedimental, de preferencias y finalista) con varias diferencias en su aplicación (igualdad horizontal y vertical, de impacto y de influencia, ex ante y ex post, etc.). Es verdad que, como dice Gargarella, en este escrito no me ocupé «de las profundas injusticias y desigualdades que nos rodean» ni de la relación entre la idea de igualdad democrática con los impuestos progresivos o con el terrorismo o con el control judicial (pp. 442-443): en mis numerosos escritos, quizá demasiados, me he ocupado de muchas cosas pero no de todas, aunque al último punto –un paso cada vez– le dediqué un artículo no incluido en el libro<sup>8</sup>. De otras objeciones –que no tengo en cuenta el igualitarismo de la suerte y que no abordé más críticamente la democracia representativa hasta tratar temas «hoy» de sentido común en la literatura, como la erosión, el retroceso, la muerte lenta o la fatiga democrática– cabe deducir que Gargarella hubiera escrito un artículo bien diferente y quizá yo mismo las asumiría si tuviera que volver a escribir el artículo hoy, casi veinte años después (en realidad, algunas de esas cuestiones las he abordado en parte en algunos artículos no recogidos en el libro) (Ruiz Miguel, 2016, pp. 621-642; Ruiz Miguel, 2005, pp. 2.129-2.152; y Ruiz Miguel, 2005a, pp. 125-137, que recoge parcialmente, con correcciones y adiciones, el anterior).

Lo que no puedo asumir, sin embargo, es que mi aportación en este capítulo se pueda reducir a la idea de que avanzo «severas críticas al igualitarismo de Dworkin» para terminar «por describir a la igualdad [sic] como un ideal que “no resulta... tan estricto e importante como podría parecer a simple vista”» (p. 443; el texto entre comillas internas está en Ruiz Miguel [2020, p. 489]; el término en cursiva es mío). Ya he dejado claro que Gargarella tiene solo ojos para La Igualdad, entendida bajo el prisma del igualitarismo de la suerte como justicia correctora de las circunstancias en favor de las decisiones, pero aunque seguramente no interesen a todo el mundo, hay muchas más cosas en mi escrito. En todo caso, mi afirmación anterior confirmaría la convicción de Gargarella de que mis conclusiones son conservadoras. Advierto ya de que no me interesan los debates de etiquetas sino la corrección o no de las razones que están detrás de las posiciones que cada uno mantiene. Ciertamente, yo mismo avanzaba que la conclusión entrecomillada por Roberto «tal vez *parezca* demasiado conformista» (2020, p. 489), pero como ya sugiere mi actual cursiva su función no era en realidad conservadora sino crítica. Y, en efecto, en mi escrito reconozco claramente que los sistemas que consideramos democráticos son especialmente poco exigentes en materia de igualdad política, especialmente en la salvaguardia de una justa igualdad de oportunidades en libertad de expresión y del principio «una persona, un voto» (cf. 2020, pp. 473 y 481-487). Y ese reconocimiento asumía la doble función crítica de, por un lado, distanciarme de una concepción como la de Dworkin, cuyo idealismo yo presumí que corría el riesgo de justificar en exceso el sistema estadounidense, y, por el otro, de toma de

---

<sup>8</sup> Me refiero a Ruiz Miguel (2003, pp. 73-108). Por lo demás, aprovecho aquí para decir que en mi artículo original sí cité el libro de Dworkin *Sovereign Virtue*, en efecto anterior a él, aunque ciertamente me centré estrictamente en el tema de la igualdad política y el artículo de Dworkin dedicado a ella.

conciencia previa, como viene a decir la última frase de mi escrito, para poder empezar a pensar en ir reduciendo dichas desigualdades.

En el comentario del capítulo 17, escrito en 1994 y dedicado a la relación entre liberalismo y socialdemocracia, vuelve el reproche a mi conservadurismo, manifestado ahora en una interpretación de la concepción igualitaria de Rawls que, según Gargarella, la «acerca estrechamente» al neoliberalismo de Hayek. Creo que si el capítulo se lee con cuidado y caridad interpretativa el acercamiento no es tan estrecho, porque en él se señalan, es cierto, las relativas aproximaciones entre el subsidio de subsistencia mínimo de Hayek y el principio de diferencia de Rawls, pero también se destaca «una diferencia crucial por encima de tales aproximaciones», la existente entre poner el umbral en la pobreza absoluta o en la pobreza relativa, a lo que se dedican varias páginas (cf. 2020, pp. 445-449). Debo reconocer, sin embargo, que Gargarella tiene razón en subrayar que mi interpretación de Rawls contrasta con la suya, compartida con lo que podríamos llamar la izquierda rawlsiana. Yo me sitúo en una interpretación más moderada, que comienza por no entronizar el principio de diferencia como único criterio de justicia (también están el sistema de iguales libertades básicas y el principio de justa igualdad de oportunidades), e incluso concedo, como hacía en mi escrito, que, aun sin forzar el pensamiento de Rawls, he podido derivar conclusiones no explícitas en él. También reconozco que el capítulo que comentamos, como algunos otros de mis escritos, tiene agujeros bibliográficos y de argumentación: ni lo he leído todo sobre todo lo que he escrito ni, seguro, he profundizado siempre lo suficiente, especialmente en los temas en que existe una literatura ingente y compleja.

Donde el amigo Gargarella sí aplica el principio de caridad interpretativa, y muy generosamente, es en el último apartado de su comentario, donde relaciona mi posición en estos escritos con el «momento feliz» de la socialdemocracia española (pp. 445 y 447ss). Hay, en efecto, una relativa coincidencia de fechas con el período en el que se construyó el estado de bienestar después de la transición, en la que, si bien unos años antes se había fraguado una aceptación mutua del pluralismo político, ya desde los años 90, más infelizmente, comenzaban en España los períodos de crispación política que desmienten el consenso inicial, así como también despuntaban «los oscuros nubarrones de los nacionalismos agresivos y excluyentes y, sobre todo, del racismo antiinmigratorio», según lo denuncian las últimas páginas del capítulo 17, escrito en 1994 (2020, pp. 453-454). Ese capítulo, en realidad una ponencia presentada a un congreso en recuerdo de Renato Treves, estaba traspasado por la convicción de la bondad de converger en una defensa básica de los pilares del Estado social –la educación, la sanidad y la seguridad social– y, en consonancia con ello, aun sin negar las diferencias entre izquierda y derecha, por la invitación a asentar «una arena común para la discusión» (2020, p. 452). Ahora apreciamos lo mucho de coyuntural que tenían aquellas condiciones político-económicas, por mí parte allí avanzadas con cautela, pero cuando elegí el escrito para el libro me pareció que, en tiempos de polarización y de retroceso en los derechos sociales como los actuales, recordar e incluso apelar a aquel espíritu podía y puede servir de referencia de un modelo aceptable<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> La verdad es que tuve alguna duda en la elección de este capítulo, porque desarrollé el mismo tema en un artículo escrito unos pocos años después de manera menos expresamente comprometida y más detallada y amplia, en donde trato también el tema de la renta básica universal y dedico cierto espacio a la crítica de Gerald Cohen a Rawls (vid. Ruiz Miguel, 2002, pp. 211-242; donde, por cierto, en la última nota remito al libro de Gargarella *Las teorías de la justicia después de Rawls* «para una exposición mucho más rica del tema»). Sin embargo, la gran extensión de este artículo y la pereza de pedir la autorización a la editorial me inclinaron al que finalmente incluí, aunque tengo la impresión de que Roberto Gargarella no lo habría interpretado de manera muy diferente.

Concluiré mis comentarios a las observaciones de Roberto Gargarella intentando responder, siquiera sea en esquema, a su pregunta final sobre qué mantendría, corregiría o precisaría yo hoy respecto de lo dicho en el libro en materia de igualdad. Como él mismo apunta, una conclusión como la del párrafo anterior, muy localizada tanto espacial como temporalmente, podría leerse de nuevo bajo el criterio «conservador» de que en Europa y España no estamos tan lejos del modelo perdido, que estaría llamado a volver tras el actual paréntesis recesivo no solo en el campo económico-social sino también en el político. No estoy nada seguro de que en un mundo tan desestructurado como el actual, y bajo la creciente presión global sobre el medio y los recursos naturales, vayan a ir por ahí las cosas, pero como propuesta normativa abierta y revisable para el siguiente paso (no como modelo ideal) estaría dispuesto a mantenerla y extenderla más allá del ámbito europeo. Si eso parece conservador no lo será porque yo crea que cualquier tiempo pasado fue mejor sino porque tiendo a ver cualquier otro futuro como peor.

Desde el punto de vista político, me parece esencial mantener los valores de la democracia liberal, que con todas sus deficiencias e insuficiencias solo parece tener como alternativa a sistemas políticos entre aterradores, temibles y deplorables, si se quieren poner en una escala los totalitarismos fascistas, los comunistas y los autoritarismos de variada laya, incluidos en último lugar las hoy llamadas democracias iliberales. Mi idea, quizá equivocada, es que la democracia liberal se debe transformar progresivamente y que las transformaciones revolucionarias o radicales a partir de constituciones democráticas tenderán a ser a peor, lo que seguramente también tiene un sabor conservador o, al menos, moderado, al menos para quien no haya tenido nunca o no haya perdido las libertades democráticas.

En cuanto a mi criterio de justicia distributiva, sigue yendo en la línea socialdemocrática en la que yo interpreto la concepción de Rawls, sin conceder al igualitarismo de la suerte un lugar tan central, ni en general ni en esa concepción, como el que pretende Gargarella<sup>10</sup>. No es este el momento de desarrollar semejante tema, por lo que espero que basten unas pocas líneas para situar mi posición: acepto, por supuesto, que en principio las recompensas socio-económicas deben ser más sensibles a las decisiones que a las circunstancias. Sin embargo, sin llegar a mantener el criterio de Kant de que todo individuo debe poder conseguir cualquier nivel económico o posición social «hasta el que puedan llevarle su talento, su aplicación y su suerte» (Kant, 1986, p. 30), el rígido criterio opuesto de que la justicia exige corregir todos los factores dependientes de la suerte (incluido el talento y demás dotes naturales) me parece simplista y desatinado.

En un mundo ideal, con todas las dificultades de contar con una organización internacional democrática apropiada (sobre lo que diré algo más en el apartado siguiente), desde luego que quedarían muy atenuadas las actuales enormes desigualdades producidas por la región y la familia de nacimiento. Por el momento, sin embargo, aun aceptando alguna relevancia de ese criterio en ciertos contextos, pretender enderezar o compensar todas las desigualdades debidas a la suerte, al menos entendido ese criterio de manera perentoria y urgente, como cuestión de justicia, se me representa como una pesadilla antiliberal, tanto en su proceso como en sus resultados. Además de considerar aceptables las diferencias por la suerte elegida o asumida<sup>11</sup>, algún severo *trade-off* habrá que admitir, además, para resolver

<sup>10</sup> No me resisto a citar y recomendar aquí la crítica a tal forma de igualitarismo en el soberbio libro de Queralt (2014).

<sup>11</sup> Puesto que puede haber lectores jóvenes de este intercambio, quizá no sea del todo inoportuno traer aquí, siquiera sea en nota, una ilustración de la suerte elegida que he aportado en alguna conferencia pero no, creo recordar, en ninguno de mis escritos. En su relato *Las mil docenas*, Jack London cuenta la historia de David Rasmussen, que pensó hacerse rico llevando a vender mil docenas de huevos a

el arduo problema de discernir lo que corresponde a la suerte y lo que corresponde a la decisión tanto en el comportamiento individual como en las interacciones sociales: ¿qué tipo impositivo consideramos justo exigir al jugador de fútbol que gana millones de euros gracias a la doble suerte de, por un lado, ser ágil en regatear y marcar gol con una pelota, suerte que él ha decidido desarrollar mediante su esfuerzo, y, por otro lado, de que ese juego apasione también a millones de personas que eligen pagar con gusto unos pocos euros por contemplarlo en directo o por televisión?

Observaciones como las anteriores pueden confirmar, de acuerdo con la percepción de Roberto, mi vieja adscripción a una socialdemocracia moderada, que, en el contexto en el que he vivido, me sitúa en una posición intermedia entre la reconciliación con el mundo y el afán de transformarlo radicalmente. En todo caso, para transformar el mundo, si no se quiere incurrir en errores y horrores pasados, me parece preciso antes conocerlo y entenderlo para poder luego ir transformándolo gradualmente. En los valiosos libros y escritos de Roberto Gargarella he aprendido mucho. He seguido aprendiendo en su contribución a este debate, que le agradezco mucho también como incitación a esta autocrítica mía, que a diferencia de la clásica no ha resultado tan negativa.

## 5. Cuestiones cosmopolitas: pacifismo, democracia internacional, nacionalismo (Ermanno Vitale)

Solo me resta comentar, me temo que de nuevo con alguna extensión, la no menos extensa contribución de Ermanno Vitale, amigo fraterno por nuestro afecto a Norberto Bobbio, común padre intelectual. A pesar de ello, o quizá por ello mismo, su aportación está marcada por una distancia que Vitale califica como «irremediable» y que, en efecto, salvado el primer párrafo de salutación y de anuncio de «alguna modesta nota al margen», comienza enseguida a subir el tono *in crescendo* hasta terminar en lo que no he podido evitar calificar como cercano a una *strapazzata coi fiocchi*, una expresión que Bobbio utilizó en la polémica *Quale socialismo?* (1976, p. 87) de los años 70 y que yo tengo grabada desde entonces por la dificultad de su traducción: hoy propondría un rapapolvo de campeonato. Pero cercano al Bobbio de aquella ocasión (que es también el de otras muchas<sup>12</sup>), apenas me reconozco en el conjunto de la pintura que Vitale hace de varias de mis ideas, y respecto de los detalles que las retratan mejor, aun críticamente, creo que puedo volver a defenderlas. Conviene precisar no obstante que más allá de su apariencia de integral, su crítica se dirige sobre todo a los escritos del último apartado del libro, sobre paz y guerra, democracia internacional y nacionalismo (traído este último tema a propósito del conflicto catalán).

Ermanno ilustra nuestra «irremediable distancia» en la manera de entender la filosofía política y la tarea de los intelectuales mediante dos citas: una, la admonición de Rousseau contra aspirar solo a lo factible, que no sería más que un compromiso con el mal que se viene haciendo sin logro de bien alguno; y la otra, una de las llamadas de Bobbio a cultivar una filosofía militante, definida como una toma de

---

Dawson, la helada ciudad del oro en Alaska, calculando que multiplicaría por cinco su inversión. A pesar de que a mitad de camino ya había gastado casi tanto dinero como había creído poder ganar, consiguió llegar a Dawson tras penosas peripecias y sufrimientos. Allí comenzó a vender los huevos a un precio que multiplicaba por dieciocho su cálculo inicial. Pero, para su desgracia, enseguida se enteró de que toda su mercancía se había podrido en algún momento del trayecto. El relato termina con el suicidio de Rasmussen, ahorcado con la cuerda de su trineo (que este caso ilustra la posibilidad de justificar ciertas desigualdades producidas por el mercado no implica, sin embargo, que no haya otras razones de justicia para establecer correcciones al mercado y a sus desigualdades).

<sup>12</sup> Sin ánimo de exhaustividad, es también el Bobbio de la polémica un cuarto de siglo antes, en la primera mitad de los años 50, recogida en los ensayos de *Política e cultura* (1955) o, casi un cuarto siglo después, el del *Elogio della mitezza* (1993; ahora en *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, 2000).

posición no partidista —esto es, ni obediente ni sectaria— que tras haber escuchado y tratado de comprender, asume la parte propia de responsabilidad hasta decir no solo lo que se piensa sino de qué lado se está (cf. pp. 451-452). En realidad, se trata de dos ideas bastante diferentes, la primera esencialmente de contenido y la segunda más bien de actitud y modo de hacer. Tan diferentes, además, que no tengo más remedio que dar la razón a Vitale sobre mi lejanía de ese Rousseau y, a la vez, negar su implícito reproche de que me haya apartado de la enseñanza de Bobbio. Más todavía, creo precisamente que ha sido la enseñanza y el ejemplo de Bobbio, que por lo demás debía ser congenial con mi modo de ser, lo que me ha ayudado a apartarme del gusto por las quimeras, rousseaunianas o de otra índole. En ello quizá me ha ayudado la filosofía del Derecho, o mi modo de entenderla, en la medida en que razonar sobre el Derecho obliga a poner los pies en la tierra de lo posible y permite ayudar a practicar una filosofía que no es ni de gabinete ni de barricada. Vayamos por partes, dejando para la última parte la cuestión de mi recepción de la lección de Bobbio, donde habrá ocasión de ir haciendo las sumas.

Por la parte de los contenidos, es decir, de lo que Ermanno Vitale considera falta de «impulso utópico» en mis reflexiones (p. 452), podría replicar con una cita opuesta de Rousseau, al que siempre es fácil encontrar en contradicción: aquella en la que, tras recibir del sobrino del Abée de Saint Pierre los manuscritos de este utopista ilustrado, el ginebrino muestra su decepción por no haber encontrado tesoros sino

visiones superficiales, proyectos útiles pero impracticables debido a la idea, de la que el autor nunca pudo salir, de que los hombres se conducen por sus luces más que por sus pasiones [sin dejar de caer] de error en error en todos los sistemas, por haber querido hacer a los hombres semejantes a él, en lugar de tomarlos tal como son y como continuarán siendo (Rousseau, 1959, p. 422).

Se diría que solo uno de estos dos Rousseau puede estar más próximo a la verdad. Vitale ha elegido el primero y yo estoy, como él dice, en las antípodas, pero para mostrar que es posible y hasta deseable un antiutopismo ilustrado, que veo muy emparentado con el *illuminismo pesimista* de Bobbio, me puedo servir de la vitriólica pluma de Voltaire:

Todos decían que los dioses habían dispuesto que hubiera reyes para dar fiestas todos los días mientras fuesen variadas, que la vida es demasiado corta para gastarla de otro modo, que los juicios, las intrigas, la guerra, las disputas de los sacerdotes que consumen la vida humana, son cosas absurdas y horribles, que el hombre ha nacido para disfrutar [...]. Tan excelente moral sólo ha sido desmentida por los hechos (Voltaire, 1986, pp. 101-102).

Voltaire prueba bien que la distancia, la desconfianza, incluso el disgusto respecto del «impulso utópico» no es incompatible con el espíritu crítico, con la toma de posición responsable y con la defensa de los criterios éticos que se creen adecuados. Y, francamente, sin pretender igualarme a ninguno de los grandes autores, yo creo haber intentado cumplir mi parte en la crítica a lo irracional de lo existente y en la defensa de los principios que podrían ir mejorando la realidad.

No me reconozco en el retrato de mi posición como situada en una tierra intermedia entre la «utopía razonable» y el realismo cínico o trasimaquiano que me colocaría en la mera defensa de lo existente (p. 452). Aunque no lo dice categóricamente, Ermanno oscila entre dos bocetos de mi posición bien diferentes: que me sitúo en un terreno intermedio que consagra lo existente y que tiendo a eludir el afirmar de qué parte me pongo, lo que equivaldría a intentar no estar en ninguna lugar; solo en el ensayo sobre Cataluña ve Vitale una clara toma de posición, y es en

favor del *statu quo* (lo que, dependiendo del *status*, preciso yo, podría no tener nada de malo) (p. 453). Pero me temo que, me ponga como me ponga, para él tiendo a situarme en una tierra de nadie en la que la que todo lo real es racional. Dejando el asunto de Cataluña para el final, creo que su retrato se basa en buena parte en una mala interpretación de mi posición sobre la democracia internacional y en un malentendido sobre el consecuencialismo como respuesta a la conflictividad internacional. Y en la parte restante, en cambio, lo que seguramente ocurre es que, aun dentro de un espectro de proximidad, Vitale no comparte los criterios sustantivos que yo he mantenido sin oscuridades ni evasión alguna.

En su comentario al capítulo 22 –el único del libro que tiene a Bobbio como protagonista– el amigo Vitale no interpreta bien el sentido de mi apelación al socialismo liberal como modelo ideal y extrae una conclusión insuficiente y superficial sobre el punto de la posibilidad de internacionalización de la democracia. Ermanno comienza por reprocharme que califique al socialismo liberal como «uno de los principales oxímoron bobbianos» y que a la vez lo considere como la «difícil y abierta síntesis» del modelo político del mismo Bobbio, lo que constituiría una contradicción, un oxímoron de segundo nivel (p. 453). La verdad es que en mi descripción me limité a resumir, reconozco que muy expeditivamente, la propia posición que el común maestro desarrolló, de manera compleja y crítica, en su escrito más amplio y principal sobre el socialismo liberal, donde acepta sin problemas su calificación como oxímoron o *ircocervo* para concluir que su valor teórico como síntesis había sido hasta entonces débil, al tratarse de una construcción doctrinal artificial o sobre el papel (Bobbio, 1994, pp. 58-59)<sup>13</sup>. En todo caso, para una lectura mínimamente caritativa y que tenga en cuenta a Hegel, no veo nada de extraño ni paradójico en defender la posibilidad de síntesis o mediaciones que intentan superar oxímoron, especialmente cuando hablamos de doctrinas políticas. Lo importante es que, más allá de las denominaciones y de las inevitables variaciones doctrinales y prácticas, el modelo del socialismo liberal no propone algo esencialmente distinto del espectro del pensamiento socialdemócrata o de socialismo democrático, que es el modelo que he compartido con Bobbio o Elías Díaz desde mi juventud y que Francisco Laporta recuerda en su prólogo. Aunque ya lo había declarado en el apartado anterior, no me importa repetirlo ahora porque, en efecto, en el artículo que comento no aparece expresamente dicho, pero no por una supuesta «tendencia a no tomar partido», como dice Vitale (p. 453), sino seguramente porque lo di tan por supuesto que no encontré necesario decirlo.

En todo caso, la interpretación que hace el amigo Vitale del artículo dedicado a la democracia internacional no recoge bien el hilo de mi argumento básico, sin duda porque yo debería haberlo dejado más claro. Dicho muy sintéticamente, ese hilo era que el modelo democrático (liberal o socialdemocrático) bobbiano puede y debe considerarse un ideal regulativo en la esfera internacional, propugnando un Estado federal mundial que no es imposible de pensar ni de realizar, es decir, que es posible sea en términos conceptuales o sea en términos empíricos absolutos, por más que hoy resulte muy difícil ver su inmediata practicabilidad, especialmente, decía yo, para el limitado plazo previsible de «nuestra vida y la de nuestros hijos» (2020, p. 592). Tal es el contexto de mi referencia al dilema del prisionero dadas las actuales condiciones internacionales, ante la que todavía espero un argumento en contra, si no una refutación: *hic Rodhus, hic salta*. Pero esas condiciones podrían variar en un futuro indeterminado y, como anota Mauro Barberis en su comentario (pp. 434-435), aquella misma posibilidad de una organización democrática internacional ya aparece en mi

<sup>13</sup> En el párrafo final, Bobbio terminaba distanciándose incluso del uso de la categoría, afirmando que «parece caminar un poco más con los pies en la tierra si, en vez de los dos “ismos” [socialismo liberal y liberalsocialismo (ARM)], se habla de libertad y de igualdad. [...] Pero yo me reconozco mejor, también emotivamente, en el lema: “Giustizia e Libertà”» (1994, p. 59).

artículo de 1989 sobre el ámbito de la democracia, recogido en el capítulo 13 del libro. Es más, cuando en el capítulo 22, de 2005, volví a defender esa misma idea utilicé sin saberlo un argumento similar al de Ferrajoli que yo no conocía (o que no recordaba) y que ahora Vitale trae a colación sin, al parecer, haberse percatado del mío (p. 452): mientras Ferrajoli propone imaginar lo que diría un patricio romano o un señor medieval si le hubieran asegurado que la esclavitud llegaría a ser un delito, yo llamaba a imaginar el salto desde hoy hasta tal Estado mundial apelando a la organización política europea en el siglo X en contraste con la actual Unión Europea (cf. 2020, p. 591).

No acepto, pues, el diagnóstico de Ermanno Vitale de que mi «convicción de fondo reposa en un marco sustancialmente inmutable o, lo que viene a ser lo mismo, sobre el escepticismo respecto de la posibilidad de cambiar el paradigma de las relaciones internacionales» (p. 454). Creo que si el texto se lee sin prejuicios, se puede ver que comparto con Bobbio la filosofía de la historia abierta y liberal también defendida por Kant, este último, al parecer, tan a largo plazo que la fiaba a «una serie de innumerables generaciones», quizá «miles de años» (cit. Pagden, 2013, p. 307). Hoy sabemos que no hay garantía absoluta de que la humanidad disponga de tanto tiempo, pero eso solo confirma la idea kantiana de la apertura de la historia incluso a un mal final. En todo caso, que yo sea escéptico sobre los tiempos breves ha podido dar lugar en otros escritos a manifestar algunas diferencias con el voluntarismo un poco apocalíptico de Ferrajoli (Ruiz Miguel, 2008, pp. 355-367)<sup>14</sup>, quien parece creer en la posibilidad de un cambio cercano, y quizá Vitale se hace eco de esa actitud mía más pesimista, que ha terminado por no dejarme creer en la deliberación sobre cambios inmediatos y radicales que no creo en absoluto posibles. Como recojo en una nota del capítulo, también Bobbio en uno de sus últimos escritos mostró su pesimismo sobre la creación de una fuerza común internacional, y no solo a corto sino «quizá ni siguiera a largo y larguísimo» plazo (2020, p. 592). Lo que no le impidió, como tampoco a mí, defender el «noble ideal» por él mismo propuesto de la edad de los derechos.

Vitale aduce un segundo argumento para mostrar que yo, a diferencia de Ferrajoli, no habría hecho propia ni desarrollado en mi obra la anterior propuesta de Bobbio, que yo, añade, perplejo y aparentemente fascinado ante ella, la admiraría pero sin aceptarla en el fondo (p. 455). Así lo probaría el consecuencialismo ético como criterio más razonable en mis artículos sobre el tema de la guerra recogidos en el libro (pp. 455-456). Tengo que negar la mayor, aunque el discurso deba hacerse aquí algo técnico. Aparentemente, como dice Laporta con alguna cautela en el prólogo al libro, la aparición explícita de la dimensión consecuencialista, de la ética de la responsabilidad, en los capítulos finales del libro contrasta con el predominio de una justificación de tipo deontológico, basada en los derechos humanos, en el resto de los escritos. E intenta explicarlo: «Quizás porque, efectivamente, si se persigue una justicia muy estricta puede caer el cielo sobre nosotros» (2020, p. 22). Desde luego, mis cautelas ante el eventual deber de intervenir bélicamente en un país como China para defender los derechos humanos (cautelas que Vitale pareció reprocharme en su intervención oral en el seminario de este debate) resultan plenamente justificadas con esa apelación al cielo.

El asunto requeriría un espacio mucho mayor, y habrá que conformarse aquí con una justificación muy somera y, por lo demás, en un asunto tan complejo y del que no me he ocupado nunca de manera profunda sino meramente tentativa. Por indicar sucintamente mis intuiciones básicas, creo que ni un deontologismo

---

<sup>14</sup> Hay respuesta de Ferrajoli (2008, pp. 415-418 y 430-433). Sin compartirlas al cien por cien, coincido en varias de las críticas de Pintore (2019, pp. 239-258).

dogmático, sea de deberes como el kantiano o de derechos, ni un consecuencialismo irrestricto pueden servir como marco aceptable de una ética suficientemente convincente. Ambas perspectivas tienen, según yo lo veo, graves puntos ciegos de todos conocidos: desde la inverosímil prohibición de mentir a quien nos pregunta por alguien para asesinarlo por el lado del deontologismo extremo hasta la condena o la tortura de un inocente para salvar a la colectividad por el lado del consecuencialismo irrestricto. En realidad, en un deontologismo de los derechos, muchas veces los conflictos entre ellos no son resolubles sin recurrir a la famosa ponderación, una operación en la que el peso de los fines y la exigencia de proporcionalidad tienden a implicar la comparación de los estados de cosas relevantes y, por tanto, cálculos de consecuencias. Entre uno y otro extremo, la vía maestra puede estar en partir de una posición que postula los derechos básicos y, con ellos, el valor de la autonomía individual como preeminente pero no absoluto, pues también deben garantizarse otros valores como la vida o el bienestar. Tal estructura justificativa podría configurarse como una forma de consecuencialismo pluralista que incluye el valor de la autonomía como preeminente pero no absoluto, es decir, un consecuencialismo ya claramente diferenciado de cualquier forma de monismo valorativo, como el utilitarismo, y que además debería operar como un consecuencialismo de reglas y no de actos y, en fin, evitar el criterio de maximización de los valores asumidos, de modo que pueda mantenerse en lo posible el criterio de separabilidad de las personas que justifica el papel que los derechos básicos cumplen como restricciones a un simple cálculo de consecuencias<sup>15</sup>. En todo caso, mi posición de partida ha sido siempre la defensa de los derechos humanos básicos, que en situaciones extremas y ante conflictos básicos (como entre la vida y la autonomía individual) parecen carecer de respuesta deontologista neta.

Otra vez en una tierra de nadie, podrá replicar Vitale, que a diferencia de Bobbio parece preferir siempre las posiciones netas. Así, cuando yo ilustraba mi posición consecuencialista con la aceptación con alguna reserva de la conocida admonición de *El príncipe* a no ser bueno entre tantos que no son buenos, el amigo Vitale me recrimina que ya que uso a Maquiavelo no caiga en la contradicción de diluirlo (p. 457). Veo que Vitale comparte así sin rodeos el criterio maquiaveliano de que una vez tomado el mal camino hay que apurarlo hasta el fondo sin escoger nunca «certe vie del mezzo, che sono dannosissime» (*Discorsi*, I.26). Pero mis reservas solo pretendían, por un lado, restringir la licencia maquiaveliana no a cualquier individuo o príncipe sino a Estados legítimamente organizados y, por otro lado y sobre todo, marcar distancias respecto del pacifismo absoluto<sup>16</sup>. Por lo demás, Ermanno seguro que me permitirá aceptar algunas ideas maquiavelianas sin que eso me comprometa a tener también que suscribir que hay que golpear y castigar a la Fortuna como mujer (*Príncipe*, XXV) o renunciar a mi bobbiana inclinación a tomar el camino de en medio hasta aplaudir que Giovampagolo Baglioni debería haber asesinado al Papa Julio II haciendo así algo «la cui grandezza avesse superato ogni infamia, ogni pericolo» (*Discorsi*, I.27).

<sup>15</sup> Trato de resumir así, de una manera que no puede hacer justicia de la precisión y la riqueza argumentativa, el escrito de Bayón (1989, pp. 461-500), escrito en polémica con Nino (1987). Por lo demás, el tema del constitucionalismo está más desarrollado en Ruiz Miguel (1992, pp. 95-151; del cual es una síntesis el capítulo 20 del libro objeto de estos comentarios).

<sup>16</sup> Recojo aquí el sentido de mi reserva: «la admonición ha de ser debidamente interpretada y corregida en el sentido de que no tiene por qué considerarse por fuerza como una defensa de la política y de la mera efectividad frente a los criterios de corrección ética o moral, siempre que por “ser bueno” se entienda no la única forma de actuar éticamente, sino sólo uno de esos criterios morales propugnados en la historia acaso demasiado excelsos como para que en todos los casos las circunstancias permitan o aconsejen seguirlos: para verlo no hace falta más que sustituir en ese texto las palabras “hombre” y “príncipe” por “Estado”. Tal excelsitud inexigible es la que aqueja, a mi modo de ver, al criterio deontológico de que se debe morir antes que matar, típico del pacifismo absoluto» (2020, p. 532).

Si se me permite una comparación hecha con afecto, comprendo que a la izquierda bobbiana, que Vitale y Ferrajoli bien podrían representar, le parezca censurable mi alejamiento de las posiciones netas y tajantes: en el caso, de un pacifismo absoluto que considera moralmente ilícita sin más toda participación o intervención bélica. Solo puedo replicar que ese alejamiento, mantenido tras haber analizado honestamente los distintos argumentos, es el criterio que considero más fundado. Que Bobbio además, con su gradualismo y su moderantismo, con su llamada a «non illudere e non illudersi»<sup>17</sup>, pudiera estar más cerca de mi posición que de aquella otra no lo alego como argumento de autoridad, porque creo que yo habría seguido diciendo lo mismo en otro caso, ni tampoco, en absoluto, como reproche por traición alguna al común maestro. Es solo que me parece de justicia reconocerlo.

He dejado para el final las observaciones sobre el último capítulo de mi libro, el dedicado al nacionalismo y al conflicto catalán, sobre el que no creo que esta sea ocasión para entrar en pormenores, pues son muchos y muy complejos los temas mencionados e implicados: de los antecedentes y causas del conflicto a la intervención del 155 a los eventuales y siempre discutibles remedios futuros, de los componentes etnicistas del nacionalismo catalán a su acompañamiento interesado por cálculos económicos o por intereses vétero-revolucionarios, del carácter de golpe inconstitucional del *procés* a las sanciones penales de sus responsables, de la naturaleza de nuestro Estado autonómico a la posible reforma de la Constitución en un sentido decididamente federal, de la relación de los referendos con la democracia y con la solución del problema catalán a la incomprensión del problema catalán que se refleja en la interpretación de Vitale de un artículo de Félix Ovejero como un ejercicio retórico (p. 461). Me limitaré, pues, a señalar mis discrepancias esenciales con el amigo Vitale tras señalar el, quizá, único acuerdo de fondo en la común aversión hacia el nacionalismo identitario.

Antes de nada, sin embargo, quiero indicar una diferencia que puede parecer menor pero que permite entrar en el núcleo de mi enfoque del problema. El amigo Vitale comienza afirmando que el tema del nacionalismo «es un poco excéntrico» en el apartado en que se sitúa, dedicado a la guerra, la paz y la democracia cosmopolita (p. 458). No lo veo así precisamente porque el nacionalismo me parece el perfecto antagonista del cosmopolitismo. En uno de los buenos intercambios a la hora del café en el Área de Filosofía del Derecho de la UAM (esto fue hace siglos, antes de la pandemia), Juan Carlos Bayón sostuvo que si, ante el caso catalán, se eliminaran todos los factores distorsionantes y fraudulentos del *procés* –secesión de ricos y «egoísta», riesgo serio para los catalanes no independentistas tras una hipotética sucesión, falta de una mayoría clara, argumentación independentista trufada de engaños y manipulaciones, etc.– él no vería razones éticas para negar la secesión, del mismo modo que admitimos la existencia de las actuales fronteras que dividen a los diferentes Estados. Mi respuesta fue que, incluso en una especie de «situación originaria» perfecta, seguiría habiendo una razón ética para oponerse a la secesión de cualquier región (siempre supuesto, claro está, que el Estado matriz garantice los derechos de la población, incluyendo los derechos a una autonomía regional lealmente practicada): que toda secesión es en principio un paso atrás en el proceso hacia un mundo más integrado y cosmopolita, del mismo modo que la lenta

---

<sup>17</sup> Sigo sin encontrar el lugar original de esta frase, que estoy seguro que es de Bobbio. Sobre el moderantismo de Bobbio y su búsqueda de caminos intermedios, además de los escritos citados en la nota 12, puedo recordar aquí cómo, en referencia a su primer escrito político por los años de la Segunda Guerra Mundial, decía sobre él: «in cui seguendo la mia vocazione (si vede viva già allora) di trovare il punto di sintesi fra due estremi dicevo che gli intellettuali dovevano rifuggire da due atteggiamenti altrettanto negativi...» (Bobbio, 1978, p. 53).

superación de las fronteras mediante acuerdos que crean entidades supraestatales tiende a ser un paso adelante<sup>18</sup>.

En la sustancia, la pretensión de mi artículo del 2019 era doble: por un lado, alertar y precaver ante el riesgo de la reviviscencia por reacción de un nacionalismo identitario español que había sido prácticamente sepultado con la Constitución de 1978, porque ese camino no puede llevar más que a la exacerbación irresoluble del problema; y, por otro lado, llamar a la firmeza en la defensa de un modelo constitucional que aliente la lealtad y permita una presencia del Estado común que es normal en cualquier sistema federal y que en España tiende a lo inexistente. Tengo la duda de si Vitale ha captado bien el sentido del primer punto, y me parece que tampoco ha tenido en cuenta que el segundo punto no propone «las condiciones de la rendición» sino mi criterio sobre los términos en los que se debería empezar el diálogo y la negociación, del mismo modo que los independentistas catalanes plantean ahora como punto previo a toda discusión la amnistía y el referéndum de autodeterminación. Como bien ha visto Mauro Barberis en su lectura del capítulo sobre el ámbito de la democracia, y con indudable referencia al tema del referéndum, yo «siempre [he] preferido la negociación desarrollada a nivel constitucional al método democrático aplicado en el nivel local» (pp. 434-435).

Por lo demás, reconozco que mis textos sobre el tema tienen un tono severo que tal vez transpira más pasión que el tono de mis escritos habituales. Es posible que en esas páginas aparezca un «ARM diferente, [...] más propenso a la intransigencia que a la tolerancia» (p. 458), aunque puedo asegurar que mi voluntad de amistad con los amigos de siempre en Cataluña está por encima de esta contingencia. Pero si hay un cambio de tono, ese cambio surge en correspondencia con los desafueros y trapacerías de toda índole del secesionismo y con el gravísimo tensionamiento del sistema democrático español que los responsables políticos secesionistas vienen sosteniendo desde hace algunos años<sup>19</sup>. Como elemento nuevo

---

<sup>18</sup> En un reciente intercambio sobre el tema con Juan Carlos Bayón por correo electrónico, y supuesta la mencionada «situación original», él, aun con dudas, se inclina por seguir manteniendo que si se adopta como criterio central el punto de vista de la justicia distributiva la cuestión es contingente: «un estado independiente puede autoimponerse obligaciones muy exigentes de “justicia global”, del mismo modo que un superestado resultante de la fusión de dos o más estados previos podría adoptar políticas redistributivas más regresivas que las que imperaran antes de la fusión en alguna de las unidades que se fusionan». Por mi parte, también dubitativamente, y supuestas siempre las condiciones básicas de la democracia, replicaría que, por un lado, en un proceso de concentración de Estados hacia un Estado cosmopolita tal vez lo más importante e inmediato no es la justicia distributiva sino el progreso hacia un mundo más pacífico (después de todo, no está claro que la Unión Europea haya constituido un avance precisamente en materia de derechos sociales, lo que debe invitar a mejorar en ese ámbito y no a retroceder en el proceso de integración europea); por otro lado, yo tampoco defendería que toda secesión es necesariamente negativa para un proceso cosmopolita, ni que toda integración sea necesariamente positiva), y por ello me he limitado a afirmar la tesis solo «en principio».

<sup>19</sup> Ya pasado un cierto tiempo desde la sentencia del *procés*, comparto la soberbia reflexión sintética que sobre ella ha hecho Perfecto Andrés Ibáñez los últimos días de febrero, cuando preparo este escrito: «Seguí con enorme preocupación todo lo sucedido y, más o menos, el curso de la causa y del juicio, y leí, pero, sinceramente, no he estudiado, la sentencia. Ahora bien, no eludiré la pregunta y diré que, al margen de las alternativas técnicas en lo relativo a la calificación de las conductas, lo sucedido en Cataluña, en aquellas fechas lamentables, es que unos sujetos públicos recibieron un aparato de poder y lo lanzaron contra el marco constitucional e institucional del que provenía su legitimidad. En el *Diccionario de política* de Bobbio-Matteucci-Pasquino se recoge una definición de “golpe de estado” tomada del clásico *Larousse*: “violación deliberada de las formas constitucionales por un gobierno, una asamblea o un grupo de personas que ejercen autoridad”. Pues eso. Ya sé que se ha hablado de confrontación de legitimidades y que, en medios de cierta izquierda, hay tendencia a *comprender* lo sucedido en nombre de no sé qué *valores*. Incluso en la asociación judicial a la que pertenezco, hubo una ruptura por parte de colegas que participaban de ese insólito criterio. En tales contextos, se ha apelado a la democracia, a cierto mandato popular informal captado por los *augures*, como modo de dotar de legitimidad a la intentona. La invocada de forma tan gratuita me parece una pintoresca *democracia* desmelenada, al margen de las reglas, sin cabida en marco constitucional alguno. Esto por

de explicación, puedo alegar aquí que, no sé si con algún exceso de alarma, he vivido estos últimos años con una percepción histórica muy pesimista sobre las graves consecuencias que tendría para España, y quizá para Europa, la separación de Cataluña: a la alta probabilidad de llevarse por delante nuestro sistema democrático se podría sumar una crisis espiritual seguramente todavía más profunda que la del 98, el año de la independencia de Cuba y Filipinas, que deprimió la confianza en el país y anticipó las condiciones para el desastre de la guerra civil.

A propósito del tono, no quiero dejar pasar el comentario de Ermanno a mi respuesta a la intervención del también amigo Luigi Ferrajoli en diciembre de 2019, apenas dos meses después de la sentencia del *procés*, en favor de una solución de clemencia, una respuesta, dice Vitale, de «tonos [...] exacerbados y rígidos en la absoluta seguridad de estar enteramente en la razón» y que a él le sorprendió y amargó personalmente porque yo habría acusado a Ferrajoli con el reproche de falta de coherencia con su propia teoría (p. 460). He releído ese escrito (Ruiz Miguel, 2020a) y no puedo concordar con las anteriores afirmaciones: primero, porque, aunque reproduce el texto en ese sentido de un crítico, yo no suscribí el tono ni la literalidad de tal reproche sino que me limité a defender las principales decisiones judiciales españolas apelando a la cultura constitucionalista compartida con Ferrajoli; y, segundo, porque no empleo ni más ni menos contundencia en la afirmación de mis tesis que la que suele emplear Luigi Ferrajoli en sus textos o, para el caso, de la que emplea el propio Ermanno Vitale en el suyo. Por lo demás, invito a leer despacio y con la debida atención ese escrito mío y otros relacionados con él al menos para desmentir la posible impresión aventada como reproche en el comentario de Vitale de que yo rehúse el diálogo, los instrumentos de la política o la utilización del derecho de gracia ante el conflicto catalán (pp. 459-461)<sup>20</sup>. En todo lo que he escrito sobre el tema, incluida la correspondencia relativamente privada, como en mis conversaciones con los amigos y colegas catalanes, siempre he defendido la necesidad de un diálogo en serio, integrando a todos los interlocutores relevantes y siempre con la mirada puesta en la reconciliación de los propios catalanes.

Por eso no puedo dejar de suscribir las palabras finales del texto de Vitale, extraídas del «Invito al colloquio» con el que Bobbio abrió el diálogo de los primeros años 50 sobre *Política e cultura* entre la cultura liberal y la comunista (no con la fascista, recuérdese). Y de esas palabras quiero aplicarme ahora la llamada al intelectual a la tarea de sembrar dudas. Oscar Wilde concluyó uno de sus escritos así: «No es que apruebe yo cuanto he dicho en este ensayo. Hay en él cosas con las cuales estoy en completo desacuerdo» (Wilde, 1986, p. 200). Aunque pierda toda su gracia, quiero terminar parafraseando esa humorada diciendo que hay cosas en este escrito de las que quizá no estoy tan seguro como pueda parecer. Pero sí estoy seguro de que no voy a dejar de seguir dando vueltas a las objeciones de los generosos amigos que han participado en este debate.

---

no hablar del grado de irresponsabilidad y de inepticia de los aprendices de brujo que han sometido a Cataluña y al resto de España a una tensión como la vivida y que se sigue viviendo. Además, para el colmo, en nombre de *un pueblo* inexistente como tal y bajo la inspiración de un *volksgeist* que trae los peores recuerdos» (Andrés Ibáñez, 2021).

<sup>20</sup> En particular, en un artículo publicado en esta misma revista hace algo más de dos años, poco antes de la sentencia del *procés*, yo aceptaba, «según las circunstancias, la posibilidad de una amnistía a los eventuales condenados por los delitos que correspondan en el denominado “procés”, siempre que fuera en forma limitada y condicional: limitada, porque en principio debería reducirse a las eventuales penas de prisión antes que a las de inhabilitación y multa; y, en todo caso, condicional, porque debería ser revocable si las personas amnistiadas incumplieran el compromiso de lealtad básica con los mecanismos legales y constitucionales establecidas para los cambios políticos» (Ruiz Miguel, 2018, p. 31, n. 14). Remito también, además de a mis dos escritos sobre el tema ya citados (Ruiz Miguel, 2019 y 2020a), a Ruiz Miguel (2020b).

## Bibliografía

- Andrés Ibáñez, P. (2021). Perfecto Andrés Ibáñez: una voz imprescindible. *Periferias*. Entrevista realizada por Juan García Herrera. Disponible en: <https://espacioperiferias.com/2021/02/26/perfecto-andres-ibanez-una-voz-imprescindible/> [consultado el 9 de marzo de 2021].
- Atienza, M. (2019). Prólogo. En G. Blando, *Secularizzazione e laicità. Pratiche argomentative nella CEDU* (pp. 19-22). Napoli: Editoriale Scientifica.
- Bayón, J.C. (1989). Causalidad, consecuencialismo y deontologismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.24>
- Blom, Ph. (2012 [2010]). *Gente peligrosa. El radicalismo olvidado de la Ilustración europea*. Barcelona: Anagrama. Trad. de D. Najmías.
- Bobbio, N. (1955). *Política e cultura*. Turín: Einaudi.
- Bobbio, N. (1976). Quale socialismo? En *Quale socialismo. Discussione di un'alternativa*. Turín: Einaudi.
- Bobbio, N. (1978). Il comitato di liberazione della scuola a Torino. En N. Raponi (ed.), *Scuola e Resistenza*. Parma: La Pilotta Editrice.
- Bobbio, N. (1993). *Elogio della mitezza*. Milán: Línea d'ombra.
- Bobbio, N. (1994). Introduzione. Tradizione ed eredità del liberalsocialismo. En M. Bovero, V. Mura y F. Sbarberi, *I dilemmi del liberalsocialismo*. Roma: La Nuova Italia Scientifica.
- Bobbio, N. (1994a). Epílogo para españoles. En Á. Llamas (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE.
- Bobbio, N. (1996). Risposta ai critici. En *De senectute e altri scritti autobiografici*. Turín: Einaudi.
- Bobbio, N. (2000). *Elogio della mitezza e altri scritti morali*. Milán: Il Saggiatore.
- Conferencia Episcopal Española. (2020). La vida es un don, la eutanasia un fracaso. Nota de la Conferencia Episcopal Española ante la aprobación en el Congreso de los Diputados de la ley de la eutanasia, 11 diciembre. Disponible en: <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/eutanasia/la-vida-es-un-don-la-eutanasia-un-fracaso/> [consultado el 9 de marzo de 2021].
- Ferrajoli, L. (2008). *Principia iuris*. Una discusión teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.26>
- Flores d'Arcais, P. (2019). *Questioni di vita e di morte*. Turín: Giulio Einaudi.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
- Kant, I. (1986 [1793]). En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica». En R. R. Aramayo (ed.), *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.
- Leni, F. (2016). *Liberal Neutrality and State Support for Religion*. Cham: Springer.
- Merrill, R. y Weinstock, D. (eds.) (2014). *Political Neutrality. A Re-evaluation*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Nino, C.S. (1987). El cuatrilema del consecuencialismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.23>
- Pagden, A. (2013). *The Enlightenment and Why it Still Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Perelman, Ch. (1964 [1945]). *De la justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Trad. de R. Guerra.
- Pintore, A. (2019). Disuguaglianze e apocalisse. Sul *Manifesto* di Luigi Ferrajoli. *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX/2.
- Queralt, J. (2014). *Igualdad, suerte y justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* Cambridge: Harvard University Press, 2ª ed.
- Rousseau, J.J. (1959). *Les confessions*. En B. Gagnebin y M. Raymond (eds.), *Oeuvres complètes*, I. París: Gallimard.

- Ruiz Miguel, A. (1992). Guerras justas e injustas: entre la moral y el Derecho. En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- Ruiz Miguel, A. (1994). Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión. En Á. Llamas (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE.
- Ruiz Miguel, A. (2000). *Política, Historia y Derecho en Norberto Bobbio*. México: Fontamara, 2ª ed.
- Ruiz Miguel, A. (2002). Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. En E. Díaz y J.L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza.
- Ruiz Miguel, A. (2003). Constitucionalismo e democracia. *Teoría política*, XIX/2-3. Trad. italiana de Valentina Pazé (en versión castellana y reducida: Id. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 21).
- Ruiz Miguel, A. (2005). Azar, igualdad y biotecnología. En A. Jorge Barreiro (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Ruiz Miguel, A. (2005a). Azar, biotecnología y justicia sanitaria. En *Bioética, religión y Derecho*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005.
- Ruiz Miguel, A. (2008). Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.23>
- Ruiz Miguel, A. (2010). La laicidad y el eterno retorno de la religión. En R. Vázquez, A. Ruiz Miguel y J.M. Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ruiz Miguel, A. (2016). Crisis institucional, partidos y democracia representativa. En R.R. Aramayo, J.F. Álvarez, F. Maseda y C. Roldán (eds.), *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual (Un homenaje de Isegoría por su 80 cumpleaños)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Ruiz Miguel, A. (2018). Gracia y justicia: el lugar de la utilidad pública. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 15. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4340>
- Ruiz Miguel, A. (2019). Sobre desobediencia, amistad y lealtad. *Jueces para la democracia. Información y debate*, 96.
- Ruiz Miguel, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz Miguel, A. (2020a). Luigi Ferrajoli y Cataluña: una correspondencia. En *Almacén de Derecho*, 2 de enero. Disponible en: <https://almacenederecho.org/luigi-ferrajoli-y-cataluna-una-correspondencia> [consultado el 9 de marzo de 2021].
- Ruiz Miguel, A. (2020b). Más sobre Cataluña: carta a J.J. Moreso. *Almacén de Derecho*, 11 de enero. Disponible en: <https://almacenederecho.org/mas-correspondencia-sobre-cataluna-carta-a-j-j-moreso> [consultado el 9 de marzo de 2021].
- Ruiz Miguel, A. (2021). Laicidad liberal y laicismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [próxima publicación en el número 44].
- Varios. (1964). Filosofía como metodología o filosofía como visión del mundo? *La Cultura*, II.
- Voltaire. (1986). *La princesa de Babilonia*. En J.L. Borges (ed.), *Micromegas*. Madrid: Siruela.
- Westen, P. (1981). The Empty Idea of Equality. *Harvard Law Review*, 95/3.
- Westen, P. (1990). *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*. Princeton: Princeton University Press.
- Wilde, O. (1986). La verdad de las máscaras. En *Ensayos. Artículos*. Barcelona: Orbis. Trad. de J. Gómez de la Serna y prólogo de J.L. Borges.
- Zellentin, A. (2012). *Liberal Neutrality: Treating Citizens as Free and Equal*. Berlín-Boston: De Gruyter.

# Denis Diderot, Contra el colonialismo y las tiranías. Contribuciones políticas a la “Historia de las dos Indias”, Estudio introductorio, traducción y notas de Roberto R. Aramayo

(2020) Plaza y Valdés  
Madrid, 248 pp.

Julio Seoane Pinilla  
Universidad de Alcalá  
ORCID ID 0000-0001-7290-0129  
[julio.seoane@uah.es](mailto:julio.seoane@uah.es)

Cita recomendada:

Seoane Pinilla, J. (2021). Denis Diderot, Contra el colonialismo y las tiranías. Contribuciones políticas a la 'Historia de las dos Indias', Estudio introductorio, traducción y notas de Roberto R. Aramayo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 487-491.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6091>

Me voy a permitir la licencia de imitar el espíritu que de alguna manera empapa esta obra de Diderot y por ello voy a comenzar *in media res* y ser algo desordenado. ¿Desordenado? Me explicaré más tarde, por el momento déjese iniciar esta reseña comentando con quien nos hayamos aquí. Y no, no voy a hacer una introducción a Diderot que sería abundar en lo ya muy conocido, sino simplemente intentaré tratar de dibujar la persona que aparece a través de las líneas del libro aquí reseñado para después dedicarme a hablar del libro propiamente dicho.

Para empezar, y al hilo del subtítulo del libro, tenemos a un ilustrado que se muestra frente a la esclavitud y al colonialismo. No era ello común en el XVIII –aunque tampoco era raro– y debemos poner en el haber de Diderot el mérito de esta doble protesta: contra la esclavitud a la cual considera un atentado a la dignidad humana y a todos los derechos que por naturaleza le corresponden; y contra el deseo europeo de ver Europa por todos lados. Si lo primero es relevante y se puede unir a muchos respetables pensadores que clamaron contra un sistema esclavista que si bien era



inigualable a la hora de explotar las riquezas de las colonias también era en la misma medida insultante para la humanidad, lo segundo merece alguna consideración más. Algún detalle que aleje a Diderot del *mainstream* de autores antiesclavistas más o menos conocidos, más o menos orillados, que hoy gustamos de barajar en nuestros juegos. Y ese detalle es «sencillamente» el hecho de percibir que cuando se mira al mundo con las orejeras europeas uno ni percibe el mundo ni percibe realmente a Europa. Casi como en un precursor de las propuestas poscoloniales, Diderot se da cuenta de que nuestra visión de los salvajes dice mucho de nosotros. Sobre todo, de nuestra incapacidad para reconocer que la naturaleza humana es mucho más multiforme y llena de promesas y posibilidades de lo que la Ilustración –nuestra modernidad– generalmente percibió. Ver Europa en las colonias o en las nuevas tierras y lejanos mares de los que hacía tiempo se daban noticia es una buena manera de no saber ver lo complejo que es el mundo –*le monde*, i.e., la Europa civilizada–.

El indio, y aquí es cierto que no se debe esperar una visión que ni siquiera hoy tenemos, es visto por Diderot con los moldes de su época: un espíritu estoico que soporta las desgracias sin una queja, que no tiene grandes pasiones y que se conforma con bien poco. Casi en un reflejo del buen salvaje rousseauiano, el primitivo aparece en esta obrita como suele aparecer en el mundo ilustrado, a saber, como alguien ajeno a los vicios modernos porque no tiene ninguna necesidad más allá de la alimentación y la procreación, es decir, que no ha conocido los lujos que hace débiles a los modernos civilizados –y en la discusión sobre el lujo, lo que nos hace débiles, lo que hoy llamamos consumo, en buena parte se puede dirimir el doble camino que tomó la Ilustración en la forja del mundo moderno–. Pero hay una diferencia considerable en la apreciación del salvaje que Diderot muestra en estas páginas que, repito, siguen los cánones de su época; una diferencia que marca una clara diferencia entre Diderot y sus coetáneos pues generalmente este espíritu estoico, claro reflejo del mito de Esparta, se muestra como un lugar ya inalcanzable que de alguna manera sirve para fundamentar el orden que la modernidad constituía; un orden donde puesto que tal universo original no era ya alcanzable se intentaba llegar a cotas similares de felicidad a través de una legislación completamente nueva y, por supuesto, diferente a la del buen salvaje que o bien recogiera aquel mundo como en el caso de Rousseau, o bien, como sucedió con Hume o A. Smith, reconociera que aún más débil y enfermiza nuestra moderna civilización era menos cruel y más «humana». Por el contrario, aquí Diderot nos acerca una visión del otro como alguien que no nos enseña, que no nos muestra cómo es la naturaleza humana, sino que sencillamente vive de un modo diferente. Y quizá lo que aprendemos con él no es tanto el fundamento del mundo que queremos tener, sino sencillamente el valor de la diferencia que, aunque no siempre es entendida, no por ello debe ser minusvalorada. No siempre es así, por supuesto, y en varias ocasiones podemos ser testigos de las imprecaciones de Diderot ante la brutalidad y salvajismo de algunas hordas y tribus primitivas a las que se toma por salvajes y bárbaras sin ninguna contemplación, pero siempre son calificadas así no de un modo imperativo, sino porque en comparación con el mundo que se quiere entrever por Diderot quedan muy fuera de lugar.

Y ligado a esta consideración del salvaje –que repito: no es el origen de un contrato social, sino aquel que está ahí y nos recuerda que lo diferente existe– está el hecho de que Diderot apueste contra el colonialismo. En el caso de las colonias de América del Norte, es bien explícito clamando contra el hecho de que las libertades europeas se restringen en las colonias –«os aterroriza el hobbesianismo en vuestra vecindad, pero sin embargo en la distancia ponéis en práctica este funesto sistema que hace de la fuerza la ley suprema» (Diderot, 2020, p. 163)–, mostrando la evidencia de que no por llegar a una tierra allende el mar y poner una placa tal tierra pasa inmediatamente a la propiedad de quien paga la expedición, o proponiendo que

el mejor modo de gobernar las colonias no es subyugándolas sino haciendo un nuevo pueblo –«tales serían los felices efectos que produciría en una colonia floreciente el atractivo del más poderoso de los sentidos. Nada de armas ni soldados, sino muchas jóvenes para los hombres y muchos jóvenes para las mujeres» (p. 159) –. Todo ello le lleva a clamar por la independencia de las colonias de América del Norte con militancia y fervor.

Pero si tenemos a un pensador contra la esclavitud y el colonialismo, también se dibuja a lo largo del texto un convencimiento, no sé si ilustrado o liberal o ambas cosas a la vez, de que es el comercio entre los pueblos y la propiedad privada el primer elemento que protege tanto el progreso y la paz en nuestros gobiernos como el reconocimiento de lo diferente. La apuesta de Diderot aquí no es extraña en su siglo y no son pocos los autores que están convencidos de que si es posible una paz entre las naciones está ha de venir por los intereses comerciales, por la necesidad de establecer intercambios que favorezcan la riqueza de la nación –«una guerra en medio de diferentes naciones comerciantes es un incendio perjudicial para todas» (p. 29) – y todo ello tiene que ver con la necesidad de establecer un derecho a la propiedad como garantía para conseguir una sociedad libre –«un pueblo sabio no se permitirá ningún atentado contra la propiedad ni contra la libertad» (p. 165) –. A veces parece que estamos ante un autor liberal *à la* Mill – ello es más evidente en su defensa de la libertad de prensa que «produce sin duda inconvenientes, pero son tan frívolos y efímeros en comparación con los beneficios que no me molestaré en detenerme aquí» (p. 100) – y para aclarar realmente la postura de Diderot es el momento de ordenar un poco mi reseña y de la mano del editor de la misma, vamos a ver qué es realmente lo que tenemos aquí, qué ideas se proponen, qué de interesante podemos adquirir por el precio de este libro.

A lo largo de la introducción el editor de la obra hace explícito su convencimiento de que Diderot aún sin tener un tratado político, sí que es cierto que acuñó la idea de voluntad general antes que Rousseau, que trabajó con una idea de ley similar a la de Montesquieu, que propuso nociones sobre el derecho natural, la ciudadanía, etc., a la par, sino antes, que los autores que generalmente estudiamos como teóricos políticos en relación a semejantes asuntos. Es cierto que tal no lo hizo de modo sistemático, pero el editor apuesta por que en diferentes obras –y principalmente en esta recopilación que nos proporciona– se puede rescatar un completo compendio de conceptos políticos que aúpan a Diderot al nivel de los tradicionales teóricos de la modernidad política. Ello puede ser, no me cabe duda, pero hay que decir que Diderot nos ofrece sus reflexiones políticas como lo haría un viejo sabio contando batallitas, con cierto desorden, uniendo unos temas con otros que no tienen nada que ver. Ello se puede ver con claridad en el capítulo VI de este libro, el titulado «Del comercio» donde, para sorpresa del lector, no se habla del comercio y lo que se ofrece es una mezcla de comentarios sobre México, Canadá, los hospitales, el asilo, algunos comentarios sobre los negros y en su apartado final que se titula «Comercio de la Indias» se dedica a hablar de los filósofos. Debo diferir del editor, aunque ciertamente en no mucho; estoy con él en su apuesta por tomar a Diderot como un pensador valioso en relación –también– con los conceptos políticos que ofreció –que nos ofrece–, pero el modo en como los expone –al menos en este libro y sobre todo en los capítulos finales– es con poco orden, hablando de todo de manera indistinta. El editor no se ha preocupado de cuidar la ordenación sistemática de las intervenciones de Diderot, ha sido fiel a su desorden y en no pocas ocasiones no sabemos si lo que leemos es un capítulo de un capítulo o un párrafo de un capítulo de un capítulo y ni siquiera es claro qué tiene que ver lo que se deja leer con el título que lo encabezaba. Personalmente creo que está por demostrar que la mezcla expositiva sea un demérito y no me importa perderme en los textos cuando son interesantes como los que aquí se ofrecen, pero al lector

más ordenado le debo advertir que muchas veces no queda claro qué es lo que se quiere decir «con prioridad». Aunque, qué duda cabe, el texto se deja empapar con todo lo que dice.

Y ¿qué es lo que dice? Dejando aparte la mezcolanza de temas y el deambular por cuestiones –que en no pocas ocasiones recuerda al obrar de Montaigne– a este respecto el editor está más que acertado: Diderot aquí oficia de pensador político. Dice de la Ley que «no es nada si no es una espada que se pasea indistintamente sobre todas las cabezas» (p. 99) de modo que al llegar a todos por igual nos hace iguales y permite desafiar cualquier imposición; una igualdad que, también nos dice Diderot, desafía la misma idea, tan común en el XVIII, de un rey ilustrado pues «¿no puede ocurrir que la voluntad de este señor absoluto esté en contradicción con la voluntad de sus súbditos?» (p. 114). Y es que, en efecto, Diderot también aquí se explaya en hablar de la voluntad general como el punto que nos permite pasar de súbditos a ciudadanos –libres– y nadie sino el pueblo está legitimado a establecer tal voluntad general –«Pueblos, no consentais a vuestros presuntos dueños hacer tan siquiera el bien en contra de la voluntad general» (p. 26) – pues como se afirmará en el texto incluso el mejor de los principios es algo criminal si se afirma contra la voluntad de los ciudadanos (p. 115). Una voluntad que, añade Diderot en este tratado político, parte de una concepción del derecho natural que de alguna manera hace evidente lo que subyace al género humano, su dignidad. Para establecerla es verdad que se pueden utilizar diferentes aplicaciones, pero los principios siempre son constantes; en último término se trata de establecer una moral universal que «al atenerse a la naturaleza humana se atiene a la naturaleza de las sociedades; esta moral bien puede variar en sus aplicaciones, pero jamás en su esencia; esta moral es a la que todas las leyes deben rendir cuentas y subordinarse» (p. 77). Ley, voluntad general, derecho natural, tiene razón el editor al proponer que las propuestas de la modernidad política también se pueden reconstruir en las proposiciones políticas de Diderot; en este librito las encontramos con claridad, como también se distingue con claridad que todo ello reside en una concepción materialista de la naturaleza y del ser humano. Efectivamente, así comienza este libro: «Decís que hay una moral universal, y estoy de acuerdo con ello [...] ¿Dónde habría que buscar el origen de ese juicio unánime tan constante y tan generalizado en medio de opiniones contradictorias y efímeras? En una causa física constante y eterna. ¿Y dónde reside tal causa? En el propio ser humano, en la similitud de organización de uno a otro» (p. 21).

La naturaleza es homogénea y nada más que ella existe. Nosotros somos naturaleza y a ella debemos acudir para encontrar los principios de nuestras asociaciones que para ser justas deben ser naturales. Al igual que el buen salvaje no es objetable cuando sigue a la naturaleza y no la perpetra por mucho que su comportamiento nos parezca extraño, cruel o poco amable, la sociedad encuentra su modo óptimo de organización en un derecho natural, una moral natural que aquí se expresa con la misma voz de la naturaleza. Diderot concluye, o mejor, empapa su teoría política con un convencimiento que recuerda a Sade: los seres humanos, junto a sus conocimientos y conjeturas, ya sean acerca del pasado o proyectadas hacia el futuro, son el juguete de las leyes y movimientos de la naturaleza en su conjunto, la cual sigue su curso sin miramiento con respecto a nuestros proyectos y a nuestras acciones, e incluso a nuestra existencia, que no es sino una «secuela momentánea de un orden tan efímero como ella» (p. 233).

No es habitual leer a lo largo del libro de manera tan explícita este tipo de confesiones y Diderot se mueve más en la constatación simple de que cuanto más se alejan los hombres de la naturaleza más se alejan del movimiento justo y de la organización libre de sus movimientos, pero es aquí donde se funda su lucha contra el derecho de la religión a gobernar, su idea de que el Estado debe hacer residir su

fuerza en sí mismo –establecido desde la voluntad general– y es aquí también donde fermentan algunas afirmaciones que recogiendo esa dependencia de la naturaleza –ese vasallaje me atrevo a decir– concluyen que el conflicto, la lucha y el dinamismo y cambio de la naturaleza, nos es inevitable. Ello quizá ofenda un poco a nuestra democrática tranquilidad de espíritu –¿más débil que la del salvaje? –, mas ya lo avisa el editor en su introducción: el conflicto, la lucha, la guerra no son ajenas a la política de Diderot quien no para mientes en afirmaciones de este tipo: «Los señores feudales fueron bestias feroces dignas de ser masacradas por sus vasallos» (p. 27) o «una nación no se regenera sino en un baño de sangre» (p. 84) o, por finalizar, «si sucede alguna dichosa revolución en el mundo, vendrá de América [...] pero hace falta que este cambio sea preparado por fermentaciones, sacudidas e incluso desgracias» (p. 177). Y es que, efectivamente, si uno mira a la naturaleza no verá sino cambios bruscos que inician nuevas eras; y si hemos apostado por la naturaleza no muy diferentes deberán ser los comienzos de los nuevos tiempos. Quizá este sea el Diderot menos amable, pero recuerdo la secuencia: ley que se establece desde una voluntad general que al fundamentarse en una moral natural es justa y no crea súbditos sino ciudadanos; esa moral natural debe ser la misma naturaleza que en no pocas ocasiones suele ser cruel. Es el final del camino del materialista y ello no tiene remedio ninguno.

Acordar las afirmaciones más liberales a favor de la propiedad privada, la libertad de prensa, o el derecho de los pueblos a independizarse o el comercio como elemento que finalizará los conflictos internacionales con estas últimas apuestas por el conflicto a imitación de la dinámica de la naturaleza, quizá no sea sencillo; lo cierto es que en este texto no encontraremos nunca que a Diderot ello le inquiete. Realmente, como ese viejo sabio que charla de todo con gracia y gusto, pero poco orden, Diderot habla de una cosa y otra sin darse cuenta de que debería detenerse y tratar de acordarlas. O dándose cuenta mas no concediéndole gran importancia. Por eso me permito diferir del editor: no se trata de avanzar con este librito un posible tratado de teoría política por parte de Diderot, sino que posiblemente es mejor entenderlo como una serie de propuestas políticas quizá no bien entrelazadas, pero tremendamente sugerente, y útiles. Repito: no hay aquí ningún tratado, pero ¿es ello preciso? ¿Acaso es más políticamente recomendable?

Miscelánea: De manera muy rápida no puedo dejar de anotar dos cuestiones que aparecen puntualmente en este libro y que hacen de Diderot alguien premonitorio o anticipador. La primera es su anuncio de que será la historia la materia hacia la que se volverán los espíritus para dar cuenta de los asuntos humanos (p. 235). La segunda aparece en el escueto y magnífico capítulo V, titulado «Sobre la guerra» en el que se concluye que «el hombre es el terrible azote del hombre. Si su anhelo secreto fuese satisfecho, pronto no quedaría más que uno solo sobre toda la superficie del globo» (p. 152).

# Laura Nuño Gómez, El Derecho a la Educación: estrategias patriarcales contra la genealogía femenina

(2019) Comares  
Granada, 210 pp.

Clara Souto Galván  
Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0002-9228-5714  
[clara.souto@urjc.es](mailto:clara.souto@urjc.es)

Cita recomendada:

Souto Galván, C. (2021). Laura Nuño Gómez, El Derecho a la Educación: estrategias patriarcales contra la genealogía femenina. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 492-495.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6092>

El texto identifica cuatro estrategias que permitieron perpetuar la desigualdad, decretar la teoría de la diferencia de dotes o capacidades entre mujeres y varones, con la consecuente defensa de la supuesta inferioridad intelectual de las primeras.

Como señala Nuño, en primer lugar, se impuso una segregación curricular con la oportuna diferenciación de contenidos educativos en función el sexo, según criterios utilitaristas y sexistas. De forma tal, que la educación de las niñas iría orientada a la adquisición específica de aquellas habilidades necesarias para el desarrollo de aquellas funciones sociales previstas en su etapa adulta. A saber, las desarrolladas en el espacio privado como esposas, madres y cuidadoras. Por el contrario, los niños serían formados en aquellas destrezas necesarias para su futuro rol en el espacio público, con materias como la escritura, la lectura o nociones de matemáticas.

La segunda estrategia, como señala Laura Nuño, será la demostración de dotes y capacidades de aquellas mujeres que lograron una formación y capacitación distinta a la prevista para su sexo. En tercer lugar, la teoría de las excepciones permitió considerar que la producción intelectual femenina, en caso de superar las dos estrategias anteriores, no impugnaba la máxima de su inferioridad intelectual. Así, y según el acervo popular, tal evidencia no invalidaba la regla. Como colofón, aquellas que, con sus obras, impugnaron la teoría de la inferioridad de las mujeres fueron



consideradas «como mujeres anómalas, una percepción que se acompañó de un extendido reproche moral por invadir un espacio impropio, un espacio exclusivo de hombres» (Nuño, 2019, p. 19).

Por último, la criba histórica patriarcal o la deshistoricización de la historia – según Bourdieu– permitirá que sus aportaciones quedaran relegadas o devaluadas, no entrando en los anales de reconstrucción posterior de la historia. No en vano, es un hecho frecuente que en la actualidad ocupen un lugar periférico en la misma, si es que alguna se recoge en los compendios de literatura o en los libros de historia. Los cuatro pilares de dicha depurada estrategia excluyente es demostrada por la autora con innumerables e interesantes ejemplos históricos.

Laura Nuño, especialista en temas de género, como demuestran sus cuantiosas obras sobre estudios de género, realiza un recorrido histórico de la situación que han vivido las mujeres en lo relativo a su consideración como sujetos de la razón. Como expresa la profesora Nuño, «la devaluación, durante siglos, de la palabra femenina y la prohibición de la lectura como peligrosa promotora de la escritura» (p. 11) ha provocado que las mujeres pudieran acceder a la elección de cualquier estudio relativamente hace poco tiempo.

Esta obra nos enfrenta a un interesante y provocador estudio del Derecho a la educación enfocado desde las estrategias patriarcales, no sólo desde un punto de vista histórico, sino en lo relativo a los discursos negacionistas y esencialistas que aún, a día de hoy, en el siglo XXI, impugnan y devalúan todavía la producción intelectual femenina.

La obra está estructurada en tres partes, la primera de ellas es «No se nace mujer. La educación como coartada» (p. 7). Desarrolla de forma minuciosa y detallada cómo los patriarcados administran los mandatos educativos según tres claves: irracionalización, esencialización y colonización de los cuerpos de las mujeres como naturaleza sexualizada, rebajándolas a la consideración de seres emocionales, ergo no racionales, reduciendo sus tareas a las puramente domésticas: bordar, coser, cocinar... Una consideración que, en palabras de la autora, castigará personal, familiar y socialmente a aquellas «transgresoras que soslayaron el mandato de silencio, domesticidad y discreción» (p. 15).

Como ejemplo de dichas dinámicas, este primer bloque recoge la genealogía olvidada de un sinnúmero de mujeres que han permanecido ocultas a lo largo de la historia. El primer capítulo, recoge el nacimiento de la escritura en Sumar y Egipto, precisamente, de la mano de Enheduanna, autora del primer texto con autoría de la historia de la humanidad, así como la incuestionable influencia de las faraonas y las grandes esposas reales. Recoge en capítulos posteriores un análisis de los orígenes del legado occidental, repasando la ginecofobia griega y misoginia romana, los efectos de la cristianización de occidente y la operación política de la caza de brujas, el humanismo renacentista: preciosismo y furor por la lectura, la contrapedagogía moderna, nuevos tiempos, nuevos saberes, donde se hará referencia a la transformación del sistema escolar gracias a la paulatina transformación de la sociedad, el aumento de reconocimiento de derechos de las mujeres y el progresivo reconocimiento a la igualdad formal que fue transformando el modelo educativo «al menos, en los sistemas públicos de enseñanza en las sociedades democráticas» (p. 77).

Terminando esta primera parte con un capítulo dedicado a la educación en las sociedades formalmente igualitarias, la autora reflexiona sobre cómo empezó a haber una presencia más equilibrada de mujeres y hombres y aunque persiste la brecha

salarial, los techos y las paredes de cristal. En palabras de la profesora Nuño «pese a que cada vez es superior el número de mujeres en posiciones que comportan poder o reconocimiento, y representa un gran avance en términos democráticos, el mundo sigue interpretándose desde una sesgada mirada androcéntrica, donde las voces masculinas siguen transmitiendo mayor autoridad» (p. 81).

La segunda parte de esta obra «La penumbra del sistema educativo español» (p. 87), comienza con un recorrido de la educación de las mujeres españolas en la Edad Moderna. En este período histórico analizado desde la Edad Media, no sólo nos encontramos con una discriminación de las mujeres, sino con una discriminación también por clases, «sólo tenían acceso a la lectura y a la escritura aquellas personas pertenecientes a las clases sociales más acomodadas o las que optaban por una vida monacal» (p. 91). Un recorrido histórico en el que se analiza tanto la producción más relevante de las autoras españolas como el impacto de las sucesivas reformas educativas, como la Ley Moyano, la pretendida universalización de la Educación primaria o los Congresos pedagógicos posteriores.

Aunque en 1930 el nivel de estudios de las españolas era todavía muy inferior a la media en Europa, la proporción de mujeres alfabetizadas era mayor a la que no lo estaban y había aumentado exponencialmente el número de alumnas matriculadas en las Universidades. Por ello, la proclamación de la Segunda República supone un cambio radical en la denominada «cuestión femenina» (p. 123), pues se reconoce el derecho de sufragio –activo y pasivo– a las mujeres. La autora hace un interesante y descriptivo recorrido por este período tan significativo para las mujeres, aunque es un período corto, interrumpido por el franquismo que supondrá «la involución naturalista del franquismo: formación católica, patriótica y sexista» (p. 131). Tras este período se centra en el sistema educativo tras la restauración democrática. Y así da paso a la tercera parte de esta obra «Cuando lo neutro no es neutral» (p. 153). El primer capítulo dedicado a la «Igualdad y diferencia» (p. 155) detalla los avances que han supuesto las democracias en el reconocimiento de los derechos a las mujeres, aunque todavía persisten diferencias que «modelan la construcción de identidades sexuadas y binarias» (p. 158).

Finaliza con un capítulo dedicado al «Androcentrismo y capitalismo académico» (p. 175), describiendo como la reforma universitaria que supuso el Plan Bolonia, tanto el incremento en la carga de trabajo de los trabajadores y trabajadoras, así como sucesivos recortes en la financiación debido a la crisis económica, todo ello provocó que no se integraran los estudios de género de forma normalizada en los nuevos grados, «dejando en manos del voluntarismo e interés personal del profesorado» (p. 179). Y continúa dibujando el escenario en el que nos encontramos, en el que, por lo general, la legislación reconoce la importancia y la obligatoriedad, sin embargo, la práctica termina teniendo «ese carácter residual y voluntario» (p. 180).

La entrada en vigor de la Ley de Igualdad en el año 2007 exige la creación de unidades de igualdad en todas las universidades y al menos un Plan de Igualdad. Sin embargo, en muchos casos se encuentra mucha indiferencia en lo relativo a su implementación.

La autora, al final, muestra los datos de los informes que evalúan la situación de España en cuanto a la discriminación de las mujeres y en varias ocasiones apuntan que «se encuentra en riesgo de regresión» (p.195), también se calificó de «nivel intolerablemente alto» (p. 195) la prevalencia de la violencia de género. Así lo reflejan los sucesivos informes anuales del Foro Económico Mundial sobre la brecha de género. Los últimos informes señalan que España ha retrocedido quince puestos en el ranking mundial relativo a la brecha de género. Por lo que hace un repaso por

algunas de las medidas que deberían adoptarse para cumplir con la legislación vigente a lo relativo a la incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza universitaria.

En suma, el texto representa, por una parte, una obra novedosa, didáctica y de fácil lectura que refleja la madurez intelectual de la autora, analizando el origen y las estrategias que permitieron garantizar la exclusión de las mujeres del mundo del saber y la cultura, llegando a negar su condición de sujetos de la razón. Pero, a su vez, representa una sugerente investigación que recopila y reconoce la genealogía femenina y la vida y obras de mujeres oportunamente olvidadas. Una obra, en suma, que no sólo detalla las estrategias patriarcales en la larga lucha por la igualdad, sino que da voz a las mujeres que formaron parte de la misma a lo largo de la historia y evidencia el coste personal y social que pagaron por ello.

# Dietmar von der Pfordten, Dignidad humana

(2020) Atelier  
Barcelona, 169 pp.

Jesús Ignacio Delgado Rojas  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-3818-5990  
[jesusignacio.delgado@uc3m.es](mailto:jesusignacio.delgado@uc3m.es)

Cita recomendada:

Delgado Rojas, J.I. (2020). Dietmar von der Pfordten, Dignidad humana. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 496-501.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6093>

Aparece en España el libro *Dignidad humana* del filósofo alemán Dietmar von der Pfordten. La obra va precedida de un esclarecedor estudio preliminar a cargo del profesor José Antonio Santos Arnaiz, a quién debemos el esfuerzo de introducir el pensamiento jurídico-filosófico de Von der Pfordten en el mundo de habla hispana. La traducción, a partir del trabajo original alemán –*Menschenwürde*, publicado en 2016–, se debe al doctorando de la Universidad de Göttingen Carlos Alberto Mendoza Cruz. El libro lo edita el sello catalán *Atelier* en un formato pequeño y compacto.

Dietmar von der Pfordten –1964, Múnich– es, desde 2002, profesor de Filosofía jurídica y social en la Universidad Georg-August de Göttingen. Anteriormente había ocupado la cátedra de Filosofía del derecho y Filosofía social en la Universidad de Erfurt. Se doctoró en Derecho en 1991 bajo la dirección de Arthur Kaufmann. En 1993 se integra en el Centro Internacional de Ética en las Ciencias (IZEW) de la Universidad de Tübingen y en 1994 realiza su tesis doctoral en Filosofía con el profesor Julian Nida-Rümelin –que había sucedido a Günter Patzig al frente de la cátedra–. Von der Pfordten ha sido profesor invitado por Harvard, Columbia y Nueva York; también por las universidades de Groningen, Cagliari y Rey Juan Carlos en España. Es miembro de la Academia de Ciencias de Thüringer de Erfurt y, desde 2003, miembro de la Comisión Asesora del Gobierno Federal de Alemania para la devolución a los judíos de los bienes culturales que les fueron confiscados durante la persecución nazi.



El libro de Von der Pfordten es un alegato que reivindica la grandeza de la dignidad humana, su historia de éxito, su fuerza moral, su estatus específico en el derecho, su función de fundamento de los derechos humanos y la especial protección de la que goza frente a los ataques que intentan vulnerarla. A semeja Von der Pfordten la dignidad humana a un corredor que, «habiendo empezado el último, terminó por rebasar a todos sus competidores». Y es que el tardío concepto de la dignidad humana en la historia de la filosofía moral ha tomado finalmente la delantera a todos los derechos humanos, convirtiéndose en «el supremo mandamiento de la moralidad, así como de varias constituciones y acuerdos internacionales» (Von der Pfordten, 2020, p. 21).

Para Von der Pfordten, la dignidad humana tiene como núcleo la autodeterminación sobre los propios intereses y la esencial posición social del individuo. El singular análisis de la dignidad en esta obra se debe a que su tratamiento se encuentra articulado en base a cuatro 'subconceptos' de dignidad humana: uno 'grande', uno 'pequeño', uno 'intermedio' y otro 'económico'.

«Por *gran* dignidad humana se designa aquel atributo humano incorpóreo, interno, necesario, universal e inmutable en su núcleo, como apareció, aunque de forma todavía imperfecta, ya en Cicerón y, sobre todo, desarrollado durante el Cristianismo y que después, tras varios ensayos durante el Renacimiento en Italia, sería concretado en Kant como autolegislación o autodeterminación. Esta gran dignidad se entiende mejor -así en la propuesta que aquí se somete- como autodeterminación sobre los intereses propios. Por *pequeña* dignidad se entiende, por el contrario, el atributo incorpóreo, externo y mutable de la relevante posición social y el mérito de una persona tal y como, circunscritos a una determinada posición social, eran ya designados con la expresión latina *dignitas*. Como caso límite de la pequeña dignidad se conoce desde Pufendorf, además, una dignidad *intermedia*. También ella se refiere al atributo externo de la relevante posición social de las personas. Acentúa, sin embargo, la natural y, por ello, en principio, inmutable igualdad de la posición social de toda persona. Por último, en el siglo XIX, especialmente los representantes del movimiento socialista, exigieron una "existencia digna". Con ello se demandaba la realización de condiciones económicas o materiales de la dignidad humana. En este sentido, se puede hablar, de forma resumida, de una dignidad *económica*, más exactamente, de una *condición económica de la dignidad*» (pp. 25-26).

Ya desde la Introducción Von der Pfordten nos hace partícipes de esta diferenciación que va a manejar. El desarrollo posterior de su trabajo transita por estas cuatro vertientes de la dignidad y muestra cómo los órdenes normativos de la moral, el derecho y la política interaccionan y protegen el estatuto que implica cada modalidad de la dignidad. Y ello manteniendo siempre una concepción de la dignidad entendida como autonomía moral del sujeto, muy cercana a la filosofía kantiana, como atributo humano de carácter interno, incorpóreo, universal e inmutable en su núcleo.

El libro se estructura en cuatro capítulos. El primero de ellos es una introducción que delimita el objeto de la investigación. A continuación, en el capítulo segundo, realiza Von der Pfordten un análisis histórico y jurídico-filosófico de la dignidad humana, a través de sus distintas épocas y pensadores. El tercer capítulo se dedica a exponer las distintas concepciones de la dignidad humana a partir de cuestiones relativas a sus problemas de fundamentación, intangibilidad o universalidad, entre otros. En el cuarto capítulo Von der Pfordten pasa revista a una serie de casos actuales y controvertidos en los que la dignidad humana ocupa un papel protagonista y que son analizados tanto con jurisprudencia alemana y europea como con el enfoque filosófico de los cuatro 'tipos' de dignidad que preside la obra.

No es en la Antigüedad griega, sino en la romana, donde aparece en la historia del pensamiento un concepto de dignidad, externo y mutable, y ligado a la posición

social, sobre todo política. Se vincula el estatus, la jerarquía en sociedad o el rango que se ocupe en un estamento con la noción de dignidad. Son estas clases sociales, y la categoría que en ellas se detente, las que determinan la dignidad de la persona. En función del lugar ocupado por el sujeto en la pirámide social, se atribuye una *dignitas* diferente. Al senador y al patricio, al burgués y al siervo, al propietario y al campesino, se les reconoce una dignidad más o menos cualificada. Frente a este criterio propio de la Antigüedad romana –*dignitas*– y la teología medieval, se abre paso la idea de dignidad cuando el ‘valor igual’ de cada hombre se genera desde la propia persona, es decir, como propiedad inmanente y presente por igual en cada ser humano. A este recorrido histórico de la idea de dignidad humana dedica Von der Pfordten el primer capítulo. En los siglos posteriores, «este exigente concepto de dignidad humana se consolidó gracias a la filosofía y teología cristianas» (p. 24). Durante la modernidad, el concepto de dignidad alcanzará su auténtico y pujante significado en el Renacimiento Italiano así como en Alemania con Samuel von Pufendorf y, en especial, con Immanuel Kant.

Son los primeros pensadores cristianos quienes «adoptaron, o quizá también reinventaron, la nueva concepción de la *dignitas* de Cicerón como un atributo humano interno y en su núcleo inmutable, es decir, la *gran* dignidad humana» (p. 38). Avanza Von der Pfordten por el Renacimiento Italiano, destacando sobre todo la figura de Giovanni Pico Della Mirandola, a quién le es atribuible un programa de autoperfeccionamiento del hombre en su famoso *Discurso* pero aún no ligado al concepto de dignidad humana, pues en todo la *Oratio* Pico no usó ni una vez el concepto ni la palabra dignidad. Dejo a los lectores que descubran el riguroso análisis que despliega Von der Pfordten para sostener que Pico evitó el uso de la palabra y cómo fue su editor póstumo quien la coloca en el título de la obra. Ya en Pufendorf hay un tratamiento de la ‘gran’ dignidad desligada de su resonancia romana *dignitas* y, es más, un uso de la palabra *dignatio* que hace entender la dignidad como valía consagrando así la dignidad en su sentido ‘intermedio’ de posición social ligada con el sentimiento de autorrespeto, el sentido de la propia valía que el hombre tiene de sí (p. 49). Ya con Kant la dignidad alcanza su excelso alcance al concebirse como autonomía o autodeterminación, esto es, como la capacidad de darse cada uno su propia legislación moral (p. 53).

El concepto de dignidad humana fue apenas desarrollado por los filósofos alemanes que siguieron a Kant, como Fichte, Hegel y Schelling (p. 55) y, en no pocos casos, el empleo de la noción de dignidad volvió a cargarse de aquellas interpretaciones religiosas contra las que Kant había protestado por ser imposiciones heterónomas a la persona como fin –aunque él tampoco salió airoso por completo de aquella tarea secularizadora–. Von der Pfordten prosigue el capítulo con Schiller, Bentham, Schopenhauer, Nietzsche hasta Lasalle, en el que se puede encontrar, en su discurso de 1862 *El programa para los trabajadores*, la formulación de una ‘existencia humanamente digna’ entendida como el cuarto concepto parcial de la dignidad, esto es, como condición económica de la dignidad humana (p. 59). Se finaliza este capítulo mostrando los textos jurídicos en los que aparece por primera vez, a comienzos del siglo XX, consagrada la dignidad humana aunque aún sin fuerza vinculante: la *Constitución de Weimar* de 1919 y la *Constitución de la República de Irlanda* de 1937. Ya con la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945 y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 la dignidad alcanza un importante significado político y jurídico. Desde entonces y hasta nuestros días, la dignidad humana ha sido reconocida en varias constituciones, así como en pactos y declaraciones a nivel regional y universal.

El tercer capítulo lo dedica Von der Pfordten a las concepciones de la dignidad humana. El punto de partida más convincente, y la concepción que él abraza, es la

consideración de la dignidad como autodeterminación sobre los intereses propios. Ya sabemos que desde Kant ese atributo humano interno e inmutable que es la dignidad ha sido despojado de sus fundamentos metafísicos y religiosos. Esto es, se opone siempre autodeterminación a heterodeterminación. Para Von der Pfordten, conocido internacionalmente como representante del llamado 'individualismo normativo', únicamente los individuos son en sentido último seres éticamente relevantes. No lo son así los colectivos, como el clan, la raza, la nación, el estado o la sociedad, lo que supondría un colectivismo normativo (p. 77). Si solo los individuos son éticamente relevantes, entonces se plantea la cuestión de qué atributo de esos individuos es ético-normativamente relevante. Tras desechar una cantidad considerable de propuestas –el impulso de conservación de Hobbes, el placer o la utilidad de Bentham o Mill, los derechos de Nozick o Dworkin, el bienestar de Raz, las capacidades de Sen y Nussbaum o los acuerdos ficticios de Rawls o Habermas–, Von der Pfordten llega a la conclusión de que el atributo inmanentemente humano más relevante es «la real o, por lo menos, potencial autodeterminación sobre los propios intereses; esto es, la determinación de los propios intereses de primer o inferior orden a través de los deseos y fines de segundo o superior orden. Una parte esencial de nuestra autocomprensión consiste en nuestra autodeterminación sobre nuestros propios intereses» (p. 82).

Además de la gran dignidad humana de la autodeterminación sobre sus propios intereses, todos los seres humanos tienen también la pequeña e intermedia dignidad humana: el mantenimiento de la posición social, el autorrespeto y la protección contra la degradación o humillación (p. 88). La posición social del individuo se halla pues en la interacción de dos perspectivas: la autoevaluación –la autoestima– y la heterovaloración –ya que la comprensión que uno tiene de sí mismo también está influida por el reconocimiento que recibimos de los demás–. Por lo tanto, son ataques a este 'subtipo' de dignidad las humillaciones de la exclusión y la marginación –aquí Von der Pfordten sigue en cierta medida el planteamiento de Avishai Margalit en *La sociedad decente*–. Lo que pone de manifiesto Von der Pfordten es si toda exclusión de grupos o asociaciones humanas supondría una violación de la pequeña o intermedia dignidad humana. Pues, por ejemplo, «¿no está acaso autorizada una comunidad religiosa a enjuiciar por sí misma si alguien según su opinión es 'ortodoxo' y a excluirlo en caso de una respuesta negativa, sin que ello implique degradarlo, esto es, lesionar su pequeña dignidad?» (p. 91). Seguidamente, en la explicación de la concepción de la dignidad como condición económica, Von der Pfordten recurre a la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán que ha reconocido una obligación estatal de protección de la existencia humanamente digna que engloba el deber de aseguramiento o mantenimiento de un mínimo existencial (p. 94).

El resto del capítulo tercero lo dedica Von der Pfordten para plantear interrogantes e ir contestándolos de tal modo que el cuadro final dibujado sobre las concepciones de la dignidad humana revelan una protección con propósito bastante amplio, abarcador y universalista. A las propuestas escépticas y a aquellas que ligan la dignidad a teorías del reconocimiento recíproco –Hofmann, Habermas–, Von der Pfordten las tacha de reduccionistas por negar precisamente aquello que la gran dignidad humana significa, a saber, la independencia de la autodeterminación de los seres humanos del reconocimiento social (p. 97). Se pregunta Von der Pfordten si la dignidad es una agrupación de intereses o derechos centrales (p. 99), afirmando en cambio la independencia de la dignidad de toda nómina de derechos –el catálogo de derechos no agota el concepto de la dignidad–; también se cuestiona si es una palabra vacía y prescindible, acaso una ilusión, lo que Von der Pfordten negará.

Continúa el filósofo alemán interrogándose sobre quién es el titular de la dignidad humana y su protección. Saldrán aquí cuestiones relativas al principio –

aborto– y fin –eutanasia– de la vida humana. Para Von der Pfordten «los intereses de las generaciones futuras se deben pues tomar en cuenta en el presente, aunque los individuos humanos, como parte de esas generaciones futuras, todavía no existan o no sean todavía individualizables» (p. 104). Son los casos en los que la obligación de respetar la dignidad humana nos impone una acción con efecto diferido en el tiempo para su protección: pues la protección del atributo de la autodeterminación sobre los propios intereses del sujeto, nos exige proteger la dignidad incluso antes de la aparición real-fáctica del atributo. Sólo protegiendo hoy esa autodeterminación potencial, nos aseguraremos que el sujeto la pueda detentar mañana. Debido a que esta protección se trata de una obligación y un derecho, no es posible ni necesario supeditarla a la configuración de un determinado estadio del desarrollo del embrión: «ya desde antes de la formación del embrión, su posterior autodeterminación sobre sus propios intereses está protegida y con su aparición tal protección se concreta respecto a él como individuo» (p. 106). Análoga estrategia se sigue para argumentar la extensión de la protección de la dignidad humana más allá de la muerte: la autodeterminación –interés de segundo orden– que se haya hecho en vida sobre intereses de primer orden –cómo debe ser tratado el cuerpo– obliga ética y jurídicamente para que los sobrevivientes cumplan la voluntad del fallecido y, con ello, respeten su dignidad. Lógicamente, tras la muerte de una persona, su gran dignidad, entendida como autodeterminación, fácticamente desaparece: no podrán aparecer más intereses de segundo orden y sólo son protegibles los intereses de primer orden que en base a aquella gran dignidad el causante determinó en vida. En esta misma línea continua Von der Pfordten argumentando a favor de la dignidad humana de aquellos que se hallan en coma profundo o sufren una grave alteración mental.

Von der Pfordten se mete en los procelosos jardines de la intangibilidad e inviolabilidad de la dignidad humana y sale, en mi opinión, bastante bien parado. Al ser humano no se le puede retirar su dignidad; aunque la dignidad sea susceptible de lesión, no es anulable por completo. La gran dignidad humana de la autodeterminación es fácticamente intangible pues, aun en situaciones extremas, como la tortura, la esclavitud, o el trabajo forzado, no puede ser despojada por entero. En estos casos de severa restricción, el ser humano se sigue manteniendo como un ser espiritual con facultad para la autodeterminación; aunque en ese momento concreto la facultad no pueda determinarse en intereses de primer orden, la capacidad para hacerlo sigue siendo inmanentemente suya. La dignidad puede ser violada, restringida, pero no arrebatada. Hay que terminar con un ser humano para terminar con todos sus atributos que comprenden su gran dignidad (p. 111). Sí, en cambio, resulta posible que la pérdida de la posición social conduzca prácticamente a la pérdida casi completa del autorrespeto; de la misma manera que una merma de los presupuestos materiales de la dignidad suponen un serio menoscabo de la condición económica de la misma. Por tanto, sólo la gran dignidad es la que resulta inviolable e intangible sin restricción.

El siguiente epígrafe de este capítulo versa sobre la prescriptiva prohibición de ponderación. Se pregunta Von der Pfordten si «¿exige la ética al derecho vigente la prescripción de la imponderabilidad de la dignidad humana?» (p. 123). Si bien los fundamentos éticos son *prima facie* también buenos fundamentos para el derecho positivo, sin embargo, no podemos concluir que todo lo que está éticamente justificado o moralmente exigido puede también ser razonablemente prescrito por el derecho de la misma manera. Algunos deberes morales, como la prohibición general de mentir, no pueden ser exigidos por el derecho. E, inversamente, hay derecho que no se corresponde con ninguna exigencia moral como, por ejemplo, la exigencia de notario para otorgar testamento válido. Llega Von der Pfordten a concluir que la gran dignidad es normativamente intangible para los órganos del Estado, esto es, no pueden ponderarla para proteger otros derechos fundamentales. Una restricción de la

dignidad humana «no puede ser justificada bajo ninguna circunstancia por referencia a algún derecho fundamental individual, por ejemplo, la protección de la vida, la libertad religiosa, etc.» (p. 127).

Los siguientes apartados de este capítulo plantean una serie de interrogantes que son respondidos de tal forma que siempre se busca la máxima protección a la dignidad humana: ¿existe y obliga universalmente la dignidad humana?, ¿se puede renunciar a la dignidad humana?, ¿fundamenta la dignidad humana los derechos humanos?, ¿es la dignidad humana un derecho humano?, ¿reduce su propia dignidad quien vulnera la dignidad humana?

La obra se cierra con un capítulo dedicado a analizar casos actuales y controvertidos en los que entra en juego el papel de la dignidad humana en el derecho. Von der Pfordten muestra gran maestría para pasar del plano teórico al práctico y así va desplegando en cada argumentación, en base a la concepción teórica de la gran dignidad como autodeterminación, una respuesta pormenorizada a problemas reales de nuestros días que retan y desafían la autonomía de los individuos: así, por ejemplo, la cadena perpetua viola la gran dignidad humana, pues pese al mantenimiento de la capacidad de autodeterminación –segundo orden–, esa capacidad no se puede materializar en el logro de deseos y fines ya que el preso no tendrá nunca oportunidad real de ser liberado para llevarlos a cabo; también la alimentación forzosa del individuo consciente supondría una subordinación de su determinación individual de protestar bajo esa manifestación –cuestión distinta es el papel de garante que asume el Estado cuando el individuo pasa a estar en un estado de inconsciencia derivado de aquella decisión–. Von der Pfordten muestra la infracción de la dignidad que se comete cuando el Estado emplea detectores de mentiras o cuando derriba aviones secuestrados por terroristas poniendo con ello en riesgo la vida de otros individuos a bordo de la aeronave, que pasarían a ser medio para otros fines. Las últimas cuestiones que responde Von der Pfordten proceden del ámbito de la bioética (pp. 143 y ss.): ¿Vulneran el diagnóstico genético preimplantacional y la selección de la dignidad humana?, ¿se pueden modificar genéticamente los seres humanos? y, por fin, ¿se pueden clonar seres humanos? Dejemos al lector que halle las respuestas en este estimulante y fructífero libro de Von der Pfordten, en el que la defensa de la dignidad humana, con todo su potencial y fuerza moral, es la única y auténtica protagonista.

# Mariano C. Melero de la Torre, Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth

(2020), CEPC  
Madrid, 335 pp.

Elena María Escobar Arbeláez  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID: 0000-0003-3177-7130  
[elenita.escobar@gmail.com](mailto:elenita.escobar@gmail.com)

Cita recomendada:

Escobar Arbeláez, E. M. (2021). Mariano C. Melero de la Torre, Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 502-508.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6094>

El libro se ubica en una discusión doctrinal y filosófica que ha sido central en el constitucionalismo contemporáneo, esto es, la discusión sobre derechos y democracia en los Estados constitucionales actuales. Los planteamientos iniciales u originarios de tal debate se preguntaban incisivamente por la legitimidad democrática del control judicial de leyes o la disputa entre conceptos como supremacía judicial y democracia, muchas veces vistos como ítems antagónicos. En este libro Mariano Melero de la Torre<sup>1</sup> deja claro que tal discusión ha tenido importantes avances que han redundado, después de un prolongado y productivo debate, en un cierto terreno compartido. Por tanto, propone que la pregunta actualmente relevante en la discusión es «cuál debería considerarse como el tipo de control judicial sustantivo más acorde con una sociedad democrática consolidada» (Melero, 2020, p. 11).

---

<sup>1</sup> Mariano Melero de la Torre es Doctor en filosofía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. En la actualidad es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

El autor plantea su análisis en lo que denomina el nuevo paradigma constitucionalista<sup>2</sup> o del Estado constitucional, y que está marcado, a nivel nacional, por el giro normativo que tuvieron las Constituciones durante la segunda mitad del siglo XX e inicios del XXI y, a nivel internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la creación de tribunales internacionales para la protección de tales derechos, concretamente en Europa y América. Estos cambios en el plano nacional e internacional impulsaron la centralidad de los poderes judiciales –o con funciones jurisdiccionales– en la determinación autoritativa de los derechos, en especial de los derechos fundamentales.

Con la consolidación de tal paradigma constitucionalista resurgieron las discusiones que se dieron inicialmente en los EEUU respecto de la ilegitimidad democrática del modelo americano de control de constitucionalidad con supremacía judicial. A estos críticos, el autor los agrupará bajo la etiqueta de constitucionalistas políticos –Bellamy, Waldron, Tushnet, entre otros–. Para el autor, las posturas más extremas que defienden los constitucionalistas políticos no son sostenibles en el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos y reconoce que muchos de tales autores han reformulado sus críticas, de manera que se han centrado, ya no en la pretensión de abolir el control judicial de las leyes, sino en cuestionar la supremacía judicial que implica que la última palabra esté en manos de quien ejerce ese control. Por tal motivo, muchos de los constitucionalistas políticos se han acercado al llamado modelo *commonwealth* de justicia constitucional, en el cual encuentran una revisión judicial con mayor sensibilidad democrática.

En este trabajo, Melero de la Torre también defiende el modelo del *commonwealth* como el que mejor se adapta a los rasgos centrales del nuevo paradigma constitucionalista, en oposición a los modelos americano y europeo de control de constitucionalidad con supremacía judicial. Sin embargo, el autor se aleja de las posturas de los constitucionalistas políticos, pues considera que sus críticas no son sostenibles en el actual paradigma, y se enfoca en demostrar, desde una perspectiva práctica, que el control judicial de constitucionalidad puede contribuir a una cultura de la justificación que incentive el cumplimiento de los compromisos sustantivos en materia de derechos humanos, sin que ello implique una supremacía de la opinión judicial, *per se*.

El autor se deslinda enfáticamente del constitucionalismo político, en tanto, asume el paradigma constitucionalista y propone la visión del modelo del *commonwealth*, no como una alternativa a la supremacía judicial, sino como una evolución mucho más equilibrada de la justicia constitucional. En esta visión equilibrada, la interdependencia y la colaboración de todos los poderes públicos deberán propiciar una «cultura de la justificación» en el proceso de definición y desarrollo de los derechos fundamentales, llevado a cabo en coordinación por jueces, legisladores y autoridades ejecutivas.

En consonancia con lo anterior, su objetivo es la elaboración de la teoría de la Legalidad como razón pública que da origen al título de la obra. Esta teoría pretende servir de fundamentación al modelo del *commonwealth* como un modelo de constitucionalismo colaborativo. El eje central de la teoría propuesta por Melero de la Torre está en la articulación del control judicial de las leyes dentro de una democracia deliberativa, para lo cual propone una nueva versión del constitucionalismo jurídico que es profundamente sensible a las preocupaciones del constitucionalismo político. La forma de conseguirlo va a adoptar dos vías, una conceptual, en la que se pregunta

---

<sup>2</sup> Denominación que efectúa citando a: Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

por las nociones de legalidad y de legitimidad intrínseca en el constitucionalismo contemporáneo; y una más pragmática, en la cual se valdrá de la tradición del *common law* de cooperación entre poderes públicos, dirigido a la protección de derechos. Estas dos vías permitirán al autor afirmar la conexión necesaria que debe haber entre racionalidad legislativa y racionalidad judicial, y establecer que –en su teoría– la razón jurídica se convierte en el prototipo de la razón pública.

Para lograr los objetivos propuestos, Melero de la Torre ocupará seis capítulos en los cuales hace un recorrido por la explicación del nuevo paradigma constitucionalista – cap. I –, la descripción institucional y de las prácticas y técnicas usadas en el modelo del *commonwealth* – caps. II y III –, la elaboración de la referida teoría de la Legalidad como razón pública – cap. IV –, y un análisis del test de proporcionalidad y su relación con los derechos fundamentales –cap. V –, así como con el principio de la deferencia debida –cap. VI–. Finalmente ofrece sus conclusiones. El breve recorrido que se seguirá a continuación presentará algunas de las ideas más destacadas de la obra que conectan y atraviesan los capítulos los capítulos I, IV, V y VI, y dejará para el final los apartados dedicados al análisis del modelo del *commonwealth* propiamente dicho.

En el primer capítulo, titulado «El Estado constitucional como cultura de la justificación», el autor presenta algunas ideas principales que le permiten delimitar los elementos típicos del nuevo paradigma constitucionalista y sus implicaciones democráticas, con el objeto de dejar explícitos los argumentos que apoyan las dos posturas básicas del constitucionalismo contemporáneo, esto es, la jurídica y la política. Melero defenderá el modelo de *commonwealth* de justicia constitucional como una opción híbrida, que tiene fundamento en su teoría de la Legalidad como razón pública.

Una de las ideas más sobresalientes presentadas por el autor en este capítulo consiste en afirmar la coexistencia, no antagónica sino complementaria, de la soberanía y la justificación como dos dimensiones de la Constitución en el nuevo paradigma. La dimensión de la soberanía es la que reivindica el ideal clásico del constitucionalismo en el cual la Constitución representa básicamente los límites del poder frente a los gobernados, por ello, su función es la distribución de competencias y potestades entre poderes públicos. La validez del derecho dependerá de que se respete esa distribución de competencias, de la forma en que se produce el Derecho. Por su parte, la dimensión de la justificación supone una nueva concepción autoritativa del Derecho en la cual su validez no depende únicamente de factores formales o competenciales, sino que a éstos se suman la calidad de los razonamientos que justifican determinada legislación o acción gubernamental.

El autor resalta que los debates propuestos por los constitucionalistas políticos están aún muy inmersos en la visión soberanista, y desde su punto de vista, esta postura debe abandonarse. En las democracias constitucionales actuales se ha producido un profundo cambio que, si bien sigue en proceso de consolidación, ha implicado una nueva visión de la clásica separación tripartita de poderes en relación a las exigencias que tienen los Estados en materia de protección internacional de los derechos humanos. En otras palabras, frente a los tratados internacionales de derechos humanos, las ramas del poder público no son jugadores individuales en competencia mutua, sino miembros de un mismo equipo.

Para Melero de la Torre: «... en este tipo de cultura jurídica y política, los tribunales y los poderes políticos comparten su compromiso tanto con la democracia representativa como con ciertos derechos, libertades y valores básicos. Lo que permite emplear un “esquema de racionalidad más compartido” entre la producción

legislativa y la interpretación judicial del Derecho» (p. 21). Esa nueva visión, es la que ofrece una cultura basada en la justificación<sup>3</sup>. Ahora, el autor agrega que sólo el modelo del *commonwealth* es el que promueve una «cultura democrática de la justificación» (p. 24), en tanto la definición y alcance de los derechos fundamentales se da a través de una práctica discursiva, en la cual el control judicial de leyes puede considerarse como una parte del proceso democrático de producción normativa.

El control judicial defendido por él se incluye dentro del constitucionalismo jurídico, pero no debilita la democracia, sino que «la dinamiza y refuerza, produciendo una distorsión legítima del debate político en el Estado constitucional» (p. 27). Para lograr una fundamentación a tal idea, Melero de la Torre se aleja tanto de las teorías sobre la superioridad interpretativa de los jueces –Dworkin–, como de las teorías más representativas de la democracia deliberativa –Nino y Habermas–. Su teoría de la Legalidad como razón pública enfatiza la interdependencia entre los tribunales de justicia y las ramas políticas de gobierno, por lo cual ninguna institución dentro del sistema jurídico debe monopolizar la autoridad inapelable para interpretar de «mejor» manera el Derecho. En este modelo colaborativo, los legisladores o la Administración definen e interpretan los derechos fundamentales, pero los jueces retienen un papel importante de verificar que estos poderes siempre ofrezcan una justificación razonable de sus interpretaciones. Estas ideas son desarrolladas por el autor, especialmente, en el capítulo cuarto de esta obra titulado «La teoría de la Legalidad como razón pública».

Frente al constitucionalismo político, la teoría de la Legalidad como razón pública se toma en serio el giro normativo de la Constitución y asume la necesidad de integrar normas que permitan supervisar la corrección sustantiva de las leyes y las decisiones públicas a partir de lo que el autor denomina una «deliberación restringida»<sup>4</sup>. Frente al constitucionalismo jurídico con supremacía judicial, la teoría de la Legalidad como razón pública asume que la legitimidad se deriva del ideal de igualdad política; por ello, concibe el control judicial como parte del proceso de producción del derecho, en el cual hay varios momentos de ejercicio de la participación política, uno a través del voto y de las asambleas representativas; y otro, en los procesos de control de la ley. Bajo este enfoque, la reconstrucción del modelo del *commonwealth* se sitúa en el contexto de una cultura democrática de la justificación, que impone una práctica social discursiva en la cual los poderes políticos tienen potestad de interferir en los derechos, siempre y cuando ofrezcan razones que son evaluadas tanto por legisladores –control político–, como por jueces –control judicial–.

En esta reconstrucción Melero de la Torre insiste en que su defensa no parte de la concepción del constitucionalismo político, en tanto él reconoce y acentúa la dimensión normativa de la Constitución, de manera que su tesis no contrasta radicalmente con la supremacía judicial, sino que propicia una cultura de la justificación más deferente con las decisiones políticas en materia de valores y principios constitucionales y en la cual la razón jurídica «se convierte en el prototipo de la razón pública» (p. 160). Entender la razón jurídica como prototipo de la razón pública implica importantes cambios analizados rigurosamente por el autor en este y

<sup>3</sup> Citando a Cohen-Eliya y Porat, Melero ofrece en una frase la síntesis de su tesis: «El movimiento global hacia la proporcionalidad representa un movimiento global hacia la justificación» (Melero, 2020, p. 24).

<sup>4</sup> Según el autor: «en un Estado constitucional cabe hablar de una deliberación restringida por el Derecho en un doble sentido: restringida por derechos que son prerequisites del proceso democrático y constreñida por el consenso en torno a ciertos derechos relativamente definidos con carácter previo mediante el proceso de deliberación democrática» (Melero, 2020, p. 43).

los siguientes dos capítulos titulados: «Proporcionalidad y derechos fundamentales» –quinto– y «Proporcionalidad y deferencia debida» –sexto–.

Dentro de tales cambios, cabe destacar la necesidad de abandonar la doctrina tradicional que marca una línea divisoria entre las funciones de creación y aplicación del derecho, pues ésta implica separar la racionalidad legislativa de la racionalidad judicial. La propuesta de Melero –centrada en el modelo colaborativo– está justamente en las antípodas de esa separación. Otro cambio importante será el contraste que el autor propone entre: a) el tipo de razonamiento que produce el proceso de control judicial de leyes europeo, en el cual se plantea el test de proporcionalidad como una evaluación de la «mejor medida» de protección de derechos, como un mandato de optimización; y b) el tipo de razonamiento que se promueve en el modelo del *commonwealth* en el cual se adopta una concepción «restrictiva (o no optimizadora) de la proporcionalidad y de los derechos constitucionales». Así, para el autor al menos tres prácticas de las evaluadas en el modelo del *commonwealth* son imprescindibles en una cultura democrática de la justificación: el análisis de proporcionalidad restrictiva, la doctrina de la deferencia debida y el control centrado en el proceso de toma de decisiones. Para llegar a tal conclusión, Melero de la Torre ocupa los capítulos segundo y tercero en los cuales revisa en profundidad, tanto las formas institucionales como las prácticas y técnicas usadas en el modelo del *commonwealth*.

A partir de la descripción de los diseños institucionales de Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y dos Estados de Australia, como el Territorio de la Capital y Victoria – capítulo segundo–, Melero de la Torre argumenta que ésta es la alternativa híbrida, basada en la colaboración e interdependencia de las tres ramas del poder público<sup>5</sup>. Ahora bien, previo al análisis de las formas institucionales, el autor pone de manifiesto que las primeras reconstrucciones de este modelo usaron la metáfora del diálogo entre iguales, de un diálogo entre jueces y legisladores. Sin embargo, el autor considera que esta metáfora no es la más adecuada para reconstruir el modelo y prefiere la imagen de un «proyecto compartido». La razón para afirmar lo anterior, tiene que ver con que la metáfora del diálogo llevará la discusión hacia quién debe tener la autoridad final y, para Melero, esto no es más que una distracción que aleja el foco de lo importante, que es discutir acerca de qué proceso es el adecuado para asegurar que las limitaciones a derechos tengan una justificación racional y apropiada.

El autor explica que a pesar de las ventajas que puede tener la metáfora del diálogo, como por ejemplo la corrección sobre una visión estricta de la separación de poderes o la promoción de una interacción entre tribunales y poderes electos, ésta no evalúa o no tiene suficientemente en cuenta la calidad de las deliberaciones que se dan en uno u otro foro. Como se indicó, el objetivo del modelo colaborativo o de la imagen del «proyecto compartido» no es sólo verificar la interacción institucional, sino aumentar la calidad deliberativa en el proceso de producción del derecho, en el cual el control judicial tiene como principal función exigir a las autoridades electas justificaciones sobre las decisiones que adopten en materia de derechos fundamentales. Desmitificar la idea del diálogo como simple interacción entre Parlamentos y Tribunales es uno de los elementos más significativos que el lector podrá encontrar en este capítulo, que no sólo es valioso por su centralidad en el

<sup>5</sup> El autor se adentrará en los modelos institucionales de Canadá –dentro del cual resalta la hoy conocida cláusula *notwithstanding*–, de Nueva Zelanda y del Reino Unido – en donde destaca el control judicial interpretativo de las leyes y las declaraciones de incompatibilidad de las leyes con las Cartas de Derechos Humanos–, y de dos estados australianos como el territorio Capital y el estado de Victoria – en el cual conviven la supremacía judicial sobre cuestiones estructurales de federalismo y separación de poderes estructural *judicial review*, y la supremacía parlamentaria en materia de derechos –.

argumento de Melero, sino porque abre ventanas de reflexión acerca de qué es lo realmente importante en el análisis de los diseños institucionales.

Una vez descritos algunos de los rasgos institucionales del modelo del *commonwealth*, en el capítulo tercero, el autor fija la mirada en las prácticas y las técnicas usadas por tribunales y legisladores en estos países. Si bien reconoce que algunas de las prácticas o técnicas que describirá también se usan en los modelos americano y europeo de control judicial de leyes, lo que interesa resaltar es cómo la concepción colaborativa del modelo promueve la interdependencia y colaboración de las ramas del poder público alrededor de la protección de derechos fundamentales. Así, en este capítulo el autor se centra en el análisis en dos figuras: a) el control político de constitucionalidad; y b) la metodología de la proporcionalidad, su relación con la deferencia de los jueces frente a las decisiones parlamentarias y los tipos de reparación judicial –*redemies*–, especialmente, en Canadá y en el Reino Unido.

El control político de constitucionalidad, ejercido por el mismo legislador, tiene la ventaja de incluir la perspectiva de derechos, pero desde la visión política que tienen los órganos electos, en contraste con una visión más técnica que es la propia de la judicatura. Así, para Melero de la Torre, este tipo de control político es una pieza central para una teoría colaborativa del constitucionalismo. Para argumentar lo anterior, explica cómo, por ejemplo, los diversos mecanismos de supervisión legislativa previa no judicial – o de control político–<sup>6</sup>, aunados a la regularidad del escrutinio judicial, ofrecen un incentivo para que los legisladores y la Administración, al estructurar sus políticas públicas, tengan en cuenta las preguntas que se harán los tribunales de justicia y, de esa forma, ofrezcan respuestas anticipadas. Las preguntas anticipadas por parte de los órganos electos respecto de si determinada medida vulnera o restringe un derecho protegido y si esa vulneración o restricción puede o no atender a una justificación razonable, también generan que la judicatura sea más colaborativa al evaluar la consistencia de determinada legislación. Según el autor, esta dinámica ha producido un cierto activismo gubernamental y parlamentario en materia de derechos humanos<sup>7</sup>.

Por su parte, la metodología de la proporcionalidad es característica del razonamiento judicial en el nuevo paradigma constitucionalista y, en sentido amplio, puede decirse que hace referencia al análisis dirigido a establecer si una limitación de derechos es justificable o no. Este análisis judicial puede ser más o menos deferente con las razones expuestas por los órganos electos. Para su evaluación, Melero de la Torre ofrece un amplio y rico análisis jurisprudencial de los fallos del Tribunal Supremo

---

<sup>6</sup> Se resaltan: la obligación consagrada en la sección 4.1(1) de la *Department of Justice* canadiense, por la cual el Ministro de Justicia debe examinar todos los proyectos de ley que se introduzcan en el Parlamento con el objeto de determinar si sus disposiciones son incompatibles con la Carta de Derechos. Una obligación similar es la reproducida en la Carta neozelandesa –secc. 5–, y es ejercida por la *Human Rights Unit* del Ministerio de Justicia, que se une a la comisión parlamentaria para promover la calidad y la efectividad de la legislación creada en 2015 –*Legislation Desig and Avisory Committe*–. En el parlamento británico, por su parte, se resalta la existencia desde 2001 de la Comisión Mixta para los Derechos Humanos –*Join Committee on Human Rights*–, entre otras. Por último, en Australia existe en el territorio Capital la comisión parlamentaria para asuntos públicos –*Standing Committee on Legal Affairs*– y en Victoria la comisión para el escrutinio de la legislación –*the Scrutiny of Acts ans Regulations Committe*–, ambas que se encargan de reportar o informar cualquier incompatibilidad entre un proyecto de legislación y las respectivas Cartas de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Para apoyar estas tesis, Mariano Melero se apoya en varios autores de los cuales resaltan Gardbaum, Hiebert y Hunt. Así mismo, resalta la relevancia de importantes trabajos empíricos que se han hecho para evaluar tales tesis.

canadiense<sup>8</sup> y de los jueces británicos<sup>9</sup>, en el cual muestra los cambios y evoluciones que ha tenido en esos países la doctrina de la deferencia de los jueces frente a las decisiones de los parlamentos y los ejecutivos. Los casos propuestos permiten concluir que en el modelo canadiense los análisis de proporcionalidad realizados por el Tribunal Supremo atienden a una doctrina de deferencia debida, que en ningún caso es ciega o absoluta; mientras que tal doctrina no ha tenido un desarrollo tan explícito en el Reino Unido, pues allí se ha usado más el estándar de razonabilidad propio del Derecho administrativo en los sistemas del *common law*, también conocido como test *Wednesbury*.

Ahora bien, el autor llama la atención respecto del último componente del test de proporcionalidad o proporcionalidad en *stricto sensu*, en el cual se hace un análisis de costos y beneficios. Este paso es el aplicado especialmente en el modelo europeo de justicia constitucional que siguió la tendencia del Tribunal Federal Alemán, y es especialmente polémico en el modelo del *commonwealth*, pues es considerado como «una invasión difícilmente justificable en la esfera del legislador» (p. 113). Melero de la Torre describe como, a pesar de algunos intentos de instalar este test en la práctica canadiense y británica, los jueces han mantenido la evaluación de costos y beneficios dentro de los límites de la necesidad de las medidas, y se alejan de un eventual test de corrección de las decisiones legislativas. Es por ello que, para el autor, lo que buscan los jueces en el modelo del *commonwealth* no es la proporcionalidad de la medida –no buscan la mejor solución posible–, sino únicamente «si existe una “desproporcionalidad” inaceptable, o una limitación de los derechos que es injustificable en las circunstancias del caso» (p. 117). Esta última opción muestra, en todo caso, mayor deferencia con la opción o el medio elegido por el agente decisor para la obtención de un fin.

Este es un libro que combina sólidas reflexiones teóricas y filosóficas con el análisis institucional y de las prácticas y técnicas usadas bajo el modelo del *commonwealth*, para la construcción de la teoría de la Legalidad como razón pública, que responde de manera original y acertada a la pregunta que se planteó: ¿cuál debería considerarse como el tipo de control judicial sustantivo más acorde con una sociedad democrática consolidada? Su lectura, profundamente enriquecedora, es imperdible para los interesados en los debates constitucionales contemporáneos, pues ofrece una vuelta de tuerca más para pensar la triada derechos, democracia y justicia constitucional como valores irrenunciables e interdependientes.

---

<sup>8</sup> Melero cita, entre otros, los siguientes casos: a) *R. v. Oakes* [1986], sobre la *Narcotics Control Act.*; b) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* [1986], sobre la *Retail Buseiness Holiday Act.*; c) *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* [1989], sobre la *Consumer Protection Act.*; d) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995], sobre la *Tabacco Products Control Act.*

<sup>9</sup> Melero cita, entre otros, los siguientes casos: a) *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1998].; b) *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001].; c) *Huang v Secretary of State for Home Department* [2007].; d) *Wilson v First Conty Trust (No 2) Ltd* [2001].; e) *R (Williamson) v Secretary of State for Education and Employment* [2005].

# Jesús Ignacio Delgado, Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual

(2020) Tirant lo Blanch  
Valencia, 98 pp.

David García García  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-8322-9676  
[david.garcia.garcia@uc3m.es](mailto:david.garcia.garcia@uc3m.es)

Cita recomendada:

García García, D. (2021). Jesús Ignacio Delgado, Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 509-512.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6095>

Seguramente la imagen más inmediata que se nos presenta al pensar sobre la relación entre Derecho y cine sea la representación cinematográfica del crimen y el castigo. La comisión de un delito, la investigación policial, el juicio, las deliberaciones del jurado, la prisión e, incluso, la ejecución dotan, en conjunto o en exclusiva, de argumento y contexto a un sin fin de películas. Pero el universo jurídico no se agota en el delito y la pena, proceso mediante, por lo que las cuestiones y problemáticas de tinte jurídico abordadas por el cine se alejan de una versión digamos ‘criminalista’ del género jurídico, suponiendo que éste exista como tal. Una reflexión más pausada nos hará recordar el tratamiento de cuestiones de Derecho privado, como el matrimonio, el divorcio o la patria potestad; cuestiones de naturaleza política, procesos electorales, corrupción política o crisis financieras; y tantos otros temas como la discriminación racial, la violencia de género, la eutanasia, el aborto, la libertad de expresión o la libertad sexual. El mundo del Derecho, ya sea de manera principal o secundaria, se incorpora al guion de los films de una manera natural. Esta relación es tan antigua como el cinematógrafo, pero ¿acaso podría ser de otra manera? El cine, antes que nada, pretende contar historias y, lo queramos o no, nuestras historias están atravesadas por el Derecho.

Así las cosas, no sorprende que los estudios sobre Derecho y cine estén en auge. *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch* (Javier de Lucas, 2020), *Cine*,



*series y derecho de empresa* (José Luis Luceño Oliva, 2020), *Sueños en movimiento. Derecho, historia y estado en la literatura y el cine (1945-1969)* (Enrique San Miguel Pérez, 2020) o *La formación del jurista a través del cine* (Carmen Ortiz y Guillermo José Velasco (dirs.), 2020) son algunos de los trabajos publicados sobre esta temática durante el pasado año 2020. En lo que va de año 2021 ya han aparecido *Cine y Derecho. Togas en la gran pantalla* (Rafael de Mendizábal) y la nueva edición de la obra *Derecho y cine en 100 películas*, de Benjamín Rivaya.

Estos estudios sobre Derecho y cine proporcionan diversas líneas de interés para el jurista. Sin ánimo de ser exhaustivo, una de ellas sería su capacidad didáctica. La utilización de películas –hábilmente seleccionadas y sin pretender sustituir la lectura de textos– es, sin duda, un recurso atractivo y eficaz para acercar a los estudiantes de Derecho a algunas problemáticas, especialmente en aquellas áreas donde agudos guionistas suplen nuestra limitada imaginación al plantear dilemas teóricos y prácticos que afectan al Derecho. En ocasiones, este interés traspasa el horizonte didáctico y se traslada y asienta en el debate especializado, como ocurre con la conocida como «Doctrina Julia Roberts», bautizada por el profesor J. J. Moreso (2009) en atención a una intervención<sup>1</sup> del personaje interpretado por esta actriz en la película *El informe pelícano*.

El profesor Benjamín Rivaya nos da otra clave del interés de estos estudios: «el saber popular sobre el Derecho tiene su origen en el cine» (2017, p. 150). Si esto es así, si la pantalla, ya sea a través del cine, las series o la televisión, construye y da forma a nuestra creencia colectiva sobre el fenómeno jurídico, esta es una realidad que el estudioso del Derecho no debe desaprovechar.

Esta toma de conciencia por parte del jurista del cine como constructor de imaginarios sitúa a los estudios sobre Derecho y cine ante una relación de doble sentido, frente a un camino que se recorre en dos direcciones. El viaje de ida transita desde el Derecho hasta la gran pantalla, colocándonos frente al espejo y ofreciéndonos una visión particular de lo jurídico. El de vuelta, desde el cine al Derecho, se nos presenta más difuso y sinuoso.

El interés del trabajo realizado por Jesús Ignacio Delgado en *Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual* (2020) radica precisamente en ofrecernos el viaje al completo. Tras este título se esconde el relato acerca de cómo la película *Víctima* representó las consecuencias sociales de la legislación penal británica y logró jugar «un papel relevante en la reforma legal sobre la despenalización de la homosexualidad en Inglaterra» (p. 11). Un relato que se despliega en tres actos: 1. la publicación del Informe Wolfenden (1957); 2. el estreno de la película *Víctima* (1961); y 3. la promulgación de la nueva *Sexual Offences Act* (1967).

El primero, desarrollado en el capítulo 2 –*El contexto histórico*– nos presenta una sociedad británica caracterizada por unas «estructuras de pensamiento rancias y mojigatas de la estricta y puritana moral victoriana» (Delgado, 2020, p. 18). Una sociedad que acumulaba una larga trayectoria en la persecución penal de la homosexualidad. Si bien es cierto que los últimos hombres que pagaron con su vida –a manos del Estado– las prácticas homosexuales lo hicieron en 1835, la cárcel podía seguir siendo su destino durante la primera mitad del siglo XX –a pesar de los esfuerzos y desafíos planteados por el denominado *Grupo de Bloomsbury* a la férrea

---

<sup>1</sup> Curiosamente, la intervención de Darby Shaw, la estudiante de Derecho –interpretada por Julia Roberts– que da nombre a la teoría del profesor Moreso, se refiere a la inconstitucionalidad de la ley penal contra la sodomía del Estado de Georgia.

moral victoriana—. Una persecución que se intensificó especialmente tras la Segunda Guerra Mundial.

Factores como la constatación de que la homosexualidad no era un fenómeno minoritario –gracias a los estudios sobre comportamiento sexual del investigador Alfred Kinsey–, el aumento de detenciones por sodomía y la influencia mediática de algunos de estos casos, propiciaron la creación en 1954 del Comité sobre Delitos de Homosexualidad y Prostitución, con el encargo de analizar posibles modificaciones legales. El resultado es el conocido como *Informe Wolfenden* (1957), que toma su nombre del presidente de la comisión: Sir John Wolfenden, y en el que sus miembros recomendaban que «[e]l comportamiento homosexual entre adultos que consientan en ello deje de constituir un delito» (p. 39).

La distinción entre moral y Derecho, entre pecado y delito, entre público y privado dieron contenido al informe y forma al problema del moralismo legal, que tan agudamente ha estudiado el profesor Delgado y que incorpora a este texto a través del pensamiento de autores como Fitzjames Stephen, John Stuart Mill, Lord Devlin o Herbert Hart.

Es en el segundo acto –capítulo 3. *La película*– en el que comienza el análisis del tipo ‘Derecho y cine’ propiamente dicho, y es que a juicio del autor «[l]as declaraciones de principios recogidas en el Informe Wolfenden son la referencia a la que acudirán los guionistas del film *Víctima* para hacer hablar a los protagonistas» (pp. 37-38). Dirigida por Basil Dearden y protagonizada por Dirk Bogarde, el estreno de la película tuvo lugar en el año 1961. Para evitar la censura y atraer la atracción de un mayor público la productora no tuvo reparos en presentarla como una película acerca del chantaje, pero nada más lejos de las intenciones del director y del productor quedarse ahí. El chantaje al que se veían expuestos los homosexuales para mantener en secreto su condición es el medio para mostrarnos la injusticia de la ley. A través de la historia de un exitoso abogado de clase alta que se enfrenta a esta trampa auspiciada por vía legal, la película nos desvela e introduce en la cotidianidad de este mundo ‘secreto’. El género, el texto o el estilo son utilizados «conscientemente por los guionistas para ayudar a la audiencia a comprender varios aspectos de los temas relacionados con la reforma legal» (p. 53). Lo que se pretendía era poner a la sociedad británica frente a sí misma, frente a sus prejuicios e hipocresías, y convencer a los espectadores de la necesidad de cambiar la ley.

Si hay un personaje que evidencia las miserias de la ley que penalizaba la homosexualidad es el comisario de policía encargado de la investigación del chantaje. Afirmaciones como: «ese chico no es un ladrón, creo que es más una *víctima* que un delincuente», «más del 90% de los casos de chantaje son de origen homosexual», «una ley que envía a los homosexuales a la cárcel ofrece oportunidades para el chantaje», «si la ley castigara todas las anormalidades estaríamos muy ocupados», puestas en boca del representante del ‘aparato coercitivo del Estado’, invitaban desde luego a la reflexión del espectador.

El tercer acto –capítulo 4. *Paisaje tras la película. ¿Qué supuso Víctima para la sociedad inglesa?* – recorre el camino de vuelta, el que va desde el cine hasta el Derecho, a través del escurridizo concepto de cambio social. Habría de transcurrir una década hasta que los legisladores británicos asumieran e implementaran las recomendaciones de despenalización de la homosexualidad –por el momento solo en el ámbito privado– del Informe Wolfenden, en 1967 con la *Sexual Offences Act*. El proceso de despenalización no finalizará hasta iniciado el siglo XXI.

Los cambios sociales son fenómenos complejos. Resulta difícil cuantificar el grado de incidencia de una película o de una novela, consideradas individualmente, en las conciencias de los espectadores y lectores. Pero sí podemos hacernos una idea de su importancia a través de las experiencias personales de quienes lo vivieron. Me permito tomar un último testimonio recogido por el profesor Delgado, que corresponde a una carta remitida en 1968 por Lord Arran, el que fuera promotor del proyecto de modificación legal, al protagonista de *Víctima*, Dirk Bogarde:

El cambio en la opinión popular como lo muestran las encuestas (del 48% al 63% a favor de la reforma) se debió en gran parte a sus dos películas *El sirviente* y *Víctima*, o eso creo.

Es reconfortante pensar que tal vez un millón de hombres ya no viven con miedo (pp. 84-85).

El trabajo de Jesús Ignacio Delgado construye este viaje que me he limitado a esbozar desde el rigor y el entusiasmo. El entusiasmo de un apasionado del cine que encuentra un hilo conductor entre dos mundos. El rigor de un estudioso de la fructífera y siempre problemática relación entre el Derecho y la moral. Sirva su lectura para recuperar el film y poner en valor la labor de quienes, como el equipo de *Víctima*, nos sitúan frente al espejo y propician la labor terapéutica del cine.

## Bibliografía

- Rivaya, B. (2017). Derecho y cine todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca se atrevió a preguntar. *Ratio Juris UNAULA*, 1(3), 135-151.
- Moreso, J. J. (2009). La doctrina Julia Roberts y la objetividad del derecho. En *La Constitución: modelo para armar* (pp. 175-181). Madrid, España: Marcial Pons.