



**eunomia**  
Revista en Cultura de la Legalidad

**Número 21**

*octubre 2021 – marzo 2022*

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

# 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, Universidad Carlos III de Madrid, España  
MAITE 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, 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  
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ, Universidad Carlos III de Madrid, 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

## ÍNDICE

### Presentación

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

### Estudios

<i>Las directrices revisadas de la Comisión de Venecia sobre la celebración de referendos</i>	12
---	----

Daniel López Rubio

<i>Reglamentos ejecutivos e independientes: ¿una distinción obsoleta para determinar la intervención del Consejo de Estado?</i>	36
---	----

Juan Quereda Sabater

<i>Aporte de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional del México del siglo XXI</i>	71
---	----

Jorge Arturo Acosta Argüelles

<i>La materialización de las políticas públicas: un acercamiento al poder judicial como actor clave de las políticas</i>	97
--	----

José Ignacio Torres Justiniani

<i>Republicanismos deliberativos a debate. Un análisis filosófico político de “La forma del derecho” de Fernando Atria</i>	124
--	-----

Nicolás Emanuel Olivares

### Foro y ágora

<i>La historia y los historiadores en el siglo XXI</i>	153
--	-----

Pedro Pérez Herrero y Rodrigo Escribano Roca

<i>¿Qué hay detrás de la evaluación de la calidad de la investigación universitaria? Hacia otra cultura de la investigación</i>	173
---	-----

Esther Pomares Cintas

<i>¿Nos olvidamos del público al publicar? Una modesta proposición para no olvidar para qué pensamos</i>	200
--	-----

Julio Seoane Pinilla

<i>Y a la Ciencia Política, ¿debería importarle algo de todo esto que está pasando?</i>	215
---	-----

Pedro Chaves Giraldo

<i>La metamorfosis de la teoría económica bajo la hegemonía de la doctrina neoliberal: la influencia de la academia y sus consecuencias</i>	238
---	-----

Iván González Sarro

## Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Compliance</i> Silvina Bacigalupo	260
<i>Trata de seres humanos</i> Rut Bermejo Casado	277
<i>Responsabilidad civil (concepto)</i> Diego M. Papayannis	294
<i>Tratados de libre comercio (aspectos políticos)</i> Clara Navarro Ruiz	313
<i>Innovaciones democráticas</i> Cristina Herranz	330

### Releyendo a...

<i>Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión. Releyendo a Judith Shklar</i> Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado	349
<i>Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión</i> Judith Shklar	357

### Rincón de lecturas

#### DEBATIENDO

<i>Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)</i> Víctor Javier Vázquez Alonso	392
<i>Injurias a la corona: el caso Hásel</i> María del Mar Moya Fuentes	399

#### BOOK FORUM

Carissa Véliz (2020). <i>Privacy is power: why and how you should take back control of your data</i> , Londres, Reino Unido: Bantam Press	
<i>Privacidad en un mundo digital. Comentario a Carissa Véliz, Privacy is power: why and how you should take back control of your data</i> Isabel Turégano Mansilla	407
<i>Lo indecible de la privacidad contemporánea. Comentario a Carissa Véliz, Privacy is power: why and how you should take back control of your data</i> Carlos Fernández Barbudo	427
<i>Más sobre privacidad. Respuesta a los comentarios sobre "Privacidad es poder"</i> Carissa Véliz	431

## RECENSIONES

- |  |     |
|--|-----|
| <i>Jill Alpes, Emergency returns by IOM from Libya and Niger</i><br>Felipe González Morales  | 435 |
| <i>Sabrina Ragone, Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España</i><br>Francisco Balaguer Callejón   | 441 |
| <i>Rodolfo Vázquez, No echar de menos a Dios. Itinerario de un agnóstico</i><br>Jesús Ignacio Delgado Rojas  | 447 |
| <i>Jorge Creo, La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of Law</i><br>Mariano C. Melero de la Torre   | 454 |
| <i>Susana Quicios Molina y Silvina Álvarez Medina (dirs.), El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad</i><br>Gemma Minero Alejandre | 460 |
| <i>Jorge Luis Rodríguez, Teoría analítica del Derecho</i><br>Miguel Fernández Núñez  | 465 |
| <i>Carlo Tognato (ed.), Cultural agents reloaded: the legacy of Antanas Mockus</i><br>Santiago Silva Jaramillo   | 472 |
| <i>Angelo Anzalone, Lo humano de los derechos humanos</i><br>Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo  | 475 |
| <i>Jesús Ignacio Delgado Rojas, Ciudadanía liberal y moralismo legal</i><br>Óscar Buenaga Ceballos   | 479 |
| <i>AA.VV., Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial</i><br>Maite Carretero Sanjuan   | 483 |

# Presentación

## Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6337>

Número 21, año 21, siglo XXI; casualidades en la coincidencia de los guarismos que concurren en esta entrega que la revista hace a investigadores y lectores en general. Puede que sea una cifra peculiar que, desde la Biblia al Tarot, parece connotar ideas de madurez y equilibrio; quizá no sea más que el primer cruce de los primeros números primos iconoclastas: siete veces tres, o al revés. El caso es que, si así fuese, no estaríamos fuera de contexto puesto que la revista está disfrutando de cierta estabilidad. Mantiene su línea editorial, su estructura y su periodicidad; incrementa establemente el volumen de sus descargas (vamos camino de superar las 330.000 descargas del pasado año) y sigue aumentando su reconocimiento formal como una revista de calidad. En este último sentido, quizá merezca la pena significar la concesión por parte de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (Fecyt) del sello de calidad (cuartil 2) con mención de buenas prácticas editoriales en igualdad de género. Por demás, la quinta parte de autores siguen teniendo filiación en instituciones de investigación fuera de España y sus perfiles disciplinares mantienen una relevante variedad. En definitiva, y lo que es más importante, mantenemos la progresión en la mejora de la calidad de los textos que publicamos y nuestra penetración, especialmente en universo hispanófono, se incrementa y desarrolla satisfactoriamente.

Este balance exige, sin embargo, continuar adoptando cambios que redunden en mejora revista. En este sentido, hemos decidido homologar el número de contribuciones que acogemos en cada sección. El importante esfuerzo realizado durante los diez primeros años de la revista para publicar diez voces en cada número adopta ahora un ritmo más pausado puesto que ya contamos con mínimo léxico de base en la cultura de la legalidad y al que, por demás, se tiene un cómodo acceso unitario y analítico<sup>1</sup>. De esta forma, modulamos la incidencia relativa de la sección adoptando el criterio de reducir las voces a publicar a cinco por número y asumimos la presión de los autores por extender razonablemente la dimensión de sus contribuciones. Esta medida nos permite también elevar a cinco las entradas tanto en la sección de *Estudios* como en la de *Foro y ágora* y contribuir a dar salida al importante número de autores que postulan la publicación de trabajos de calidad en ellas. Finalmente, el *Rincón de Lecturas* también pasa a estandarizarse en su extensión y, a partir del próximo número, la evaluación por pares anónimos de los trabajos incluidos en el mismo complementará la tarea de valoración hasta ahora desarrollada por los Consejos de Redacción y de Edición. En conclusión,

<sup>1</sup> Pueden accederse al archivo ordenado alfabéticamente de todas ellas en <https://culturadelalegalidad.net/es/content/I%C3%A9xico-culturleg> [Fecha de consulta: 10/09/2021].



mantenemos la estructura de la revista, contribuimos a su mejora con la reestructuración interna de la entidad cuantitativa de cada sección y reforzamos los controles de calidad.

Estos comentarios relativos a la vida interna de la revista, sus inquietudes y sus perspectivas se desarrollan en un contexto en el que los temas relevantes para la cultura de la legalidad ocupan no solo lugares preferentes en los listados de las recientes publicaciones académicas de las disciplinas relevantes para la misma, sino que aparecen en los titulares de los *media*. Pongo algún ejemplo de ello en materia de corrupción. En un plano global, la retirada de las tropas de estadounidenses y de sus aliados de la OTAN de Afganistán, propiciando el acceso al poder de los insurgentes talibanes, presenta la inconfundible pestilencia de la corrupción. Entre los múltiples y graves aspectos en que puede analizarse este fenómeno, la corrupción opera como la explicación predominante del fracaso occidental en el proyecto de configurar un nuevo embrión estatal en el país que, visto con generosidad, pudiese aproximarse a un Estado de Derecho. La corrupción generalizada en el gobierno y administración afgana, y a todos los niveles, parece, más allá de las reafirmaciones nacionales contra la invasión, la causa central del desapego y desconfianza de la población afgana al intento modernizador. Sin embargo, no parece que la alternativa presente un cambio de panorama. El Afganistán talibán produce el 90% de la heroína mundial y ocupa una posición preferente en la producción de otros opiáceos. Ello ha financiado una capacidad de resistencia que ahora puede despegar como el *narcoestado* más influyente del mundo. El primer registro de ponderación de esta perspectiva gira en torno a la seguridad y la evidente influencia que puede tener en un recrudescimiento del terrorismo internacional. Es posible que así sea, pero, más humildemente, quisiera destacar que no nos encontramos ante una reedición de la compañía de los escoceses William Jardine y James Matheson, introduciendo opio en la China del ocaso Qing bajo la tutela del manto británico victoriano, sino ante una nueva escala internacional de la narcopolítica con efectos más graves que los sufridos, por ejemplo, por Colombia o México, que disponen de estados infinitamente mejor estructurados y organizados que el Afganistán de los talibanes. Es posible que genere terrorismo; pero estoy más seguro aún de que generará violencia y corrupción generalizada.

En un plano regional, hay que destacar que la más notoria, relevante y ambiciosa acción judicial contra la corrupción que se ha desarrollado en los últimos años venía representada por el caso *Lava Jato* (entre la enorme bibliografía, véase Lagunes y Svejnar 2020). Las investigaciones judiciales iniciadas en Brasil y expandidas por casi toda Latinoamérica, especialmente con ocasión de la actividad de la constructora Odebrecht, supusieron una versión ampliada y transoceánica de la operación *mani pulite* iniciada por los fiscales milaneses a principios de los noventa en Italia. Es sabido que este escándalo ha supuesto investigaciones a expresidentes peruanos, panameños y salvadoreños, y ha encausado a un relevante número de ejecutivos y autoridades en Brasil y a lo largo y ancho del continente. Pues bien, todo este enorme esfuerzo anticorrupción ha quedado empañado de forma irremediable por la estimación de las acusaciones de parcialidad su juez estrella, Sergio Moro, que, por demás, fue nombrado ministro de justicia del gobierno brasileño de Jair Bolsonaro. En buena medida, el caso ha devenido una enorme frustración. Como indicaba Manoel Galdino, director de Transparencia Brasil, "la Lava Jato está con los días contados" (tomado de Lissardy, 2021).

En un plano más local, los medios españoles siguen abriendo cada día las noticias con nuevas cuentas en el rosario de la corrupción española. La marea es cada vez más alta y el conocido como caso *Kitchen* y sus conexiones parecen tender a superar el nivel de los responsables ministeriales. Por demás, la fiscalía y la



hacienda española vuelven, una y otra vez, a investigar al ahora rey emérito en razón de actividades mercantiles, financieras y fiscales realizadas durante su mandato que parecen poner en tela de juicio la anterior jefatura del Estado. En definitiva, buena parte de nuestra actualidad, en múltiples niveles, sigue determinada por el fenómeno de la corrupción. En el fondo, creo que lleva razón el opositor ruso y víctima de un intento de envenenamiento, Alexei Navalny (2021), cuando señala que buena parte de la solución a los grandes problemas de la *gran agenda* política no es sino la solución de una *pequeña agenda* en la que aquellos establecen sus raíces. Esta pequeña agenda es, en sus propias palabras, la de la corrupción.

El contenido del número se reparte, como señalaba más arriba, de conformidad con la estructura tradicional de la revista. La sección de Estudios incorpora cinco trabajos que responden a la diversidad de enfoques que *Eunomía* intenta promover. Así, Daniel López analiza una temática cuyo interés político refuerza sustancialmente el esfuerzo teórico de análisis de la regulación de los referéndums. Juan Quereda aporta un análisis dogmático de relevancia institucional, mientras que Jorge Arturo Acosta contribuye a la recuperación de los casos que pudieron ser el *Marbury vs. Madison* del constitucionalismo mexicano. José Ignacio Torres examina la relevancia del poder judicial en las políticas públicas y su análisis y, finalmente, Nicolás Olivares tributa a un debate filosófico político sobre fondo iusfilosófico. En definitiva, temas diferentes, metodologías distintas y convergencia en los enfoques y cuestiones de la cultura de la legalidad.

La sección de Foro y ágora presenta un carácter monográfico en cuanto al tema y muy completo en cuanto a la variedad de perspectivas metodológicas concurrentes. La iniciativa, diseño y realización de la tarea ha sido protagonizada por el catedrático de historia de América de la Universidad de Alcalá de Henares y director de su Instituto Universitario de Estudios Latinoamericanos, Pedro Pérez Herrero, quien nos ha beneficiado con su empuje, dinamismo y espíritu crítico y ha concitado en la tarea la estrecha colaboración de Rodrigo Escribano, investigador del Centro de Estudios Americanos de la Universidad Adolfo Ibáñez de Chile. La reflexión de las cinco aportaciones se centra en evaluar el grado de pertinencia y utilidad que presenta la extensión de los procedimientos y criterios actuales de evaluación de calidad de las investigaciones desarrolladas por las tradicionalmente denominadas como las ciencias naturales a las conocidas como ciencias sociales y a las humanidades. Las tesis sostenidas son, en términos generales, críticas con esta prolongación, aunque mantienen argumentaciones diferenciadas. Quizá, la distinción entre revisionistas y rupturistas que proponen Feenstra y Pallarés-Domínguez pueda ser una buena forma de expresarlo (Feenstra, R.A. y Pallarés-Domínguez, D., 2021, p. 49 y ss.). Desde el punto de vista metodológico, los propios coordinadores, Pérez y Escribano, aportan la mirada del historiador; Esther Pomares la del jurista; Julio Seoane la del filósofo; Pedro Chaves la del politólogo y, finalmente, Iván González la del economista. Miradas críticas y variadas sobre un tema importante. Confiamos en que el conjunto ofrezca al lector una visión aceptablemente completa de las críticas a este proceso.

La sección de voces de cultura de la legalidad recoge cinco contribuciones a su léxico, haciendo nuevamente gala de la variedad de enfoques concurrentes. La penalista, y ahora presidenta de Transparencia Internacional España, Silvina Bacigalupo, procede a la exposición de modelos de cumplimiento normativo, organización y control de prevención de delitos con la voz *compliance*. Rut Bermejo articula el análisis politológico con el jurídico en *Trata de personas*. Diego Papayannis desarrolla una reflexión conceptual sobre una cuestión nuclear como es la *responsabilidad civil*, que tendrá su continuidad en algún número sucesivo. Clara Navarro intercala reflexiones filosóficas, jurídicas y políticas en una de las dimensiones de la globalización con *Tratados de libre comercio (aspectos políticos)*.



Finalmente, Cristina Herranz da cuenta de una amplia literatura, fundamentalmente anglosajona, que se está desarrollando bajo la denominación de *Innovaciones democráticas*.

La sección de *Releyendo a...* viene de la pluma de Paloma de la Nuez, que introduce la conferencia de Judiht Shklar dictada en las Conferencias Tanner del curso 1988/89. Es el texto más moderno entre todos los reproducidos en la sección, pero hemos entendido que la notoriedad que actualmente disfruta la autora norteamericana justifica este esfuerzo por difundir la traducción de una de las escasas obras de la autora aún no disponibles en español y que, sin embargo, tiene una relevancia significativa. Por demás, agradecemos a la *Tanner Lecture on Human Values at the University of Utah* el permiso para publicar esta versión española.

El *Rincón de lecturas* se estructura en las tres subsecciones ordinarias. En el *Debatiendo* se recogen las críticas que el constitucionalista de la Universidad de Sevilla, Víctor Vázquez, y la penalista de la Universidad de Alicante, Mar Moya, formulan a la ponencia de Jacobo Dopico, publicada en el anterior número de *Eunomía*, sobre el Segundo caso Hásel. El primero hace un repaso a los límites a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento, mientras que la segunda se centra en la temática de las injurias a la corona. El *Book fórum* se dedica al exitoso trabajo de la investigadora hispanomexicana radicada en Oxford, Carissa Véliz, sobre la privacidad y cuya versión española acaba de ser publicada por la editorial Debate. Los comentaristas son la filósofa del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Isabel Turégano, que ha realizado un amplio estudio, y el filósofo político de la Universidad Complutense de Madrid, Carlos Fernández Barbudo. La autora aporta también una respuesta a los críticos. Finalmente, la subsección de *Recensiones* permite recoger, en esta ocasión, un amplio número de ellas, hasta completarse quince entradas entre todas las subsecciones del *Rincón*. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Felipe González Morales, abre la nómina con sus comentarios al informe de Jill Alpes publicado el pasado año. Francisco Balaguer, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Granada, comenta la monografía de Sabrina Ragone sobre el estudio comparado hispano-italiano en relación con el parlamento y la crisis económica. Jesús Ignacio Delgado analiza el libro del iusfilósofo mexicano Rodolfo Vázquez, publicado por Trotta, sobre agnosticismo y laicidad. Mariano C. Melero aporta su amplia experiencia en la materia para comentar el libro de Jorge Crego sobre alguna de las líneas de fundamentación del estado de Derecho. Santiago Silva Jaramillo recensiona una obra colectiva dedicada a quien convirtió a la cultura de la legalidad en lema de su campaña electoral a la presidencia, el colombiano Antanas Mockus. Gemma Minero recensiona también el trabajo colectivo coordinado por las profesoras Susana Quicios y Silvina Álvarez sobre el tratamiento jurídico de la violencia intrafamiliar. Miguel Fernández Núñez recensiona el amplísimo trabajo que el lógico y filósofo del Derecho argentino, Jorge Rodríguez, ha publicado este mismo año sobre teoría del Derecho. Alonso Jorge Sánchez recensiona el reciente trabajo del investigador siciliano-cordobés Angelo Anzalone; Óscar Buenaga Ceballos comenta la laureada monografía de Jesús Ignacio Delgado Rojas publicada este año por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales sobre moralismo legal, y finalmente, contamos con la novedad aportada por María Teresa Carretero, que da cuenta de los contenidos del seminario celebrado en el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en su sitio Web, sobre las bases de un modelo de justicia restaurativa empresarial ante comportamientos corporativos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los derechos humanos o al medio ambiente.

Esta es la presentación de los contenidos de este número 21. Esperamos que resulte de interés y de utilidad para investigadores y lectores en general. Al menos esa es la intención que anima al importante trabajo desarrollado por todos los que participamos en la confección de la revista. Cada uno desde su función –autores, traductores, evaluadores, editores, informáticos, bibliotecarios, así como miembros de los distintos comités y consejos– aporta su trabajo de manera libérrimamente desinteresada. Ninguna compensación podría ser más estimada que la saber que la contribución realizada es eficaz y provechosa para el incremento del conocimiento y el desarrollo de los valores defendidos en su línea editorial. Ojalá sea así.

José M. Sauca

Director

## Bibliografía

- Feenstra, R.A. y Pallarés-Domínguez, D. (2021). Las dimensiones éticas de los sistemas de valoración y difusión científica en el área de filosofía moral. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 83, pp. 37-55.
- Lagunes P.F. y Svejnar, J. (eds.) (2020), *Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America*, Oxford: Routledge.
- Lissardy, G. (25 de marzo, 2021). Por qué el mayor caso de anticorrupción de América Latina enfrenta un «final funesto» en su país de origen, *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56519211>.
- Navalny, A. (19 de Agosto, 2021). Only action against corruption can solve the world's biggest problems, *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/aug/19/action-against-corruption-russian-sanctions-oligarchs-alexei-navalny>.

# Las directrices revisadas de la Comisión de Venecia sobre la celebración de referendos\*

## The revised guidelines on the holding of referendums adopted by the Venice Commission

Daniel López Rubio  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0003-2718-4906  
[dalopezr@der-pu.uc3m.es](mailto:dalopezr@der-pu.uc3m.es)

### Cita recomendada:

López Rubio, D. (2021). Las directrices revisadas de la Comisión de Venecia sobre la celebración de referendos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 12-35.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6339>

Recibido / received: 19/04/2021  
Aceptado / accepted: 10/06/2021

### Resumen

En octubre de 2020 la Comisión de Venecia aprobó una revisión de sus Directrices sobre la celebración de referendos, que databan de 2007. Sin entrar en la mayor o menor oportunidad de incorporar estos mecanismos de participación en los ordenamientos internos de los países miembros del Consejo de Europa, las Directrices establecen una serie de garantías normativas que habrán de estar presentes en los mismos para garantizar su pleno encaje con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Se analizarán, así, novedades en materias como la igualdad de oportunidades entre las distintas partes en las campañas previas a todo referéndum; la financiación y la transparencia de tales campañas; la claridad de la pregunta; o el ineludible respeto al marco constitucional de toda convocatoria de referéndum.

### Palabras clave

Referéndum, iniciativa popular, democracia directa, principio de claridad, Comisión de Venecia, Estado de Derecho.

\* Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de "Excelencia del Profesorado Universitario" del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3MXX), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica)

**Abstract**

*In October 2020, revised guidelines on the holding of referendums were adopted by the Venice Commission, being the original ones approved back in 2007. Without discussing the convenience of introducing these mechanisms for citizen participation into the domestic law of the members of the European Council, the guidelines establish a set of legal guarantees that must be met by domestic law in order to respect Human Rights, democratic principles and the rule of law. We will thereby analyse the updates introduced on equal opportunities among the contending parties in referendum campaigns; the funding and transparency of such campaigns; the clarity of the question; or the inevitable respect for the constitutional framework by the call for a referendum.*

**Keywords**

*Referendum, popular initiative, direct democracy, clarity principle, Venice Commission, Rule of law.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Novedades relativas a los principios del patrimonio electoral europeo. 2.1. Sufragio igual. 2.2 Sufragio libre. 3. Novedades relativas a las condiciones para la aplicación de los principios del patrimonio electoral europeo. 4. Novedades relativas a las normas específicas previstas en las Directrices. 5. Conclusiones.

**1. Introducción**

El año 2006 la Comisión de Venecia aprobó un Código de Buenas Prácticas sobre Referendos, lo que incluía unas Directrices sobre el adecuado empleo de la institución y un memorando explicativo de las mismas. El 27 de noviembre de 2008, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una Declaración relativa al Código con el fin de invitar a las autoridades de todos los Estados miembros de la organización a guiarse por el mismo en su práctica referendaria.

Desde el año 2015 se han sucedido diversos referendos que, por unos motivos o por otros, han causado controversia. Hablamos, en efecto, del rechazo del pueblo griego al plan de rescate diseñado por la Troika (julio de 2015); la negativa de los ciudadanos holandeses a ratificar el convenio comercial suscrito entre la Unión Europea y Ucrania (abril de 2016); la salida de la Unión Europea aprobada por el Reino Unido (junio de 2016); el rechazo de los húngaros al reparto de refugiados acordado por las instituciones europeas (octubre de 2016); el fracaso del plan de paz firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC (octubre de 2016); o la derrota del plan Renzi-Boschi para la reforma de la Constitución italiana (diciembre de 2016).

A finales del año 2016 la Comisión de Venecia manifestaba su preocupación –tanto desde la perspectiva formal como material– por el empleo del instrumento y decidía dar los primeros pasos para actualizar el Código de Buenas Prácticas. Para dotar al proceso de mayor amplitud, la Comisión remitió a todos los Estados miembros un cuestionario sobre los acontecimientos recientes en el ámbito de los referendos, solicitando su cumplimentación<sup>1</sup>. Se decide, igualmente, realizar una compilación de todas las opiniones que la Comisión había venido emitiendo sobre procesos referendarios concretos, para facilitar su difusión y consulta<sup>2</sup>. Finalmente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprueba en enero de 2019 la Resolución titulada «Actualización de las Directrices para garantizar la celebración de referendos justos en los Estados miembros del Consejo de Europa». En ella, la Asamblea

<sup>1</sup> Accesible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2018\)042-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2018)042-e)

<sup>2</sup> Accesible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2017\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2017)001-e)

manifiesta su satisfacción por el hecho de que la Comisión de Venecia pusiera en marcha el proceso de renovación del Código de 2006 e invita a esta a tener en cuenta en el proceso ciertos principios básicos, a saber:

- 1) El referéndum debe emplearse como complemento al sistema de democracia representativa, no como instrumento para circunvalar al Parlamento.
- 2) Las preguntas planteadas a los electores siempre deben ser claras, siendo preciso su sometimiento a un riguroso control previo que garantice la adecuada manifestación de la voluntad popular.
- 3) La campaña previa a la votación referendaria debe garantizar un equilibrio entre las diferentes posiciones en torno a la pregunta, permitiendo a los electores acceder a información suficiente e imparcial de cara a la formación de su opinión.

Sobre esta base, la Comisión nombra seis ponentes encargados de actualizar las Directrices. Su propuesta final sería aprobada por la Comisión en su 124ª Sesión Plenaria los días 8 y 9 de octubre de 2020<sup>3</sup>. Conviene subrayar que en la fecha en que ha sido redactado este artículo la Comisión todavía no ha aprobado el Memorando que servirá para explicar en detalle las Directrices, y que junto a ellas constituirán el nuevo Código de Buenas Prácticas. Pese a ello, el documento presenta suficiente nivel de concreción como para permitirnos una reflexión de profundidad, y a ello dedicaremos nuestro trabajo.

Las Directrices aprobadas arrancan con una introducción de la que algunas ideas merecen ser comentadas. Así, en primer lugar, el documento parte del principio de autonomía constitucional de los Estados en materia de referéndum. Ello implica que corresponde al derecho constitucional nacional determinar en qué casos se prevé la posibilidad de convocar referendos, así como su alcance, efectos y procedimiento de celebración. Las Directrices no entran a valorar la conveniencia u oportunidad de recurrir al instrumento referendario, dejando libertad al respecto a cada Estado miembro<sup>4</sup>. Su finalidad es, exclusivamente, asentar una serie de garantías básicas que deberán respetarse en todo caso para asegurar que el referéndum encuentra su mejor encaje con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

En segundo lugar, y retomando uno de los ejes asentados por la Asamblea en su resolución, se insiste en el papel predominante que asume la democracia representativa en los sistemas constitucionales de los países que conforman el Consejo de Europa. Nótese que esto es cierto incluso en aquellos Estados que más privilegian los instrumentos de participación directa, como es el caso de Suiza, donde el referéndum se inserta en un preponderante y bien asentado modelo representativo<sup>5</sup>. El referéndum tendría, en consecuencia, la misión de complementar, en la medida en que se considere necesario, los mecanismos de la democracia operada a través de representantes. Por ello, dice el documento, es preciso encontrar un encaje de la figura lo más armonioso posible con las estructuras representativas,

<sup>3</sup> Accesible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)031-e)

<sup>4</sup> En su opinión de 2015 sobre Trento, relativa a una propuesta ciudadana sobre el incremento de los instrumentos de democracia directa y participativa en la provincia italiana, la Comisión recordaba que «no existe un estándar internacional (o europeo) sobre el alcance que debe ser dado a los instrumentos de democracia directa a nivel nacional, regional o local». Reconociendo que existe, en todo caso, «una tendencia a extenderlos, especialmente en el ámbito subestatal», la Comisión hacía especial énfasis en que estas herramientas de democracia directa y participativa «deben ser vistas como “un complemento a la democracia representativa”». Véase *Opinion on the Citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Electoral Law of the Autonomous Province of Trento (Italy)*, accessible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)009-e)

<sup>5</sup> Como explica Sáenz Royo (2016, p. 74), la mayoría de la legislación en Suiza es aprobada por el Parlamento sin interferencia de los votantes. El 93% de las leyes susceptibles de ser fiscalizadas por el pueblo en referéndum son aprobadas sin su intervención.



lo que exige no excluir la participación de éstas en el proceso referendario. Además, la institución no debería emplearse nunca con el fin de alterar o evitar los pesos y contrapesos constitucionales.

Finalmente, la introducción establece que los referendos podrán asumir carácter constitucional, legislativo o administrativo. También podrían referirse a un tratado internacional o, incluso, a cuestiones territoriales tales como la creación, fusión o secesión de entes infraestatales. Nos interesa destacar, en relación con esta última posibilidad, la relativa al empleo del referéndum para preguntar a los electores sobre la escisión de una entidad territorial de un Estado, que el documento hace especial hincapié en que una consulta tal solo podría celebrarse «en aquellos casos excepcionales en los que la constitución nacional lo permita». En efecto, como comprobaremos a lo largo de nuestro trabajo, una de las principales novedades del nuevo texto reside en el gran énfasis realizado sobre la necesidad de que los referendos se convoquen siempre desde el más absoluto respeto al Estado de Derecho. Parece evidente que la consulta independentista catalana de 2017, ilegal en forma y fondo, tuvo un peso relevante en la Comisión a la hora de actualizar las Directrices aquí estudiadas.

Realizada esta breve introducción, dedicaremos los apartados siguientes al estudio pormenorizado de las principales novedades introducidas por las Directrices en sus tres grandes apartados: principios del patrimonio electoral europeo; condiciones para la aplicación de tales principios; y normas específicas.

## 2. Novedades relativas a los principios del patrimonio electoral europeo

Las Directrices sobre la celebración de referendos arrancan con un primer apartado dedicado a los principios del patrimonio electoral europeo, centrados en las características del derecho de sufragio –universal, igual, libre y secreto– y en las consecuencias que de ellas se extraen.

En lo relativo a la universalidad del voto el nuevo Código no introduce novedades. Evidentemente perdura la regla general de que todas las personas tienen derecho a votar, siendo posible en todo caso el sometimiento de tal derecho a ciertas condiciones. Entre ellas destacan la edad, la nacionalidad o la residencia. Se mantiene, igualmente, la posibilidad de privar a los electores de su derecho en casos de incapacidad mental o condena por delito grave, siempre que tales causas vengan recogidas en la ley, respeten el principio de proporcionalidad y sean aplicadas por un órgano judicial. Sí aparecen innovaciones de calado en el ámbito del sufragio igual y del sufragio libre, y a ello dedicaremos las siguientes páginas.

### 2.1. Sufragio igual

En este punto, las Directrices ponen énfasis en la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades entre los partidarios y los oponentes de la propuesta que va a ser sometida a votación. Para ello, se dice, es preciso que las autoridades asuman una actitud neutral en relación con la campaña y su financiación, la publicidad y la cobertura en los medios de comunicación, y el derecho a manifestarse en la vía pública. Aunque estos elementos ya figuraban en el Código de 2006, se endurece la exigencia de que, en las emisiones de radio y televisión públicas sobre la campaña del referéndum, los partidarios y los oponentes de la propuesta tengan un igual acceso. Antes se consideraba tal igualdad un valor aconsejable. Ahora el documento establece que «se debe garantizar» (punto 2.2, letra b). Se considera, pues, que al margen del número y peso de los apoyos que pueda tener cada una de las partes, la

salud de la deliberación pública previa a la votación exige que ambas tengan idénticas posibilidades para expresar sus argumentos ante los ciudadanos.

Esta regla es aplicada en Irlanda desde el año 2000, cuando la sentencia del Tribunal Supremo irlandés en el caso *Coughlan v. Broadcasting Complaints Commission and R.T.É* estableció la necesidad de conceder los mismos tiempos de emisión televisiva a los que apoyan la propuesta y a los que la rechazan, al margen de su representatividad parlamentaria (Barrett, 2020, p. 72; Sáenz Royo, 2018, p. 130). En el caso español, sin embargo, la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, ha optado por un criterio de reparto proporcional, al que además solo pueden acceder aquellas fuerzas políticas que cuenten con representación parlamentaria (artículo 14.1). Aplican el mismo sistema países como Dinamarca o Finlandia.

Un aspecto clave en el ámbito de la igualdad de oportunidades es el acceso a la financiación pública. En este punto las Directrices, clarificando su redacción anterior, establecen que la igualdad en términos de subvenciones públicas puede ser alcanzada de dos maneras: i) a través de una financiación equitativa de los partidos políticos; o ii) a través de una financiación equitativa de las organizaciones que apoyen cualquiera de las respuestas a la pregunta planteada a los electores (punto 2.2, letra d). Podría decirse que aquí el documento es algo más conservador que en lo relativo a la emisión de mensajes en los medios de comunicación públicos. Se deja la puerta abierta a que la igualdad en la financiación se produzca únicamente entre los partidos, lo que podría provocar una descompensación en el proceso deliberativo previo a la consulta. En efecto, si la mayoría de los partidos apoyaran la misma postura ante la pregunta, el grueso de la financiación pública iría en respaldo de la misma, teniendo la otra parte un relevante hándicap para hacer llegar sus argumentos a los ciudadanos.

La *Political Parties, Elections and Referendums Act* del Reino Unido, que data del año 2000, establece en su artículo 110 que la Comisión electoral podrá conceder una subvención única por el mismo importe a cada una de las dos organizaciones designadas para aglutinar a los partidarios del «sí» y del «no» en cada proceso referendario (con un máximo de 600.000 libras)<sup>6</sup>. En España la Ley Orgánica presenta una notable laguna en la materia<sup>7</sup>, que ha sido cubierta por normas reglamentarias aplicables a cada referéndum<sup>8</sup>. Tales normas han optado por fijar un reparto de subvenciones en favor de los partidos y proporcional a su peso parlamentario. Ello ha provocado que en referendos como el del Tratado Constitucional Europeo (2005), el desequilibrio global en la financiación de las fuerzas partidarias y opositoras de la

<sup>6</sup> Seijas Villadangos (2020, p. 133) analiza en profundidad esta y otras prerrogativas de las *designated or umbrella organisations*.

<sup>7</sup> En opinión de Sáenz Royo (2018, p. 44) la ausencia de una regulación general de la cuestión relativa a la financiación pública en la campaña previa a los referendos supone «una clara evidencia del papel secundario que esta figura ha desempeñado en España y del escaso interés que los partidos políticos han demostrado hacia ella».

<sup>8</sup> Véanse el Real Decreto 6/2005, de 14 de enero, por el que se regula la concesión de ayudas extraordinarias a los grupos políticos con representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, para sufragar los gastos ocasionados por la explicación y divulgación pública del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Decreto 11/2007, de 16 de enero, por el que se regula y convoca la concesión de ayudas a los grupos políticos con representación en el Parlamento de Andalucía para sufragar los gastos ocasionados por la información, explicación y divulgación de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, o el Decreto 172/2006, de 18 de mayo, por el que se establece una línea de ayudas a los grupos políticos con representación parlamentaria en el Parlamento de Cataluña para subvencionar los gastos ocasionados por la explicación y divulgación de la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña.



cuestión haya sido manifiesto, con las consecuencias que ello tiene de cara al proceso deliberativo previo a la votación<sup>9</sup>.

Las Directrices mantienen la exigencia de que la financiación de las campañas previas a las votaciones referendarias sea transparente, pero introduce una novedad relevante. Se exige que el conocimiento de los términos de la financiación de las campañas se haga público antes de la votación (punto 2.2, letra h). Este es un aspecto de gran importancia para la formación de la voluntad de los electores. En efecto, los ciudadanos apoyan en gran medida su proceso de decisión en los conocidos como «atajos informativos». Es decir, se utilizan datos como la posición de cada uno de los partidos políticos, medios de comunicación, líderes de opinión, etc., a la hora de forjar su propio criterio<sup>10</sup>. De este modo, aunque la información oficial sobre la propuesta en cuestión es de gran importancia<sup>11</sup>, la escasez de tiempo lleva a los ciudadanos a emplear estos métodos heurísticos para dar forma a su voto.

Al respecto de estos mecanismos es inevitable preguntarse: ¿son estas herramientas útiles para adoptar una decisión equivalente a aquella que adoptaríamos sobre la base de una información exhaustiva sobre la medida discutida? Lupia y Johnston (2001, p. 197-199) han estudiado la cuestión y han concluido que sí. Sobre la base de cinco votaciones celebradas en el estado de California en materia de regulación de la industria de seguros, confirmaron que aquellos votantes que, pese a no poseer una información exhaustiva sobre cada una de las proposiciones en liza, sí conocían la postura mantenida al respecto por la propia industria de seguros, emitían un voto muy similar al de los electores que sí disponían de información completa. Por ello, cuestiones como la publicidad de la financiación de las campañas aportaría una valiosa herramienta a los ciudadanos para forjar una decisión. Merece la pena insistir en que no estamos sugiriendo que el empleo de estos atajos deba llevar al legislador a adoptar una posición conformista en materia de información al votante. Esta información sigue siendo de gran importancia, pero asumiendo la realidad de que los ciudadanos emplean con frecuencia métodos heurísticos para adoptar decisiones, cuanto más información sobre el desarrollo y financiación de la campaña posean más exitoso será el proceso de decisión.

Finalmente, en materia de financiación las nuevas Directrices mantienen la previsión de que el principio de igualdad de oportunidades puede llevar a una limitación de los gastos de los partidos políticos y del resto de partes implicadas en el debate del referéndum. Ahora bien, introducen como novedad la posibilidad de establecer limitaciones a las donaciones individuales, así como del importe total de todas las donaciones (punto 2.2, letra i). Sobre lo primero constituye de nuevo un

---

<sup>9</sup> López Hernández (2017, p. 31) afirma que el hecho de que los dos grandes partidos en aquel momento (Partido Socialista Obrero Español y Partido Popular), que contaban con un 89,14% de los escaños, estuvieran a favor de la ratificación del nuevo Tratado europeo provocó una desproporción manifiesta en la campaña, tanto en lo relativo a su acceso a los medios de comunicación públicos como en la obtención de subvenciones.

<sup>10</sup> Sobre el particular, Font y Gómez Fortes (2014, p. 222), explican: «Igual que en un proceso electoral no atendemos solo a si el Gobierno ha logrado o no buenos resultados económicos y juzgamos sus éxitos y sus fracasos con las gafas sesgadas de nuestra ideología y sentimientos partidistas, lo mismo exactamente ocurre en los referendums».

<sup>11</sup> Las Directrices mantienen en este aspecto su redacción primigenia, llamando el punto 3.1, letra e), a las autoridades públicas a «proporcionar información equilibrada». Ello abarcaría no solo el texto sometido a referéndum, sino también «un informe explicativo o material equilibrado de campaña de parte de los partidarios y detractores de la propuesta».

buen ejemplo la *Political Parties, Elections and Referendums Act* del Reino Unido, que establece los siguientes límites<sup>12</sup>:

- i) Las organizaciones designadas para aglutinar a los partidarios del “sí” y del “no” podrán gastar un máximo de cinco millones de libras.
- ii) Los partidos políticos que se registren ante la Comisión electoral para participar en la campaña podrán gastar un máximo que variará en función de sus resultados en las últimas elecciones generales, desde un máximo de cinco millones de libras para aquellos que superaran el 30% de los votos a un mínimo de medio millón.
- iii) Los demás participantes registrados ante la Comisión para participar en la campaña podrán gastar un máximo de medio millón de libras.
- iv) Todas aquellas entidades no registradas tendrán un máximo de diez mil libras para gastar.

Sobre limitación de las donaciones el texto británico nada dice. Sí se establece en todo caso la necesidad de que las entidades registradas para participar en la campaña declaren todas aquellas donaciones que excedan las 7.500 libras (Anexo 15 de la Ley). Tal regla no aplica para los partidos políticos, aunque la Ley prevé que éstos declaren cuatrimestralmente las donaciones que reciben (art. 62).

## 2.2. Sufragio libre

En el ámbito del sufragio libre también hay novedades de relevancia. En primer lugar, el punto 3.1 letra a) añade al deber de las autoridades administrativas de observar una posición neutral la exigencia de que ésta se mantenga «durante todo el período de campaña». Resulta evidente, en efecto, que una de las piezas claves para garantizar que los electores puedan conformar libremente su opinión es que la Administración pública no asuma como propia ninguna de las posiciones en liza en el debate previo a la votación referendaria. En última instancia estamos ante una derivada del deber constitucional de objetividad que sujeta a la Administración (art. 103.1 CE).

En segundo lugar, se suavizan las limitaciones a la intervención de las autoridades públicas en la campaña. El antiguo Código decía lo siguiente al respecto: «las autoridades públicas (nacionales, regionales y locales) no deben influenciar el resultado del voto con una campaña excesiva y parcial» (punto 3.1, letra b). Las nuevas Directrices, sin embargo, prevén que «los partidos políticos y sus representantes, incluidos aquellos que son representantes electos u ocupan un cargo público, tienen derecho a participar activamente en la campaña» (punto 3.1, letra b). El cambio resulta razonable, pues parece claro que el papel de los partidos políticos y sus representantes es, precisamente, canalizar la voluntad popular y participar del debate social que se produce de manera previa a toda votación. No resulta imaginable una consulta donde los representantes políticos no puedan asumir como propia la defensa de una de las partes. Cuestión distinta es que estemos ante autoridades con responsabilidades en la organización o supervisión del propio referéndum, en cuyo caso las Directrices mantienen la posibilidad de aplicar deberes especiales de abstención.

En tercer lugar, las Directrices incorporan nuevas exigencias al deber de claridad de la pregunta sometida a votación. En efecto, se añade a la necesidad de que la pregunta sea «clara» y «no engañosa», la exigencia de que también resulte «comprensible» e «imparcial». Como es de sobra sabido, estamos ante la pieza

<sup>12</sup> Seijas Villadangos (2020, p. 132) subraya que estos límites se aplican solo al período del proceso referendario, «con lo que deviene en un quiero y no puedo, porque la fiscalización de los gastos fuera de ese período queda en el limbo».

nuclear para la defensa del voto libre por parte de los ciudadanos. Resultaría ciertamente imposible formar con libertad una opinión en torno a una consulta si la pregunta planteada fuera confusa en su terminología o se encontrara sesgada en favor de una de las posiciones en liza.

Como he señalado en otro lugar (López Rubio, 2020, p. 55-60), es posible diferenciar tres vertientes básicas del principio de claridad aplicado a la pregunta de un referéndum: i) la claridad en el planteamiento general de la pregunta; ii) la claridad en la terminología empleada; y iii) la claridad en las alternativas planteadas.

En efecto, en primer lugar, el planteamiento general de la pregunta debe ser sencillo y apelar a una única cuestión. Por ello, no deben añadirse en la papeleta otros comentarios o afirmaciones, sino una mera interrogación breve y sencilla. El ejemplo perfecto de pregunta contraria al principio de claridad desde esta perspectiva sería la realizada en el referéndum español sobre la pertenencia a la OTAN en 1986. En aquel caso se incluyó en la papeleta el siguiente comentario previo, en el que el Gobierno manifestaba su posición sobre la conveniencia de la permanencia en la organización:

El Gobierno considera conveniente, para los intereses nacionales, que España permanezca en la Alianza Atlántica, y acuerda que dicha permanencia se establezca en los siguientes términos:

- 1.º La participación de España en la Alianza Atlántica no incluirá su incorporación a la estructura militar integrada.
- 2.º Se mantendrá la prohibición de instalar, almacenar o introducir armas nucleares en territorio español.
- 3.º Se procederá a la reducción progresiva de la presencia militar de los Estados Unidos en España.

Tras esta larga introducción, se formulaba la siguiente pregunta:

¿Considera de acuerdo con los intereses generales de España la permanencia en la Alianza Atlántica, según la posición del Gobierno arriba indicada?

Como parece evidente, un planteamiento de ese tipo no satisfaría la exigencia que realizan las Directrices de que la pregunta resulte «imparcial» y «no sugiera una respuesta». Como ha escrito Sáenz Royo (2016, p. 138), la vinculación de la pregunta a la posición del Gobierno impedía centrar la deliberación pública en las ventajas e inconvenientes de la pertenencia a la OTAN, quedando centrada en las condiciones de tal pertenencia puestas sobre la mesa por el Gobierno.

También desde la perspectiva del planteamiento general resulta necesario, como decíamos, que la pregunta haga referencia a una única cuestión. El texto de la Comisión de Venecia, tanto en su versión antigua como en la nueva, indica en su punto III.2 la necesidad de que exista «una conexión intrínseca entre las diversas partes de cada pregunta sometida a votación, a fin de garantizar el libre sufragio del votante, quien no debe ser llamado a aceptar o rechazar en su conjunto disposiciones sin un vínculo intrínseco». En efecto, si una pregunta somete multitud de elementos dispares a la valoración de los ciudadanos ello dificulta enormemente a éstos la formación de un juicio claro. Podrían estar a favor de determinados elementos y en contra de otros, con la consecuente dificultad de concluir un juicio global sobre ellos, llevando a la conversión de la consulta en un simple plebiscito en torno a las autoridades gobernantes.

Las Directrices son conscientes de que ésta última limitación no aplica a supuestos de revisión total de un texto, constitucional o legislativo. En estos casos,

por la propia configuración del proceso, es inevitable que los ciudadanos deban realizar una valoración conjunta de multitud de cuestiones diversas. Por poner un ejemplo reciente, en el referéndum sobre la reforma constitucional impulsada por el primer ministro italiano Matteo Renzi en 2016, los electores debían pronunciarse sobre asuntos tan dispares como: la organización parlamentaria, la configuración del referéndum derogatorio, las facultades normativas del gobierno, la presidencia de la República, la administración pública, la organización territorial, la Corte Constitucional, etc.<sup>13</sup>.

El mismo problema enfrentan votaciones sobre la ratificación de tratados internacionales. Así ha ocurrido en los referendos celebrados en países europeos sobre los diversos tratados de la Unión: multitud de artículos sobre elementos heterogéneos, en muchos casos de una gran complejidad técnica.

En segundo lugar, nos encontramos con la claridad en la concreta terminología empleada. Aquí resulta imprescindible que la pregunta esté planteada con un lenguaje sencillo, comprensible para los electores y lo más imparcial posible entre las posturas enfrentadas. De este modo, se deberá renunciar al empleo de términos excesivamente complejos, así como de tecnicismos jurídicos. Un ejemplo de pregunta poco clara desde esta perspectiva fue la empleada en Grecia en el referéndum de 2015 sobre el rescate financiero, que decía así:

¿Debería ser aceptado el plan de acuerdo presentado por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional en el Eurogrupo del 25 de junio de 2015, comprendido por dos partes, las cuales constituyen su propuesta conjunta? El primer documento se titula Reformas para la realización del programa actual y los ulteriores y, el segundo, Análisis preliminar de sostenibilidad de la deuda.

Sobre el empleo de términos lo más imparciales posibles en relación con las posturas en juego destaca muy especialmente la rigurosa labor emprendida por la Comisión electoral del Reino Unido<sup>14</sup>. Su dictamen sobre la pregunta del referéndum de independencia de Escocia de 2014 es un ejemplo de control riguroso sobre la claridad de la pregunta. La Comisión emitió un informe de casi cincuenta páginas<sup>15</sup> en el que evaluaba la pregunta propuesta, que rezaba así:

¿Está de acuerdo en que Escocia debería ser un país independiente?

La Comisión establece en el punto 1.16 de su informe que basará su evaluación en cuatro pilares esenciales: i) la ejecución de estudios de opinión entre la ciudadanía escocesa, empleando muestras de gran representatividad; ii) el apoyo de expertos en accesibilidad y sencillez del lenguaje; iii) la consulta a las organizaciones interesadas y a los partidos políticos; y iv) la valoración de las quejas individuales y colectivas recibidas. Con estas herramientas, el órgano valora que la

<sup>13</sup> Llegó a plantearse en aquel caso la división (*spacchettamento*) de la consulta popular en tres grandes paquetes temáticos: reforma parlamentaria; Administración; y cuestión territorial. La propuesta en todo caso no tuvo recorrido, pues el texto constitucional italiano no permite tal operación de división (Lignani, 2016; Canale, 2016, p. 290). Cebrián Zazurca (2020, p. 392-393) narra cómo esta opción fue la empleada en Suiza para la reforma de su Constitución en 1999. Se decidió dividir en «tres paquetes –actualización, derechos populares y justicia–, cada uno de los cuales constituía una reforma total autónoma». Ahora bien, como el propio autor señala, esta práctica no está exenta de problemas: «la dificultad de dividir por materias, el perjuicio infligido a la coherencia del texto, determinar cómo y quién recompone ese texto, aportar una imagen de arbitrariedad o alentar en la población una falta de visión de conjunto».

<sup>14</sup> El artículo 104 de la *Political Parties, Elections and Referendums Act* del año 2000 establece que corresponde a esta Comisión la emisión de un informe consultivo sobre la claridad e inteligibilidad de la pregunta cuando una consulta referendaria sea propuesta.

<sup>15</sup> Accesible en: [https://www.electoralcommission.org.uk/sites/default/files/pdf\\_file/Referendum-on-independence-for-Scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf](https://www.electoralcommission.org.uk/sites/default/files/pdf_file/Referendum-on-independence-for-Scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf)

terminología utilizada cumpla cinco criterios (punto 5.2): i) ser fácilmente comprensible; ii) ir directa al asunto (*to the point*); iii) no ser ambigua; iv) ser neutral, evitando animar a los electores a considerar una opción más correcta que la otra; y v) no confundir a los votantes.

Así, la Comisión analizó palabra por palabra el enunciado propuesto, concluyendo que la expresión «¿Está de acuerdo...?» animaba a los ciudadanos a considerar más favorable la respuesta afirmativa que la negativa. Y ello por tres motivos (punto 5.17): i) «es más sencillo estar de acuerdo con algo que en desacuerdo»; ii) «sugiere que la independencia de Escocia es algo bueno, al estar invitando a la gente a estar de acuerdo con ello»; y iii) «implica que la decisión ya ha sido tomada y que la independencia es inevitable». En consecuencia, la Comisión consideró conveniente sustituir la expresión por otra de mayor neutralidad, a saber:

¿Debería ser Escocia un país independiente?

La recomendación fue asumida por las autoridades escocesas, y finalmente la propuesta sugerida por la Comisión fue la aprobada en la *Scottish Independence Referendum Act* de 2013 (sección 1(2)).

En tercer y último lugar, es importante que la pregunta sea clara en términos de las alternativas que plantea al electorado. Como novedad, las Directrices prevén la posibilidad de que se planteen preguntas de opciones múltiples. A desarrollar esta posibilidad se dedica el apartado quinto del apartado III del documento, dedicado a Normas específicas. Por una cuestión de unidad temática, trataremos ahora esa nueva regulación sobre las preguntas múltiples.

Estas normas específicas indican que, por regla general, las preguntas sometidas a referéndum deberán seguir un sistema binario, en el que los ciudadanos deban responder con un sí, un no o un voto en blanco. Sin embargo, se admite la posibilidad de celebrar referendos de opciones múltiples, en las que se vote sobre dos o más alternativas. A título de ejemplo, las Directrices plantean estas hipótesis: i) el Parlamento podría plantear una contrapropuesta a una iniciativa popular, sometiéndose a votación de manera simultánea; y ii) se podrían plantear en la consulta dos o más alternativas.

El primer ejemplo es una realidad en la iniciativa popular configurada en el ordenamiento suizo. En efecto, el artículo 139 de su Constitución prevé la posibilidad de que cien mil ciudadanos presenten una iniciativa popular tendente a la revisión parcial de la ley fundamental. Esta propuesta puede estar planteada en términos generales o bien a través de un proyecto articulado. Pues bien, en este segundo supuesto, la iniciativa es sometida directamente a referéndum, pudiendo el Parlamento federal<sup>16</sup> recomendar su aprobación o su rechazo, o bien emitir una contrapropuesta que será votada en unidad de acto<sup>17</sup>.

El artículo 139b desarrolla el funcionamiento de estas contrapropuestas. Prevé que los ciudadanos puedan, si así lo desean, votar a favor de ambos proyectos. Como indica Kobach (1994, p. 104), hasta 1987 los electores solo podían pronunciarse a favor de una de las dos propuestas. Ello podía generar la existencia de «propuestas

<sup>16</sup> Cebrián Zazurca (2020, p. 387) subraya que, aunque la competencia formal para la presentación de la contrapropuesta recae en la Asamblea Federal, el Ejecutivo puede también presentar sugerencias.

<sup>17</sup> Como señala Gross (2007, p. 69), se genera una cultura más cooperativa, menos antagonista, «si el Parlamento viene obligado a discutir la iniciativa ciudadana, tiene que votarla e incluso tiene el derecho de reaccionar a ella con su propia propuesta, permitiendo que el asunto sea enfocado desde una nueva perspectiva».



señuelo», en las que el Parlamento incluía alguna de las reclamaciones de los proponentes, dividiendo el voto de los partidarios del cambio, lo que terminaba por favorecer el mantenimiento del statu quo. Ante la eventualidad de que ambas alternativas, la popular y la parlamentaria, resulten aprobadas por el cuerpo electoral, se prevé una cuestión subsidiaria en la que los ciudadanos deben indicar a cuál de las dos propuestas dan preferencia.

El segundo ejemplo planteado por las Directrices, que pasa por la formulación de preguntas con opciones múltiples ofrece, como han señalado Lupia y Johnson (2001, p. 209) dos problemas relevantes. En primer lugar, exige un esfuerzo a las autoridades para facilitar información suficiente que permita al elector formarse una opinión. En paralelo, los ciudadanos deberán dedicar un mayor tiempo a informarse. En segundo lugar, este tipo de preguntas pueden plantear dificultades para declarar una opción ganadora.

Paradigma de esto último resultan los referendos de preguntas sucesivas, como el celebrado en Puerto Rico en 2012. En aquel caso se planteaban dos preguntas: en la primera se pedía al elector su opinión sobre mantener o no la condición política actual de Puerto Rico (Estado libre asociado sujeto a la autoridad territorial de los Estados Unidos); y en la segunda se podía elegir una de las siguientes tres alternativas no territoriales: estadidad (pasar a ser un Estado más de los Estados Unidos, con plenitud de derechos como tal), Estado libre asociado pero soberano, o Estado independiente.

La votación registró<sup>18</sup>, en la primera pregunta, un 54% de sufragios contrarios al mantenimiento del statu quo. En la segunda pregunta, la estadidad obtuvo el respaldo de un 61,2% de los ciudadanos, frente a un 33,3% en favor de la opción de Estado libre asociado soberano y un 5,5% en favor de la independencia total. Pues bien, este formato de consulta plantea muchos interrogantes en torno al apoyo popular real que recibe cada una de las opciones no territoriales planteadas. Aunque es cierto que la segunda pregunta no se planteaba como abierta solo a los ciudadanos que votaran en la primera a favor de la superación del statu quo, lo lógico parece pensar que ellos son los interesados en elegir entre las tres alternativas de cambio, no así los electores favorables a la condición territorial vigente. De hecho, en la segunda pregunta se registraron más de medio millón de votos en blanco o nulos (de un total de 1.879.202 votos). Así las cosas, con un sistema de votación de esta índole es muy discutible afirmar que un 61,2% de los puertorriqueños estaba a favor de la estadidad en el referéndum de 2012. Parecería más razonable afirmar que estaban a favor de tal opción un 61,2% de los ciudadanos que se habían manifestado en contra del statu quo. En definitiva, el método de las preguntas sucesivas plantea no pocos problemas en relación con la proclamación de una alternativa como ganadora.

Cabe decir, de hecho, que este tipo de planteamiento ha sido superado en Puerto Rico, pues las siguientes votaciones realizadas en la materia han seguido un esquema más sencillo. Así, en 2017 se dio a elegir directamente entre tres opciones: statu quo, estadidad o independencia, con un 97,1% de los sufragios en favor de convertir al país en un nuevo Estado de los Estados Unidos. Finalmente, en la votación celebrada en 2020 la pregunta se clarificó aún más, pidiendo a los ciudadanos un sí o un no a la opción de que Puerto Rico fuera admitido inmediatamente como un Estado dentro de la Unión.

<sup>18</sup> El desglose oficial de resultados es accesible en: <https://electionspuertorico.org/2012/voto.consulta.php> (fecha consulta 18/03/2021).

Las Directrices analizadas indican que ante la pregunta del referéndum «los votantes deben poder responder (...) con un sí, un no o un voto en blanco». La experiencia británica en torno a la salida del Reino Unido de la Unión Europea ha demostrado, sin embargo, que relevantes matices pueden plantearse ante esta idea. La propuesta original sobre aquel referéndum incluía la siguiente pregunta:

¿Debería el Reino Unido permanecer como miembro de la Unión Europea?

Los ciudadanos británicos podrían responder marcando la casilla del «Sí» o la del «No». La Comisión electoral emprendió un minucioso estudio sobre la redacción de la pregunta<sup>19</sup>, utilizando los criterios comentados *supra* en su informe sobre la pregunta planteada para el referéndum de independencia escocés. La Comisión recibió múltiples quejas por un posible sesgo en la redacción de la pregunta en favor de la permanencia en la Unión Europea, basadas en dos argumentos: en primer lugar, el texto únicamente giraba en torno a la opción de permanecer. En segundo lugar, la opción afirmativa quedaba vinculada con el statu quo. De las consultas mantenidas con los ciudadanos, la Comisión pudo extraer la evidencia de que buena parte de los consultados en el bloque partidario de la salida de la Unión recelaban del modo en que quedaban planteadas las alternativas, concluyendo que tal percepción podría dañar la legitimidad del proceso referendario en el supuesto de que finalmente triunfara el *remain* (puntos 5.12, 5.13 y 5.14). Así, sugirió un planteamiento más neutral de las opciones en liza, con la siguiente redacción de la pregunta:

¿Debería el Reino Unido permanecer como miembro de la Unión Europea o abandonar la Unión Europea?

Pese a que las propuestas de la Comisión sobre la redacción de las preguntas referendarias no son vinculantes, una vez más las autoridades accedieron y dieron carácter definitivo a la recomendación. Así, los ciudadanos pudieron elegir entre dos opciones: «Permanecer como miembro de la Unión Europea» o «Abandonar la Unión Europea». Es imprescindible insistir en que en las resoluciones de la Comisión pesan múltiples factores, entre los que destaca el grueso de opiniones que se reciben sobre la pregunta, tanto de los electores como de diversos expertos y organizaciones interesadas en el proceso. Así, esta concreta recomendación sobre el cambio de planteamiento de las alternativas propuestas al electorado bien podría no ser aplicable a otro proceso, donde la oferta «Sí/No» podría ser aceptable. La mejor conclusión que puede extraerse del ejemplo británico es la conveniencia de activar un concreto proceso de reflexión para cada referéndum, permitiendo ponderar las diversas circunstancias del caso en aras de una mejor protección del principio de claridad.

Precisamente una novedad relevante en las Directrices estriba en la inclusión en el punto 3.1, letra d), de la exigencia de que «un organismo imparcial» deba «ejercer un control previo sobre la claridad de la pregunta». Volveremos sobre esta cuestión en el siguiente epígrafe, dado que el texto dedica un apartado específico de su segunda parte a glosar las competencias de organización y supervisión del referéndum por un órgano imparcial. Queda claro, en todo caso, el carácter nuclear del principio de claridad en todo procedimiento de referéndum, pues en ausencia del mismo el mecanismo es susceptible de las más penosas manipulaciones.

<sup>19</sup> Accesible en: <https://www.electoralcommission.org.uk/sites/default/files/2019-08/EU-referendum-question-assessment-report.pdf>

### 3. Novedades relativas a las condiciones para la aplicación de los principios del patrimonio electoral europeo

Las Directrices dedican su segunda parte a concretar las condiciones que son precisas para poder aplicarse de manera exitosa los principios anteriormente expuestos. Aquí nos encontramos, de entrada, con una novedad de grandísima importancia. El primer punto de esta segunda parte se titula *El Estado de Derecho*, y subraya que «el uso de los referendos debe cumplir con el sistema legal en su conjunto». En particular, «no se pueden celebrar referendos si la constitución o una ley conforme a la constitución no los prevé, por ejemplo, cuando el texto sometido a referendo es de competencia exclusiva del parlamento». Es inexcusable señalar que esta exigencia no es en rigor novedosa para el Código. La anterior versión también la recogía, pero lo hacía en su tercera parte, dedicada a las Normas específicas. El nuevo texto mantiene la necesidad de que los referendos sean siempre convocados de conformidad con el ordenamiento jurídico, pero blinda este principio elevándolo a la categoría de condición indispensable para la preservación de los principios del patrimonio electoral europeo. Empleando las palabras del profesor Castellà (2020), ponente de las nuevas Directrices, el necesario respeto al Estado de Derecho «se sitúa ahora en el frontispicio» del documento.

El origen de este cambio de estatus de la regla parece evidente: la convocatoria en Cataluña de dos consultas sobre su independencia del Reino de España (2014 y 2017), ambas contrarias a la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Como se expuso en la introducción, ya en octubre de 2016 la Comisión de Venecia se mostraba preocupada por el empleo que se estaba haciendo del referéndum, tanto desde una perspectiva material como formal. En lo concerniente a las cuestiones de procedimiento, la Comisión subrayó en aquel momento «la necesidad de que los referendos respeten el Estado de derecho y, en particular, que cumplan con el sistema jurídico en su conjunto, especialmente con las normas de procedimiento sobre la revisión constitucional» (punto 5 de la Introducción de las Directrices).

La Comisión de Venecia, como explicamos en el primer epígrafe, no emite una valoración positiva o negativa sobre el instrumento del referéndum. Afirma que dependerá de cada derecho constitucional concretar en qué supuestos puede ser conveniente la celebración de una consulta. Su labor se limita a ofrecer unas pautas de actuación básicas que garanticen que este mecanismo no devenga tiránico, cercenando los derechos humanos, la democracia o el Estado de derecho. Y en ese empeño es clave la rotunda explicitación de que el referéndum no puede celebrarse a antojo de las autoridades, centrales, regionales o locales, de un país<sup>20</sup>. Su empleo deberá estar permitido por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario la estabilidad democrática de las naciones quedaría seriamente dañada.

Y es en esta línea que la Comisión dirige su mirada al empleo espurio que las autoridades catalanas han realizado –o intentado– del referéndum. Sin necesidad de mención expresa –otra cosa sería impropia de una guía con pretensiones de generalidad–, la introducción del documento subraya que los referendos «pueden referirse a cuestiones territoriales, como la creación o fusión de entidades subnacionales, así como a la secesión, en aquellos casos excepcionales en los que

---

<sup>20</sup> En su informe de 2001 sobre la situación constitucional de Yugoslavia la Comisión subrayaba que «la democracia no puede ser reducida a la simple expresión de la voluntad popular. En un Estado que respete los principios del Consejo de Europa las decisiones han de ser tomadas de acuerdo con la ley». Véase *Interim Report on the Constitutional Situation of the Federal Republic of Yugoslavia*, accesible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2001\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2001)023-e)



la constitución nacional lo permite». Se censura, pues, de manera cristalina el uso del procedimiento referendario realizado por la Generalitat de Cataluña en su desafío ilegal al Estado español.

Conviene recordar, igualmente, el relevante episodio que tuvo lugar en 2017 entre Carles Puigdemont, presidente de la Generalitat, y Gianni Buquicchio, presidente de la Comisión de Venecia. En mayo de aquel año, con el aparato independentista preparando la que sería su segunda consulta secesionista ilegal, el portavoz de *SíQueEsPot*, Lluís Rabell, presentó una moción parlamentaria encaminada a que el *Govern* de Cataluña se pusiera en contacto con la Comisión para garantizar que el eventual referéndum cumpliera con todos los estándares democráticos exigidos por la institución. El *Parlament* aprobó la moción<sup>21</sup>, y el presidente del ejecutivo autonómico dirigió el 29 de mayo una misiva al presidente de la Comisión comunicando su interés en realizar un referéndum pactado sobre el futuro político de Cataluña que cumpliera con las exigencias del Código de Buenas Prácticas en la materia. Se aprovechaba también para censurar la negativa del presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, a negociar la posible convocatoria de un referéndum de este tipo, y se eludía en todo momento la determinación de las autoridades catalanas de celebrar una consulta de manera unilateral. La respuesta del presidente de la Comisión llegaba pocos días después, el 2 de junio. Tras tomar nota de su intención de cooperar con la Comisión en las modalidades de un referéndum acordado, celebraba su interés en el Código de Buenas Prácticas. A continuación, decía:

Usted es consciente, sin duda, de que no solo el referéndum, sino también su cooperación con nuestra Comisión, debe ser realizado de acuerdo con las autoridades españolas. Me gustaría subrayar que la Comisión de Venecia, cuyo nombre oficial es Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, ha remarcado constantemente la necesidad de que cualquier referéndum sea llevado a cabo de total conformidad con la Constitución y la legislación aplicable.

La contundencia de la respuesta, junto con el caso omiso que el *President* hizo de la misma los meses siguientes, eximen, creo, de mayores explicaciones sobre el sentido de la elevación de estatus que obtiene la exigencia del respeto al Estado de derecho en las nuevas Directrices.

La segunda novedad relevante en este apartado la encontramos en el punto 3, dedicado a «niveles de regulación y estabilidad de la ley de referéndum». Junto con la exigencia de que las normas sobre referéndum tengan al menos el rango de ley, ya presente en el anterior Código, se introduce la necesidad de que «no sean adoptadas *ad hoc* para un referéndum específico» (letra a)). Es inevitable en este punto no volver la mirada una vez más al caso catalán. En octubre de 2017 el *Parlament* aprobaba la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación. Además de su evidente inconstitucionalidad por la invasión de competencias del Estado<sup>22</sup>, la norma tenía por exclusivo objeto la regulación de un

<sup>21</sup> Moción 122/XI del Parlamento de Cataluña, sobre el cumplimiento del apartado I.1.2, «Exigencia social de celebración de un referéndum», de la Resolución 306/XI. Destacan en lo que aquí interesa los puntos 4 y 5:

«4. El Parlamento de Cataluña insta al Gobierno de Cataluña a poner en conocimiento de la Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley (Comisión de Venecia) la voluntad mayoritaria de los ciudadanos de Cataluña expresada en el mandato del Parlamento sobre la celebración de dicho referéndum pactado y acordado.

5. El Parlamento de Cataluña insta en este sentido al Gobierno de Cataluña a poner en marcha las iniciativas pertinentes para disponer del asesoramiento, el reconocimiento y el aval de la Comisión de Venecia en cuanto a las condiciones que debería cumplir la convocatoria del referéndum para cumplir los requisitos establecidos en su Código de buenas prácticas en materia de referendums».

<sup>22</sup> Invasión que sería confirmada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/2017, de 17 de octubre.

referéndum que sería celebrado, según su artículo 9, el 1 de octubre de 2017. La Comisión de Venecia pretende en sus nuevas recomendaciones evitar este tipo de regulaciones, pensadas para una concreta consulta, fomentando la existencia de un *corpus* normativo general y estable en los ordenamientos de los países miembros del Consejo de Europa<sup>23</sup>. El objetivo parece claro: evitar que la mayoría de turno pueda modular a su antojo los elementos básicos de la consulta a los ciudadanos, convirtiendo la misma en un instrumento a su servicio.

En la letra c) del mismo punto tercero encontramos otro aspecto novedoso. La Comisión indica que «la aprobación de la legislación sobre referendos debería contar con un amplio consenso, tras amplias consultas con todos los interesados». Se insiste, pues, en la misma idea, la de evitar que una mayoría puntual pueda adaptar la configuración de los procesos referendarios en su beneficio. En este punto conviene recordar que en España el artículo 92.3 de la Constitución exige que sea una Ley orgánica la que regule «las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución». Las Directrices no contienen especificación de qué debe entenderse por amplio consenso. Resulta obvio que la regulación descarta el empleo de una mayoría simple para demandar una cualificada, siendo opinable si una mayoría absoluta como la exigida por nuestra Constitución satisfaría este nuevo requisito o si por el contrario debería elevarse aún más el umbral de aceptación parlamentaria requerido.

El aspecto donde más se innova en este segundo apartado de las Directrices es el regulado en su punto 4.1, dedicado a la «organización y supervisión por un órgano imparcial». La regulación al respecto comienza manteniendo el deber general de que «un órgano imparcial debe estar a cargo de la organización del referéndum». En este sentido, se dice, «a menos que exista una larga tradición de imparcialidad de las autoridades administrativas en materia electoral, deben crearse comisiones independientes a todos los niveles, desde el nivel nacional hasta el de las mesas electorales». Conviene, en efecto, señalar que en países como Suiza la organización del referéndum se deja a cargo de la propia Administración, pues existe una muy relevante tradición de impecable rigor e imparcialidad en la llevanza por su parte de las labores organizativas de las consultas populares<sup>24</sup>. En todo caso, lo habitual es que se asuman estas tareas por órganos independientes como las Juntas electorales en España, la Comisión electoral en Reino Unido, las Oficinas para el referéndum en Italia (junto con la Corte Constitucional), o el Consejo Constitucional en Francia.

Pues bien, la gran novedad en este punto es la previsión de un nuevo apartado b) dedicado a enumerar cuáles han de ser las competencias asumidas por ese organismo independiente, a saber:

- 1) Comprobar la validez de cualquier pregunta propuesta para el referéndum y aprobar su redacción final.
- 2) Proporcionar información oficial.
- 3) Hacer declaraciones públicas oficiales en tiempo real sobre violaciones o infracciones importantes a las reglas.
- 4) Supervisar la realización de la campaña.

<sup>23</sup> Castellà (2016, p. 305) explica que en Reino Unido la aprobación de la *Political Parties, Elections and Referendum Act* del año 2000 vino precisamente a solventar este problema, pues hasta el momento los referendos que se habían ido celebrando se regulaban en leyes de caso único.

<sup>24</sup> Y ello pese a que, como señala Serdült (2018, p. 65), durante la campaña de referéndum el Gobierno está habilitado a difundir su criterio sobre el asunto discutido y ofrecer recomendaciones.

5) Hacer cumplir sus decisiones y sancionar posibles infracciones.

6) Corregir una redacción defectuosa antes de la votación, en supuestos como: i) la pregunta es oscura, engañosa o sugestiva; o ii) se han violado las normas de validez procesal o sustantiva.

Se desea, en definitiva, que la asunción de esas decisiones en la organización del referéndum, capitales para la salvaguarda de la libertad e igualdad en el sufragio de los ciudadanos, no queden en manos de una autoridad parcial, singularmente el poder ejecutivo.

El texto incide igualmente en la necesidad de que los sistemas de apelación contra el organismo encargado de las acciones anteriores queden en manos de un órgano «imparcial e independiente» (punto 4.3). Tal institución, se dice, «deberá estar establecida por ley y estar obligada a aplicar la ley». La Comisión de Venecia señala que la opción preferida a este respecto en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa es la de confiar a un tribunal de justicia la apelación final. Parece evidente, en efecto, que la intervención judicial colmaría del mejor modo posible la exigencia de neutralidad e imparcialidad requerida para la apelación contra la autoridad encargada de la organización del referéndum.

#### 4. Novedades relativas a las normas específicas previstas en las Directrices

Cuatro son las principales novedades que se introducen en la tercera parte de las nuevas Directrices, dedicada a la previsión de reglas específicas que disciplinen la convocatoria de referendos. Tales innovaciones se enmarcan en las siguientes materias: i) número de firmas necesario en los referendos celebrados a solicitud de una parte del electorado; ii) posibilidad de realizar referendos de opciones múltiples; iii) la estipulación de un quórum de aprobación; y iv) reglas en materia de fecha para la celebración del referéndum. El segundo de los elementos ya lo hemos discutido en nuestro epígrafe segundo, por lo que dedicaremos este último apartado a los tres elementos restantes.

La primera novedad a tener en cuenta en materia de reglas específicas es la previsión que se realiza sobre recogida de firmas para los referendos que puedan celebrarse a solicitud del cuerpo electoral y para las iniciativas populares. El texto indica que «es aconsejable exigir un número de firmas lo suficientemente elevado para que sólo se sometan a referéndum las cuestiones que interesen a una parte sustancial del electorado, salvaguardando así el carácter complementario del referéndum respecto de la democracia representativa». En todo caso, se añade, «el requisito de un número suficiente de proponentes de un referéndum no debe ser tan elevado como para que la posibilidad de un referéndum sea meramente teórica». Así pues, las Directrices tratan de evocar la idea de una cifra exigida de firmas que resulte equilibrada, sin ser tan baja como para permitir una constante convocatoria de consultas que pueda desestabilizar la acción de las autoridades representativas del país, ni tal alta como para desincentivar de manera total el control ciudadano que permite este tipo de instrumentos.

Se añade, y sin duda esta es la clave, la exigencia de que este número de firmas sea «proporcional al número de votantes registrados». Pues bien, la experiencia comparada nos ofrece interesantes datos sobre el particular. Así, en Suiza se requieren cien mil firmas para la iniciativa popular de reforma constitucional (arts. 138 y 139 de la Constitución suiza) y cincuenta mil para la solicitud de referéndum facultativo contra la aprobación de cualquier ley federal (art. 141). En proporción al tamaño del censo electoral (5.459.218 en las últimas elecciones de

2019), tendríamos que la iniciativa popular de reforma requiere el apoyo de un 1,83% del electorado, mientras que el referéndum facultativo podría activarse por un 0,91%. En Italia el referéndum abrogativo precisa la firma de quinientos mil electores (art. 75 de la Constitución italiana), lo que sobre un censo de 50,7 millones constituye algo menos de un 1% de los electores inscritos. En Francia el referéndum de iniciativa minoritaria prevé la necesidad de que apoyen la proposición de una quinta parte de los parlamentarios un 10% de los electores inscritos (art. 11 de la Constitución francesa), lo que con arreglo al censo actual (cuarenta y siete millones y medio de ciudadanos) daría un total de más de cuatro millones. En los *länder* alemanes se reconoce la capacidad de iniciativa popular de referéndum a un porcentaje del electorado, que va desde el 5% exigido en Brandemburgo o Schleswig-Holstein hasta el 20% en Turingia (Arias Guedón, 2020, p. 156). En Colombia pueden activar un referéndum propositivo de reforma constitucional un 5% de los electores inscritos (art. 374 de la Constitución colombiana). En Uruguay la cifra se eleva al 10% (artículo 331.A de la Constitución uruguaya).

Como puede comprobarse la experiencia comparada ofrece ejemplos de porcentajes requeridos bien diversos. A nuestro juicio deben extraerse de aquí dos comentarios. En primer lugar, resulta imposible acotar una horquilla de porcentajes que resulte apriorísticamente razonable para la exigencia presentada por las nuevas Directrices. Corresponderá a cada Estado ponderar todas las circunstancias concurrentes para tratar de hallar un umbral equilibrado que no bloquee por completo el uso del instrumento pero que tampoco lo convierta en una práctica excesiva<sup>25</sup>. Y, en segundo lugar, y en desarrollo de la misma idea, será imprescindible atender al tipo de referéndum concreto que esté en juego. Parece sensato exigir un umbral de firmas mayor conforme se incremente la potencia de los efectos de la iniciativa ciudadana. Por poner un ejemplo: no es razonable que en Francia, donde los ciudadanos no pueden actuar por sí solos sino con el beneplácito de un porcentaje de parlamentarios, y donde su iniciativa puede ser desechada con un simple examen parlamentario, el umbral exigido esté fijado en el 10%<sup>26</sup>. Resulta evidente su desproporción en relación con los efectos del procedimiento. Deberá estarse, en definitiva, a la configuración concreta del referéndum para calibrar si el nivel de apoyos ciudadanos necesarios es o no razonable, lo que abarcaría:

1) El recorrido de la solicitud: no parece lo mismo que la consecución del umbral de firmas exigido de lugar a la directa convocatoria de la consulta popular que el hecho de suponer una mera solicitud que deba contar con la autorización de las autoridades representativas.

2) Los efectos del referéndum: si éste implica o no un cambio en el ordenamiento jurídico o tan solo supone una opinión consultiva.

3) En caso de que sea un referéndum normativo, es decir, que implique innovación en el ordenamiento, deberá estarse al rango de la norma alterada,

<sup>25</sup> En palabras de Gross (2007, p. 67), la minoría habilitada para activar una consulta popular «debe ser suficientemente representativa de una parte esencial de la población, pero sin limitar el posible uso de este instrumento a grupos poderosos y partidos que ya están bien representados en las fases pre-parlamentaria y parlamentaria del proceso de toma de decisiones».

<sup>26</sup> Requejo Rodríguez (2020, p. 273) califica esta cifra de «excesiva», resultando «inviabile culminar con éxito la activación del proceso, como prueban los hechos». La autora se refiere a que en los trece años que han transcurrido desde la aprobación constitucional del instrumento –ocho si partimos del momento de aprobación de su desarrollo legal– ninguna propuesta ha logrado satisfacer los requisitos de activación. No es de extrañar que el proyecto de reforma constitucional impulsado por el Presidente Macron en agosto de 2019 incluya la reforma del instrumento, rebajando el umbral de apoyo ciudadano requerido al millón de firmas. Véase *Projet de loi constitutionnelle n° 2203, pour un renouveau de la vie démocratique*, accesible en: [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2203\\_projet-loi#D\\_Article\\_11](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2203_projet-loi#D_Article_11)

resultando lógico que el requisito se endurezca en caso de pretender afectarse a la Constitución.

La segunda innovación a tener en cuenta implica los quórums de participación y aceptación del referéndum. Al igual que el antiguo Código, el texto considera no aconsejable la estipulación de un umbral mínimo de participación en la consulta para admitir como válido su resultado. La explicación a esta recomendación se nos ofrecía en el anterior documento de manera expresa: un quórum de participación «asemeja a los votantes que se abstienen a aquéllos que votan en contra de la propuesta». Este efecto nocivo ha sido muy habitual en el ámbito italiano, donde de los 67 referendos abrogativos convocados desde 1970, 28 han fracasado por no alcanzar el umbral de participación requerido –la mayoría de los electores inscritos<sup>27</sup>. El memorándum explicativo que formaba parte del antiguo Código ofrecía un ejemplo de cómo la fijación de un quórum de participación puede devenir problemático: imaginemos que existe un 48% de ciudadanos favorables a la medida sometida a referéndum, un 5% en contra y un 47% de abstención. Los electores contrarios a la propuesta tendrán el incentivo de no acudir a votar para hacer fracasar el procedimiento, siendo muy factible que lo logren pese a ser claramente minoritarios.

El nuevo texto, como decíamos, mantiene también la recomendación de no estipular un porcentaje mínimo de votantes que deban aprobar la medida para que ésta pueda ser exitosa (quórum de aprobación). Ahora bien, aparece como relevante innovación la previsión de dos excepciones a esta regla general. Será aceptable fijar un umbral mínimo de aprobación, en primer lugar, para aquellos referendos sobre asuntos de relevancia constitucional fundamental. Se considera que en aspectos cruciales del documento constitucional su reforma no debería poder acometerse con la simple consecución de más votos afirmativos que negativos.

Estamos ante un debate que se ha suscitado con cierta intensidad en torno a las hipótesis secesionistas. El campo que más fértil ha resultado intelectualmente para esta controversia ha sido el canadiense. En 1995 la provincia de Quebec celebraba un referéndum de secesión en el que los resultados fueron muy ajustados: 50,58% de sufragios en contra de la independencia frente a 49,42% a favor. La cercanía de la victoria de la opción secesionista condujo al Primer Ministro, Jean Chrétien, a plantear una consulta ante el Tribunal Supremo sobre la viabilidad jurídica de que la provincia acometiera unilateralmente su secesión. La respuesta del Tribunal llegará el 20 de agosto de 1998 a través de un célebre dictamen<sup>28</sup>. En él, se niega que Quebec posea un derecho a la secesión en base al Derecho Internacional, al no encajar con ninguno de los supuestos de autodeterminación en él contemplados. También se descarta que el ordenamiento interno permita a una provincia independizarse de Canadá de manera unilateral. En todo caso, se dice, los principios constitucionales no impiden una secesión, siempre que se materializa a través de los

<sup>27</sup> La reforma constitucional lanzada por el primer ministro Matteo Renzi el año 2016 contemplaba, entre otras muchas medidas, la modificación del artículo 75 del texto supremo para superar este tipo de prácticas. Se establecía que en aquellas iniciativas que logran 800.000 firmas el quórum de participación dejaría de ser equivalente a la mayoría del cuerpo electoral, para pasar a ser la mayoría de los electores que hubieran participado en los últimos comicios a la Cámara de Diputados. En opinión de Romboli y Panizza (2016, p. 37) la propuesta era insuficiente. Si la experiencia ha acreditado el uso espurio del quórum, parece poco razonable aplicar el remedio como premio solo para algunas solicitudes en lugar de como solución general. Y es que el referéndum abrogativo «es claramente para el uso de la minoría, y el alcance de un número más alto de firmas es ciertamente más fácil para una minoría organizada que para aquella no vinculada a partidos o sindicatos, para la cual la abrogación de una ley por vía referendaria se haría más dificultosa». Como es sabido, la propuesta de reforma constitucional, pese a ser aprobada por ambas cámaras, no obtuvo el respaldo de los ciudadanos en el referéndum constitucional celebrado el 4 de diciembre de 2016 (40,88% de los sufragios fueron favorables a la reforma, frente a un 59,12% en contra).

<sup>28</sup> *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217.



pasos estipulados para la reforma constitucional (párrafo 84). Sobre esa base, la pregunta clave que analiza el dictamen será la de qué efectos conferir a un eventual voto afirmativo del cuerpo electoral de una provincia en un referéndum sobre su secesión. Como decimos, el marco constitucional impide atribuir a tal resultado la capacidad de generar de manera directa y unilateral la independencia, pero el Tribunal también entiende que desde la perspectiva del principio democrático una posición tal no podría ser ignorada. Más concretamente, el Tribunal considera que una «mayoría clara» en favor de la opción independentista habría de ser tenida en cuenta por el gobierno federal, siempre que haya surgido en una consulta con una pregunta «libre de ambigüedad». (párrafo 87). Si esa doble exigencia de claridad fuera debidamente satisfecha, el voto afirmativo del electorado quebequés generaría «una recíproca obligación de todas las partes de la Confederación a negociar los cambios constitucionales que den respuesta a ese deseo»<sup>29</sup> (párrafo 88).

Lo más destacado de estos planteamientos del Tribunal Supremo canadiense es la inconcreción del concepto de «mayoría clara». En lugar alguno se establece cuál ha de ser el umbral de aceptación para entender satisfecha la exigencia. Pues bien, tras el dictamen el gobierno federal decidió impulsar su plasmación normativa a través de un proyecto que devendrá en la célebre Ley de Claridad, de junio del año 2000<sup>30</sup>. Ocurre, sin embargo, que el texto mantendrá una importante ambigüedad al respecto. El artículo 2 de la sección segunda establece que para poder determinar si la mayoría favorable a la independencia es clara deberán tenerse en cuenta los siguientes factores: a) la cantidad de sufragios válidos emitidos a favor de la secesión; b) el porcentaje de electores inscritos que ha participado en el referéndum; y c) otros factores o circunstancias que se consideren relevantes. Sobre esta base, será la Cámara de los Comunes la encargada de afirmar si el requisito de la claridad ha sido satisfecho (artículo 1, sección segunda). Para fijar su posición, se añade, la Cámara tendrá en cuenta las opiniones de todos los partidos políticos representados en la asamblea de la provincia concernida, todas las declaraciones formales o resoluciones de los cuerpos legislativos o ejecutivos de las demás provincias, las declaraciones formales o resoluciones del Senado, y aquellas de los representantes de los pueblos aborígenes. Se huye, pues, de la formulación de una regla general sobre la mayoría necesaria para activar la negociación y el proceso de reforma constitucional (mayoría absoluta, de 3/5, de 2/3...), optándose por una «comunitarización» del parecer sobre si la mayoría es clara (Aguado Renedo, 2019, p. 317).

Esta adaptación normativa del dictamen del Tribunal fue respondida por la Asamblea legislativa de Quebec con la aprobación en diciembre del 2000 de la llamada Ley 99. El artículo 4 de la misma dispone que «cuando el pueblo quebequés es consultado en referéndum convocado en virtud de la Ley sobre la consulta popular, la opción ganadora es aquella que obtiene la mayoría de los votos declarados válidos, es decir, el cincuenta por ciento de tales votos más un voto». La norma fue impugnada por un particular ante la Corte Superior de la provincia de Quebec, que dictó sentencia en abril de 2018<sup>31</sup> declarando su plena constitucionalidad. El tribunal apoya su decisión en dos argumentos esenciales: i) el artículo 4 no hace sino «reiterar lo que ha sido siempre la regla en los referendos celebrados en Quebec y en Canadá». Así, añade, «el hecho de que la opción ganadora sea aquella que logre la mayoría de los

<sup>29</sup> López Basaguren (2013, p. 81) subraya que el surgimiento de esa obligación de todas las partes a negociar tras la verificación del doble requisito de claridad implica que ninguna de ellas puede tratar de imponer sus posiciones de manera férrea. Así, las demás provincias y el gobierno federal no «pueden ejercer sus derechos de forma que lleven a una negación absoluta de los derechos de Quebec», y, paralelamente, la provincia de Quebec, «en la medida en que ejerza sus derechos respetando los derechos de los demás, puede pretender la secesión y tratar de lograrla a través de la negociación».

<sup>30</sup> Accesible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/pdf/c-31.8.pdf>

<sup>31</sup> 2018 QCCS 1586 (Caso Henderson c. Procureur générale du Québec).

votos declarados válidos, por ejemplo el cincuenta por ciento más uno, ha existido siempre, sin que haya sido nunca cuestionada» (párrafos 492 y 493); ii) el resultado de la consulta será en todo caso consultivo, correspondiendo en última instancia a las autoridades representativas la decisión de impulsar el proceso de diálogo al que se refirió en su día el Tribunal Supremo de cara a la reforma constitucional (párrafos 508 y 509).

Ocurre, sin embargo, que declarar una opción ganadora, aunque el referéndum sea calificado de meramente consultivo, puede arrojar problemas no menores. Como reiteraba Alzaga (1980, p. 587), es difícil imaginar que los representantes de un territorio puedan desconocer la postura declarada victoriosa en la consulta realizada a los ciudadanos. Y parece evidente que la mayoría que habilite a declarar tal victoria no puede ser la misma para un referéndum sobre una cuestión menor que para otro referido a cuestiones de gran relevancia como la secesión de un territorio. En palabras de Aguado Renedo (2019, p. 322):

la regla de la mera mayoría, que puede servir para supuestos, por así decir, ordinarios, se vuelve muy distinta cuando se trata de decisiones que son realmente trascendentales, más que en el sentido de que impliquen consecuencias relevantes para la comunidad política afectada por el resultado de la decisión, en el de que afecte a la existencia misma de esa comunidad política.

En resumidas cuentas, y esto es lo que trasciende al criterio asentado por las nuevas Directrices de la Comisión de Venecia, cuando el electorado ha de pronunciarse sobre asuntos de relevancia constitucional esencial, permitir que la ruptura del *statu quo* pueda realizarse por una mayoría simple o absoluta no resulta razonable. Siguiendo con el criterio de Aguado Renedo (2019, p. 327-238), ejemplos de este tipo de asuntos serían i) decisiones que impliquen un cambio en la configuración existencial de la comunidad política, como la separación o agregación territoriales o la modificación del estatus constitucional de un territorio; ii) la afectación a derechos fundamentales cuasi absolutos; o iii) la integración en estructuras supranacionales a las que se cedan competencias derivadas de la Constitución.

El segundo supuesto en que la Comisión de Venecia admite la posibilidad de instaurar un quórum de aprobación sería el de la previsión de una mayoría múltiple, es decir, la exigencia de que la propuesta deba ser apoyada tanto por la mayoría de los ciudadanos del país como por la mayoría de las entidades territoriales en que se organiza. Se añade que tal opción es particularmente aceptable en el ámbito de las revisiones constitucionales. Pues bien, tenemos un ejemplo de este tipo de quórum especial en Suiza, cuya Constitución dispone en su artículo 195 que toda reforma de la misma, total o parcial, deberá ser ratificada «por el pueblo y los cantones»<sup>32</sup>. Así, las modificaciones del texto supremo, ya sean de iniciativa parlamentaria o popular, solo podrán llevarse a término si se obtiene la mayoría de votos favorables en el conjunto del país junto con una mayoría de cantones a favor de la reforma. En este sentido, la opción que obtenga más votos en cada cantón será la que marque el signo del voto del mismo.

La doble mayoría nació en la Constitución de 1848 como un pacto entre los cantones protestantes y los católicos con el fin de proteger los intereses de los cantones del centro del país, menos poblados y desarrollados industrialmente, y más conservadores (Sáenz Royo, 2016, p. 93). La consecuencia más evidente de este diseño reside en que el listón de la reforma constitucional se pone muy alto,

<sup>32</sup> Garrido López (2018, p. 159) explica que en Australia la reforma constitucional aplica la misma regla, exigiéndose una mayoría de votos a favor en el global del Estado y en cuatro de los seis estados federados.

exigiéndose una doble legitimidad, popular y cantonal, para que el proceso sea exitoso. Ello ha contribuido a la estabilidad de la política suiza (Muller y Vatter, 2020, p. 344). Ahora bien, como el voto de todos los cantones cuenta lo mismo<sup>33</sup>, un veto de los cantones interiores, con escaso número de habitantes y generalmente más conservadores, podría ser conflictivo en términos democráticos<sup>34</sup>. De modo que los ciudadanos conservadores de estos cantones tendrían un poderoso arma en sus manos. En opinión de Muller y Vatter (2020, p. 344), «esta desigualdad en el trato ciudadano es generalmente aceptada como el precio a pagar por la igualdad federal y la estabilidad».

Para finalizar este repaso por las novedades introducidas en el ámbito de las reglas específicas de las Directrices, debemos acudir a su apartado 9, dedicado a la fecha del referéndum. Así, en primer lugar, el texto establece que «en ningún caso el período mínimo entre la convocatoria del referéndum y el día de la celebración será menor a cuatro semanas». Se colma así una relevante laguna del antiguo Código, censurando la posibilidad de celebrar consultas inmediatamente después de su convocatoria. Inevitable en este punto recordar el referéndum propuesto por el primer ministro griego, Alexis Tsipras, sobre el plan de rescate presentado por la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional a mediados de 2015. El Parlamento del país autorizó la propuesta gubernamental el día 28 de junio, celebrándose la votación popular el día 5 de julio. Es decir, los ciudadanos griegos tuvieron menos de una semana para formar su opinión sobre un aspecto tan complejo como las condiciones de un rescate financiero internacional. En circunstancias tales, la emisión de un voto libre y consciente resulta una quimera<sup>35</sup>.

En segundo lugar, el apartado 9 establece que «la ley deberá prever un plazo máximo entre la presentación de las firmas para un referéndum o una iniciativa popular y la votación». La razón de esta previsión es clara: si la normativa en materia de un referéndum no previera ese espacio de tiempo máximo que ha de mediar entre la consecución de las firmas requeridas y la celebración de la votación, ello quedaría en manos de las autoridades, con la consiguiente merma en la capacidad de control ciudadano del instrumento.

Por último, el apartado establece la conveniencia de «no celebrar elecciones y referendos en un mismo día si el referendo versa sobre la institución que se enfrenta a la elección». Así pues, más allá de tal supuesto concreto, en que parece razonable

---

<sup>33</sup> Con la única excepción de los medios cantones, que disponen de medio voto (art. 142.4 de la Constitución suiza). Son: Obwald, Nidwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures.

<sup>34</sup> Entre 1866 y 2018 se han producido trece casos de choque entre la mayoría popular y la cantonal en referendos constitucionales, cinco de los cuales han tenido lugar desde 1994. De los trece casos producidos, en nueve de ellos la mayoría cantonal ha vencido –en el sentido de que su criterio se ha impuesto. Datos extraídos de Muller y Vatter (2020, p. 348). En opinión de Dardanelli (2017, p. 246), «los mecanismos de la mayoría cantonal –agravados con el paso del tiempo por el creciente desequilibrio de la población entre cantones– conceden un poder de veto a una minoría extremadamente pequeña de la población suiza, que oscila de la media del 20-25 % a un extremo teórico del 9%. Todo esto, sumado al hecho de que los votos que requieren una doble mayoría cada vez son más frecuentes, al igual que los casos de desfase entre las mayorías populares y las cantonales, dificulta la adaptación del federalismo suizo a los principios democráticos». Kuenzi (2020) ha sugerido posibles adaptaciones de la regla de la doble mayoría para evitar que pueda suponer un freno conservador excesivo, entre las que destacan la posibilidad de circunvalar la necesidad de contar con la mayoría cantonal si la mayoría popular supera el 55% de los votos, o la dación de un valor desigual al voto de cada cantón en función de su peso demográfico.

<sup>35</sup> En palabras de Sáenz Royo (2016, p. 143), «las tácticas que tienden a evitar la deliberación son más efectivas en campañas breves».



evitar la coincidencia, elecciones y referendos podrán celebrarse en unidad de acto, lo que puede resultar muy oportuno para reducir costes.

## 5. Conclusiones

Las democracias occidentales modernas se asientan sobre un predominante sistema representativo. Algunas de ellas, sin embargo, han incorporado a sus sistemas constitucionales herramientas de expresión directa de la ciudadanía, tratando así de complementar aquel sistema. La Comisión de Venecia, a través de sus Directrices sobre la celebración de referendos, subraya que es decisión exclusiva de cada Estado la inclusión –o no– de estos instrumentos y su alcance.

Ahora bien, si finalmente una Constitución decide abrir la puerta a la regulación de referendos e iniciativas, ha de ser consciente de la importancia capital que su concreto diseño posee. Si se desea que la democracia directa constituya un elemento verdaderamente útil para potenciar la vida democrática del país y hacer más partícipes a los ciudadanos de la toma de decisiones públicas, la configuración que se dé a estas instituciones lo es todo. Si esta es cuidada y ponderada, el referéndum será susceptible de ofrecer beneficios a la democracia. De lo contrario, será un peligro para ella.

Conocedora de esta realidad, la Comisión de Venecia aprobó en 2006 un Código de Buenas Prácticas en materia de referéndum. Aquella guía ha supuesto un importante referente tanto a nivel doctrinal como político. Ahora, la Comisión decide actualizar sus previsiones para adaptarse a las nuevas realidades y seguir combatiendo con renovada energía el uso espurio que del instrumento pueda hacerse. Como hemos analizado, cobran una gran relevancia elementos como el equilibrio de fuerzas en la campaña entre los partidarios de las dos alternativas planteadas, la redacción cuidadosa y clara de la pregunta sobre la que deliberarán los ciudadanos, los requisitos exigidos para que éstos pueden activar por sí mismos una consulta, o el plazo que se ofrezca al cuerpo electoral para que reflexione y adopte una decisión. Las nuevas Directrices afinan de un modo encomiable sus recomendaciones, y detallan las mejores regulaciones para hacer del referéndum un instrumento fiable y útil.

Una de las principales innovaciones del documento consiste en el otorgamiento de un nuevo y más alto estatus a la exigencia de que los referendos se convoquen siempre de conformidad con el ordenamiento constitucional de cada Estado. Lo contrario, como se ha remarcado, implicaría la anulación del Estado de Derecho en favor de un desnudo principio democrático, susceptible de las más lamentables instrumentalizaciones.

El referéndum, en definitiva, podrá ser un aliado de las promesas modernizadoras de las instituciones democráticas si se somete a precisas cautelas y garantías. El Derecho constitucional debe asumir esta tarea reguladora, anticiparse a posibles usos espurios de la figura y morigerar sus riesgos. La democracia no es equivalente a la simple expresión de la voluntad popular. El respeto a la ley y a los límites por ella establecidos resultan imprescindibles para su florecimiento y defensa. Las Directrices de la Comisión de Venecia, partiendo de esta idea, constituyen una magnífica asistencia a los miembros del Consejo de Europa para lograr este objetivo. No por casualidad, como enfatizaba Gianni Buquicchio, el nombre oficial de la institución es el de Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho.

## Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2019). Mitad más uno y principio democrático: Nuevas noticias de Quebec. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 305-329.
- Alzaga, Ó. (1980). *Comentarios a la Constitución*. Madrid, España: Ediciones del Foro.
- Arias Guedón, S. (2020). El referéndum de iniciativa popular en los länder alemanes. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coord.), *El referéndum y su iniciativa en el Derecho comparado* (pp. 149-166). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Barrett, G. (2020). Modalidades y prácticas políticas relacionadas con los referendums en Irlanda. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coord.), *El referéndum y su iniciativa en el Derecho comparado* (pp. 55-79). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Canale, G. (2016). Lo “spacchettamento”: una (inammissibile) ipotesi lesiva del legittimo affidamento dei promotori del quesito unitario. *Consulta online*, 2, pp. 286-292.
- Castellà, J. M. (2016). El referéndum sobre el Brexit. Una historia inacabada. *Revista de Derecho Político*, 97, pp. 297-334.
- Castellà, J. M. (2020). Las directrices revisadas sobre la celebración de referendos de la Comisión de Venecia [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Ohn47QYlYlQ>
- Cebrián Zazurca, E. (2020). El papel del referéndum en los procedimientos de reforma de la Constitución federal de la Confederación suiza. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coord.), *El referéndum y su iniciativa en el Derecho comparado* (pp. 381-394). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Dardanelli, P. (2017). El federalismo suizo: orígenes, evolución y desafíos. En W. Hofmeister y J. Tudela Aranda (ed.), *Sistemas federales. Una comparación internacional* (pp. 231-252). Zaragoza, España: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Manuel Giménez Abad.
- Font, J. y Gómez Fortes, B. (2014). *¿Cómo votamos en los referendums?*. Madrid, España: Catarata.
- Garrido López, C. (2018). La utilidad del referéndum como acicate y contrapeso en las democracias representativas. *Revista de Estudios Políticos*, 181, pp. 135-165.
- Gross, A. (2007). The design determines the quality – some criteria for determining the design and the quality of direct democracy. En Z. T. Pállinger, B. Kaufmann, W. Marxer y T. Schiller (ed.), *Direct Democracy in Europe* (pp. 64-70). Wiesbaden, Alemania: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Kobach, K.W. (1994). Switzerland. En D. Butler y A. Ranney (ed.), *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy* (pp. 98-153). Washington, Estados Unidos: AEI Press.
- Kuenzi, R. (2020). Switzerland is not unique in its double majority system. *SwissInfo.ch*. <https://www.swissinfo.ch/eng/switzerland-is-not-unique-in-its-double-majority-system/46196670>
- Lignani, P. G. (2016). La difficile via giudiziaria allo spacchettamento. *LexItalia.it: Rivista Internet di Diritto Pubblico*, 11, pp. \_\_\_\_\_.
- López Basaguren, A. (2013). Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá. En E. Sáenz Royo y M. Contreras Casado, *La participación política directa: referéndum y consultas populares* (pp. 53-92). Zaragoza, España: Comuniter.
- López Hernández, J. (2017). *Referendums: una inmersión rápida*. Barcelona, España: Tibidabo.
- López Rubio, D. (2020). Referéndum y deliberación. *Revista Vasca de Administración Pública*, 116, pp. 43-81.
- Lupia, A y Johnston, R. (2001). Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums. En M. Mendelsohn y A. Parkin (ed.), *Referendum*

- Democracy* (191-210), Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Muller, S. y Vatter, A. (2020). Switzerland (Swiss Confederation). En A. Griffiths, R. Chattopadhyay, J. Light y C. Stieren (ed.), *The Forum of Federations Handbook of Federal Countries 2020* (pp. 341-352), Palgrave Macmillan.
- Requejo Rodríguez, P. (2020). El canto del cisne del referéndum de iniciativa compartida, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 20, pp. 271-312.
- Romboli, R. y Panizza, S. (2016). *Aspettando il referendum (con el fiato sospeso): Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Sáenz Royo, E. (2016). La regulación y la práctica del referéndum en Suiza, *Revista de Estudios Políticos*, 171, pp. 71-104.
- Sáenz Royo, E. (2018). *El referéndum en España*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Seijas Villadangos, E. (2020). Praxis y regulación del referéndum en el Reino Unido. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coord.), *El referéndum y su iniciativa en el Derecho comparado* (pp. 105-148). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Serdült. U. (2018). Switzerland. En M. Qvortrup (ed.), *Referendums Around the World* (pp. 47-112), Cham: Palgrave Macmillan.

# Reglamentos ejecutivos e independientes: ¿una distinción obsoleta para determinar la intervención del Consejo de Estado?\*

## Executive and independent regulations: a obsolete distinction to determine the intervention of the Council of State?

Juan Quereda Sabater

*Funcionario del Cuerpo de Técnicos Superiores de Administración General de la Comunidad de Madrid*

ORCID ID 0000-0002-4372-1145.

[quereda.juan@gmail.com](mailto:quereda.juan@gmail.com)

### Cita recomendada:

Quereda Sabater, J. (2021). Reglamentos ejecutivos e independientes: ¿una distinción obsoleta para determinar la intervención del Consejo de Estado? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 36-70.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6338>

Recibido / received: 10/12/2020  
Aceptado / accepted: 21/03/2021

### Resumen

En este artículo se analizan, en primer lugar, los intentos del Tribunal Supremo para definir los conceptos de reglamento ejecutivo y reglamento independiente, conceptos que resultan esenciales para determinar qué proyectos normativos deben remitirse al Consejo de Estado y órganos autonómicos equivalentes. Aunque consideramos que el alto tribunal no ha conseguido delimitar estos conceptos de forma precisa y coherente, puede observarse también que, desde la aprobación de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, se ha producido un significativo incremento del tipo de proyectos reglamentarios que se remiten a estos órganos. Este incremento se debe tanto a la ampliación en la jurisprudencia del concepto de reglamento ejecutivo, a una paralela reducción de los conceptos de reglamento independiente y organizativo y al incremento de la actividad legislativa estatal y autonómica. Este incremento, que valoramos de forma positiva desde el punto de vista de la calidad normativa, es, sin embargo, una ampliación todavía incompleta, que deja sin el asesoramiento del Consejo de Estado u órganos consultivos autonómicos numerosos proyectos normativos de incuestionable importancia. Proponemos, como alternativa al sistema actual, un criterio de delimitación más sencillo, de carácter principalmente formal, que haría preceptiva la remisión a estos órganos de todos los proyectos reglamentarios.

**Palabras clave**

Reglamentos ejecutivos e independientes, Consejo de Estado, órganos consultivos autonómicos, procedimiento de elaboración de las normas, calidad normativa.

**Abstract**

*This article analyzes, firstly, the attempts of the Supreme Court ("Tribunal Supremo") to define concepts of executive and independent regulation. This delimitation is essential to determine which normative projects should be sent to the Council of State ("Consejo de Estado") and equivalent regional bodies. Although we consider that the Supreme Court has not managed to delimit these concepts in a precise and coherent way, we also observe that, since the approval of Organic Law 3/1980, of April 22, of the Council of State, there has been a significant increase the type of regulatory projects that are sent to these bodies. This increase is due both to the expansion in jurisprudence of the concept of executive regulation, to a parallel reduction of the concepts of independent and organizational regulation and to the increase in state and autonomous legislative activity. This increase, which we value positively from the point of view of normative quality, is, however, a still incomplete expansion, which leaves numerous normative projects of unquestionable importance without the advice of the Council of State or regional consultative bodies. We propose, as an alternative to the current system, a simpler delimitation criterion, of a mainly formal nature, which would make it mandatory to refer all regulatory projects to these bodies.*

**Keywords**

*Elaboration of norms and regulations, normative quality, executive and independent regulations, Council of State, autonomous advisory bodies.*

SUMARIO. 1. La relevancia jurídico-práctica del concepto de reglamento ejecutivo. 2. Reglamentos ejecutivos: hacia una interpretación no restrictiva del término «ejecución de leyes» en teorías materiales, formales y mixtas. 2.1. Teorías principalmente formales. 2.2. Teorías principalmente materiales. 2.3. Teorías con criterios de carácter mixto. 3. Reglamentos independientes. 4. Reglamentos organizativos y del ámbito interno. 4.1. El concepto de reglamento organizativo. 4.2. La regulación de la organización ministerial, de los organismos autónomos y de otros entes públicos. 4.3. Reglamentos de protocolo y preferencia. 4.4. Otra normativa reglamentaria reguladora de aspectos internos o «domésticos» de la organización: presupuestaria, patrimonio, calidad y evaluación. 4.5. Mandatos legales de carácter organizativo. Órganos colegiados. 4.6. Relaciones de sujeción especial. 5. Reglamentos de necesidad frente a los reglamentos urgentes. 6. Otros reglamentos independientes. 6.1. Reglamentos *secundum legem*. 6.2. Planes organización territorial. 6.3. ¿Reglamentos autonómicos complementarios de la legislación básica estatal? 6.4. Órdenes ministeriales: reglamentos técnicos independientes. 6.5. Bases generales de las subvenciones y de premios y honores. 6.6. Estatutos de colegios profesionales de colegiación voluntaria. 6.7. Reales decretos de transferencias a las comunidades autónomas. 7. Otros reglamentos que no requieren dictamen: reglamentos que desarrollan otros reglamentos y modificaciones no sustanciales. 8. Conclusión: elogio y crítica a la teoría de los reglamentos ejecutivos. 8.1. La tortuosa ampliación del concepto de reglamento ejecutivo. 8.2. La mala salud de hierro de los reglamentos independientes. 8.3. La zona gris. 9. Propuesta de superación del concepto del reglamento ejecutivo para determinar los proyectos reglamentarios a remitir al Consejo de Estado. Anexo I: Esquema reglamentos independientes-ejecutivos. Anexo II: Propuestas de reforma de la Ley Orgánica /1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

## 1. La relevancia jurídico-práctica del concepto de reglamento ejecutivo

El artículo 107 de la Constitución Española define el Consejo de Estado como «el supremo órgano consultivo del Gobierno»<sup>1</sup>. La Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (en adelante, LOCE) establece distintos supuestos en los que los proyectos normativos deben ser informados preceptivamente por este: los proyectos de decretos legislativos, los proyectos de ley que afectan a ese organismo, los que se dictan en ejecución de tratados internacionales, y con gran y creciente importancia, los que se dictan en ejecución del derecho comunitario.

Pero el supuesto más relevante desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo viene fijado en el artículo 22.3 de la LOCE y exige que la Comisión Permanente del Consejo de Estado sea consultada sobre los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones».

¿En qué supuestos ha de considerarse que un reglamento se dicta 'en ejecución de las leyes' y debe remitirse en su tramitación al Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente?

Aunque el dictamen del Consejo de Estado sigue teniendo carácter consultivo y formal<sup>2</sup>, la relevancia jurídico-práctica de esta pregunta es ahora indiscutible por la gravedad de la sanción si se omite indebidamente: la nulidad de pleno derecho. Efectivamente, el Tribunal Supremo ha abandonado definitivamente la teoría que, en atención al principio de economía procesal, relativizaba la trascendencia invalidante de la omisión del informe del Consejo de Estado y establecía que el control de la legalidad que la jurisdicción contencioso-administrativa realizaba sobre los proyectos normativos podía sustituir y convalidar la falta del dictamen del Consejo de Estado en los supuestos en los que se había omitido siendo preceptivo.

Está ya, por lo tanto, firmemente establecido en su jurisprudencia la nulidad de pleno derecho de los reglamentos dictados sin el preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

Esta evolución jurisprudencial queda bien descrita en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2004, en la que, al anular el Decreto 87/1997, de 1 de julio, por la que se realiza la reestructuración en los Servicios de Farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria y se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal sanitario al servicio de la Sanidad Local de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura, se concluye que:

(...) dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 de la Constitución Española, casi siempre casuística o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda,

<sup>1</sup> Este órgano tiene, por lo tanto, carácter y relevancia constitucional (Arozamena Sierra, 1996; Parada Vázquez, 1991). Utilizamos, siempre que está accesible, el identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) para identificar las sentencias que se citan, pero se omiten los primeros acrónimos (ECLI:ES) al ser idénticos en todas las resoluciones utilizadas.

<sup>2</sup> Es suficiente el solicitarlo para tenerlo por cumplimentado, aunque el Consejo de Estado no lo emita o no se pronuncie sobre determinados aspectos. TS:2009:2729, 29 abril, rec 132/2007, RJ/2009/4109, [RD 2007, demarcación registros de la Propiedad, Mercantiles].



por tanto, en un mero formalismo, sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>3</sup>.

La relevancia de determinar qué proyectos reglamentarios<sup>4</sup> se dictan 'en ejecución de ley' es, por lo tanto, máxima, pues la indebida omisión de su remisión al Consejo de Estado puede generar la expulsión de esta norma del ordenamiento jurídico.

Para realizar esta diferenciación el Tribunal Supremo ha recurrido al viejo concepto decimonónico de reglamento ejecutivo y a su contraposición con los reglamentos independientes. Pero, aunque ha diferenciado repetidamente entre los reglamentos «ejecutivos o *praeter-legem*», «independientes o *extra-legem*» y los «meramente interpretativos o *secundum legem*»<sup>5</sup>, no es fácil encontrar en la jurisprudencia una línea lógica que justifique la utilización de una o de otra categoría. La única forma de extraer un poco de sentido a este acentuado casuismo es situarla en un contexto temporal y observar que existe una tendencia general: la reducción del número de supuestos en los que los proyectos reglamentarios quedan eximidos de ser remitidos al informe del Consejo de Estado.

En cualquier caso, la progresiva reducción del tipo de proyectos reglamentarios que no deben ser informados por el Consejo de Estado es un proceso lento, intermitente y aún incompleto. Pero la tendencia es clara y está fuertemente impulsada por el sistema jurídico-constitucional vigente desde 1978 y su insistencia en el sometimiento al derecho de todos los poderes públicos. Quizás no tenga ya sentido mantener como criterio de remisión la diferenciación entre reglamentos ejecutivos e independientes, nacida en un contexto histórico y constitucional muy diferente al actual Estado democrático, social y de derecho<sup>6</sup>.

Antes de realizar una propuesta en este sentido analizaremos como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado delimitan los supuestos en los que el dictamen de dicho órgano es ahora preceptivo<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> TS:2004:1991, 23 marzo, rec 4469/2001, RJ/2005/2484, FJ 1, [D. Servicios de Farmacia Junta Extremadura]. Sobre la nulidad de las disposiciones de carácter general por infracciones relativas a su procedimiento de elaboración ver Moreno Molina, 2020. En general Sobre el procedimiento de elaboración de proyectos normativos ver Prieto Romero, 2016; Martínez-Vares García, 2012 y Lavilla Rubira, 2009.

<sup>4</sup> Para que una disposición general pueda ser considerada ejecutiva es una condición previa, lógicamente, que tenga carácter normativo y reglamentario, aunque el Tribunal Supremo ha eximido del dictamen del Consejo de Estado a disposiciones mixtas con elementos reglamentarios y puramente administrativos si solo se han impugnado los segundos; ver TS:2020:3031, 7 octubre, rec 67/2019, RJ 2020\3519, [RD 2018 Salario Mínimo Interprofesional 2019].

<sup>5</sup> Ver esta distinción, por ejemplo, en la ampliamente citada TS:1996:4381, 15 julio, rec 606/1991, RJ\1996\6394, [RD 1991 Cotización Seguridad Social]. La redacción original de esta división tripartita en 1869 procede de Lorenz von Stein, cuyo planteamiento tuvo "gran acogida en España" (Gallego Anabitarte, 1968, pp. 244, 280 y 281).

<sup>6</sup> El Consejo de Estado ha ejercido su competencia consultiva en materia reglamentaria, de forma continuada, desde el inicio de nuestra historia constitucional (García-Álvarez García, 1996; Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, 1996; Muñoz Machado, 1975).

<sup>7</sup> No tratamos en este artículo sobre la obligación de remitir los proyectos normativos de las autoridades o administraciones independientes. Esta debería de ser también, en nuestra opinión, objeto de una regulación expresa (Memoria Consejo de Estado, 2016; García-Manzano Jiménez de Andrade, 2013).

## 2. Reglamentos ejecutivos: hacia una interpretación no restrictiva del término «ejecución» de leyes en teorías materiales, formales y mixtas

Al intentar definir el concepto de reglamento ejecutivo el Tribunal Supremo reconoce la existencia en su jurisprudencia de dos grandes tendencias interpretativas: una de carácter material y otra de carácter formal<sup>8</sup>. Pero un estudio más detenido de esta nos muestra una realidad aún más compleja. El Tribunal Supremo utiliza no solo también teorías y criterios de carácter mixto, sino que parece utilizar estas teorías indistintamente, abandonándolas y retomándolas sin gran precisión y sin realizar grandes esfuerzos por justificar la aplicación de una u otra en cada caso.

Pero en la aplicación de estas teorías, como se ha apuntado, hay una tendencia común: la ampliación del ámbito del reglamento ejecutivo y la reducción del reglamento independiente, o lo que es lo mismo la tendencia a una interpretación no restrictiva del término «en ejecución de las leyes» del artículo 22.3 de la LOCE.

### 2.1. Teorías principalmente formales

En algunas ocasiones, el Tribunal Supremo adopta un criterio estrictamente formal de delimitación, en el que el elemento esencial para considerar ejecutivo un reglamento es la existencia en la ley de una llamada expresa en la ley al reglamento para que lo complemente, afirmando que:

(...) ha de incluirse [en la categoría de reglamentos ejecutivos] toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento<sup>9</sup>.

Esta teoría formal supone, en realidad, la culminación de una progresiva evolución jurisprudencial ya que, anterior y paradójicamente, se justificaba en numerosos supuestos la ausencia del dictamen del Consejo de Estado por la existencia en la ley de un mandato expreso de regulación reglamentaria en favor de un determinado órgano administrativo.

En estas sentencias la terminología utilizada para indicar la existencia de una remisión expresa de desarrollo reglamentario era diversa (deslegalización<sup>10</sup>, habilitación o autorización legal<sup>11</sup>, ejercicio de potestades<sup>12</sup>, otorgamiento de facultades<sup>13</sup>, o emisión normativa<sup>14</sup>) pero la solución era la misma: la existencia de ese mandato de regulación normativa excluía el carácter ejecutivo del reglamento que desarrollaba ese mandato. Esta presunción se ha invertido y la existencia de una

<sup>8</sup> TS:1999:6704, 26 de octubre, rec 6929/1995, [D. Director Radio Televisión Murcia]; Sentencia Tribunal Supremo 16 junio, Ponente: Pablo García Manzano, RJ\1984\3909, [D.1982, se racionalizan y simplifican las escalas de funcionarios INEM].

<sup>9</sup> TS:1996:4719, 30 julio, rec 593/1993, FJ 3. [O. 1989, Normas elaboración presupuestos S.Social 1990]; TS:1999:6704, 26 de octubre, rec 6929/1995,RJ 2000/1391, [D. Director Radio Televisión Murcia].

<sup>10</sup> TS:1994:1734, 4 de marzo, rec 186/1988, RJ\1994\2178 [RD 1988 Tropa y marinería profesionales].

<sup>11</sup> STS 22 abril 1985, ponente José María Reyes Monterreal RJ\1985\2217. [RD 1983 Cotización S.Social].

<sup>12</sup> TS:1996:4874, 18 septiembre, rec 1286/1990, RJ\1996\6968, FJ3. [RD 1989 medidas excepcionales para el aprovechamiento de recursos hidráulicos en determinadas cuencas hidrográficas].

<sup>13</sup> TS:2009:4465, 23 junio, rec 2867/2007, RJ 2009/6773, FJ 4, [O.2005 pesquería pulpo caladero nacional];

<sup>14</sup> TS:1989:15733 febrero, rec 374/1986, RJ\1989\1089 [O. 1986 reguladora peritos tasadores de seguros, comisarios y liquidadores de averías].



remisión legal a su desarrollo reglamentario se considera ya habitualmente como la causa misma del carácter ejecutivo de los reglamentos que la llevan a cabo<sup>15</sup>.

Las definiciones formales del reglamento ejecutivo, pese a su carácter aparentemente claro, siempre incluyen un inciso precisando que:

(...) únicamente, estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad<sup>16</sup>.

Es, pues, una definición circular sin contenido sustantivo, porque siempre que exista una remisión legal al desarrollo reglamentario será necesario analizar también si se trata, desde un punto de vista material, de un reglamento independiente 'en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posible', que no se define.

## 2.2. Teorías principalmente materiales

En su Moción de 1969 el Consejo de Estado (pp. 479-480) estableció una definición de carácter material:

Frente a este tipo de Reglamentos no ejecutivos [«independientes», «autónomos» o *praeter legem*], hay otros directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (o Leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento.

Este concepto sigue siendo utilizado por el propio Consejo de Estado. Era y es también ahora el más empleado por la jurisprudencia<sup>17</sup>. En las sentencias que lo utilizan no definen ni se distinguen entre sí los conceptos «completar», «pormenorizar», «detallar» o «precisar», que se utilizan como sinónimos, modificándose con frecuencia su orden, omitiéndose o añadiéndose en ocasiones alguno.

En cualquier caso, pese a esa poca precisión teórica<sup>18</sup>, dentro de este concepto material se produce una evolución hacia un concepto menos estricto y más amplio, lo que permite que más tipos de reglamentos tengan esta consideración. Esta ampliación se produce, en primer lugar, por la desaparición del criterio de que los

<sup>15</sup> Ver una sorprendente regresión al antiguo criterio en TS:2020:2627, 21 julio, rec 39/2019, RJ 2020\3701, FJ 2, [O. 2018 peajes acceso de energía eléctrica 2019].

<sup>16</sup> TS:1996:4719, 30 julio, rec 593/1993, RJ 1996\6363, FJ 3. [O.Elaboración presupuestos S.Social 1990].

<sup>17</sup> Ver, entre otras muchas, TS:2018:1758, de 22 de mayo, rec 3805/2015, RJ 2018\2243, FJ 2, [O. 2014 Uniforme Guardia Civil]. FJ 2; TS:2018:2645, de 9 de julio, rec 2049/2017, RJ 2018\3542, [O. Derechos de las asociaciones profesionales de guardias civiles].

<sup>18</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha calado para concretar estos conceptos la doctrina, proveniente del derecho francés, del complemento indispensable en virtud de la cual «El reglamento ejecutivo debe incluir *todo lo indispensable* para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines *solo lo indispensable* (...)». Contemplado desde el lado positivo, el criterio del *complemento indispensable* permite al Reglamento ejecutivo incluir normas de organización y procedimiento que no afecten al contenido sustancial de la Ley que desarrolla, precisar los preceptos de éstas en lo que no tengan de vago e incompleto, explicitar las reglas enunciadas en la Ley solo a nivel de principios e, incluso, paliar las deficiencias eventuales de la propia ley» (García de Enterría y Fernández, 2003, pp. 266-267). Hemos encontrado mencionada esta doctrina, aunque apenas desarrollada, por ejemplo, en la TS:2017:332, 6 febrero, rec 1397/2015, RJ 2017\444, FJ 3, [O. 2016 Plan caladero nacional cantábrico].

reglamentos, para ser considerados como ejecutivos, deben desarrollar la totalidad de una ley, admitiendo que tienen también ese carácter las que las desarrollan parcialmente<sup>19</sup>.

Así, vemos como, desterrando definitivamente esta exigencia, el Tribunal Supremo estableció en sentencia de 5 de abril de 1998 que:

(...) la propia finalidad perseguida con la audiencia del Alto Organismo consultivo, de garantía de acierto en la sujeción jurídica a la Ley del Reglamento o disposición General que la desarrollan y amplían, aconseja que ha de ser exigible tanto cuando se realice este cometido respecto de la totalidad de la Ley, como de una parte de ella<sup>20</sup>.

Más relevante aún para la ampliación de este concepto es la relajación de la exigencia de que un reglamento debe tener una relación «directa y concreta» con la ley que desarrolla para ser considerada ejecutivo<sup>21</sup>, insistiendo en el carácter «no restrictivo»<sup>22</sup> o «abierto»<sup>23</sup> de la relación entre ambos.

Este carácter abierto implica que el reglamento pueda desarrollar no solo directrices o instrucciones que se establezcan en las leyes sino también «principios»<sup>24</sup>, «finalidades»<sup>25</sup>, «incidir en la regulación administrativa global de carácter general»<sup>26</sup> o «explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas (...)»<sup>27</sup>. Es necesario tener en cuenta que con el amplio despliegue legislativo de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas en las últimas décadas es difícil encontrar un ámbito para el desarrollo reglamentario que no haya sido, con mayor o menor profundidad, objeto de cierta regulación legal.

Incluso cuando el Tribunal Supremo utiliza el mencionado criterio material para delimitar los reglamentos ejecutivos, utiliza también con frecuencia otros criterios puramente formales como elementos complementarios y auxiliares de la existencia de ese carácter ejecutivo.

Así, la existencia de una cita en el preámbulo a una determinada ley se considera, de forma muy habitual, como indicio de la existencia de un desarrollo

<sup>19</sup> Sobre el origen de esta confusión en la Ley del Consejo de Estado de 1860, que consideraba que debían dictaminarse los “reglamentos generales”, entendiéndose como tales aquellos que tenían aplicación a todo el territorio nacional, frente a los que solo tenían aplicación local, ver Moción Consejo de Estado 1969, p.477.

<sup>20</sup> TS:1988:2435, 5 abril, RJ\1988\2614, FJ 4 [RD estructura administrativa puertos de interés general].

<sup>21</sup> La utilización de estos conceptos es ahora poco frecuente y generalmente sin consecuencias prácticas, Ver TS:1998.2747, 30 abril, rec 6611/1992 1998, RJ\1998\4059, FJ 2, [RD PRUG Parque Nacional de Doñana]. Sí que se utiliza dicho criterio para eximir del dictamen del Consejo de Estado a los «reglamentos que desarrollan otros reglamentos» (ver apartado VII de este artículo).

<sup>22</sup> TS:1996: 4719, 30 julio, rec 593/1993, (RJ\1996\6363). (Sala Especial del artículo 61 LOPJ), [O.1989 Normas elaboración presupuestos S.Social 1990]: «Ha de tenderse, por tanto, a una interpretación no restrictiva del término «ejecución de leyes (...)»», FJ3.

<sup>23</sup> STS 10 mayo 1989, rec 361/1987, RJ\1992\3744, FJ 5, [O. 1984 Jerarquización instituciones sanitarias]: «El concepto de ejecución se ha delimitado con un talante abierto (...)»; STS 16 junio1989, rec 27/1988, RJ 1992\3750, FJ 4 [RD 1985 estructura intervención general S.Social].

<sup>24</sup> STS 1 de octubre 1985, ponente José Garralda Valcárcel, RJ\1985\4530, FJ.4. [RD 1980 estructura puertos de interés general].

<sup>25</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1985, ponente Manuel Pérez Tejedor, RJ\1985\6245 [RD. 1982, sobre margen solvencia y fondo de garantía de las entidades aseguradoras] se señala que este reglamento es ejecutivo porque las medidas que incluye son «(...) finalidades todas las reseñadas que se corresponden con las que asume la legislación reguladora de las actividades del seguro privado» (FJ 4).

<sup>26</sup> Así en TS:1987:14.092, 8 mayo, RJ\1987\3318, [O. 1981 Máquinas Recreativas].

<sup>27</sup> TS:1991:6920, 11 diciembre, rec 1415/1990, RJ\1991\9369 [RD 1990 Representación consumidores a través de sus asociaciones].

ejecutivo de esa ley. Así, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2008, argumentaba a favor del carácter ejecutivo del real decreto que regulaba los protocolos de actuación de la Unidad Militar de Emergencias porque:

(...) si bien cierto que la propia norma en su preámbulo reitera los términos organización, organización de medidas y coordinación, y que a partir de la realidad que regula intervención de una unidad militar encuadrada en las Fuerzas Armadas, se podría entender, cual el Abogado del Estado mantiene que se trata de un reglamento organizativo, pero frente a ello no es menos cierto que también en su preámbulo hace una continua referencia a las Leyes 2/85 y 5/2005<sup>28</sup>.

También puede encontrarse, aunque de forma menos frecuente, el caso contrario: la ausencia de referencia en un preámbulo a una norma con rango de ley se utiliza como indicio para considerar el carácter independiente de esta<sup>29</sup>. El Tribunal Supremo ha otorgado también relevancia para considerar ejecutivo a otros elementos formales como el título<sup>30</sup> y el proceder a la derogación<sup>31</sup> o a la refundición<sup>32</sup> de normas.

### 2.3. Teorías con criterios de carácter mixto

De las distintas teorías utilizadas por el Tribunal Supremo para definir el concepto del reglamento ejecutivo, la más restrictiva desde un punto de vista lógico-jurídico es aquella que los define como aquellos que:

Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley<sup>33</sup>.

Esta definición contiene, pues, dos elementos: uno formal (mandato de regulación) y otro material (debe contener directrices sobre cuál debe ser el contenido de esa regulación). En la mayoría de los casos en los que se ha utilizado recientemente esta teoría ha sido, no para declarar que los reglamentos son independientes y pueden ser eximidos del dictamen del Consejo de Estado, sino precisamente para exigirlos por entender que en los casos concretos analizados sí se cumplen esos requisitos<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> TS:2008:5863, 4 de noviembre, rec 191/2007, RJ\2008\6662 [RD 2007 Protocolo Intervención UME].

<sup>29</sup> TS:1986:2456, 14 mayo, rec 21.728/1980, RJ\1986\2373, FJ 5, [D 1974, creación bancos privados].

<sup>30</sup> TS:1987:14092, 8 mayo, RJ\1987\3318 [O. 1982 Máquinas recreativas y de azar].

<sup>31</sup> TS:2004:4029, 10 junio, 2736/1997, RJ\2004\4020, [O. Denominación de Origen «Rioja»].

<sup>32</sup> TS:2018:794, 6 marzo, rec 3146/2015, RJ 2018\1043, FJ 19. [O. plan de gestión buques Caladero Nacional del Cantábrico y Noroeste].

<sup>33</sup> TS:1996:4381, 15 julio, rec 606/1991, RJ\1996\6394, [RD 1991 Cotización Seguridad Social]; TS:1986:14683, 24 enero, RJ\1986\15, [D. 1994 Reglamento orgánico Mutualidad Nacional Previsión Administración Local].

<sup>34</sup> TS: 2006:3708, 16 junio, rec 798/2001, RJ\2006\3375, [D. Plan de Empleo personal laboral Canarias], FJ 2. Ver también TS:2018:1758, 22 mayo, rec 3805/2015, [O. 2014 Uniforme Guardia Civil]. Algunas normas que antes se consideraban independientes utilizando esta teoría mixta se consideran y tramitan ya como reglamentos ejecutivos. Ver, en este sentido, considerándolas independientes TS:1996:4381, 15 julio, rec 606/1991, RJ\1996\6394, [RD 1991 Cotización Seguridad Social; STS:2010:1247, 9 febrero, rec 551/2007, RJ\2010\3854, [RD plantilla Guardia Civil 2006-2011], y, estableciendo ya su carácter ejecutivo TS:1997:7997, 26 diciembre, rec 7992/1991, RJ\1998\1354, [D.Castilla-La Mancha tributación de juegos azar] y los dictámenes del Consejo de Estado 359/2019 [RD plantilla Guardia Civil 2016-21] 55/2019 [Proyecto de Orden normas de cotización a la Seguridad Social 2019].

Así, por ejemplo, en sentencia de 16 de junio de 2006 el Tribunal Supremo establecía el carácter ejecutivo de un decreto del Gobierno de las Islas Canarias que regulaba un plan de empleo para su personal laboral porque:

(...) desarrolla lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, tras establecer que las Administraciones Públicas podrán elaborar planes de empleo, (...) en su apartado 2 regula de forma extensa su contenido, de donde es evidente que los planes de empleo que desarrollan esta previsión legal tanto a nivel estatal como en las Comunidades Autónomas u otras Administraciones han de respetar el contenido establecido en esta Ley y en consecuencia tienen un carácter ejecutivo, y la acomodación a lo dispuesto en dicha Ley ha de ser fiscalizada por el Consejo de Estado.

### 3. Reglamentos independientes

Paralelo a ese incremento del ámbito del reglamento ejecutivo se observa una reducción del de los reglamentos independientes.

La aceptación de la existencia de reglamentos independientes en nuestro ordenamiento jurídico no es un asunto pacífico en la doctrina<sup>35</sup>, pero su reconocimiento por parte de la jurisprudencia es inequívoco. Aunque algunas pocas sentencias recogen una formulación general del concepto de reglamento independiente<sup>36</sup>, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la aproximación de la jurisprudencia a este concepto es marcadamente casuista, realizándose mediante enumeraciones de los tipos de normas que pueden incluirse dentro de él.

Así, algunas sentencias identifican los reglamentos independientes con los organizativos<sup>37</sup>, otras incluyen también los que regulan las relaciones de sujeción especial<sup>38</sup> y los reglamentos de necesidad<sup>39</sup>. El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, sin un gran aparato teórico que lo justifique, aceptan también, con mayor o menor rotundidad, el carácter independiente de otro tipo de reglamentos de distinta naturaleza.

### 4. Reglamentos organizativos y del ámbito interno

#### 4.1. El concepto de reglamento organizativo

Para el Tribunal Supremo los reglamentos organizativos son los reglamentos independientes por antonomasia y no requieren dictamen del Consejo de Estado. Para definirlos algunas pocas sentencias utilizan un criterio positivo: son aquellas normas que tienen como objetivo fijar la estructura y competencia de los órganos

<sup>35</sup> Una parte de la doctrina, dentro del debate sobre qué tipo de habilitación legal es necesaria para dictar un reglamento, rechaza la existencia de los reglamentos independientes (Sainz Moreno, 1979, p- 128). Otra lo restringe a los reglamentos organizativos y domésticos (García de Enterría y Fernández, 2003, p. 200). El sector mayoritario de la doctrina, sin embargo, admite la posibilidad de reglamentos independientes en todos los ámbitos fuera de la reserva de ley (Coscolluela Montaner, 2015, p.124). Para un debate detenido sobre esta cuestión ver (Rebollo Puig, 1991; García García, 1992, pp. 96-102; García Macho, 1988; Baño León, 1991b).

<sup>36</sup> Haciendo referencia a que son aquellos que se dictan en el ejercicio de poderes discrecionales y por lo tanto «se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior» ver Tribunal Supremo, TS:1996: 5260, 3 octubre, rec 1773/1990, RJ\1996\7203, FJ3, [RD 1990 Unificación de control circulación aérea de Zaragoza]

<sup>37</sup> TS:1996:4381, 15 julio, rec 606/1991, RJ\1996\6394, [RD 1991 Cotización Seguridad Social]; TS:1997:1377, rec 614/1993, RJ\1997\1527, [D. Estructura de la Comisión de Precios de Cataluña].

<sup>38</sup> TS:1997:6367, 27 octubre, rec 4354, RJ\1997\7758, [Resolución 1992 valoración de inmovilizado inmaterial, contabilidad].

<sup>39</sup> TS:1998:3770, 9 junio, rec 9/1993, RJ\1998\4551, [RD bases cotización S.Social Minería Carbón 1992].

administrativos<sup>40</sup> o aquellas que regulan «aspectos domésticos de organización interna, en el sentido de regulación interna de los propios medios personales, materiales...»<sup>41</sup>.

Sin embargo, en la mayoría de la jurisprudencia el elemento decisivo en la definición se centra en lo que estos reglamentos no hacen: son reglamentos organizativos aquellos que no tienen efectos «ad-extra» y por lo tanto no afectan a los derechos y deberes de los ciudadanos, aunque sea en preceptos que no sean el objeto central de la norma<sup>42</sup>.

En numerosas sentencias el Tribunal Supremo ha descartado el carácter de organizativo de los reglamentos por afectar a los derechos y deberes, por ejemplo, de los titulares de farmacias, de los consumidores y suministradores de gas natural<sup>43</sup>, o, respecto a los veterinarios. Así, en relación a estos últimos, en sentencia de 16 de diciembre de 2009, entendía que una orden del Consejero de Ganadería, Agricultura y Pesca del Gobierno de Cantabria, por la que se establecía el régimen y procedimiento de autorización de los veterinarios habilitados en esa comunidad:

(...) no es un reglamento meramente organizativo, pues rebasa este ámbito al establecer los requisitos que ha de cumplir el Veterinario para ser acreditado como Veterinario Habilitado, las obligaciones que les impone, el procedimiento de autorización, y la renovación, revocación y suspensión de ésta<sup>44</sup>.

Otras sentencias también establecen el carácter no organizativo de reglamentos que afectan a los derechos y competencias de otras administraciones públicas distintas a la que dicta el reglamento<sup>45</sup>. Solo cuando se aprecia la ausencia de esos efectos «ad-extra» se consideran organizativos estos reglamentos, y por lo tanto independientes y exentos en su tramitación del dictamen del Consejo de Estado<sup>46</sup>.

## 4.2. La regulación de la organización ministerial, de los organismos autónomos y de otros entes públicos

Conforme a estos criterios, las normas que se limitan a establecer las competencias, composición y ordenación jerárquica de la organización ministerial continúan

<sup>40</sup> TS:1989:14967, 15 marzo, ponente Enrique Cacer Lallane, RJ\1989\2017, [RD funciones de Órganos de Seguridad del Estado]. La norma recurrida tiene carácter organizativo porque está «simplemente dirigida a fijar la estructura y funciones de los órganos de seguridad, es decir a constituir o configurar la nueva organización del Ministerio del Interior a esos efectos» (FJ 2).

<sup>41</sup> TS:2015:4409, 22 octubre, rec 2932/2014, RJ 2015\4934, [O. 2013 jubilación y permanencia Consellería Sanidad].

<sup>42</sup> La distinción entre los reglamentos que tienen y no efectos “ad extra” procede de la distinción procedente de Alemania entre reglamentos jurídicos y administrativos, p. 178 y p. 195; Muñoz Machado, 1975). El Tribunal Constitucional delimita de forma similar las competencias ejecutivas autonómicas en aquellos ámbitos en los que el Estado ostenta la totalidad de la competencia legislativa (Bernadí Gil, 2008). Ver también, sobre la exención de someterse al trámite de audiencia de los reglamentos organizativos, TS:2002:3754, 27 mayo, rec 666/1996, RJ\2002\6672, [D.1991 inspección de prestaciones y servicios sanitarios Andalucía].

<sup>43</sup> TS:2002:3754, de 27 mayo, Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, sección 4, RJ\2002\6672, [D. inspección servicios sanitarios Andalucía] FJ 3; , Sección 4ª); TS:2009:1921, 21 de abril, rec 162/2007, RJ 2009\2974, FJ, 3 [RD 1997 Suministro de último recurso en el sector del gas natural].

<sup>44</sup> TS:2009:7531, 16 diciembre, rec 914/2008, RJ\2010\330, [O. autorización veterinarios habilitados Cantabria], FJ 5.

<sup>45</sup> TS:2002:1312, 25 febrero, rec 117/1996, RJ\2002\1630, [D coordinación ayuntamientos en materia de servicios interurbanos de viajeros con la Junta de Castilla y León]. FJ 3.

<sup>46</sup> Ver, considerados, entre los muchos considerados organizativos, TS:1999:6704, 26 de octubre, rec 6929/1995, RJ 2000\1391, [D. Director Radio Televisión Murcia]; TS:1997:471, 28 enero, rec 6/1993 RJ\1997\534 [ RD 1992 creación y transformación conservatorios superiores].



excluyéndose por completo de la labor consultiva del Consejo de Estado<sup>47</sup>. Sin embargo, las normas relativas a la organización de los organismos autónomos en la Administración General del Estado se remiten, cada vez en mayor medida y ya de forma habitual, para ser dictaminadas por el Consejo de Estado<sup>48</sup>. Las normas que regulan la organización de otros organismos con personalidad jurídica propia suelen a veces también remitirse al Consejo de Estado, aunque con menor frecuencia<sup>49</sup>.

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014<sup>50</sup> ya ha quedado claramente establecido que las relaciones de puestos de trabajo no son normas jurídicas y, por lo tanto, su aprobación no requiere informe del Consejo de Estado. No ocurre lo mismo con otros instrumentos de ordenación de los recursos humanos para los que la jurisprudencia sí ha establecido su carácter ejecutivo (planes de empleo, catálogos...)<sup>51</sup>.

### 4.3. Reglamentos de protocolo y preferencia

Otro tipo de normas que tiene un carácter principalmente interno, organizativo y que no es preceptivo remitir al Consejo de Estado, como ha confirmado el Tribunal Supremo<sup>52</sup>, son las que establecen reglas de protocolo y preferencia.

### 4.4. Otra normativa reglamentaria reguladora de aspectos internos o «domésticos» de la organización: presupuestaria, patrimonio, calidad y evaluación.

Pese a que en algunas definiciones de los reglamentos organizativos es habitual referirse a estos como los que regulan el ámbito «doméstico» o «interno» de las administraciones públicas, y aunque pocas sentencias han confirmado la naturaleza ejecutiva de este tipo de normas<sup>53</sup>, la práctica totalidad de las vigentes normas reglamentarias que desarrollan la ejecución y gestión presupuestaria, patrimonial y

<sup>47</sup> Por todas, ver Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

<sup>48</sup> El 58,73% de ellas lo fueron entre 2000 y 2003 y el 66,67% entre 2016 y 2019. Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos legislativa del BOE. Ver, entre muchos, los dictámenes del Consejo de Estado 296/2109 [RD Estatuto del Organismo Autónomo Centro de Estudios Jurídicos], 861/2018 [RD Estatuto del Centro Español de Metrología]. En ocasiones esta remisión no se produce, sin que sea fácil determinar las causas que generan esa diferencia de tratamiento en supuestos tan similares. Ver, por ejemplo, no remitidos, el Real Decreto 96/2019, de 1 de marzo [Mutualidad General Judicial] y el Real Decreto 1/2017, de 13 de enero [Agencia Estatal de Investigación].

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado 772/2007 [Estatuto ENRESA]. Existe una continuada práctica de no remitir los proyectos reglamentarios relacionados con la organización del Instituto de España y las reales academias (ver Real Decreto 80/2019, de 22 de febrero [Academia Joven de España]). Ver, sobre el carácter independiente de la constitución del Organismo de Cuenca de la Confederación Hidrográfica del Duero, TS:1994:16591, 27 enero, RJ\1992\681, rec 842/1990.

<sup>50</sup> TS:2014:902, 5 febrero, rec 2986/2012, RJ 2014\1572.

<sup>51</sup> TS:2006:3708, 16 junio, rec 798/2001, RJ\2006\3375, [D. Plan de Empleo personal laboral Canarias] TS:2015:4409, 22 octubre, rec 2932/2014, RJ 2015\4934 [O. jubilación, permanencia en el servicio activo Consellería Sanidad C.Valenciana]; TSJCL:2019:4988, 10 diciembre, rec 378/2019, JUR 2020\74487, [D. Catálogo de puestos tipo de personal funcionario Junta Castilla y León].

<sup>52</sup> TS:2009:3374, 24 de marzo, rec 8/2006, RJ 2009\3227, [Acuerdo CPGJ 2005, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes]. A favor del carácter independiente de las normas de honoríficas y de protocolo ver Baño León, 1991, p. 451. Ver, no informados por el Consejo de Estado ni sus respectivos órganos consultivos, el Real Decreto 470/2014, de 13 de junio, de modificación del Ordenamiento General de Precedencias en el Estado, así como, entre muchos otros, el Decreto 77/2002, de 26 de febrero [régimen de precedencias y tratamientos Junta de Andalucía].

<sup>53</sup> TS:1998:3639, 3 junio, rec 5261/1995, RJ\1998\5520, [D. función interventora Cantabria]. Sobre los distintos elementos o ámbitos de la “esfera interna de la administración” ver (Baño León, 1991, p. 437).



los reglamentos relativos a la calidad y a la evaluación de los servicios públicos han sido sometidas al informe del Consejo de Estado<sup>54</sup>.

#### 4.5. Mandatos legales de carácter organizativo. Órganos colegiados

¿Qué ocurre cuando en las leyes se establece un mandato legal expreso, por ejemplo, de crear un órgano administrativo o un órgano colegiado o de organizarlos de determinada manera? Se trata de supuestos donde hay una pugna entre el criterio formal de delimitación de los reglamentos ejecutivos (al haber mandato legal habría reglamento ejecutivo) y el material (al no afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos no habría reglamento ejecutivo).

El Consejo de Estado, en su Memoria de 2016, ha sido bastante concluyente sobre el carácter ejecutivo y el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado de los reglamentos que desarrollan los mandatos legales relativos a los órganos colegiados consultivos y de participación que implementan el derecho a la participación que recoge el artículo 105.a) de la Constitución, pero ese carácter se extendería también a otros mandatos legales organizativos<sup>55</sup>.

Más ambigua ha sido al respecto la jurisprudencia, que ha tratado este tema en pocas ocasiones<sup>56</sup>. Con tan magras indicaciones jurisprudenciales no es de extrañar que la práctica administrativa en la Administración General del Estado sea poco previsible a la hora de remitir o no al Consejo de Estado la regulación reglamentaria de los órganos colegiados<sup>57</sup>.

#### 4.6. Relaciones de sujeción especial

Los reglamentos que regulan colectivos unidos a las administraciones públicas por una relación de sujeción especial, «caracterizada por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración» (López Benítez, 1994, p. 161), tradicionalmente se han considerado como organizativos<sup>58</sup>, y por lo tanto independientes y exentos del dictamen del Consejo de Estado<sup>59</sup>.

Esta idea fue debilitándose con el tiempo y actualmente el Tribunal Supremo afirma ya de forma categórica, por ejemplo, al analizar en su Sentencia de 22 de mayo de 2018 la normativa reguladora del uniforme en la Guardia Civil, que:

(...) una jurisprudencia constitucional constante (por todas STC 81/2009, de 21 de marzo FJ 5) precisa que esas relaciones de supremacía especial no son ya un ámbito en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa (...) esa

<sup>54</sup> Ver, entre otros, los dictámenes 791/2009 [Patrimonio de las Administraciones Públicas]; 819/2005 (Sistema general de Calidad AGE) y 178/2018 [previsiones macroeconómicas y presupuestarias].

<sup>55</sup> Memoria Consejo de Estado 2016, p.93. Ver artículos 7 y 15.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>56</sup> TS:1996:6809, 30 noviembre, rec 2909/1993, RJ\1996\8707, [D. organización Servicio Andaluz Salud]; TS:2010:6588, 9 diciembre, rec 2482/2008, RJ/2010/8910, FJ 5, [Consell catalán del Taxi]

<sup>57</sup> Entre 2000 y 2004 se informaron el 17,65 % y entre 2016 y 2019 el 26,92%. Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos legislativa del BOE.

<sup>58</sup> Los supuestos generalmente citados de relaciones de sujeción especial son los funcionarios, los militares, los presos y los estudiantes de centros educativos públicos (García de Enterría y Fernández, 2003, p. 19; Baño León, 1991, p. 439).

<sup>59</sup> Sentencia Tribunal Supremo 22 mayo 1991, Diego Rosas Hidalgo, RJ\1991\4337, FJ 4, [RD asignación funciones en el Cuerpo de Policía]; Sentencia Tribunal Supremo 1 julio 1997, RJ\1997\5826, [O. enseñanzas de arte dramático y danza Cataluña], FJ 4.

categoría no tiene relieve para la exigencia de dictamen del Consejo de Estado que nos ocupa<sup>60</sup>.

Tras esta jurisprudencia parece ya definitivamente extinto el concepto mismo de sujeción especial como elemento definitorio del carácter ejecutivo de los reglamentos, remitiéndose sistemáticamente ya este tipo de reglamentos al Consejo de Estado<sup>61</sup>.

## 5. Reglamentos de necesidad frente a los reglamentos urgentes

Los reglamentos de necesidad o *contra legem* son otros de los supuestos clásicos de reglamentos independientes. La doctrina considera los reglamentos de necesidad como aquellos que justificados en razones extraordinarias que obligan a dictar reglamentos que pueden incluso suspender temporalmente la vigencia de preceptos contenidos en normas con rango de ley, supuestos en los que «[h]ay una reserva de poder último en la Administración que no solo la permite, sino que la obliga a actuar en la situación de ‘circunstancias excepcionales’ para salvar los valores sociales supremos» (García de Enterría y Fernández, 2003, p. 202; Cosculluela Montaner, 2015, p. 129).

Se citan como supuestos paradigmáticos de esta potestad la competencia otorgada a los alcaldes para «[a]doptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno»<sup>62</sup> y, especialmente, las dictadas en virtud de las potestades establecidas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>63</sup>. Esta normativa reglamentaria de necesidad tiene como límites esenciales el principio de proporcionalidad y, sobre todo, la estricta temporalidad de sus preceptos, que deben cesar en su vigencia cuando lo hagan las causas que lo justifican (Álvarez García, 2020; Álvarez García y Arias Aparicio, 2020; Nogueira López, 2020). Para su aprobación, por la especial urgencia que requiere su aprobación, están eximidas de su remisión al Consejo de Estado.

No cabe duda de que todos los reglamentos que se dictaron en desarrollo y al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 pueden incluirse dentro de la categoría de reglamentos de necesidad y no requerían el dictamen del Consejo de Estado.

Más problemática es esta consideración para los reglamentos que desarrollan otras normas legales relacionadas con la emergencia sanitaria pero distintos de la declaración del estado de alarma, por ejemplo, los numerosos decretos-leyes aprobados durante este periodo o los dictados al amparo de sus competencias ordinarias, por lo general de carácter sanitario, por las autoridades estatales y autonómicas, una vez finalizado el estado de alarma, pero sin que se pueda dar por

<sup>60</sup> TS:2018:1758, de 22 de mayo, rec 3805/2015, RJ 2018\2243, FJ 2, [O. 2014 Uniforme Guardia Civil], FJ 2. En idéntico sentido ver las posteriores TS:2018:2645, de 9 de julio, rec 2049/2017, RJ 2018\3542, [O. Derechos de las asociaciones profesionales de guardias civiles] y TSJM:2019:12222, 16 enero, rec 834/2018, JUR\2020\71501 [O. Protocolo medidas situaciones de naturaleza psiquiátrica o psicológica de guardias civiles].

<sup>61</sup> Ver, entre muchos, los dictámenes del Consejo de Estado 587/2016 [Reglamento Penitenciario Militar], 2117/2010 [RD Estatuto del Estudiante Universitario], 38/2006 [Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo Administración General del Estado].

<sup>62</sup> Artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

<sup>63</sup> Ver artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

finalizada la emergencia sanitaria (Doménech Pascual, 2020; Cotino Hueso, 2020, p. 98; Lasagabaster Herrarte, 2020).

En cualquier caso, parece claro que no tienen la consideración de reglamentos de necesidad aquellos «simplemente urgentes». Ya el Consejo de Estado, en su Moción de 1969 se creyó en la obligación de recordar que:

(...) las razones de urgencia, en los demás casos, no pueden suponer la omisión de ningún trámite preceptivo, salvo los casos autorizados por la Ley, sino tan sólo una aceleración de la tramitación. Por ello, está siempre dentro de las potestades directivas de los Ministros [...] acelerar todo lo necesario la preparación y estudio de las disposiciones que requieran una urgente aprobación. [...] En este sentido, el artículo 145 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado establece una diferenciación entre consultas ordinarias y consultas urgentes (p. 487).

Para la aprobación de esta normativa reglamentaria urgente se prevé ya la posibilidad de tramitarlas con una significativa reducción de plazos<sup>64</sup> y existen figuras de rango legal, como los decretos-leyes, previstas precisamente para supuestos de urgencia. En este contexto, el Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente la posibilidad de eximir del dictamen del Consejo de Estado por la supuesta urgencia de su aprobación<sup>65</sup>.

En cualquier caso, la experiencia de la pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto la dificultad de aplicar un derecho de necesidad que se caracteriza por su rigidez en el incierto y cambiante escenario que esta plantea, así como las dificultades técnicas de aplicación que generan normas elaboradas a gran velocidad, con poca transparencia y sin ser revisadas por órganos externos especializados (Villar Crespo, 2020).

## 6. Otros reglamentos independientes

El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado reconocen también el carácter independiente, o al menos no ejecutivo, de otros reglamentos, respecto a los que no considera preceptivo el dictamen del Consejo de Estado:

### 6.1. Reglamentos *secundum legem*

Los reglamentos que se limitan a reproducir o reiterar los preceptos de normas jurídicas ya vigentes, o reglamentos *secundum legem*, son unos de los supuestos paradigmáticos de reglamentos independientes. Aunque existen supuestos en el que el conjunto de un reglamento se puede considerar como tal, estos son poco frecuentes<sup>66</sup>. El supuesto más habitual tratado por la jurisprudencia es el de pequeñas modificaciones que se introducen en los textos normativos después de haber sido informados por el Consejo de Estado o el órgano autonómico consultivo y que tratamos con más detenimiento en el apartado 7 de este artículo.

<sup>64</sup> Ver el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el artículo 27 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y el artículo 19 de la LOCE.

<sup>65</sup> TS:2009:8076, 24 noviembre, rec 11/2006, RJ 2010\328, [RD 2005 medidas administrativas excepcionales sequía cuencas hidrográficas Guadiana, Guadalquivir y Ebro]; TS:2009:8076, rec 11/2006, RJ\1987\8793, [RD 1985 estructura orgánica Intervención General S.Social].

<sup>66</sup> STS 15 diciembre 1989, José Luis Martín Herrero, RJ\1990\2901, [D. 1985 juego Murcia]. Estima que el reglamento «se limita a copiar literalmente, los preceptos de la Ley» (FJ 3).

## 6.2. Planes organización territorial

La legislación medioambiental vigente recoge distintas figuras de protección como los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) y los Planes Rectores de Uso y Gestión (PRUG) o las Zonas Especiales de Conservación (ZEC)<sup>67</sup> que desarrollan y concretan, sobre las que pese a unos titubeos iniciales<sup>68</sup>, el Tribunal Supremo se manifiesta ya con claridad en los últimos años sobre su carácter normativo, y el carácter no preceptivo de su remisión al Consejo de Estado durante su tramitación<sup>69</sup>.

Está asentado también en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los planes urbanísticos son normas jurídicas que se rigen en exclusiva por su normativa para determinar su tramitación y no es preceptivo remitirlas al Consejo de Estado (González Sanfiel, 2018; Bassols Coma, 2017).

El Tribunal Supremo considera también que son independientes los Planes Generales de Transformación<sup>70</sup>, pero, sin embargo, otras normas reglamentarias reguladoras del territorio o recursos naturales y que tienen una naturaleza parecida a los que se acaban de analizar, sí se consideran que tienen carácter ejecutivo<sup>71</sup>.

Así, los reglamentos que regulan los planes hidrológicos<sup>72</sup> han sido remitidos en los últimos años al Consejo de Estado durante su tramitación, que considera que tienen carácter ejecutivo<sup>73</sup>. Debe observarse que ello supone una evolución respecto a oleadas anteriores de planes hidrológicos de cuenca que no fueron sometidos al Consejo de Estado<sup>74</sup>. También se consideran ejecutivos de la Ley de Aguas, en concreto su artículo 58, los reales decretos que declaran, regulan o prorrogan la situación de sequía en una cuenca hidrológica<sup>75</sup>.

Tras una abundantísima y compleja litigación, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo<sup>76</sup> han acabado por asumir también la naturaleza ejecutiva de los planes de pesca que requieren, por ello, dictamen del Consejo de Estado<sup>77</sup>.

<sup>67</sup> Ver artículos 30 y 42 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Sobre la naturaleza jurídica de dichos planes ver Alonso García et al., 1998; García Ureta, 2000; García Ureta, 2010.

<sup>68</sup> TS:1992:6659, 2 septiembre 1992, rec 3651/1990, FJ 1. [D. 1986 Valencia, Parque natural Albufera].

<sup>69</sup> Ver TS:2019:211, 28 enero, rec 2007/2017, [O.2015, el Plan de Gestión de la ZEC Sierras de Gádor y Énix]; TS:2003:4176, 16 de junio, rec 2609/1998 [Decreto 1995 Valencia, PRUG Paraje La Mata y Torre Vieja]; TS:2003:7915, 10 diciembre, rec 7529/1999, [D. 1995, Aragón, declaración de Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeno].

<sup>70</sup> TS:1997:5517, 19 septiembre, rec 1858/1990, RJ\1997\6429, [RD 1990, zona regable Centro de Extremadura (Badajoz-Cáceres), Plan General de Transformación].

<sup>71</sup> Sobre la caracterización y procedimiento de aprobación de distintas tipologías de planes ver Parejo Alfonso, 2020.

<sup>72</sup> Sobre la naturaleza jurídica de estos planes ver Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas y Pallarès Serrano, 2007: 198; Embid Irujo, 2002.

<sup>73</sup> Ver los dictámenes 1228/2015 [Planes hidrológicos de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Occidental y de la parte española de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental] y 1151/2015, (Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro).

<sup>74</sup> No lo fue, entre muchos otros, el Real Decreto 201/2002, de 18 de febrero, por el que se aprueba la modificación del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro.

<sup>75</sup> Ver, entre muchos, el Dictamen 777/2018 [Proyecto de Real Decreto, por el que se proroga la situación de sequía prolongada declarada para el ámbito de la Confederación Hidrográfica del Júcar].

<sup>76</sup> TS:2019:1227, 9 abril, rec 1807/2016, RJ 2019\1339 [OM Pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo]; TS:2019:626, 20 febrero, rec 987/2016, RJ 2019\834 [OM pesquería atún rojo Atlántico Oriental y Mediterráneo].

<sup>77</sup> Ha dejado ya de diferenciarse entre las normas que desarrollan la Ley 3/2001 de 26 de marzo de pesca marítima del Estado, a los que otorgaba carácter ejecutivo, y los planes de pesca dictados en

### 6.3. ¿Reglamentos autonómicos complementarios de la legislación básica estatal?

La Constitución Española definió el Consejo del Estado en su artículo 107 como «supremo órgano consultivo del Gobierno». La LOCE estableció, además, en su artículo 23 que «El dictamen será preceptivo para las Comunidades [Autónomas] en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes»<sup>78</sup>. Por ello durante la primera década en la que la LOCE estuvo en vigor existieron distintas interpretaciones jurisprudenciales sobre cuál debía de ser el papel del Consejo de Estado en la elaboración de los reglamentos por parte de unas comunidades autónomas que habían asumido, sin excepción, la competencia de autoorganización de sus instituciones.

Estas oscilaban entre las que establecían que era preceptivo someter al dictamen del Consejo de Estado todos los reglamentos de las comunidades autónomas<sup>79</sup> y las que entendían que la obligación de remisión de reglamentos al Consejo de Estado no alcanzaba a las comunidades autónomas<sup>80</sup>, estableciendo otras sofisticados análisis intermedios que estimaban que esa obligación solo alcanzaba o estaba excluida en relación a determinados tipos de reglamentos (competencias transferidas<sup>81</sup>, desarrollo de leyes estatales<sup>82</sup>, desarrollo de la legislación básica del Estado)<sup>83</sup>.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, puso fin a esta confusión y estableció, en esencia, que todos los reglamentos autonómicos debían someterse al dictamen del Consejo de Estado en los mismos supuestos que los del Estado, pero para salvaguardar las competencias de autoorganización estas podían solicitar dicho dictamen, en lugar de a este órgano constitucional, a órganos de similar independencia que ellas mismas establecieran:

(...) no sólo hay que reconocer las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, sino, por la misma razón, estimar posible constitucionalmente la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad, en tanto que especialidad derivada de su organización propia. [...] en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece”<sup>84</sup>.

El Tribunal Supremo asumió pronto esa doctrina como propia en su sentencia de 13 de enero de 1993, que anuló el decreto regulador de la admisión de alumnos

---

virtud del artículo 31 de dicha ley y que habilitan al ministro competente a dictar planes de pesca estableciendo medidas de limitación de pesca (vedas o cuotas). Ver los dictámenes del Consejo de Estado 3/2019 y 161/2017 (Proyecto de orden pesquería de atún rojo Atlántico Oriental y Mediterráneo). Ver también Memoria del Consejo de Estado de 2016 (pp. 98-99).

<sup>78</sup> La reforma de la LOCE por la Ley Orgánica núm. 3/2004, de 28 de diciembre, se eliminó el artículo 23.2 y se introdujo el artículo 24 con el siguiente contenido: «El dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta Ley Orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

<sup>79</sup> Sentencia Tribunal Supremo 23 de octubre 1987, ponente Julio Fernández Santamaría, RJ\1987\7394, [D.1984, regulación de transportes Canarias].

<sup>80</sup> TS:1988:1020, 17 febrero, RJ\1988\1184, [D. 1983 Unidades Mínimas de Cultivo Cataluña].

<sup>81</sup> TS:1987:3275, 12 mayo, RJ\1987\5258, [D.1983 protección ambiental, actividad extractiva Cataluña].

<sup>82</sup> TS:1988:1966, 18 marzo, RJ\1988\2481, [D. 1983 Régimen Disciplinario del personal Gen. Cataluña].

<sup>83</sup> TS:1990:12390, RJ\1990\6307, FJ 3, [D. 1986 órganos rectores y control Cajas Ahorro Baleares].

<sup>84</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5.



en los Centros públicos y concertados del País Vasco porque el informe emitido por su Viceconsejería de Justicia y Desarrollo Legislativo no podía considerarse equivalente al del Consejo de Estado al pertenecer a la administración activa y no quedar acreditado, a diferencia de este, se hallase dotado «de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica»<sup>85</sup>.

En consonancia, las comunidades autónomas constituyeron sus órganos consultivos equivalentes que llevan a cabo esta alta función consultiva respecto a sus gobiernos autonómicos<sup>86</sup>, manteniendo el Consejo de Estado en la actualidad tan solo la competencia para conocer los reglamentos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Esta valoración jurisprudencial respecto al carácter ejecutivo de la normativa autonómica se mantuvo estable durante más de veinte años.

Sin embargo, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo de 2004<sup>87</sup>, se rompe esta unidad jurisprudencial y renace, renovada, una línea que aparecía ya apuntada antes de 1992: la normativa autonómica que se dicta en virtud de la competencia de desarrollo de la normativa básica del Estado no puede considerarse dictada «en ejecución» de esa normativa estatal, ya que las comunidades autónomas disponen de una discrecionalidad política para este desarrollo que motiva que no sea preceptivo, por lo tanto, someterla al dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente<sup>88</sup>.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008 estableció que la Orden 37/2000, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se dictan normas sobre modificación de los conciertos educativos, no tenía carácter ejecutivo porque:

(...) es innegable, desde un punto de vista rigurosamente técnico, que no son homologables los Reglamentos ejecutivos de las Leyes (sean éstas estatales o autonómicas) y aquellos reglamentos que las Comunidades Autónomas aprueban en el marco de la legislación básica estatal, en materia de competencia concurrente o compartida entre el Estado y los Entes Autonómicos. En estos supuestos no se trata de completar, pormenorizar, detallar o precisar una regulación a nivel de Ley (que es lo propio de los Reglamentos ejecutivos a que se refiere el artículo 22.3 LOCE, sino de ejercitar una competencia autonómica, en el plano normativo reglamentario, con sujeción a los límites que la legislación básica estatal le impone, lo que permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales, por lo que así considerados estos instrumentos normativos, más que desarrollar las normas básicas, la función que cumplen es complementar el ordenamiento jurídico<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> TS:1993:25, 16 enero, RJ\1993\342,FJ 6.

<sup>86</sup> Todas las comunidades autónomas excepto Cantabria han atribuido a sus órganos consultivos, literalmente, la competencia para informar los reglamentos dictados en ejecución de las leyes, y sus modificaciones. Sobre las competencias de los órganos consultivos autonómicos ver Galera Victoria, 1998; López Menudo, 1996; Suay Rincón, 2017; Mateos y de Cabo, 2017.

<sup>87</sup> TS:2004:3591, 25 mayo, rec 708/1999 ,FJ 3 [D 1995, autorización centros docentes privados Galicia].

<sup>88</sup> Como formulación teórica de esta idea ver Muñoz Machado, 2009; Cosculluela Montaner, 2015:132.

<sup>89</sup> TS:2008:5730, 15 octubre, RJ 2008\7781, FJ 4, [O. 2000 conciertos educativos Madrid], FJ 3.



Esta jurisprudencia ha sido confirmada en otras sentencias<sup>90</sup> que, sin embargo y generando una indudable inseguridad jurídica, coinciden en el tiempo con la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo que siguen manteniendo una línea continuista y, sin mencionar siquiera la existencia de una línea jurisprudencial divergente, sostienen que los reglamentos autonómicos que desarrollan la normativa básica del Estado tienen carácter ejecutivo y deben ser informados por el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente.

Así, por ejemplo, su Sentencia de 26 de mayo de 2010 ignora por completo esta diferenciación entre reglamentos ejecutivos y reglamentos autonómicos que desarrollan la legislación básica del Estado y procede a anular el decreto del Gobierno de la Rioja, regulador del currículum educación secundaria obligatoria, dictado sin dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, precisamente porque:

(...) éste constituye el desarrollo para la Educación Secundaria Obligatoria de lo dispuesto en el Título I, Capítulo III de aquella Ley Orgánica y, por tanto, de lo que establecen sus artículos 22 a 31, ambos inclusive<sup>91</sup>.

La nueva línea jurisprudencial reiniciada por el Tribunal Supremo tampoco ha tenido eco en la práctica administrativa y el Consejo de Estado y los consejos consultivos autonómicos continúan informando este tipo de reglamentos<sup>92</sup>.

#### 6.4. Órdenes ministeriales: reglamentos técnicos independientes

El carácter ejecutivo de los reglamentos es independiente de su rango. Así, se extiende no solo a los reales decretos del Consejo de Ministros y a los decretos de los gobiernos autonómicos sino también, cuando tengan ese carácter, a las órdenes de carácter normativo de los ministros y consejeros autonómicos.

El hecho de que un reglamento esté dictado por un ministro o un consejero no es, por sí mismo, en ningún caso, un supuesto de exclusión de esta intervención preceptiva, ni siquiera cuando se le atribuye directamente esa competencia en una ley (Santamaría Pastor, 2015; Memoria Consejo de Estado 2016, p. 95).

Hay que hacer notar que el de las órdenes ministeriales es uno de los ámbitos donde más se ha extendido la participación del Consejo de Estado en la tramitación de proyectos reglamentarios<sup>93</sup>. La Memoria del Consejo de Estado 2016 concreta esta evolución en algunas áreas concretas:

<sup>90</sup> TS:2011:3187, 31 de mayo, [O.2008, formación permanente profesorado Comunidad de Madrid]; TS:2018:1758, de 22 de mayo, rec 3805/2015, RJ 2018\2243, como óbiter dicta en FJ 4, [O. 2014 Uniforme Guardia Civil]; y en relación al peculiar régimen jurídico de la Ciudad Autónoma de Melilla TS:2016:4585, 17 octubre, RJ 2016\5339, [D. 2017 Farmacias Melilla].

<sup>91</sup> TS:2010:2778, 26 mayo, rec 3980/2008, RJ 2010\5237, FJ 3, [D.2007, currículum educación secundaria obligatoria La Rioja]. Ver, en el mismo sentido TS:2009:7531, 16 diciembre, rec 914/2008, RJ\2010\330 [O. autorización de los veterinarios habilitados Cantabria]; TS:2006:2998, 9 mayo, rec 9827/2003, RJ\2006\4036, [O. 1999, se crea la Denominación de Origen Catalunya]; TS:2006:3708, 16 de junio, rec 798/2001, RJ\2006\3375), [D 1997, Plan de Empleo Operativo Personal laboral Canarias].

<sup>92</sup> Ver, por ejemplo, en relación al desarrollo de la normativa básica sobre la educación secundaria obligatoria, los dictámenes 0490/2020 del Consejo Consultivo Andalucía, 260/2015 de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya; 311 y 129/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y 2019/0633 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Ver también Dictamen 410/2019 del Consejo de Estado [Regulación diversidad en centros públicos y privados concertados Cantabria].

<sup>93</sup> Entre 2006 y 2009 el 9,43% de los reglamentos informados por el Consejo de Estado fueron órdenes ministeriales. De 2015 a 2018 este porcentaje se incrementó hasta el 20,19%.

Así, por ejemplo, áreas tales como la pesca marítima, la higiene y la seguridad alimentaria o de productos en general, el vino, la investigación, la seguridad industrial, (...), tradicionalmente reguladas por órdenes ministeriales autónomas, una vez promulgada, por primera vez en nuestra historia, una ley (doctrinalmente calificable como «marco» y por tanto abstracta) sobre la materia, pasan a ser reglamentos ejecutivos en la medida en que los principios básicos están enunciados (a veces incluso mediante la mera mención de la materia misma como 'regulable') en la correspondiente ley (p. 95).

No obstante, es necesario tener en cuenta que tanto el Tribunal Supremo como el propio Consejo de Estado, en determinados supuestos, siguen reconociendo la posibilidad de excepcionar el dictamen de determinados reglamentos, principalmente órdenes, por el 'carácter técnico' del proyecto, o para actualizar módulos, índices de carácter técnico o económico-presupuestario<sup>94</sup>.

Así, el Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 13 de noviembre de 2015 el carácter no ejecutivo de las órdenes ministeriales estableciendo la retribución de las actividades de regasificación 'por su carácter esencialmente técnico'<sup>95</sup>. Lo mismo hace respecto los peajes en el sector eléctrico y de hidrocarburos<sup>96</sup> o las que se desarrollan, para un determinado ejercicio presupuestario, regímenes de tributación simplificada para el IRPF y el IVA<sup>97</sup>.

Sin embargo, no se fijan con claridad los supuestos y límites en los que la complejidad técnica o su carácter temporal de un reglamento lo convierten en independiente. No sorprende, por ello, apreciar que otros con características similares, como la fijación de las bases de cotización de la seguridad social y de la normativa básica de la edificación, pese a que se consideraron antes como independientes, ahora se tramitan ya como ejecutivas y remiten sistemáticamente al Consejo de Estado<sup>98</sup>.

## 6.5. Bases generales de las subvenciones y de premios y honores

Asentado ya en la doctrina y jurisprudencia el carácter reglamentario de las bases reguladoras de las subvenciones reviste mayor complejidad la cuestión de si estas bases reguladoras tienen o no carácter ejecutivo<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> En contra de este criterio, Baño León, para quien «[l]as reglamentaciones técnicas solo pueden ser objeto de un reglamento independiente si su contenido no es obligatorio» (Baño León, 1991, p. 446).

<sup>95</sup> TS:2015:4792, 13 de noviembre, rec 351/2014, RJ/2015/5612, [Orden IET/346/2014, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2103/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad].

<sup>96</sup> TS:2020:2627, 21 julio, rec 39/2019, RJ 2020\3701, FJ 2, [O. 2018 peajes de acceso de energía eléctrica 2019]; TS:2020:410, 18 febrero, rec 161/2017, RJ 2020\465, [O. 2016 peajes y cánones acceso de terceros a las instalaciones gasistas 2017].

<sup>97</sup> TS:2009:6501, 7 octubre, rec 8510/2003, RJ 2010\1030, FJ 2, [O. Régimen de Estimación Objetiva IRPF y el Régimen Especial Simplificado IVA año 2000]. Ver, entre muchas sin remitirse al Consejo de Estado, la Orden TEC/1367/2018, de 20 de diciembre, que establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas [...] para 2019 y la Orden HAC/1164/2019, de 22 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2020 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA, así como la Memoria Consejo de Estado 2016, [p. 131].

<sup>98</sup> TS:1998:8301, 17 abril, rec 7581/1992, RJ1998\3374, FJ 3 [RD 1991 Cotización S.Social]; STS 29 octubre 1985, Ángel Martín del Burgo y Marchán, RJ1985\5328, [RD 1982 Norma Básica de la Edificación]. Sin embargo, otras normas parecidas, sí se consideraron ejecutivas: TS:1986:10235, 9 junio, RJ1986\6758, [RD 1994 revalorización pensiones]. Ver también los dictámenes del Consejo de Estado 55/2019, 33/2018 (respecto las normas anuales de cotización a la S.Social) y 247/2017, 80/2017 (respecto a Código Técnico de la Edificación).

<sup>99</sup> Ver Memoria Consejo de Estado 2016, p. 122 y Fernández Farreres, 1983. Para Baño León la actividad administrativa de fomento, y en particular las subvenciones, constituyen el ámbito más propicio para los reglamentos independientes (Baño León, 1991, pp. 449-450).

Aunque los órganos consultivos autonómicos y el propio Consejo de Estado han llegado a conclusiones divergentes<sup>100</sup>, el Tribunal Supremo ha declarado recientemente con claridad que tienen carácter independiente. Así, en sentencia de 21 de julio de 2020 establece expresamente que:

(...) las bases reguladoras de ayudas públicas en forma de subvenciones, (...) a pesar de su naturaleza reglamentaria no constituyen disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de las leyes<sup>101</sup>.

El Consejo de Estado de Estado afirma en su Memoria de 2016 que, aunque «esporádicamente son sometidas a consulta algunas bases reguladoras de subvenciones, la inmensa mayoría no lo son, sean reales decretos u órdenes ministeriales» (p.122), cree atisbar tres tipos de bases reguladoras que tienden a ser informadas por el Consejo de Estado y tendrían carácter ejecutivo (pp. 125-126) y estima urgente una reforma de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones que delimite con claridad qué bases reguladoras tienen carácter de reglamento ejecutivo porque estima que «no hay claridad en los criterios, que más bien parecen depender de la opinión de los distintos Departamentos» (p.131).

De similar modo, las bases de convocatoria de premios y honores, con independencia de su naturaleza jurídica<sup>102</sup> se tramitan habitualmente sin su remisión al Consejo de Estado, tratándolas, a todos los efectos, como reglamentos independientes<sup>103</sup>.

## 6.6. Estatutos de colegios profesionales de colegiación voluntaria

A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 201/2013, de 5 de diciembre<sup>104</sup> el Consejo de Estado establece que los estatutos de los colegios profesionales en los que la colegiación es obligatoria tienen carácter ejecutivo y su dictamen es preceptivo<sup>105</sup>, como también aquellos en los que, aunque carácter general la colegiación no es obligatoria, sí lo es para el desempeño de ciertas tareas<sup>106</sup>. No existe la obligación de remitir al Consejo de Estado, y deben considerarse independientes a esos efectos, los estatutos de los colegios profesionales en los que la colegiación es voluntaria<sup>107</sup>.

<sup>100</sup> El Consejo consultivo de la Comunitat Valenciana se ha pronunciado a favor de su carácter ejecutivo y las de Murcia y Baleares en contra (ver Memoria Consejo de Estado 2016, p. 116). En dicha memoria Consejo de Estado 2016 se manifiesta, de forma un tanto contradictoria, a favor de su carácter ejecutivo (p. 115) y en contra de que, con carácter general, tenga esta naturaleza (p. 130).

<sup>101</sup> TS:2020:2627, 21 julio, rec 39/2019, RJ 2020\3701, FJ 2, [O. 2018 peajes acceso de energía eléctrica 2019]; TS:2020:2365, 12 abril, rec 247/2019, RJ 2020\3439, FJ 2b, [RD 2019, regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética [...] del sector industrial].

<sup>102</sup> Sobre la distinción entre los premios-subvención, los premios honoríficos y los premios jurídicos ver Bellido Izu, 2009.

<sup>103</sup> Ver, por ejemplo, Orden CUD/968/2019, de 20 de septiembre [Premio de Literatura en Lengua Castellana "Miguel de Cervantes"]. Como excepción se pueden citar las recompensas y distinciones militares. Ver, entre muchos, los dictámenes del Consejo de Estado 190/2018 [Proyecto de Real Decreto por el que se crea la medalla de campaña] y 1006/2012 [Reglamento General de Recompensas Militares].

<sup>104</sup> Ver dictámenes 602/2016 [Estatutos del Consejo General Farmacéuticos] y 719/2016 [Estatutos del Colegio Oficial de Ingenieros de Montes]. Ver Memoria Consejo de Estado 2016, pp.178-179.

<sup>105</sup> Ver dictámenes 490 y 721/2017 [Colegios Ingenieros Técnicos Industriales y de Telecomunicación].

<sup>106</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los Estatutos del Consejo General de economistas de España, en el que, aunque la colegiación no es obligatoria con carácter general sí lo es para el ejercicio de las funciones de administrador concursal y perito judicial. Ver Dictamen del Consejo de Estado 493/2017.

<sup>107</sup> Por ejemplo, los Colegios Oficiales de Educadoras y Educadores Sociales y de su Consejo General, ver Dictámenes 37/2015 y 490/2017, punto quinto I, *in fine*.

## 6.7. Reales decretos de transferencias a las comunidades autónomas

Tampoco se consideran ejecutivos de las leyes, y por lo tanto no requieren dictamen preceptivo del Consejo de Estado, los reales decretos de transferencia de competencias de la Administración General del Estado a las comunidades autónomas<sup>108</sup>.

## 7. Otros reglamentos que no requieren dictamen: reglamentos que desarrollan otros reglamentos y modificaciones no sustanciales

La jurisprudencia reconoce distintos supuestos en los que no es preceptivo en la tramitación que los reglamentos sean remitidos al Consejo de Estado pese a que no sean considerados independientes. Así, el Tribunal Supremo afirma que:

Atendiendo a los propios términos del artículo 22.3 de la LOCE no resulta que todos los reglamentos ejecutivos deban ser sometidos a dictamen del Consejo de Estado sino aquellos que ejecutan las leyes de forma directa e inmediata, con la consecuencia de no ejecutivos de otros reglamentos, es decir Reglamentos que no necesitan de una *legis interpositio* por encontrar su fuerza habilitante inmediata en otro Reglamento, pero no en una Ley<sup>109</sup>.

Lo más habitual es que «los reglamentos que desarrollan reglamentos» sean órdenes ministeriales o de los consejeros autonómicos que desarrollan reales decretos o decretos<sup>110</sup>, pero, en otros supuestos, el Tribunal Supremo argumenta que tampoco tienen que remitirse al Consejo de Estado determinadas normas que desarrollan otros reglamentos del mismo rango, por lo general reales decretos<sup>111</sup>, e incluso también normas con un rango formal inferior, como son las órdenes ministeriales que fijan la normativa básica del estado desarrollada por reglamentos autonómicos<sup>112</sup>.

Otro de los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha establecido con claridad que no es necesario remitir un proyecto normativo al Consejo de Estado, sin que sea relevante su carácter ejecutivo o independiente, es el de los reglamentos que llevan a cabo una modificación no sustancial de una norma vigente. En teoría, esta regla se aplica a todo tipo de modificaciones normativas, pero en realidad la jurisprudencia se centra en un supuesto muy específico y que se repite con gran frecuencia: las modificaciones que se producen en los proyectos normativos una vez que ya han sido informados por el Consejo de Estado o por el correspondiente órgano consultivo autonómico.

<sup>108</sup> TS:2012:6055, 28 septiembre, rec 187/2011, RJ 2012\9257, [RD 2010 traspaso competencias Parque Nacional de los Picos de Europa].

<sup>109</sup> TS:1991:5707, 25 octubre, rec 137/1986, RJ\1991\8178, FJ 3. [O. provisión puestos de trabajo atención primaria]; TS:1998:5410, 28 septiembre, rec 478/1995, RJ 1998\7626, [RD 1995 Título Técnico Farmacia].

<sup>110</sup> TS:2010:3109, 1 junio, rec 115/2005, RJ/2010/5466, [O 2006 Retribución de las actividades de regasificación]; TS:2010:3451, 23 junio, rec 5451/2006, 2010, RJ 2010\5857, [O. 2006 Plan pesca de arrastre litoral sur mediterráneo].

<sup>111</sup> Ver, entre muchas, TS:1998:1101, 19 febrero, rec 519/1997, [RD Organismo de Cuenca Confederación Hidrográfica Júcar]. Ver también, entre las más de cincuenta sentencias relativas a los títulos de formación profesional, TS:2003:1581, 10 marzo, rec 469/2001, RJ 2003\3067, [RD título de Técnico Superior de Óptica de Anteojería. Respecto a los reglamentos que regulan los certificados de profesionalidad ver sentencias contradictorias: TS:2015:129, 7 enero, rec 487/2013, RJ 2015\257, [RD Cualificaciones profesionales familia profesional Sanidad] y TS:1999:806, 9 febrero, rec 318/1996, RJ\1999\1552, [RD Certificado de profesionalidad analista de laboratorio].

<sup>112</sup> TS:1992:8082, 15 diciembre, rec 1335/1994, 1999, RJ\1999\9463, [D.1991 Actividad pesquera Galicia].

No es preceptivo volver a someter a dictamen del Consejo de Estado si las modificaciones en el proyecto normativo que se efectúan para atender a las observaciones del propio Consejo de Estado<sup>113</sup>, siendo lo más relevante, con independencia de la redacción concreta del proyecto antes y después del dictamen, que este haya podido pronunciarse sobre la cuestión que subyacía a la modificación<sup>114</sup>.

Tampoco se consideran sustanciales las modificaciones en los proyectos normativos posteriores a ser informadas por el Consejo de Estado cuando, en aplicación de las reglas generales, no tengan carácter ejecutivo, por tener carácter meramente organizativo<sup>115</sup>, por tratarse de modificaciones que sean poco relevantes que no alteran el sentido de la norma<sup>116</sup> o porque introduzcan o eliminen algunos preceptos que tengan carácter meramente interpretativo o *secundum legem*.

Así, por ejemplo, en su Sentencia de 13 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo estimaba que las modificaciones que se realizaron, una vez informado por el Consejo de Estado, en el articulado del Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, de la Norma de Calidad para el yogur o yoghourt, no innovaban el ordenamiento jurídico y no tenían carácter ejecutivo porque entendía que estas no eran «sino la traslación de las previsiones establecidas a tal efecto en las normas comunitarias»<sup>117</sup>.

El Tribunal Supremo no proporciona, sin embargo, criterios generales para poder determinar qué modificaciones tienen este carácter, cayendo en un acusado casuismo, aunque puede afirmarse que es bastante reacio a anular una norma que ya ha sido informada por el Consejo de Estado, incluso en determinadas modificaciones que son a veces, al menos aparentemente, de cierta relevancia<sup>118</sup>. En realidad, es difícil encontrar, por lo general, grandes diferencias en la importancia de las reformas que considera sustanciales respecto de las que no<sup>119</sup>.

## 8. Conclusión: elogio y crítica a la teoría de los reglamentos ejecutivos

Para concluir este trabajo pondremos en conexión la evolución de la jurisprudencia y práctica administrativa relativa al concepto de reglamento ejecutivo con una propuesta de superación de este concepto que, entendemos, puede contribuir, aunque sea modestamente, a la mejora de la calidad del procedimiento normativo.

### 8.1. La tortuosa ampliación del concepto de reglamento ejecutivo

El objeto de este artículo ha sido, en primer lugar, determinar, a la luz de la normativa vigente, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina Consejo de Estado,

<sup>113</sup> TS:2013:3411, 29 mayo, rec 341/2011, RJ 2013\6458. [Regulación mercado producción de energía eléctrica]; TS:2013:3366, 11 de junio, rec 341/2011, RJ 2013\5992, [RD Derechos extranjeros en España].

<sup>114</sup> TS:2008:2489, 3 junio, rec 83/2005, RJ 2008\4113, [RD 2006, acceso a la red postal pública]; TS:2008:5661, rec 101/2007, RJ 2008\5858, [RD organización y régimen Notariado].

<sup>115</sup> TS:1996:3294, 29 mayo, 1996, rec 772/1992, RJ\1996\4449, [RD Estatutos Organismo Autónomo Correos y Telégrafos].

<sup>116</sup> Sobre la necesidad de reiterar la consulta cuando con posterioridad a la consulta se introduzcan en el proyecto modificaciones sustanciales ver Martínez-Vares García, 2012, p. 1676.

<sup>117</sup> TS:2005:6137, 13 octubre 2005, rec 68/2003, RJ 2005\8256, FJ 3, [RD 2003 Norma de Calidad yogur].

<sup>118</sup> TS:2020:650, rec 405/2017, RJ 2020\620, [RD 2017 uso del dominio público radioeléctrico], TS: 2013:2624, 30 abril, rec 884/2011, RJ 2013\441, [RD desarrolla Ley de Auditorías de Cuentas]; STS:2010:1247, 9 de febrero, rec 551/2007, RJ\2010\3854, [RD plantilla Guardia Civil 2006-2011].

<sup>119</sup> Sí se estimó ese carácter sustancial en TS:2012:4780, 6 julio, rec 288/2011, RJ 2012\776, [RD Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la DG Registros y Notariado]; TS:2009:1430, 24 marzo, rec 3563/2005, RJ/2009/2316, [Decreto normas-marco Policías Locales de Extremadura].



qué proyectos normativos deben entenderse dictados 'en ejecución de las leyes' y por lo tanto remitirse al Consejo de Estado.

Hemos observado que, desde la aprobación de la LOCE en 1980, se ha producido un notable incremento del tipo de proyectos normativos que se remiten al Consejo de Estado, aumento que se debe tanto a la ampliación en la jurisprudencia del concepto de reglamento ejecutivo y a una paralela reducción de los de reglamento independiente y organizativo, como al fuerte incremento de la actividad legislativa estatal y autonómica, que hace difícil encontrar ámbitos vírgenes de mandatos legislativos de mayor o menor concreción.

Este incremento es, sin embargo, una ampliación todavía incompleta, que deja sin el asesoramiento del Consejo de Estado u órganos consultivos autonómicos numerosos proyectos normativos de incuestionable relevancia, destinados a permanecer de forma indefinida en el ordenamiento jurídico. De forma al menos tan perniciosa, se observa, también, una gran imprecisión e inconsistencia teórica a la hora de definir y delimitar los conceptos de reglamento ejecutivo y reglamento independiente, lo que produce una gran inseguridad jurídica.

Aunque el Tribunal Supremo, tras unos titubeos iniciales, ha establecido ya la nulidad de pleno derecho de los reglamentos que, indebidamente, no han sido remitidos al Consejo de Estado, no ha proporcionado, sin embargo, un criterio uniforme sobre el concepto de reglamento ejecutivo.

Utiliza, simultánea e indistintamente y sin una gran precisión, definiciones materiales o formales, cuyo énfasis se establece, respectivamente, en que el reglamento desarrolle o complete o contenido de la ley o en que esta efectúe una remisión a su desarrollo reglamentario, así como teorías y criterios de carácter mixto complementarios.

Sigue siendo de aplicación la afirmación de hace más de tres décadas de Rebollo de que, en este ámbito «no cabe señalar a priori cuál es la línea general y cuáles esas desviaciones o contradicciones. Refiriéndonos sólo a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo sigue, según las sentencias, razonamientos diferentes sustentados sobre presupuestos no sólo distintos sino, a veces, antagónicos» (1991, p. 9).

La única línea de continuidad que se percibe, con independencia del concepto de reglamento ejecutivo que utilice, es un aumento general del número de supuestos que el Tribunal Supremo considera ejecutivos, y la simultánea reducción de los que consideran independientes.

Así, los reglamentos que desarrollan parcialmente las leyes, los reglamentos de las comunidades autónomas, los reglamentos que ejecutan una remisión legislativa o las órdenes ministeriales son ya, frente a lo que ocurría hace unos años, de forma general, continua y consistente considerados como reglamentos ejecutivos.

De igual modo, el código de la circulación, los reglamentos que fijan las cotizaciones de la seguridad social o la normativa técnica de construcción, los planes de pesca, y muchos otros tipos de normas, han pasado de ser consideradas independientes a considerarse dictadas 'en ejecución de las leyes' y a requerir el dictamen del Consejo de Estado.

En una evolución que consideramos muy positiva, la remisión al Consejo de Estado de los proyectos normativos del Consejo de Ministros es hoy la norma general



e incluso la labor normativa de los ministros empieza a beneficiarse de este asesoramiento y control independiente y técnicamente cualificado<sup>120</sup>.

No obstante, aunque lenta y constantemente erosionado en su ámbito de aplicación, sigue reconociéndose un ámbito relevante a la aplicación del concepto reglamento independiente, ámbitos que siguen privados de la labor consultiva y de control del Consejo de Estado.

## 8.2. La mala salud de hierro de los reglamentos independientes

Efectivamente, pese a la opinión contraria de una parte de la doctrina, el Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente la existencia de reglamentos independientes, aunque tampoco ha proporcionado una definición unívoca sobre cuáles son sus características distintivas.

Los reglamentos organizativos son los reglamentos independientes por antonomasia. El Tribunal Supremo tampoco ha acometido la definición sistemática de ese concepto, pero se observa un creciente rigor a la hora de considerar un reglamento como organizativo, no considerando como tales los que regulen las relaciones de sujeción especial, los mandatos legales de organización de órganos colegiados consultivos de participación y, en general, los reglamentos que, aunque tengan un elemento interno, no sean meramente organizativos por tener también una vertiente externa.

Esta evolución es aún más acusada en la práctica administrativa de la Administración General del Estado, donde se remiten al Consejo de Estado, que los considera ejecutivos, no solo la práctica totalidad de los reglamentos que dicta en relación a su personal, presupuestos y patrimonio, sino también la regulación de la organización de la mayoría de los organismos autónomos y algunos entes públicos de distinta naturaleza, quedando excluidos sistemáticamente de la labor consultiva y de control del Consejo de Estado tan solo los reales decretos de estructura ministerial y los relativos al protocolo.

Fuera de ese ámbito organizativo el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado reconocen también otros reglamentos independientes que no deben remitirse a este:

- Los reglamentos de necesidad, de los que son un claro ejemplo los dictados en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y los meramente interpretativos o *secundum legem*, que se limitan a reproducir el contenido de otras leyes o reglamentos ya en vigor.
- Dentro de las normas jurídicas de planificación territorial el Tribunal Supremo considera que no son ejecutivos ni los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORNAS) y los Planes Rectores de Uso y Gestión (PRUGS) o instrumentos análogos. Tampoco los planes urbanísticos se considera que tengan este carácter. Por contra, si considera ejecutivos, pese a presentar en muchos aspectos características similares, los planes hidrológicos y los planes de pesca.

<sup>120</sup> Entre 2015 y 2018 el 63,36% de los reales decretos con contenido normativo se remitieron al Consejo de Estado. Los reales decretos relativos a la estructura ministerial y la concesión directa de subvenciones constituyeron la mayoría de los no remitidos. El 12,56% de las órdenes ministeriales que figuran en la base de datos legislativa del BOE se remitieron al Consejo de Estado. Entre 2006 y 2009 ese porcentaje fue prácticamente la mitad: 6,69%. Fuente: Elaboración propia, Base datos BOE.

- Los reales decretos de transferencias, no tienen carácter ejecutivo y no han de remitirse al Consejo de Estado.
- El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado siguen reservando un espacio entre los reglamentos independientes a determinadas normas con un significativo elemento técnico, y con frecuencia también temporal, como las que regulan los peajes del sector eléctrico o de hidrocarburos o los regímenes de tributación simplificada del IRPF e IVA.
- El Tribunal Supremo ha establecido recientemente el carácter no ejecutivo de las bases generales de las subvenciones, y la mayoría de ellas no se remiten para su dictamen al Consejo de Estado y se tramitan, a todos los efectos, como si fueran independientes, al igual que ocurre con la regulación de la concesión de premios y honores.

Hay otros reglamentos que, sin ser calificados de independientes, tampoco tienen que ser informados por el Consejo de Estado: los reglamentos que desarrollan otros reglamentos y las modificaciones no sustanciales de proyectos reglamentarios.

### 8.3. La zona gris

Quizás el mayor problema que genera este enfoque fuertemente casuista para la determinación del carácter de reglamento ejecutivo o independiente es la existencia de grandes ámbitos de incertidumbre e inseguridad jurídica<sup>121</sup>. En muchas ocasiones los responsables de la tramitación y aprobación de las normas no disponen de criterios suficientemente claros para determinar con un mínimo de certidumbre si deben remitirlas al Consejo de Estado o al órgano equivalente autonómico.

Estas dudas se generan especialmente, como hemos visto, respecto los reglamentos organizativos producto de un mandato legal, los planificadores del territorio, los reglamentos autonómicos que desarrollan la normativa básica del estado, aquellos con un fuerte elemento técnico o temporal y los que realizan cambios parciales a un reglamento por la dificultad de determinar si estos tienen carácter sustancial.

La falta de reglas generales para la determinación del carácter ejecutivo o independiente obliga a los operadores jurídicos a realizar en muchas ocasiones análisis casi esotéricos sobre la naturaleza jurídica de los textos tramitados para tomar una decisión que debería una operación sencilla y de puro trámite: determinar si un proyecto reglamentario debe remitirse al Consejo de Estado.

Sigue manteniendo vigencia la afirmación de García Enterría de que

la intervención del Consejo de Estado en la elaboración de estas disposiciones generales no puede justificarse de ninguna manera en un casuismo tan pragmático y ocasional, sino en la oportunidad de que la especial competencia de ese órgano técnico se aplique a los complejos problemas del concurso de normas de diversos rangos en la regulación de una materia. (García de Enterría, 1970, p. 168, citado en Muñoz Machado, 1975, p. 146)

Proponemos ahora, como alternativa al sistema actual, un criterio de delimitación más sencillo y de carácter principalmente formal.

<sup>121</sup> «La atribución de carácter organizativo a una norma –que podría conducir a defender su naturaleza independiente y, con ello, escapar del carácter ejecutivo al que se anuda la exigencia del dictamen– es un motivo incesante de dudas en estos tiempos de incesante producción normativa, centrada en muchos casos en disposiciones de marcado carácter organizativo» (Calvo García, 1998, p. 628).

## 9. Propuesta de superación del concepto del reglamento ejecutivo para determinar los proyectos reglamentarios a remitir al Consejo de Estado

La razón de ser del informe del Consejo de Estado es proporcionar un asesoramiento altamente cualificado técnicamente e independiente desde un punto de vista jerárquico.

La decisión de remitirle o no un proyecto reglamentario debería desligarse de cómo se sitúa dentro de la clasificación ejecutivo-independiente u otras más sofisticadas que los clasifican en virtud de su relación con la ley<sup>122</sup>, a la que todos están igualmente sometidos. Un reglamento que se dicta sin habilitación legal previa merece ser analizado en relación con su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico, al menos, con el mismo cuidado que si tiene una clara habilitación legal previa, aunque no faltan opiniones en el sentido de que en último caso debe ser incluso mayor<sup>123</sup>.

Pese a que el espectro de proyectos reglamentarios que son informados por el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos se ha ampliado en los últimos años, hay todavía muchos tipos de proyectos normativos que no disfrutaban en su tramitación de este asesoramiento independiente de alta calidad técnica. Dada su relevancia jurídica y económico-social y la complejidad del entorno legal en el que se insertan consideramos que estos también deberían beneficiarse de él por las siguientes razones:

- Salvo las excepciones que ya han sido citadas, la LOCE establece el carácter meramente potestativo del dictamen del Consejo de Estado en los proyectos de ley. ¿Por qué privar precisamente a los proyectos normativos con mayor rango jerárquico del asesoramiento de los órganos consultivos?<sup>124</sup>.
- Al margen de que tengan carácter 'ejecutivo' o 'independiente' los planes de ordenación de los recursos naturales, los planes rectores de uso y gestión y los planes urbanísticos son también normas jurídicas relevantes que afectan de forma muy intensa a gran número de personas. Privarlas del asesoramiento de los órganos consultivos puede, sin duda, incidir en su calidad, e incrementa el riesgo de que se produzcan infracciones de la compleja normativa medioambiental o urbanística. No es un problema meramente teórico pues se afirma en la doctrina que «pocas ciudades se han librado del llamado 'efecto radioactivo' de la nulidad de los planes [urbanísticos]», siendo también en exceso frecuente (Ramos Medrano, 2019) la anulación de instrumentos de planificación medioambiental<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Rebollo distingue entre reglamentos complementarios habilitados, reglamentos complementarios espontáneos, reglamentos «remitidos o delegados» y reglamento independientes (Rebollo Puig, 1996, p. 175); Tornos Más distingue, junto a los ejecutivos e independientes, unos reglamentos que califica de «remitidos» o dictados «por remisión» (Tornos Mas, 1983, p. 486).

<sup>123</sup> TS:1996:4719, 30 julio, rec 593/1993, RJ\1996\6363, [O.1989 Normas elaboración presupuestos S.Social 1990]] «(...) hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad», FJ 3.

<sup>124</sup> En Francia y en Italia, desde luego, el dictamen de sus respectivos Consejos de Estado es preceptivo en estos supuestos, como lo es también ya en algunas comunidades autónomas. En Francia se ha producido incluso una reforma constitucional para permitir al parlamento solicitar, voluntariamente, el dictamen del Consejo de Estado (Leroyer, 2012). En contra de esta opción ver Jauralde Morgado, 1998, p. 668.

<sup>125</sup> TS:2017:4640, 20 diciembre, rec 3125/2016, [PRUG Parque Natural del Archipiélago Chinijo]. También han anuladas sido las normas reguladoras del Parque Natural del Suroeste en Madrid, del Parque Natural de la Breña y Marismas del Barbate, de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel, de las Fuentes Carrionas o de la Sierra de Guadarrama.

- A través de numerosos y diversos programas de subvenciones y ayudas públicas se distribuyen en España anualmente, según la AIREF, más de 14.000 millones de euros (AIREF, 2019, p. 12). Las bases reguladoras constituyen el instrumento normativo a través de la cual tiene lugar esa masiva transferencia de fondos. Ser informadas por el Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente podría ayudar a mejorar su calidad técnica conforme a los principios legales de la normativa financiera, presupuestaria, y sectorial aplicable.
- Los reales decretos de estructura ministerial o los decretos autonómicos de la estructura de las consejerías tienen, por su parte y en nuestra opinión, un significativo impacto organizativo y económico en el funcionamiento de la administración. Sería conveniente que, respetando la indispensable discrecionalidad del presidente del gobierno y de las comunidades autónomas para establecer la estructura organizativa, el Consejo de Estado pudiera entrar a valorar respecto a estas tanto cuestiones de legalidad (Delgado Ramos, 2011) como de oportunidad<sup>126</sup>. Estimamos que ello incrementaría la transparencia y la racionalidad en el diseño de las estructuras organizativas, reduciendo el impacto de factores que ahora tanto en España como en la mayoría de los de la OCDE lo dominan: las presiones partidistas, el fuerte personalismo, el secretismo, y la falta de planificación (White & Dunleavy, 2010).

Entendemos, por lo tanto, que el concepto de reglamento ejecutivo, formulado en un periodo histórico con un sistema político-constitucional muy distinto, ha dejado de ser útil para determinar qué proyectos reglamentarios deben remitirse al Consejo de Estado.

Proponemos, para incrementar la claridad y seguridad jurídica del procedimiento y la culminación de la ampliación de los supuestos en los que esto es preceptivo, un nuevo sistema de determinación de los reglamentos a remitir al Consejo de Estado basado principalmente en un criterio subjetivo y formal: propugna la remisión a este órgano constitucional de todos los proyectos normativos competencia del Consejo de Ministros y de los ministros (o por sus equivalentes autonómicos).

En el anexo II.1 se propone, para contribuir al debate, un esbozo de formulación jurídica de esta propuesta. Se trata, obviamente, de una propuesta ambiciosa, basada en el convencimiento de que la participación de un órgano externo independiente y de alta cualificación técnica no es un objetivo en sí mismo, sino que puede contribuir a mejorar la calidad jurídica y técnica del ordenamiento jurídico a través del análisis de las normas que lo integran.

Toda ampliación de competencias de un órgano administrativo debe tener en cuenta que este dispone de los medios personales y técnicos para asumir el consecuente incremento de la carga de trabajo. No se deben otorgar a las instituciones funciones que no puedan cumplir.

Aunque, obviamente la asunción de las nuevas competencias que se proponen supondría un incremento del número de expedientes a conocer por el Consejo de Estado- en el anexo II se incluye una primera estimación de este

---

<sup>126</sup> ¿Se ha valorado adecuadamente en sus respectivas memorias la oportunidad, conveniencia e impacto presupuestario del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, por el que se pasó de diecisiete a veintidós ministerios, o del Decreto 73/2019, de 27 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, por el que se pasó de nueve a trece consejerías?

aumento— no debe desconocerse el esfuerzo actual del Consejo de Estado, que conoce ya una parte sustancial de la actividad normativa estatal, especialmente del Consejo de Ministros y que, por otra parte, el informe de los textos reglamentarios supone ahora una parte cuantitativamente minoritaria de la actividad de los órganos consultivos.

Puede llevarse a cabo, por lo tanto, en mayor medida que hasta ahora<sup>127</sup> y en el sentido que la doctrina y el propio Consejo de Estado han solicitado (Cavero Lataillade, 1998, p. 595; Muñoz Machado, 2007, p. 49), una reorientación de la actividad de estos órganos desde el conocimiento de expedientes administrativos individuales y de importancia menor a aquellos de relevancia general para el ordenamiento jurídico, entre los que los proyectos normativos ocupan un lugar preeminente (en contra, Palma Fernández, 1998). El dotar de más medios personales y materiales a estos órganos, por supuesto, también es una opción aconsejable.

Realizamos también, previendo el supuesto de que no se consideren disponibles medios personales y técnicos suficientes, una segunda propuesta, que no recoge la exigencia del dictamen del Consejo de Estado para todas las órdenes ministeriales con contenido normativo (el anexo II.2 incluye un esbozo de formulación jurídica de esta variante).

Entendemos que, en cualquier caso, la remisión al Consejo de Estado debe ser la regla general en la tramitación de los proyectos normativos y si se considera que alguno no debe someterse a dicho dictamen, debe fijarse dicha excepción de forma expresa y clara en la ley, sin descartar la posibilidad de establecer excepciones reglamentariamente, quizás con el dictamen favorable del propio Consejo de Estado.

El criterio que debería prevalecer para priorizar, en su caso, algunos tipos de proyectos frente a otros es el de su relevancia para el ordenamiento jurídico, su impacto en los ciudadanos y la mejora en su calidad técnica y jurídica que pueda derivarse del dictamen.

Coincidimos con Baño León en que «[l]a categoría de los reglamentos ejecutivos, que tantos quebraderos de cabeza diera a los aplicadores de nuestro Derecho público, ha perdido sustantividad propia» (Baño León, 1991b, p. 225). Agradeciéndole los servicios prestados, debemos dejar descansar ya, a estos efectos, a los ya exhaustos conceptos de reglamento ejecutivo y reglamento independiente.

La intervención del Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos en la elaboración de todos o la mayoría de los proyectos normativos no es, como ya hemos comentado, un fin en sí mismo, sino un mecanismo que puede ayudar a incrementar en el procedimiento de su elaboración la importancia de los principios de transparencia y calidad normativa. Para que el incremento de la importancia de esos principios en la elaboración de disposiciones generales, reglamentos y leyes sea significativo es necesario, seguramente, adoptar también otras muchas medidas (Ponce Solé, Villoria Mendieta, 2020; Montoro i Chiner, 2017). Pero nos parece indudable que dentro de ese proceso puede resultar útil la mayor implicación de

---

<sup>127</sup> Desde 2004 se limita la competencia del Consejo de Estado en los supuestos de responsabilidad patrimonial a las reclamaciones superiores a 6.000 euros y desde 2011 a las de 50.000 euros (ver apartado dieciocho del artículo único de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible (...) y el artículo 81.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

órganos que, como los mencionados, tienen su razón de ser en el conocimiento técnico especializado y su independencia.

<b>ANEXO I. ESQUEMA REGLAMENTOS INDEPENDIENTES-EJECUTIVOS</b>		
<b>REGLAMENTOS</b>	<b>Jurisprudencia TS. Sentencias de referencia</b>	<b>Práctica AGE Dictámenes Consejo de Estado</b>
ORGANIZATIVOS Estructura ministerial	Independientes. TS:1993:18775, 27 marzo, RJ\1993\1918, rec 1933/1990 [Estructura Subsecretaría del Ministerio del Interior].	No se remiten
ORGANIZATIVOS Estructura OAAA	Independientes. STS 30 noviembre 1996, RJ\1996\8707, rec 2909/1993. [Ordenación y organización del Servicio Andaluz de la Salud].	VARIABLE (Predominantemente ejecutivos) -Ejecutivos: Dictámenes 861/2018 [Estatuto del Centro Español de Metrología]; 296/2019 [Estatuto del Organismo Autónomo Centro de Estudios Jurídicos] -No remitidos: Real Decreto 96/2019, 1 marzo [Estructura orgánica Mutualidad General Judicial]; Real Decreto 1/2017, 13 enero. [Creación Agencia Estatal de Investigación].
ORGANIZATIVOS Estructura otros entes públicos	Independientes. TS:1994:16591,27 enero, RJ\1992\681, rec 842/1990. [RD 1989 constitución Organismo de Cuenca Confederación Hidrográfica Duero].	Variable (Predominantemente Independientes) -Ejecutivos: Dictámenes Consejo de Estado 2102/2006, 2567/2003. [Ordenación Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S. A. (ENRESA)]. -No remitidos: Real Decreto 80/2019, de 22 de febrero [Creación Academia Joven de España], Real Decreto 285/2017, de 24 de marzo. [Regulación Instituto de España].
ORGANIZATIVOS Planes de ordenación de los Recursos Humanos	Ejecutivos TS:2006:3708, 16 junio, rec 798/2001, RJ\2006\3375, [D. Plan de Empleo personal laboral Canarias]	No se remiten



<p><b>ORGANIZATIVOS</b> Órganos colegiados</p>	<p><b>VARIABLE</b> TS:1996:6809, 30 noviembre, rec 2909/1993. [Organización Servicio Andaluz de la Salud]. TS:2010:6588, 9 diciembre, rec 2482/2008, RJ/2010/8910, FJ 5, [Consell catalán del Taxi].</p>	<p><b>VARIABLE</b> <b>Ejecutivos:</b> Dictámenes 250/2019 [Comisión Interministerial de coordinación tratados internacionales]; 1091/2016 [Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude a los intereses financieros de la UE]. <b>No se remiten:</b> Real Decreto 76/2019,22 de febrero, [Comisión Nacional Seguridad y Salud en el Trabajo]; Real Decreto 487/2017, 12 mayo, [Comisión Superior Calificadora Documentos Administrativos].</p>
<p>Reglamentos Protocolo y preferencia</p>	<p><b>Independientes</b> TS:2009:3374, 24 de marzo, rec 8/2006, RJ 2009\3227, [Acuerdo CPGJ 2005, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes].</p>	<p>No se remiten</p>
<p><b>RELACIONES SUJECIÓN ESPECIAL:</b> Empleados públicos Reclusos, estudiantes.</p>	<p><b>Ejecutivos.</b> TS:2018:1758, 22 mayo, rec 3805/2015, [O. 2014 Uniforme Guardia Civil]</p>	<p><b>Ejecutivos:</b> Dictámenes 878/2018, 185/2017, 188/2017 [Personal FFAA], 587/2016, [Reglamento Penitenciario Militar], 2117/2010 [Estatuto del Estudiante Universitario];</p>
<p><b>DOMÉSTICOS O INTERNOS</b> Presupuestaria, Patrimonio, Calidad de los servicios.</p>	<p><b>Ejecutivos.</b> TS:1998:3639, 3 junio, rec 5261/1995, RJ\1998\5520, [D. función interventora Cantabria].</p>	<p><b>Ejecutivos: Dictámenes</b> 178/2018 [Requisitos aplicables a las previsiones macroeconómicas y presupuestarias], Dictamen 791/2009, [Patrimonio Administraciones Públicas], 819/2005, [Marco general mejora Calidad AGE].</p>
<p><b>REGLAMENTOS SECUNDUM LEGEM</b> (Meramente interpretativos)</p>	<p><b>Remisión no preceptiva al Consejo de Estado</b> STS 15 diciembre 1989, José Luis Martín Herrero, RJ\1990\2901, [D. 1985 juego Murcia]</p>	<p>No se remiten</p>
<p><b>REGLAMENTOS DE NECESIDAD</b></p>	<p>—</p>	<p><b>Independientes</b> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19</p>

REGLAMENTOS URGENTES	Ejecutivos TS:2009:8076, 24 noviembre, rec 11/2006, RJ 2010\328, [RD 2005, medidas administrativas excepcionales sequía cuencas hidrográficas Guadiana, Guadalquivir y Ebro]	Ejecutivos Dictamen 296/2020, de 4 de junio, [Medidas extraordinarias en el sector del vino. COVID-19].
NORMAS ORDENACIÓN TERRITORIAL	VARIABLE Independientes. PORNAs, PRUGs, Planes urbanísticos, zonas interés defensa Nacional, planes generales de transformación: TS:2003:7915, 10 diciembre, rec 7529/1999, [D. 1995, Aragón, declaración de Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeno]. Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 19 septiembre 1997, RJ\1997\6429, [Plan General de Transformación Zona regable]. Ejecutivos. Planes de pesca: TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm. 485/2019 de 9 abril. RJ 2019\1339 [Pesquería atún rojo Atlántico Oriental y Mediterráneo].	VARIABLE Independientes: PORNAs, PRUGs, Planes urbanísticos, zonas interés defensa Nacional, planes generales de transformación: No se remiten.  Ejecutivos. Planes de pesca, planes hidrológicos de cuenca. Dictámenes 1228/2015; [Demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental]; 777/2018 [Júcar]; 260/2020 [Plan de gestión, recursos pesqueros Mediterráneo]; 3/2019 [Pesquería atún rojo en el atlántico oriental y mediterráneo].
REGLAMENTOS AUTONÓMICOS DESARROLLO NORMATIVA BÁSICA ESTATAL	VARIABLE Independiente: STS 15/10/2008, FJ 4. [Conciertos educativos]. Ejecutivo: TS:2010:2778, 26 mayo, rec 3980/2008, RJ 2010\5237, [D.2007, currículum educación secundaria obligatoria La Rioja].	Ejecutivos: Dictamen 201/2019, de 21 de marzo. [Personal docente e investigador contratado Universidad de Cantabria].
BASES REGULADORAS SUBVENCIONES	Independientes: - TS:2020:2365, 12 abril, rec 247/2019, RJ 2020\3439, FJ 2b, [RD 2019, regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial]; TS:2020:2627, 21 julio, rec 39/2019, RJ 2020\3701, FJ 2, [O. 2018 peajes acceso de energía eléctrica 2019].	VARIABLE (Generalmente independientes) Ejecutivos: Dictamen 387/2020, [Becas y ayudas al estudio curso 2020-2021]. Independientes: Real Decreto 146/2019, de 15 de marzo, [Bases reguladoras subvenciones a entidades de mujeres rurales].
REGLAMENTOS TÉCNICOS INDEPENDIENTES	VARIABLE Independiente: TS:2015:4792, 13 de noviembre, rec 351/2014 [O. 2014 Mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad]. Ejecutivo: TS:1986:10235, 9 junio, RJ\1986\6758, [RD 1994 revalorización pensiones].	VARIABLE Independiente: Orden HAC/1164/2019, de 22 de noviembre, [año el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA 2020]. Ejecutivo: Dictámenes 743/2019, 739/2013. [Código Técnico de Codificación].

<b>ESTATUTOS COLEGIOS PROFESIONALES COLEGIACIÓN OBLIGATORIA</b>	<b>VARIABLE:</b> Sentencia Tribunal Constitucional. 201/2013, de 5 de diciembre. [Modificaciones Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales].	<b>Colegiación obligatoria: Ejecutivos.</b> Dictámenes 490 y 721/2017 [Colegios Ingenieros Técnicos Industriales y de Telecomunicación]. <b>Colegiación obligatoria solo tareas concretas: Ejecutivos.</b> Dictamen 493/2017 [Economistas, administrador concursal y perito judicial]. <b>Colegiación voluntaria: Independientes.</b> Dictámenes 37/2015 490/2017, quinto, <i>in fine</i> [Educadoras y Educadores Sociales].
<b>REGLAMENTOS QUE DESARROLLAN REGLAMENTOS</b>	<b>Remisión no preceptiva al Consejo de Estado</b> TS:1991:5707, 25 octubre, rec 137/1986, RJ\1991\8178, FJ 3. [O. provisión de puestos de trabajo equipos de atención primaria]; TS:1998:5410, 28 septiembre, rec 478/1995, RJ 1998\7626, [RD 1995 Título de Técnico en farmacia]]	<b>No se remiten</b>
<b>MODIFICACIONES NO SUSTANCIALES</b>	<b>Remisión no preceptiva al Consejo de Estado</b> TS:2013:3366, 11 de junio, rec 341/2011, RJ 2013\5992, [Derechos y libertades de los extranjeros en España]	<b>No se remiten</b>

## **ANEXO II: Propuestas de reforma de la Ley Orgánica /1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado<sup>128</sup>.**

### **Propuesta 1: Artículo veintidós.**

La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

*Tres.* Todos los proyectos normativos de rango legal o reglamentario para cuyo conocimiento no sea competente el pleno, excepto los proyectos de real-decreto ley.

### **Propuesta 2: Artículo veintidós.**

La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

*Tres.* Todos los proyectos normativos de rango legal o reglamentario para cuyo conocimiento no sea competente el pleno, excepto:

a) Los proyectos de real decreto ley.

<sup>128</sup> Estimamos que la propuesta 1 supondría, respecto a la media total anual de dictámenes entre 2015 y 2018 (1.101,75), un incremento aproximado de 322 dictámenes al año (18 proyectos de ley, 53,75 proyectos de decreto, 250,5 proyectos de órdenes). Supondría un incremento del 29,25% del total de asuntos conocidos por el Consejo de Estado en dicho periodo. Sin embargo, respecto a la media total anual de dictámenes entre 2010 y 2014 (1670,2) supondría una reducción del 14%. Respecto a la media total anual de dictámenes entre 2002 y 2009 (2.737,5) esta propuesta supondría una reducción del 47,98%. Fuentes: Base datos legislativa BOE, Buscador iniciativas legislativas Congreso de los Diputados, Memorias Consejo de Estado 2002 a 2018.

- b) Los proyectos de orden ministerial que se limiten a desarrollar el contenido de reales decretos que ya hayan sido objeto de dictamen.
- c) Los proyectos de orden ministerial por las que se aprueban las bases reguladoras de subvenciones y premios de una cuantía inferior a la que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- d) Los proyectos de orden ministerial que se limiten a la regulación de órganos colegiados que no incluyan representantes de otras administraciones públicas, ni de organizaciones y asociaciones o entidades representativas de intereses sociales y cuyas resoluciones no tengan efectos frente a terceros.
- e) Aquellas otras normas que, a propuesta del Gobierno y tras dictamen vinculante del Consejo de Estado, se excluyan de su dictamen en su reglamento de desarrollo<sup>129</sup>.

## Bibliografía

- Arozamena Sierra, J. (1996). La caracterización constitucional del Consejo de Estado. *Documentación administrativa*, 244, pp. 137-160.
- Baño León, J. M. (1991a). Los ámbitos del reglamento independiente. En Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Ed.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol I* (pp. 421-454). Madrid, España: Civitas.
- Baño León, J. M. (1991b). *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*. Madrid, España: Civitas, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Bellido Izu, M. J. (2009). El régimen jurídico de los premios concedidos por las administraciones Públicas. *Revista Jurídica de Navarra*, 47 (Enero-Junio), pp. 125-180.
- Bernadí Gil, X. (2008). Competencias ejecutivas y potestad reglamentaria. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 6, pp. 320-364.
- Calvo García, J. (1998). Consulta preceptiva al Consejo de Estado: cuestiones controvertidas. En S. Muñoz Machado (ed.), *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica: XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, (pp. 603-632). Madrid, España: Sopec.
- Cavero Lataillade, Í. (1998). La alta función consultiva Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro. En *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica: XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, (pp. 589-602). Madrid, España: Sopec.

<sup>129</sup> Esta propuesta 2 supone una versión menos ambiciosa que la primera y, aunque prevé que el Consejo de Estado conozca todos los proyectos normativos del Consejo de Ministros, prevé un incremento modesto (del 10%) respecto a las órdenes ministeriales de carácter normativo. La redacción de los apartados b) y c) está inspirada en la redacción que ha dado al artículo 18.7 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2019. Estimamos que esta propuesta 2 supondría, respecto a la media total anual de dictámenes entre 2015 y 2018 (1.101,75), un incremento aproximado de 96,35 dictámenes al año (18 proyectos de ley, 53,75 proyectos de decreto, 24,6 proyectos de órdenes). Supondría un incremento del 8,75% del total de asuntos conocidos por el Consejo de Estado en dicho periodo. Sin embargo, respecto a la media total anual de dictámenes entre 2010 y 2014 (1670,2) supondría una reducción del 28,27%. Respecto a la media total anual de dictámenes entre 2002 y 2009 (2.737,5) esta propuesta supondría una reducción del 56,23%.

- Consejo de Estado. (2016). *Memoria Consejo de Estado 2016. El concepto de reglamento ejecutivo a los efectivos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado*.
- Coscolluela Montaner, L. (2015). *Manual de derecho administrativo* (26ª). Madrid, España: Civitas.
- Embuid Irujo, A. (2002). Evolución del derecho y de la política del agua en España. En A. Embuid Irujo (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio* (Vol. 1, pp. 17-64). Madrid, España: Civitas.
- Fernández Farreres, G. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Galera Victoria, A. (1998). Configuración general de los Consejos Consultivos autonómicos. En *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica: XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, (pp. 645-666). Madrid, España: Sopec.
- Gallego Anabitarte, A. (1971). *Ley y reglamento en el derecho público occidental*. Madrid, España: Instituto Nacional de la Administración Pública.
- García-Álvarez García, G. (1996). El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904). *Documentación administrativa*, 244, pp. 89-136.
- García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2013). *Los reglamentos de las administraciones independientes Sector financiero-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-Autoridades de protección*. Madrid, España, Civitas.
- García de Enterría, E. (1970). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, España: Tecnos.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2003). *Curso de derecho administrativo* (6ª). Madrid, España: Civitas.
- García García, J. A. (1992). Reglamento independiente y Constitución española. *Revista jurídica de Navarra*, 14, pp. 89-118.
- García Macho, R. J. (1988). *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona, España: Ariel.
- García Ureta, A. M. (2000). Algunos comentarios sobre la tutela jurídica de los espacios naturales protegidos y las especies de flora y fauna. En *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental* (pp. 59-80). Madrid, Fundación Biodiversidad.
- García Ureta, A. M. (2010). Los espacios de la Red Natura 2000. *Noticias de la Unión Europea*, 307, pp. 41-53.
- Jauralde Morgado, E. (1998). Bases para una posible reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. En *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica: XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, (pp. 667-672). Madrid, España: Sopec.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2020). La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 127-153.
- Leroyer, S. (2012). Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux Le Conseil d'État, colégislateur ? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi. *Cahiers de la recherche sur les droits*10, pp. 69-79.
- López Benítez, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, España: Civitas.
- López Menudo, F. (1996). El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos autonómicos. *Documentación administrativa*, 244, pp. 265-304.
- Martínez-Vares García, S. (2012). El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley 50/1997 del Gobierno. Aspectos relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En E. García de Enterría (coord.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández, Volumen 1*. (pp. 1657-1684). Madrid, España: Civitas.



- Mateos y de Cabo, Ó. I. (2017). El Consejo de Estado y los Consejos consultivos autonómicos: valoración del papel institucional de estos órganos y su eficacia. *Revista española de la función consultiva*, 28, pp. 209-240.
- Montoro i Chiner, M. J. (2017). La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas? *Revista española de derecho administrativo*, 182, pp. 27-57.
- Moreno Molina, A. M. (2020). Los procedimientos «normativos». En L. J. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (Eds.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo II*. (pp. 65-138). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (1975). Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, 77, pp. 139-180.
- Muñoz Machado, S. (2007). *Derecho público de las comunidades autónomas, Tomo II*. Madrid, España: Iustel.
- Muñoz Machado, S. (2009). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. 3, La organización territorial del Estado: las Administraciones Públicas*. Madrid, España: Iustel.
- Pallarès Serrano, A. (2007). Planificación hidrológica de cuenca y ordenación del suelo. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 11, pp. 189-201.
- Parada Vázquez, J. R. (1991). El Consejo de Estado. *Documentación administrativa*, 226, pp. 113-128.
- Parejo Alfonso, L. J. (2020). El procedimiento administrativo de la planificación. En L. J. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (Eds.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo II*, (pp. 139-216). Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Ponce Solé, J. y Villoria Mendieta, M. (2020). Presentación del Anuario y Estudio introductorio a la edición de 2019: el impacto de la pandemia de COVID-19. En J. Ponce Solé y M. Villoria Mendieta (Eds.), *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación* (pp. 17-60). Madrid, España: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T. de la. (1996). El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona. *Documentación administrativa*, 244, pp. 13-88.
- Ramos Medrano, J. A. (2019). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanística anulados por errores en la participación ciudadana. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 91, pp. 4-24.
- Rebollo Puig, M. (1991). Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno. *Revista de administración pública*, 125, 7-174.
- Rebollo Puig, M. (1996). El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado. *Documentación administrativa*, 244, pp. 161-210.
- Sainz Moreno, F. (1979). Reglamentos ejecutivos y Reglamentos independientes. *Revista española de derecho administrativo*, 20, pp. 124-128.
- Suay Rincón, J. (2017). Consejos Consultivos Autonómicos: una breve semblanza comparada. *Revista española de la función consultiva*, 28, pp. 37-44.
- Tornos Mas, J. (1983). La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de administración pública*, 100-102, 1, pp. 471-508.



# Aporte de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional del México del siglo XXI

## Contribution of the Miguel Vega and Justo Prieto cases to the constitutional normative force in XXI century Mexico

Jorge Arturo Acosta Argüelles\*  
*Poder Judicial de la Federación (México)*  
 ORCID ID 0000-0001-6536-3230  
[ibrahim\\_nasar9@hotmail.com](mailto:ibrahim_nasar9@hotmail.com)

### Cita recomendada:

Acosta Argüelles, J. A. (2021). Aporte de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional del México del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 71-96.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6340>

Recibido / received: 05/08/2020  
 Aceptado / accepted: 09/07/2021

### Resumen

En este artículo, con base en el concepto de fuerza normativa constitucional, se abordan los casos de Miguel Vega y Justo Prieto acontecidos en el siglo XIX, en los cuales, por primera vez, se realiza en México un control difuso de constitucionalidad. En ese marco se analizan los aportes de estos casos a la luz de los dos puntos culminantes del actual constitucionalismo mexicano, es decir, lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011, el 14 de julio de 2011 y el 3 de septiembre de 2013, en términos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de junio de 2011.

### Palabras clave

Fuerza normativa constitucional, dualismo democrático, constitución, revisión judicial, Vega, Prieto.

### Abstract

*In this article, based on the concept of constitutional normative force, the cases of Miguel Vega and Justo Prieto that occurred in the 19th century are addressed, in which, for the first time, a diffuse control of constitutionality is carried out in Mexico. In this context, the contributions of*

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara y egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Panamericana Campus México.



these cases are analyzed in light of the two culminating points of the current Mexican constitutionalism, that is, as determined by the Supreme Court of Justice of the Nation, in the various file 912/2010 and in the contradiction of thesis 293/2011, on July 14, 2011 and on September 3, 2013, in terms of the constitutional reform on human rights, of June 2011.

### Keywords

Constitutional normative force, democratic dualism, constitution, judicial review, Vega, Prieto.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Aproximación a los casos Miguel Vega y Justo Prieto. 2.1. Caso Miguel Vega. 2.1.1. Hechos. 2.1.2. Consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para admitir la demanda y conceder el amparo. 2.2. Caso Justo Prieto. 2.2.1. Hechos. 2.2.2. Consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2.2.3. Consideraciones del voto particular del magistrado Bautista como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2.2.4. Consideraciones del voto particular del magistrado Contreras como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2.2.5. Consideraciones del voto particular de Ignacio L. Vallarta, como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ampliar la concesión de amparo. 3. La fuerza normativa constitucional. 3.1. El concepto de fuerza normativa constitucional. 3.2. Independencia judicial. 3.3. La revisión judicial de constitucionalidad de leyes. 4. Aportación de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional en el México del siglo XXI. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

El profesor Cruz afirma que, para conocernos a nosotros mismos, debemos conocer nuestro pasado, preguntando por qué se han realizado determinadas instituciones y costumbres y no otras (Cruz Cruz, 2002, p. 12). Esta necesidad de reflexión histórica del constitucionalismo mexicano motiva la realización de este artículo pues, en los últimos años en México, a pesar de las graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos, en el ámbito judicial, ha habido una dinámica a favor de la protección de los derechos humanos, sobre todo a partir del caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974<sup>1</sup>, por parte de integrantes del Ejército en el Estado de Guerrero<sup>2</sup>. Entre otras medidas, la Corte impuso la obligación al Poder Judicial de realizar un control de convencionalidad *ex officio*.

En cumplimiento de lo anterior, en el expediente varios 912/2010, que dio origen a la tesis de rubro «Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de

<sup>1</sup> En los años sesenta y setenta del siglo XX, el Estado mexicano como respuesta al surgimiento de diversos grupos guerrilleros tanto en el ámbito urbano como rural, empleó una serie de métodos violentos, ilegales y gravemente violatorios de derechos humanos como detenciones ilegales, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. A este periodo se le conoce como la «guerra sucia» (Mendoza García, 2011, p. 139 y ss.).

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Recuperada de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)

control difuso de constitucionalidad»<sup>3</sup>, la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>4</sup> reinició un criterio que permite a todos los jueces del país y no solo a los jueces de amparo, realizar un control de convencionalidad/constitucionalidad *ex officio* y de manera difusa.

Dicha determinación, en gran parte, se sostuvo en la reforma constitucional<sup>5</sup> en materia de derechos humanos que entró en vigor en junio de 2011 y que fijó los estándares de actuación del Estado mexicano para la protección y garantía de los derechos humanos. Se trata de una reforma que cambió de manera sustancial la función de todas las autoridades de este país para hacer efectiva la aplicación de todas las obligaciones en materia de derechos humanos, pues en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional reconoce expresamente lo que la doctrina constitucional ha denominado como principio *pro homine* o *pro personae*, al establecer que «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia» (CPEUM, 1917, artículo 1)<sup>6</sup>.

No obstante, en la historia del constitucionalismo mexicano, desde hace mucho tiempo, han acontecido casos en favor de los derechos humanos a los cuales no se les ha dado la suficiente difusión. Dos de esos casos sucedieron en el siglo XIX y son los casos de Miguel Vega y Justo Prieto, en los cuales se realizó en México, por primera vez, la revisión judicial de constitucionalidad de leyes de manera difusa. De ahí la necesidad de analizar el contenido y aporte de estos casos a la fuerza normativa constitucional como soporte de la protección a los derechos humanos en el actual diseño constitucional mexicano, lo que cobra más relevancia si se toma en cuenta que en el México de la actualidad se vive un clima de polarización política que, en parte, repercute en ataques a la independencia judicial.

De este modo, en este artículo, en principio, se propone realizar una aproximación a los casos de Miguel Vega y Justo Prieto que acontecieron en el siglo XIX en México, a fin de que se pueda advertir, de manera breve, el contexto histórico en el que se desarrollaron. De igual forma, se analizarán las consideraciones y argumentos sostenidos en esos casos, en especial, los planteamientos de los juristas mexicanos Bautista, Contreras e Ignacio L. Vallarta.

Posteriormente, se realizará un análisis del concepto de la fuerza normativa de la Constitución y de lo que, a mi consideración, son los pilares de esta, es decir, la independencia judicial y la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes.

<sup>3</sup> La Tesis P. LXVII/2011(9a.), se encuentra publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 535. Recuperada de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160589>

<sup>4</sup> Resolución de 14 de julio de 2011, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Nación en el expediente varios 912/2010. Recuperada de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

<sup>5</sup> Antes de la reforma de junio de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 5 de febrero de 1917, no reconocía el concepto de derechos humanos ni los deberes generales de respeto y garantía, ya que en su capítulo I de su título primero, establecía el concepto de garantías individuales y, su artículo 1 señalaba lo siguiente: «Título Primero. Capítulo I. De las Garantías Individuales. Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece». La doctrina mexicana identificó a las garantías individuales como una relación jurídica de supra a subordinación entre el Estado y los gobernados, en la que estos últimos están protegidos en contra de los actos de autoridades que vulneren una prerrogativa establecida constitucionalmente (Burgoa Orihuela, 2000, p. 187).

<sup>6</sup> Este principio es fundamental para la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, pues implica un criterio hermenéutico en el deber de elegir la protección más favorable y, asimismo, un estándar normativo de elegir la norma más favorable (Silva García y Gómez Sámano, 2015, pp. 705-706).

Respecto a estos temas, se pondrá especial énfasis en los argumentos en contra y a favor de la facultad de los jueces para controlar constitucionalmente a las legislaciones.

Finalmente, con base en el sustento conceptual referido en el párrafo precedente, se pretenden estudiar las aportaciones de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional en México, de manera destacada, a los dos momentos culminantes del actual constitucionalismo mexicano; es decir, a lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011 el 14 de julio de 2011 y el 3 de septiembre de 2013, ello conforme a la reforma constitucional de junio de 2011.

## 2. Aproximación a los casos Miguel Vega y Justo Prieto

### 2.1. Caso Miguel Vega

#### 2.1.1. Hechos

El 27 de marzo de 1869, el Tribunal Supremo de Sinaloa<sup>7</sup> determinó suspender al juez de primera instancia en Mazatlán, Miguel Vega, por diversas irregularidades que estriban en haber fallado en una sentencia contra el texto expreso de la ley (Alvarado Esquivel, 2016, p. 4).

Inconforme, Miguel Vega presentó juicio de amparo que fue desechado en términos del artículo 8 de la Ley de Amparo (vigente en ese momento) que ordenaba que no procedía el juicio de amparo en contra de determinaciones en materia judicial. En contra de esta determinación, el promovente solicitó el envío de los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su revisión, la cual el 29 de abril de 1869 ordenó revocar el auto de desechamiento y admitir la demanda a trámite (Alvarado Esquivel, 2016, pp. 4-5).

El juzgado de distrito tramitó el juicio y emitió sentencia en la que negó el amparo. De nueva cuenta, se envió el asunto al máximo tribunal del país para su revisión, el cual el 20 de julio de 1869 resolvió revocar la sentencia y conceder el amparo por haberse violado los derechos reconocidos en los artículos 1, 4 y 20<sup>8</sup> de la Constitución de 1857 (Alvarado Esquivel, 2016, pp. 4-5).

---

<sup>7</sup> En términos del artículo 40 constitucional (CPEUM, 1917, artículo 40), México es una república federal. Se compone por 31 estados y la Ciudad de México, dentro de los cuales se encuentra Sinaloa, que se ubica en el noroeste del país, en la zona del pacífico. En este sentido, la conformación de México como estado federal no fue pacífica, pues en el siglo XIX, centuria en la que se independizó, en el país se vivieron constantes conflictos bélicos, en gran parte debido a la pugna entre 2 grupos políticos. Unos querían una estructura federal y otros una forma centralista, lo que incluso ocasionó la disidencia del estado de Texas, que se independizó y, a la postre, pasó a formar parte de los Estados Unidos de América (Rivés Sánchez, 2013, pp. 128 y ss.).

<sup>8</sup> Los artículos 1, 4 y 20 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que ya no se encuentra vigente, establecían lo siguiente:

«Art. 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

Art. 4. Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir sino por sentencia judicial, cuando ataque los derechos de tercero, ó por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.

Art. 20. En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté á disposición de su juez.

## 2.1.2. Consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para admitir la demanda y conceder el amparo

Es verdad que en la resolución en la cual se revocó el auto de desechamiento no se sostuvieron razonamientos para llegar a esa conclusión, sin embargo, los integrantes de la Corte, cuando alegaron en su defensa en un juicio político derivado de esa sentencia que a la postre no prosperó, explicaron que su decisión obedeció a que el artículo 8 de la legislación de amparo vigente en aquel momento, vulneraba el artículo 101<sup>9</sup> de la Constitución de 1857 que ordenaba que debía juzgarse toda violación de garantías que cometiera cualquier tipo de autoridad y que, por tanto, cuando existiera divergencia entre una legislación ordinaria y la ley fundamental, los tribunales debían sujetarse a la Constitución, de modo que, argumentaron que la Corte se encuentra facultada para determinar que una ley no se aplique si transgrede a la Constitución (Acuña, 2016, p. 342).

En este caso, el máximo tribunal del país ponderó entre el imperativo de no permitir que se transgredieran los derechos reconocidos en los artículos 4 y 20 de la Constitución de 1857 o dejar de observar el artículo 8 de la Ley de Amparo que, indirectamente, permitía que se trasgredieran los derechos de defensa del quejoso al no permitir que se interpusiera el recurso de amparo en contra de la determinación del Tribunal de Sinaloa que ordenaba inhabilitarlo por un año (Alvarado Esquivel, 2016, p. 18). De manera que, entre permitir que se vulnerara la garantía de audiencia del quejoso, observando la Ley de Amparo, y la posibilidad de evitar la transgresión a esa garantía, se determinó dejar de observar la ley secundaria para preservar el contenido de una norma constitucional (Alvarado Esquivel, 2016, p. 19).

Para conceder el amparo, la Corte estimó que la sanción a Miguel Vega infringía el artículo 4 porque sin existir una sentencia judicial o una resolución gubernativa, se realizó su suspensión para que ejerciera su profesión de abogado, su empleo y su sueldo. Asimismo, consideró que se trasgredió el artículo 20, fracción V constitucional, porque Miguel Vega no fue oído ni vencido en juicio, ya que el Tribunal Superior le impuso la sanción de plano y sin desahogo de juicio alguno (Alvarado Esquivel, 2016, pp. 20-21).

## 2.2. Caso Justo Prieto

### 2.2.1. Hechos

Como preámbulo de este caso es menester precisar que se ubica en un periodo histórico muy importante y particular en México que abarcó de 1877 a 1910 y que se conoce como «porfiriato», «porfirismo», «dictadura porfirista» o «régimen porfirista» en el que, *de iure* o *de facto*, gobernó como presidente de la República el general Porfirio Díaz y que, finalmente, concluyó con la revolución mexicana. Este régimen se

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan» (CPEUM, 1857, artículos 1, 4 y 20). Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)

<sup>9</sup> El artículo 101 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, señalaba lo siguiente:

«Art. 101. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.

III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal» (CPEUM, 1857, artículo 101). Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)



caracterizó, en gran parte, por los abusos de los terratenientes protegidos por la dictadura (Orozco Linares, 2010, pp. 245-250).

Durante la dictadura porfirista surgió una figura que sirvió para la explotación dentro de las haciendas de los terratenientes, conocida como «tiendas de raya», de propiedad de los patrones, que eran centros de distribución de bienes para los trabajadores. Se le conocía como «tiendas de raya» porque la gran mayoría de los trabajadores eran analfabetos y en el libro de registro de pago de nómina dejaban una raya en lugar de su firma. Ya que no podían salir de las haciendas, los trabajadores eran forzados a comprar en las «tiendas de raya» productos con un costo muy elevado del que realmente tenían, por lo que se les hacían préstamos que se volvían impagables y que se transmitían a sus hijos y se les obligaba a saldarlos. Además, el salario se les pagaba con vales o monedas hechas en la propia hacienda y si algún trabajador intentaba huir era perseguido y devuelto a la hacienda con temor a un castigo (Romero, 2017).

El caso Justo Prieto sucede en el contexto del «porfiriato», pues comenzó el 19 de febrero del año 1881, cuando trabajadores de un terrateniente de nombre Tomás Núñez demandaron que tenían más de una década trabajando para esta persona, que se encontraban en una situación semejante a la esclavitud y que dicho hacendado les reclamaba una suma exorbitante. Pidieron que el patrón acudiera a juicio para que justificara el dinero que les cobraba. El abogado del hacendado interpuso queja en contra del juez, pues a su parecer, existió dilación en contra de los deudores y trabajadores prófugos.

El Tribunal Supremo del Poder Judicial de Chihuahua, por ordenamiento emitido el 12 de marzo del mismo año, determinó que los trabajadores eran prófugos y requirió al juzgador para que los asegurara, porque sus deudas los convertían en convictos por hurto y que, por ende, tenían que regresar a laborar a fin de solventar sus adeudos, ello, con fundamento en la Ley 7, Sección 11 estatal. En atención a ese mandato, el juez ordenó la detención de dichos trabajadores el 18 de marzo de la misma anualidad y, el día 22 siguiente, los mismos operarios pidieron al juzgador su libertad, ya que habían permanecido en detención cinco días, sin que estuviera justificado por auto de formal prisión alguno (Acuña, 2016, p. 343).

Justo Prieto, en su calidad de asesor<sup>10</sup>, sugirió al juez que los dejara en libertad, pues consideró que la ley local no era conforme con la Constitución Federal y, por tanto, recomendó su inaplicación (Acuña, 2016, p. 343). El Tribunal Superior de Chihuahua, determinó suspender en sus funciones a Justo Prieto y fue consignado ante la Segunda Sala de dicho tribunal, por haber realizado una consulta contraria de la ley (Acuña, 2016, p. 344).

Inconforme, Justo Prieto promovió amparo que fue concedido solo en parte por el juez de distrito el 12 de julio de esa anualidad. El juez de distrito concedió el amparo por haber sido violado en su perjuicio el artículo 24<sup>11</sup> de la Constitución de 1857, pues fue sancionado en dos ocasiones derivado de la misma falta: la primera, cuando se le suspendió y, la segunda, cuando se le consignó. Justo Prieto argumentó que, de igual modo, se vulneró en su contra el artículo 126<sup>12</sup> del pacto fundamental,

<sup>10</sup> En ese entonces, los jueces en algunos estados de México eran legos.

<sup>11</sup> El artículo 24 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, señalaba lo siguiente: «Art. 24. Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia». (CPEUM, 1857, artículo 24).

<sup>12</sup> El artículo 126 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, señalaba lo siguiente: «Art. 126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados



que establecía la obligación que tenían los juzgadores de siempre preferir la aplicación de la Constitución en lugar de las constituciones locales y legislaciones estatales. El juez de distrito resolvió que el precepto constitucional no fue vulnerado, porque desde su perspectiva, en ese numeral no existía una garantía que pudiese ser transgredida. En desacuerdo, el quejoso interpuso recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que, en el mismo año (1881) resolvió a su favor (Acuña, 2016, pp. 344-345).

### 2.2.2. Consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Corte aseguró que en ningún momento existió causa alguna para sancionarlo, incluso para someterlo a proceso, pues el ilícito de desobediencia en el que se sustentó el Tribunal Supremo de Chihuahua no se actualiza cuando un asesor manifiesta una opinión que, en dado caso, un juez acepta. Que, además, aun cuando se estimara que el delito sí se verificó, las determinaciones que ordenaron su suspensión y su encausamiento, transgredieron el numeral 24 constitucional, que prohíbe la persecución de igual delito en dos ocasiones y, por tanto, el alto tribunal de la nación resolvió que en el caso había una inexistencia del delito (Acuña, 2016, pp. 345-346).

Adicionalmente, el máximo tribunal del país afirmó la obligación de los jueces para sostener la desobediencia de legislaciones que vulneren la ley fundamental y, por tanto, generó una protección más extensa hacia el precepto 126 de la Constitución de 1857, pues dijo que cumplir un deber, en este caso de aplicar la carta magna, de ningún modo implica cometer un ilícito (Acuña, 2016, p. 347).

### 2.2.3. Consideraciones del voto particular del magistrado Bautista como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El magistrado<sup>13</sup> Bautista menciona el artículo 126 de la Constitución de 1857, con relación a que los jueces de los Estados se deben de arreglar a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de lo que dispongan en contrario las constituciones y leyes locales (López Saucedo, 2016, pp. 178-179), así, sostuvo:

En Chihuahua se ha dado una ley por su respectiva legislatura, ordenando que los operarios que no quieran cumplir sus contratos y que se separen del servicio de sus amos, son reos prófugos, cometen el delito de hurto, fraude o estafa, y por lo mismo se les debe procesar, obligándoles al cumplimiento de sus obligaciones hasta con prisión; y como esta ley peca abiertamente contra la Constitución, los jueces de aquel Estado harán bien en no cumplirla en los casos que les ocurran, arreglándose no á dicha ley, sino á lo mandado en el art. 126 de la Constitución; y como esto es lo que hizo el Lic. Justo Prieto en su carácter de asesor, consultando que el Juez se arreglará á la Constitución y no á una resolución destacada del Tribunal Superior, que ordenaba el cumplimiento de la ley del Estado sobre operarios, evidentemente estuvo en su derecho y no cometió ninguna falta digna de penarse; y como aquel Tribunal lo destituyó por ese sólo hecho y lo mandó procesar, contra cuyos actos el C. Prieto ha pedido amparo, éste procede, en mi concepto, por haberse violado los arts. 14 y 16

---

hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados». (CPEUM, 1857, artículo 126). Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const_mex/const_1857.pdf)

<sup>13</sup> En ese entonces, a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se les denominaba magistrados y, en la actualidad, se les llama ministros o ministras.

de la Constitución; el primero, por inexacta aplicación de la ley, y el segundo, porque falta absolutamente la causa del procedimiento[sic]. (López Saucedo, 2016, p. 179).

Además, el magistrado Bautista aclaró que el licenciado Justo Prieto no revocó una sentencia de sus superiores, sino que no la aplicó por ser contraria a la Constitución, en términos del artículo 126 constitucional (López Saucedo, 2016, pp. 179-180).

#### 2.2.4. Consideraciones del voto particular del magistrado Contreras como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El magistrado Contreras, a diferencia de su homólogo Bautista, analiza solo los artículos 14, 16 y 24 constitucionales, pero no el 126, porque estimó que el deber impuesto a los jueces locales de arreglarse a la Constitución, no debe confundirse con la facultad de pronunciar la inconstitucionalidad de una ley, ya que dijo que esa facultad solo estaba reservada a los jueces federales, en términos del artículo 102 constitucional (López Saucedo, 2016, pp. 181-182).

Agregó que los jueces no estarían autorizados para revisar los fallos de los tribunales superiores, a menos que contengan violaciones de «garantías», como aconteció con Justo Prieto, quien aconsejó la libertad de los «sirvientes» en términos del artículo 19 constitucional, por lo que actuó conforme a sus facultades. Además, el magistrado Contreras destacó que el licenciado Justo Prieto no aconsejó la inconstitucionalidad de la ley y, por ende, no usurpó facultades ajenas, ni revisó ni revocó una sentencia superior (López Saucedo, 2016, pp. 182-184).

#### 2.2.5. Consideraciones del voto particular de Ignacio L. Vallarta como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ampliar la concesión de amparo

El profesor Del Rosario Rodríguez explica que, para resolver el juicio, Ignacio L. Vallarta se formula tres preguntas:

Sobre el amparo en cuestión, Ignacio L. Vallarta fundó su voto en las siguientes consideraciones. Para el jurista jalisciense, el Juez de Distrito al conceder en algunos aspectos la tutela judicial, no tomó en cuenta lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución Federal. En su proyecto, Vallarta se pregunta: ¿Puede una ley secundaria erigir en delito la desobediencia de los Jueces al artículo 126 de la Constitución, que los obliga a arreglarse a ella, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados? ¿Comete un delito el Juez o asesor que falla contra una ley que juzga anticonstitucional? ¿Se puede penar el deber de observar de preferencia la Constitución sobre cualquier ley que la contradiga? (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 394).

Vallarta argumentó que pretender sostener la postura del Tribunal Superior de Chihuahua, generaría que la legislación local fuera superior a la Constitución y que se perdiera su supremacía y, como consecuencia, que el poder del legislativo superara al del pueblo. Por tanto, las limitaciones a los legisladores tienen justificación plena si se quiere mantener el ordenamiento constitucional (Del Rosario Rodríguez, 2016, pp. 395-396).

Vallarta, con base en lo que Hamilton mencionó en *El Federalista*, precisó que si existe una divergencia entre la ley fundamental y las demás leyes que no se pueda resolver, debe prevalecer la norma superior y que, por ende, los jueces deben de observar la Constitución, pues es suprema a cualquier otra legislación y, en

consecuencia, en este caso se tiene que aplicar la carta magna y no la ley estatal (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 396).

Del Rosario Rodríguez explica que, para apuntalar aún más su voto particular, Vallarta, al ser un conocedor del derecho americano, menciona a *Marbury vs Madison*:

Para dar un mayor soporte a sus razonamientos, Vallarta como ferviente seguidor del derecho judicial americano, citó un fragmento de la célebre sentencia del caso *Marbury v. Madison* elaborada por el Juez Marshall, relativo al principio elemental que debe seguir todo Estado para garantizar un adecuado funcionamiento del Estado, consistente en el respeto absoluto de los órganos de poder a lo prescrito por la Constitución. (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 397)

Además, el juez Vallarta refirió que no era necesario que existiera una justificación del artículo 126 constitucional, porque si los constituyentes establecieron la cláusula de la supremacía constitucional, se entiende que en ese momento aceptaron lo que implicaba ese precepto derivado del modelo americano (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 397).

Vallarta también destacó lo importante de que los jueces sean proactivos y rechazó que los juzgadores sean pasivos y permitan aplicar una norma contraria a la Constitución, ya que ello conllevaría un daño a su vigencia. Por tanto, dijo que si los legisladores generan una norma que vulnere los intereses de la población, esta solo puede defenderse a través de los jueces, porque, de no ser así, serían cómplices del rompimiento de la intangibilidad del Derecho (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 399).

Para el destacado juez mexicano, era muy importante que existiera un instrumento como el *writ of error* que fuera garantía de que, ante la eventual inaplicación realizada por un juzgador estatal (local), su determinación de manera obligatoria se revisara por un ente que estuviera facultado para ejercer control constitucional y, en consecuencia, ello protegería la intangibilidad del ordenamiento legal (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 400). De ahí, sostuvo que, si existiera algún medio de control constitucional, la sanción que en este caso se impuso a Justo Prieto, no habría progresado porque el alto tribunal habría decidido si el numeral que se inaplicó era acorde con el pacto fundamental (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 401).

Vallarta agregó que el máximo tribunal de la nación debía decidir entre dos interpretaciones del numeral 5<sup>14</sup> de la Constitución de 1857: la primera, del quejoso en su calidad de asesor, que dice que de acuerdo a ese precepto constitucional, no hay facultad para someter a los trabajadores por la fuerza para que paguen las deudas que el hacendado asevera tener a su favor; o, la segunda, del Poder Judicial de Chihuahua, que estriba en que ese precepto constitucional no se puede aplicar a este asunto, porque los trabajadores ya habían hecho un compromiso para prestar un servicio mediante el pago de un numerario que previamente recibieron y que rechazan el cumplimiento a lo que habían pactado (Del Rosario Rodríguez, 2016, p. 402).

---

<sup>14</sup> El artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, señalaba lo siguiente: «Art. 5. Nadie puede ser obligado á prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. El Estado no puede permitir que se lleve á efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. La ley, en consecuencia, no reconoce órdenes monásticas, ni puede permitir su establecimiento, cualquiera que sea la denominación ú objeto con que pretendan erigirse. Tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro» (CPEUM, 1857, artículo 5). Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)

En ese sentido, estimó que el alto tribunal en diversas sentencias ya había establecido que los tribunales de los Estados no debían soslayar la interpretación constitucional de la Corte. Por ende, concluyó que no era legal estimar que la obligación que impone el artículo 126 del pacto fundamental a los juzgadores estatales, relativa a la preferencia de aplicación de la Constitución sobre las legislaciones locales, constituye un delito, en este caso, la Ley de Sirvientes, que era contraria al artículo 5 de la carta magna, que prohibía los trabajos forzados, en tanto que «los jueces no sólo [sic] tienen el derecho, sino la estricta obligación de privilegiar los preceptos constitucionales, cuando las órdenes sean contrarias a esos preceptos» (Del Rosario Rodríguez, 2016, pp. 402-404).

Una vez realizado el acercamiento a los casos de Miguel Vega y Justo Prieto y, a fin de determinar sus aportes a la fuerza normativa constitucional en México, es menester definir en qué consiste este concepto, de dónde deriva y en qué se sostiene.

### 3. La fuerza normativa constitucional

#### 3.1. El concepto de fuerza normativa constitucional

En primer lugar, una constitución, ontológicamente, se puede clasificar en: normativa, nominal y semántica. La constitución normativa es una constitución «viva», vivida por los gobernantes y gobernados, de manera que no es suficiente una validez jurídico-formal, sino que forzosamente tiene que ser realmente observada e integrada en la sociedad (Pereira Menaut, 2005, p. 14).

En una constitución nominal, la situación social, cultural y económica, no permite la completa adecuación de la vida política real a la constitución, pero hay una esperanza de que, en algún momento, se llegue a corresponder con el modelo establecido en la constitución, de tal manera que se convierta en una constitución normativa. Por su parte, la Constitución semántica es aquella cuya realidad no es más que la mera formalización de una situación en la que los gobernantes tienen un dominio pleno y exento de control, de modo que puede ser aplicada sin que por ello se limite en nada el poder, por lo que, si no existiese constitución formal, la vida política real no sería notablemente diferente. Por tanto, en lugar de servir de limitación al poder, la constitución semántica es el instrumento para legitimar a quienes están en el poder (Pereira Menaut, 2005, p. 14).

En lo que concierne a la fuerza normativa de la constitución, el profesor Néstor Pedro Sagüés (2016) señala que puede entenderse como la aptitud para regular en forma y contenido la producción de normas sub-constitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores. Entonces, dicha fuerza solo puede entenderse con un triple análisis: normativo, fáctico y axiológico (p. 19).

En ese sentido, el profesor Sagüés refiere tres premisas del valor de la fuerza normativa de la constitución: 1) es valioso que la constitución tenga fuerza normativa si los preceptos de esa constitución son intrínsecamente valiosos; 2) una constitución fundamentalmente ilegítima, es preferible que carezca de fuerza normativa; y, 3) es aconsejable que no tengan fuerza normativa las posibles cláusulas ilegítimas de una constitución normalmente legítima (2016, p. 19).

Desde la perspectiva normativa, generalmente la constitución da a su fuerza normativa un valor absoluto, en el sentido de que pretende disciplinar todo el comportamiento estatal. En el ámbito existencial, la fuerza normativa de la constitución es la pretensión de vigencia del constituyente, por tanto, para inquirir sobre la auténtica fuerza normativa de una constitución es necesario zambullirse en

la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución (Sagüés, 2016, pp. 19-21).

Maurizio Fioravanti explica que la revolución americana a diferencia de la francesa, parte de la necesidad de oponerse a un legislador que se encuentra fuera de los confines de su legítima jurisdicción. Este matiz se mantendrá siempre en el curso de la revolución americana, de modo que el hilo que conducirá siempre a la cultura político-constitucional americana será la desconfianza frente a los legisladores y, en particular, frente a la pretensión del legislativo de encarnar la voluntad general, como sucedió en la revolución francesa (2016, p. 76). De esta forma, establece que con la Constitución Federal americana comienza un modelo que prevé como primer rasgo fundamental la supremacía de la constitución, en principio frente a la ley, y, por ende, frente a la voluntad de la mayoría (Fioravanti, 2014, p. 60).

Se trata de un modelo que no se realizó en aquel momento en Europa, dada la herencia de la revolución francesa y, con posterioridad, con el positivismo y legalismo que, en el siglo XIX, controvirtieron el ideal de la constitución como ley suprema del país. Sin embargo, en la revolución americana fue distinto, desde el principio, cuando se planteó la oposición a la injusta oposición de tributos del Parlamento inglés, los colonos se vieron en la necesidad de invocar una norma de carácter superior a la que llamaron constitución (Fioravanti, 2014, p. 60).

De ahí que esta sea la principal diferencia con la revolución francesa, ya que esta se guía por la lógica hobbesiana monista en la que solo existe una voluntad popular como fundamento que no distingue entre la autoridad de la ley y la de la constitución, mientras que en el caso americano, el modelo presenta una estructura dual, porque el pueblo expresa dos voluntades diferenciadas: la primera, es la del constituyente como fundamento de la supremacía de la constitución y, la segunda, es la política, que es más contingente y depende de las circunstancias, la cual establece un solo legislador como expresión de una mayoría (Fioravanti, 2014, pp. 60-61). De manera tal que el pueblo no puede existir más que a través de la constitución, porque su soberanía es idéntica a la supremacía de esta y, otra cosa, es menor y subordinada, ya que es la voluntad del pueblo la que constituye un parlamento y da una mayoría (Fioravanti, 2014, pp. 60-61).

Considero que el dualismo democrático es uno de los elementos constitutivos de la fuerza normativa de la constitución, pues si no se acepta de esta manera, el concepto de la constitución se desvanece con la actuación del legislador ordinario. Al respecto, Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz establecen que el dualismo constitucional es un concepto que pretende distinguir entre las decisiones políticas tomadas por el pueblo mismo y las tomadas por el gobierno (1991, p.16).

Ellos explican que, en la visión dualista, las decisiones tomadas por el pueblo no son algo común, ya que ocurren raramente y en momentos especiales que ellos denominan «momentos constitucionales». Afirman que, por oposición a las decisiones del pueblo, las decisiones del gobierno ocurren diariamente, de manera que en estas decisiones no existe ni el debate ni la movilización popular (Ackerman y Rosenkrantz 1991, p.16). En este sentido, aseveran que, de acuerdo a la visión dualista, los representantes del pueblo no se pueden arrogar por el hecho de haber ganado una elección, la atribución de anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en momentos constitucionales (Ackerman y Rosenkrantz 1991, p.17).

De ahí sostienen que, la distinción entre decisiones del pueblo y decisiones del gobierno es de suma relevancia para establecer los deberes del Poder Judicial y



la Corte Suprema en el control de constitucionalidad, pues la democracia dualista asume una teoría de adjudicación constitucional. Por tanto, de acuerdo al dualismo, el deber básico de la Corte Suprema es preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que esas decisiones se erosionen por las decisiones del gobierno, de modo tal que, para el dualismo, la Corte es una institución conservadora de la voluntad popular expresada en momentos constitucionales (Ackerman y Rosenkrantz 1991, p. 18).

Esta postura del dualismo democrático, a mi parecer, genera otro elemento importantísimo de la fuerza normativa de la constitución, que es la concepción de esta como norma jurídica superior y, por ende, eficaz. La constitución como norma jurídica superior implica que no se reduce a ser un programa político que limita y estructura el poder, sino que tiene todas las características de una regla jurídica, pero superior, y que, por ser jerárquicamente superior, se impone a cualquier otra norma de derecho vigente. En este sentido, su lugar superior impone a todos los operadores y creadores del derecho, un conocimiento y respeto apropiado para con la constitución (Vigo, 2016, pp. 38-39). Por esos motivos, la constitución cuenta con eficacia directa o indirecta, de modo que, no hay normas constitucionales estrictamente programáticas. Ejemplos de esta eficacia directa son las omisiones constitucionales, la judicialización de las cuestiones políticas y el reconocimiento de que todos los jueces son de la constitución y no solo de la ley, por lo que están obligados a aplicarla sin obstáculos formales (Vigo, 2016, pp. 38-39).

En este orden de ideas, la fuerza normativa de la constitución no tendría ningún sentido si no se entiende que la principal función de la constitución es la de limitar al poder (incluso entre particulares) e impedir su abuso, básicamente con el reconocimiento de los derechos humanos, la división de poderes y la organización precisa de los procedimientos en los cuales se lucha por el bien común y se busca la justicia (Häberle, 2007, pp. 228-229). Muy relacionada con la función del límite del poder, se encuentra la de referencia a la realidad y configuración de la realidad, la cual se puede manifestar de muchas maneras, como por ejemplo con las normas relativas al Estado social de derecho, la dinamización del principio de igualdad o disposiciones que se encuentran al servicio de la optimización de los derechos humanos. De ahí que, el Estado constitucional pretende que sus textos se cumplan socialmente y su normatividad se convierta en una normalidad (Häberle, 2007, p. 230).

Una vez dicho lo anterior, surge entonces la interrogante de cuál es la mejor manera de lograr que la fuerza normativa constitucional sea efectiva y se convierta en una realidad. A mi parecer, la respuesta es la independencia judicial y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, pues sin ellos, el ejercicio del poder tanto del ejecutivo como del legislativo se puede volver absoluto, en aras de lograr mejores resultados electorales o por la mera concentración del poder, tal y como la historia lo ha demostrado.

### 3.2. Independencia judicial

La independencia judicial supone necesariamente del respeto al principio de división de poderes, sin embargo, consideramos que la independencia de los jueces no es un concepto que nace de modo indefectible de la separación del poder, sino de la creación misma en la humanidad de la figura del juez como un tercero que resuelve un conflicto entre dos.

La apelación a un tercero para resolver conflictos fue un gran progreso de la humanidad, pues aunque en principio se acudía a ellos de forma voluntaria, la



dinámica de la razón generó que los jueces tuvieran que ser aceptados forzosamente, pues facilitaron una nueva racionalización de la experiencia debido a la argumentación en los juicios en donde se tenía que escuchar a las dos partes, de ahí que posiblemente fue el primer modelo de argumentación lógica y, por ende, los debates de la vida cotidiana precedieron los debates por el conocimiento (Marina y de la Válgoma, 2008, p. 63).

Desde siempre han existido dos poderes que han querido apropiarse de la facultad de juzgar: la religión con los sacerdotes, brujos y chamanes y los soberanos con los monarcas. Tanto en Francia como en Inglaterra, desde la Edad Media hasta el siglo XVIII, se creía que los reyes tenían la facultad de curar escrófulas, una enfermedad ganglionar conocida como «el mal del rey», para lo cual tocaba al enfermo y solo gracias a ese apoyo divino podía disponer de la vida y muerte de sus súbditos. Asimismo, durante siglos los japoneses creyeron que sus emperadores tenían sangre divina y esta leyenda se hizo verdad oficial y todavía poco antes de la segunda guerra mundial, un catedrático de Derecho Constitucional de Tokio fue expulsado por decir que esa afirmación era un bello símbolo ¿Cuál fue la razón del castigo? La sangre divina del emperador era una realidad no un símbolo (Marina y de la Válgoma, 2008, p. 65).

Así, la experiencia y la razón práctica fueron definiendo las características del juez, según las cuales: debía estar desligado de cualquier poder religioso o político, debía juzgar con arreglo a las leyes, ser independiente y tener protegida su independencia. Por último, se crearon tribunales de apelación para asegurar hasta donde sea humanamente posible, la corrección de las sentencias (Marina y de la Válgoma, 2008, pp. 65-66).

Owen Fiss explica la independencia judicial a través del caso de los documentos del Pentágono de 1971. Este caso surgió a raíz de que el 13 de junio de ese año, se publicó en el *New York Times*, la primera entrega del expediente conocido con el nombre de los «Documentos del Pentágono». Esos documentos constituían un estudio encargado al secretario de defensa en 1967 y estaba compuesto de siete mil páginas, de las cuales tres mil eran narrativas y cuatro mil consistían en documentos clasificados, todos rotulados como *top secret* (1989, p. 51). La segunda publicación apareció el 14 de junio de 1971, luego de la cual el procurador general de los Estados Unidos envió un telegrama al *New York Times* exigiendo que se interrumpieran las futuras publicaciones y que devolvieran los documentos al Ministerio de Defensa y los amenazó con entablar una acción criminal en su contra. Al día siguiente se publicó una tercera entrega, luego de la cual el procurador inició una acción judicial, logrando que los tribunales federales inferiores dictaran una prohibición en contra del *New York Times* para que se abstuviera de seguir publicando los documentos del Pentágono. El periódico apeló esa determinación ante la Corte Suprema con el compromiso de atenerse a los resultados del litigio y a suspender cualquier publicación futura de los documentos (Fiss, 1989, p. 51).

Después de esto, la causa adquirió un matiz distinto, pues los documentos comenzaron a publicarse en diversas partes del territorio nacional. El profesor Fiss afirma que en realidad no estaba en juego la publicación de los documentos, pues al fin de cuentas ya eran de dominio público, que lo que estaba en juego era la estructura de la autoridad y la capacidad de administración de mantener su sistema de clasificación de documentos reservados y secretos. Al final de ese mes la Corte dictó sentencia a favor del periódico. Así, a través de lo ocurrido en este caso, el profesor Fiss explica que la independencia judicial envuelve tres ideas distintas: independencia personal, independencia política e independencia intelectual (Fiss, 1989, p. 53).

Para abordar la independencia personal señala que, el sistema federal de los Estados Unidos está compuesto por tres diferentes niveles de tribunales: de primera instancia, de apelación y la Corte Suprema. En los niveles inferiores hay una mezcla de elementos burocráticos y personales, pues sus sentencias pueden ser revocadas por los tribunales superiores, lo cual constituye un elemento burocrático. No obstante, los jueces de los tribunales inferiores tienen independencia personal, pues prestan un juramento de cargo y gozan de inamovilidad de por vida, no pudiendo ser removidos por ningún juez superior. Además, se encuentran protegidos en contra de cualquier disminución de su sueldo, de modo que, a nivel de tribunales inferiores concurren elementos burocráticos mezclados con elementos personales que inciden en el grado de independencia del juez. Sin embargo, al más alto nivel, es decir, al nivel de la Corte Suprema, no hay elementos burocráticos y la independencia personal es prácticamente ilimitada, pues cada magistrado se considera a sí mismo como la autoridad máxima, como la encarnación de la soberanía del Poder Judicial (Fiss, 1989, p. 54).

Este tipo de independencia en el caso de los documentos del Pentágono quedó claramente evidenciado, porque no se dictó una sola resolución, sino que cada uno de los nueve magistrados que integran la Corte dictaron una resolución por separado. No obstante, también se vieron en la necesidad de actuar en conjunto para orientar a las partes o a los tribunales inferiores y, en este caso, se vio reflejada con una décima resolución que se denominó «*per-curiam*», que representó a la mayoría en términos de la «doctrina de la censura previa». De manera que la independencia personal consiste en la insistencia y conocimiento que cada juez siente para adoptar una resolución al interpretar la Constitución, según lo estime en un momento dado y, al mismo tiempo, asumir la responsabilidad individual al dictar la sentencia (Fiss, 1989, pp. 54-55).

En cuanto a la independencia política, el autor explicó que en este caso consistió en la resistencia para rechazar la petición del procurador general, es decir, la resistencia al poder político que se fundó en tres fuentes: la primera, derivada de las garantías que otorga la constitución a los jueces de la Corte Suprema, pues ocupan cargos vitalicios, son inamovibles y no pueden ser sancionados por las otras ramas del gobierno. La segunda fuente está basada en la opinión pública que en ese momento estaba a favor de la libertad de expresión; y, la tercera fuente fue creada por los propios jueces y estriba en la «manipulación», yo diría argumentación de la doctrina legal, que en este caso derivó en que, mediante el uso de la doctrina de la «censura previa», que consiste en un mecanismo que otorga una protección especial a la libertad de expresión, de la manera más diplomática, se negó la petición del procurador general (Fiss, 1989, p. 55-58).

El último tipo de independencia judicial que sostiene el profesor Fiss, es la independencia intelectual. Al respecto, menciona que esto consiste en un proceso intelectual de decisión, de juicio, condicionado solo por las leyes y principios, aunque no determinado por estos, lo cual les genera cierta vulnerabilidad que se ve contrarrestada por la especial posición de la Corte Suprema en la estructura del gobierno y en el singular proceso de diálogo del Poder Judicial, pues para adoptar una decisión se encuentran obligados a escuchar a todas las partes, lo cual dota de un cierto grado de fuerza moral (1989, pp. 58-60).

### 3.3. La revisión judicial de constitucionalidad de leyes

La independencia judicial es una condición indispensable de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, aunque esta última no es una consecuencia necesaria de tal independencia.

En *El federalista*, Alexander Hamilton ya argumentaba que la independencia completa de los tribunales es particularmente esencial en una constitución limitada, entendiéndose como tal, aquella constitución que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa y que, en ese sentido, esas limitaciones solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber es declarar nulos todos los actos contrarios a la constitución, pues de lo contrario, las reservas que se hagan respecto de determinados derechos o privilegios serían letra muerta (Hamilton, Madison y Jay, 2001, p. 331). De ahí esgrimió que no existe una proposición que se apoye en principios más claros que la que afirma que, todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato al cual se ejerce, es nulo, por tanto, ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido (Hamilton, Madison y Jay, 2001, p. 332).

En ese sentido, el profesor Sagüés refiere que el desempeño de los jueces que ejercen un control de constitucionalidad es decisivo para la fuerza normativa de la constitución. Ese control puede tener roles represivos y roles constructivos. El rol represivo implica invalidar normas inconstitucionales que emitan los otros poderes. A través de esta función se trata de impedir los ataques que través de normas inconstitucionales se realicen en contra de la constitución, de manera que, el control judicial de constitucionalidad es una especie de antídoto o garantía del propio sistema constitucional para conservar su salud jurídico-política (2016, pp. 21-23).

A su vez, el rol constructivo implica un actuar positivo de los jueces, como sucede en la constitucionalidad por omisión que impulsa la actividad de los poderes del Estado. El Poder Judicial asume directamente roles positivos, adoptando por sí medidas y pronunciamientos que se vinculan directamente con la fuerza normativa de la constitución y cita los siguientes ejemplos: a) cuando dirime conflictos entre poderes y disputas análogas; b) cuando define la superficie y profundidad de los derechos y los hace respetar; c) en cualquier jurisdicción, cuando al resolver algún litigio se haga efectiva en primer término la constitución, y d) cuando al aplicar la constitución se adopten soluciones tendentes a preservar la persistencia y eficacia del régimen democrático constitucional (Sagüés, 2016, pp. 19-21).

No obstante, el control judicial de constitucionalidad de leyes tiene críticos serios y el argumento principal es la legitimidad de la postura contra mayoritaria. Uno de los máximos exponentes de esta crítica es Jeremy Waldron, quien señala diversas fallas en el control judicial, de las cuales las más fuertes tienen que ver con el argumento democrático. Algunas de ellas son: 1) la existencia de una carta de derechos requiere de interpretaciones posteriores; 2) tales interpretaciones van a ser siempre controvertidas en sociedades marcadas por el desacuerdo; y, 3) si confiamos en los individuos, no se debe privarlos del derecho de reflexionar libremente sobre los asuntos que más les importan, incluidos los relacionados con el contenido y alcance de sus derechos (Waldron, 2005, p. XXVII).

Otra de las críticas es que las decisiones de los jueces también se toman a través del voto y mediante la aplicación de la regla de la mayoría, lo que demuestra lo inevitable de los desacuerdos en cuestiones constitucionales, ya que los jueces disienten entre sí, tal como lo hacen los ciudadanos y los legisladores. Además de que esto contradice a quienes afirman que los derechos no se pueden decidir por

medio de la regla de la mayoría. Este autor niega que el control judicial resulte mejor que los controles mayoritarios o democráticos, pues los mismos prejuicios que se atribuyen a los parlamentos pueden encontrarse en los tribunales, lo que puede advertirse por ejemplo en el caso de «Dred Scott», referente a la convalidación de la esclavitud por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, o el caso de «Korematsu», en el que se respaldó el establecimiento de un campo de concentración en Estados Unidos y, adicionalmente, duda sobre las virtudes del razonamiento judicial para mejorar la discusión democrática, pues no permite la libertad de discusión (Waldron, 2005, p. XXVIII- XXX).

A mi parecer, el juez en retiro de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak, ofrece respuestas acertadas a la crítica del argumento contramayoritario. La primera consiste en que algunas constituciones (México)<sup>15</sup>, explícitamente, facultan a los jueces para juzgar la constitucionalidad de leyes y, por ello, en estos casos, no es factible dudar de la licitud en su actuar (2009, p. 31). La segunda refutación estriba en que, si sostenemos la corrección de la postura contramayoritaria, tenemos que concluir que los países no deberían tener constituciones, porque precisamente, en parte, la constitución no es un concepto democrático, pues en algunos contextos no se permite la decisión mayoritaria. De ahí que, si en verdad se desea una constitución, no se debería otorgar en exceso un valor a las posturas de las mayorías. Por ello, si entendemos que el concepto de la democracia no solamente consiste en el poder de las mayorías, sino también en proteger la dignidad de las personas, la facultad de los jueces de someter a un escrutinio de constitucionalidad a las leyes, que sostiene la democracia sustantiva, no resulta antidemocrática (Barak, 2009, p. 32).

El tercer disenso es que el argumento contra mayoritario demerita las posibilidades de mutar el pacto fundamental (Barak, 2009, p. 34). Sobre ello, en otro aspecto, el juez Barak se pronuncia con relación al tema relativo a que los juzgadores no rinden cuentas, así, refiere que constituye una equivocación el hecho de pensar que, para que una democracia sea auténtica, todos los órganos estatales se encuentran obligados a realizar una rendición de cuentas como lo hace la legislatura, ya que el Poder Judicial no necesita eso, en la medida que tiene otras maneras de rendir cuentas (Barak, 2009, p. 34).

Por otro lado, el juez Barak indica que es un mito considerar que los jueces en todo momento quieran hacer valer sus convicciones, pues los jueces tienen como pauta la meta de conseguir la objetividad judicial (Barak, 2009, p. 35). Lo cual significa que el juzgador se encuentra obligado a plasmar lo que la sociedad cree, aun cuando esas creencias no le sean afines. También, el juez manifiesta los principios y valores de la ley fundamental, en la forma en que la sociedad los ha comprendido en el transcurso del tiempo y, de igual modo, el juez plasma los principios de la población y no así, sus propias convicciones. Por ende, la disyuntiva es elegir entre un par de raseros de lo que el pueblo quiere: uno es el relativo a los valores que se encuentran

---

<sup>15</sup> El artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la facultad de los Tribunales de la Federación para revisar la constitucionalidad de las leyes, pues dispone lo siguiente: «Art. 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

(Reformada, D.O.F. 29 de enero de 2016)

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

(Reformada, D.O.F. 29 de enero de 2016)

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal». (CPEUM, 1917, artículo 103).

en los más recóndito del pueblo y, el otro, se refiere aquellas creencias temporales (Barak, 2009, p. 35). Por ello, el juez Barak concluye lo siguiente:

Es el Juez –quien disfruta de independencia y no necesita competir por una reelección cada cierto número de años– quien está mejor equipado para tener éxito en la difícil tarea de escoger entre estos dos niveles. Es el legislador –quien debe competir por la reelección, y que necesita de la aprobación de los electores– quien no está diseñado adecuadamente para realizar esta elección. De acuerdo a esta línea de pensamiento, sólo el Juez, quien no tiene manera de que se interfiera con su independencia, es capaz y está diseñado para reflejar los deseos fundamentales de la sociedad. Es sólo el Juez quien le puede dar un efecto real a la democracia. Sin duda, sostengo que el recurso más importante con el que cuenta el Juez para cumplir con su papel es la falta de rendición de cuentas directa ante el público. Nótese que cuando digo que un Juez no rinde cuentas, sólo estoy diciendo que no rinde cuentas de la misma manera en la que lo hace la Legislatura. Un Juez no es un político, y la forma en la que rinde cuentas difiere de la del político. La rendición de cuentas del Juez no se expresa en elecciones regulares del pueblo. Se expresa en otros términos. Se expresa en la rendición de cuentas ante la legislatura, quien puede responder al fallo de la Corte con una legislación. Se expresa en la rendición de cuentas ante la comunidad jurídica, a través de la necesidad de proporcionar argumentos para cada decisión –argumentos que están sujetos a rendición de cuentas a través de la apelación y que están abiertos al escrutinio público. Se expresa en la rendición de cuentas por una mala conducta judicial [sic]. (Barak, 2009, p. 36)

Logrado el objetivo de analizar el concepto de la fuerza normativa de la constitución y sus pilares, ahora sigue determinar cuáles fueron las repercusiones y aportes de los casos Miguel Vega y Justo Prieto, pero en el actual sistema de control de constitucionalidad en México.

#### 4. Aportación de los casos Miguel Vega y Justo Prieto a la fuerza normativa constitucional en el México del siglo XXI

Conforme a lo anterior, se puede advertir que estos dos casos son los precursores en el control difuso de constitucionalidad en México. Lo cual aconteció con más de un siglo de anterioridad a la resolución emitida en el expediente varios 912/2010, que dio origen a la tesis de rubro «Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad», en cumplimiento a la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México, emitida por la Corte IDH el 23 de noviembre de 2009, pues en los casos de Miguel Vega y Justo Prieto, se emitieron las primeras sentencias en la historia del constitucionalismo mexicano, en las que se realizó y avaló, un control desconcentrado y difuso de constitucionalidad de leyes en beneficio y protección de los derechos.

Además, con estos casos, al protegerse la actividad jurisdiccional de control constitucional de leyes, se protegió y reivindicó el principio de división de poderes y, como consecuencia, el de independencia judicial, como un derecho fundamental que se encuentra al servicio de los derechos humanos (Häberle, 2007, p. 336), es decir, como «un mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absolutista del poder y a garantizar la libertad de los ciudadanos» (Pereira Menaut, 2005, p.107).

Adicionalmente, en el caso Justo Prieto se apeló a la supremacía constitucional, con la facultad de los jueces de realizar un control de constitucionalidad, pero dentro de sus facultades competenciales, es decir, mediante un sistema de control difuso (Báez Silva y Piedras Encino, 2016, p. 268). En ese sentido, los profesores Báez Silva y Piedras Encino identifican otros dos grandes aportes en el caso Justo Prieto, por parte del jurista Ignacio L. Vallarta en el



constitucionalismo mexicano, el método comparativo y el precedente, respecto a lo cual refieren:

Finalmente, es destacable el método utilizado por el Magistrado Ignacio Luis Vallarta para construir sus resoluciones y votos. En este jurista se reúnen dos características: a) el uso del método comparativo para encontrar respuesta a las cuestiones debatidas en ejercicio de su actividad, valiéndose de sentencias y doctrina, como en el caso de Justo Prieto en el que, por ejemplo, cita el caso *Marbury v. Madison*. b) de lo anterior se deriva su preocupación por el uso del precedente como una mejor forma de establecer patrones consistentes de decisión en las sentencias. (Báez Silva y Piedras Encino, 2016, p. 272)

No obstante, se debe reconocer que los casos de Miguel Vega y Justo Prieto no tuvieron el impacto en la tradición constitucional mexicana, como sí lo tuvo *Marbury vs. Madison*<sup>16</sup> en el constitucionalismo americano y occidental<sup>17</sup>. Se afirma ello, porque después de la resolución del caso Justo Prieto a finales del siglo XIX, durante el siglo XX y hasta comienzos del siglo XXI, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue errático. Si bien el criterio del control difuso fue reiterado, pues en 1919, el Pleno de la Corte al resolver un amparo administrativo en revisión, determinó que sobre todas las leyes y todas las circulares debía prevalecer siempre la Constitución, y que las leyes que se le opusieran, no debían ser obedecidas por ninguna autoridad. Lo cual se reflejó en la tesis de rubro: «CONSTITUCION, IMPERIO DE LA»<sup>18</sup>.

Sin embargo, a partir de 1946, ese criterio cambió, pues la Segunda Sala del Máximo Tribunal de México, al resolver un recurso de reclamación con relación a la revisión del amparo 4072/41, determinó que solo a través del juicio de amparo<sup>19</sup> (control concentrado y especializado) se podía controvertir la constitucionalidad de las leyes, en los términos siguientes:

[L]os problemas de constitucionalidad no forman parte del conocimiento del Tribunal Fiscal, conviniendo añadir: a) Que el Tribunal Fiscal dicta sus sentencias a nombre del

<sup>16</sup> En *Marbury v. Madison*, quien fue el agraviado por la falta de entrega de su nombramiento como juez, ejerció ante el máximo tribunal un *writ of mandamus*, que consiste en un recurso legal cuya finalidad es compeler a la autoridad omisa a la realización de alguna conducta que de manera constitucional o legal le corresponde, caso en el que el *Chief Justice* John Marshall decidió: 1. El promovente tiene derecho al nombramiento; 2. El *mandamus* es el recurso adecuado para satisfacer dicha petición; y, 3. La Corte Suprema no es competente para la expedición aunque exista fundamento expreso en la ley que organiza el Poder Judicial, ya que esa norma es inconstitucional e inválida (Ferrer Mac-Gregor, 2017, pp. 572-573).

<sup>17</sup> Al respecto, el profesor Espinosa-Saldaña destaca la trascendencia e importancia de la sentencia del caso *Marbury v. Madison*, en los términos siguientes:

«Es en ese contexto que John Marshall, con enorme habilidad, conocimiento e intuición, dicta la sentencia jurídicamente tal vez más importante de todos los tiempos, instituyendo una línea hasta hoy capital para la configuración del Estado Constitucional, la del reconocimiento del carácter de norma jurídica suprema de la Constitución; y en base a ello, entre otros aspectos, plasmar la habilitación de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, y hasta la inaplicación de las mismas si lo previsto en ellas no es conforme a lo previsto en la Constitución vigente en cada Estado en particular; o que pueda deducirse de ella». (Espinosa-Saldaña, 2015, p. 24).

<sup>18</sup> La tesis con registro 289870, se encuentra publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo IV, p. 878. Recuperada de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/289870>

<sup>19</sup> En México, el medio más usado incluso en la actualidad, para controvertir las leyes, es el juicio de amparo, que constituye un medio de control de constitucionalidad contra las autoridades y particulares que actúan como autoridad, y que, los tribunales de la federación tramitan como un juicio (Campuzano Gallegos, 2016, p. 1). La génesis del juicio de amparo en México, se atribuye a Manuel Crescencio Rejón en la Constitución de Yucatán de 1841, cuando ese estado se independizó y se constituyó en una república, dada su inconformidad con el tipo de Estado centralista que en ese momento se impuso en México; de acuerdo a los artículos 51, 53, 63 y 64 de dicha constitución, el amparo procedía contra actos del ejecutivo, de la legislatura y de los mismos jueces, por contrariar la propia Constitución (Arellano García, 2006, pp. 109-114).



C. Presidente de la República (artículo 146 del Código Fiscal): que al no hacer uso el Ejecutivo del veto que autoriza el artículo 72 de la Constitución Federal, acepta la constitucionalidad de la Ley, se hace solidariamente responsable de la función legislativa y sería un contrasentido, no autorizado por la constitución [sic] obligarlo a revocar un criterio determinado dentro de una función constitucional; b) sería contrario también al elemental requisito de la garantía de audiencia judicial admitir en este amparo el estudio de la constitucionalidad de una ley cuando no se ha oído al órgano legislativo; c) las violaciones atribuidas a una ley deben en todo caso plantearse por medio del amparo, sin esperar a que el Tribunal Fiscal resuelva las cuestiones de su exclusiva competencia, aún en el supuesto, como en el caso de estudio, de que se estime que puedan intentarse ambas acciones, con sus respectivas materias. (Báez Silva y Piedras Encino, 2016, pp. 269-270)

No fue hasta que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 14 de julio de 2011 retornó al sistema de control dual (que en la actualidad sigue vigente), que permite a todos los jueces del país y no solo a los jueces de amparo, realizar un control de convencionalidad/constitucionalidad *ex officio* y de manera difusa, al resolver el expediente varios 912/2010, en cumplimiento a la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México, emitida por la Corte IDH el 23 de noviembre de 2009<sup>20</sup>.

Esta sentencia constituye un punto culminante y un parte aguas en el actual constitucionalismo mexicano, porque como se dijo en el párrafo precedente, se retorna a un sistema de control constitucional mixto: concentrado principalmente por medio del juicio de amparo a cargo de los tribunales de la Federación especializados y difuso por parte de todos los jueces (incluyendo a los jueces locales), vía excepción; se restringe la interpretación de la jurisdicción militar; se establece el estatus normativo de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011<sup>21</sup>, mediante un modelo de interpretación conforme; y, se reconoce la función normativa de las resoluciones y precedentes de la Corte IDH (Cossío Díaz, Mejía Garza y Rojas Zamudio 2013, pp. 18-30).

En este punto se debe reconocer con relación a los casos Miguel Vega y Justo Prieto, que lo determinado en el expediente varios 912/2010, en principio, no tiene asidero en el derecho mexicano. Es decir, esta resolución se dio en cumplimiento a lo determinado por la Corte IDH y a su denominada doctrina de control de

---

<sup>20</sup> Resolución de 14 de julio de 2011, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Nación en el expediente varios 912/2010. Recuperada de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

<sup>21</sup> El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en sus primeros tres párrafos, lo siguiente:

«En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley» (CPEUM, 1917, artículo 1).

convencionalidad<sup>22</sup> en el caso Radilla Pacheco vs. México en el que se condenó al Estado mexicano<sup>23</sup>.

Sin embargo, la manera en que la Suprema Corte mexicana argumentó y llegó a su conclusión sí que tiene relación, esencialmente, con el caso Justo Prieto. Es así, porque los ministros sostuvieron que el artículo 1 constitucional debía ser interpretado con relación al artículo 133<sup>24</sup> de la propia Constitución (vigente)<sup>25</sup>, cuyo texto es esencialmente el mismo que el artículo 126<sup>26</sup> de la Constitución de 1857 y que también fue interpretado por los magistrados Bautista e Ignacio L. Vallarta en 1881.

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 912/2010, argumentó lo mismo que ya habían argumentado los magistrados Bautista y Vallarta en el caso Justo Prieto, desde luego, bajo el actual diseño constitucional, esto es, que los jueces (no especializados en amparo) sin ejercer un control concentrado como es el amparo, en el ámbito de sus facultades, deben preferir los derechos humanos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales, a pesar de lo establecido en normas inferiores, a fin de que estas últimas no sean aplicadas<sup>27</sup>.

Además, el Pleno de la Corte estableció que, por lo señalado anteriormente, el modelo de control de constitucionalidad mexicano es mixto: porque existe un control concentrado por medio del amparo, la acción de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales a cargo de los tribunales (especializados) del Poder Judicial de la Federación; y, un control (difuso) por parte de todos los demás jueces, que pueden realizar de forma incidental en los procesos ordinarios en los que son

<sup>22</sup> El denominado control de convencionalidad generado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede definirse como:

«Una obligación de origen internacional, a cargo de todas las autoridades del Estado –especialmente los jueces–, de crear (en el caso del Poder Legislativo, interpretar, y aplicar toda norma jurídica nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.), de conformidad con el *Corpus Juris Interamericano* (principalmente la Convención Americana y las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana), y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales están definidas en el derecho nacional» (González Domínguez, 2017, p. 66).

<sup>23</sup> Resulta interesante que, a quien se atribuye la génesis del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos, es a un mexicano, el jurista Sergio García Ramírez, quien como juez de dicha corte regional, en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), indicó que no era posible que solo se obligara a uno o alguno de los órganos de un Estado y eximir de responsabilidad a otros, pues se les dejaría fuera del «control de convencionalidad» que tiene la Corte (González Domínguez, 2017, p. 60).

<sup>24</sup> El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, establece:

«Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados» [sic]. (CPEUM, 1917, artículo 133).

<sup>25</sup> Resolución de 14 de julio de 2011, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Nación en el expediente varios 912/2010. Párrafo 29. Recuperada de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

<sup>26</sup> El artículo 126 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, señalaba lo siguiente:

«Art. 126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados». (CPEUM, 1857, artículo 126). Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)

<sup>27</sup> Resolución de 14 de julio de 2011, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Nación en el expediente varios 912/2010. Párrafos 29-33. Recuperada de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

competentes<sup>28</sup>; sistema dual que también ya había sido definido en el caso Justo Prieto.

Lo mencionado anteriormente me permite llegar al convencimiento de que, si bien es cierto, lo resuelto en el expediente varios 912/2010 el 14 de julio de 2011 se realizó en cumplimiento de una sentencia dictada por la Corte IDH, también es cierto que los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para arribar a la conclusión del sistema de control constitucional mixto que actualmente impera en México, se sustentaron en premisas y consideraciones muy parecidas a lo que ya se había resuelto en el caso Justo Prieto en 1881, por lo que este último constituye el verdadero precedente histórico del expediente varios.

Ya que se identificó el cambio de paradigma en el constitucionalismo mexicano, procede ahora abordar y relacionar los casos Miguel Vega y Justo Prieto con el segundo punto culminante. Es decir, la sentencia que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el 3 de septiembre de 2013, al resolver la contradicción de tesis 293/2011<sup>29</sup> sustentada entre diversos tribunales colegiados de circuito, de la cual se desprenden en esencia, las determinaciones siguientes: 1. No hay jerarquía entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, ya sea constitucional o convencional; 2. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, respecto del cual se deben analizar las normas y actos; 3. La jurisprudencia de la Corte IDH, es vinculante para todos los jueces en México, siempre que sea más favorable a la persona, y 4. Cuando en la Constitución haya una restricción expresa en el ejercicio de los derechos humanos, se debe estar a lo que diga la Constitución<sup>30</sup>.

Lo resuelto por la Corte, a mi parecer, tiene puntos ambivalentes. Se sostiene ello porque los puntos 1, 2 y 3 señalados anteriormente, se apegan a los casos Miguel Vega y Justo Prieto, al expediente varios 912/2010 y al actual diseño constitucional de interpretación conforme, ya que se dota a la constitución de verdadera fuerza normativa, pero con un enfoque de derechos humanos, en tanto que, conforme al artículo 1 constitucional: todas las normas son objeto de remisión interpretativa al propio parámetro constitucional, que es la propia constitución y los tratados internacionales, bajo lo que más favorezca a la persona; y, el contenido de las normas de derechos humanos, se fija a partir de la constitución y los tratados internacionales, pero también desarrollados por la jurisprudencia internacional, en concreto de la Corte IDH. Aspectos que el profesor Caballero sostiene, constituyen el nuevo modelo del diseño constitucional mexicano (Caballero Ochoa 2013, pp. 113-115).

Sin embargo, el punto número 4, relativo a cuando en la constitución haya una restricción expresa en el ejercicio de los derechos humanos, se debe estar a lo que diga la constitución, esto me parece que rompe con el actual diseño constitucional mexicano, ya que en la sentencia la Corte justifica ese postulado bajo el principio de supremacía constitucional, cuando precisamente, en respeto a este principio, es que debe acatarse lo que expresamente señala la constitución, en el sentido de que, todas las normas, incluyendo las restricciones constitucionales, deben ser objeto de

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 34.

<sup>29</sup> En términos del artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es facultad de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, pronunciarse respecto de criterios contradictorios que emitan las Salas, Tribunales Colegiados de Circuito y los Plenos Regionales.

<sup>30</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2013, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Nación, en la contradicción de tesis 293/2011. Recuperada de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>

remisión al parámetro de regularidad bajo una interpretación conforme y el principio pro persona.

En efecto, el ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, al formular su voto particular en la contradicción de tesis 293/2011, señaló que la determinación de blindar las restricciones constitucionales de un control, contraviene el actual modelo constitucional mexicano cuya pauta principal es el principio pro persona y la igualdad entre derechos humanos de fuente constitucional y convencional, refiriendo que:

Con la reforma de dos mil once, el Constituyente, como órgano democráticamente legítimo, generó una solución novedosa que puede no gustar a muchas personas. No obstante, al asumir el cargo de ministro de la Suprema Corte protesté guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Es por ello que independientemente de la posición que se tenga con respecto a la idea «derechos humanos», en la Constitución se les ha otorgado un estatus específico que debe ser cabalmente garantizado. Lo dispuesto en ella nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dice que ello será así «salvo» cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico.

La posición mayoritaria genera una regla universal de interpretación por virtud de la cual el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio pro persona. No es verdad, como sostiene la resolución votada por la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuere así, debía darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional. Pero como se introdujo una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió. Lo más que puede hacerse en este tipo de operación es determinar si en la situación concreta que se enfrente existe tal restricción para, a partir de ahí, desplazar al derecho humano establecido en un tratado [sic]. (Cossío Díaz, 2013)

Este tema es muy importante, dado que, no es un hecho desconocido que la Constitución mexicana, aunque, aparentemente prevé un proceso de reforma rígido, en realidad es flexible (Bonifaz Alfonso, 2014), pues desde 1917 se ha modificado centenares de veces y ello obedece generalmente a la agenda política del presidente de la república en turno. Lo cual, en algunas ocasiones, ha resultado en una violación a los derechos humanos.

Al respecto, el profesor Caballero Ochoa menciona la que, tal vez, es la restricción constitucional en México que de forma más evidente vulnera derechos humanos. Es decir, la figura del arraigo (detención sin imputación ni acusación, solo para investigar) cuando se trata del delito de delincuencia organizada, que prevé el artículo 16<sup>31</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Caballero Ochoa, 2013, pp. 211-212). Al respecto, señala que el arraigo constituye una

<sup>31</sup> El octavo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, establece: «La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días». (CPEUM, 1917, artículo 16).

excepción a la libertad, que no tutela otro u otros derechos humanos, pero que sí genera una repercusión en la presunción de inocencia y en el debido proceso (Caballero Ochoa, 2013, p. 214).

Entonces, el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adoptado en la contradicción de tesis 293/2011, provoca que, a pesar de que exista una restricción constitucional que vulnera derechos humanos, ello no pueda ser reparado, ya que los jueces en México se deben someter a lo que expresamente prevea la constitución. Lo anterior no solo vulnera la supremacía constitucional de la Constitución mexicana, que expresamente ordena que todas las normas en materia de derechos humanos, deben ser remitidas para su validez al bloque de constitucionalidad<sup>32</sup>, también significa una renuncia a la independencia judicial para hacer valer la fuerza normativa constitucional, pero además, ello genera condiciones que pueden derivar en un escenario catastrófico, ya que, esto permite al poder reformador, que se encuentre dominado por el régimen en turno, modificar la constitución y restringir derechos humanos sin que se puedan juzgar esas restricciones y verificar si las mismas vulneran o no los derechos de las personas.

Lo señalado tiene muchísima relevancia y más aún, en países como México, cuya democracia constitucional todavía se encuentra en desarrollo. Se espera que los ministros y ministras integrantes de la actual Corte, en algún momento, modifiquen el criterio de la contradicción de tesis 293/2011 y continúen con lo que en su momento se comenzó en los casos de Miguel Vega y Justo Prieto en el siglo XIX, esencialmente, por parte de los juristas Vallarta, Bautista y Contreras, esto es, que sigan dotando de fuerza normativa a la Constitución, pues solo así seguirá vigente un verdadero constitucionalismo en México.

## 5. Conclusiones

El concepto de fuerza normativa constitucional que consiste en la aptitud para regular en forma y contenido la producción de normas sub-constitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores, surge a partir de la idea del dualismo democrático en la revolución americana, que se entiende como una pretensión de distinguir entre las decisiones políticas: las tomadas por el pueblo mismo y las tomadas por el gobierno, derivado de la necesidad de frenar y oponerse al legislador y se sostiene en la independencia judicial y en la revisión judicial de constitucionalidad de leyes.

Los casos de Miguel Vega y Justo Prieto, que acontecieron en el siglo XIX en México, hicieron un gran aporte a la fuerza normativa constitucional, pues son los precursores del control difuso en el constitucionalismo mexicano, ya que se dieron hace más de 100 años de la resolución del expediente varios 912/2010, en cumplimiento a la sentencia dictada por la Corte IDH, en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, cuya plataforma fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Estos casos, son un importante parámetro de protección a la actividad jurisdiccional de control constitucional de las leyes, pues con ellos se protegió y reivindicó el principio de división de poderes y, como consecuencia, el de independencia judicial y, esencialmente, en el caso Justo Prieto, se apeló a la supremacía constitucional con la facultad de los jueces de realizar un control de constitucionalidad, pero mediante un control difuso y no concentrado como era y es predominantemente la tradición en México desde el siglo XIX a través del juicio de

---

<sup>32</sup> El Pleno de la Suprema Corte mexicana, en la propia sentencia de la contradicción de tesis 293/2011, ha denominado al bloque de constitucionalidad como parámetro de control de regularidad constitucional.



amparo. Asimismo, se puede resaltar otro importante aporte que realizó el jurista Ignacio L. Vallarta en el caso Justo Prieto, que es la utilización del derecho comparado, en específico, con el derecho americano y el caso *Marbury v. Madison* y el uso del precedente como fuente para decidir en las sentencias.

No obstante lo desarrollado, en este artículo también se demostró que los casos Miguel Vega y Justo Prieto no tuvieron la repercusión en el desarrollo histórico del constitucionalismo mexicano, como sí lo tuvo *Marbury v. Madison* en el derecho americano, pues durante más de la mitad del siglo XX y a comienzos del siglo XXI, imperó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el criterio de prohibición del control difuso por parte de los jueces ordinarios y solo se autorizaba el control concentrado, por vía de acción y directo, esencialmente a través del juicio de amparo, por conducto de los tribunales especializados del Poder Judicial de la Federación, hasta que el criterio cambió en el expediente varios 912/2010.

De igual forma, se advirtió que el primer punto culminante del actual constitucionalismo mexicano es, precisamente, la sentencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, en la que retorna al sistema de control mixto de constitucionalidad: concentrado y difuso, en cumplimiento a la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México, emitida por la Corte IDH el 23 de noviembre de 2009.

Respecto a dicha resolución se observó que, si bien se dictó en cumplimiento a una sentencia y la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH, la forma en que la Suprema Corte mexicana resolvió, fue con el mismo tipo de argumentación que utilizaron los magistrados Vallarta y Bautista en el caso Justo Prieto en el siglo XIX, es decir, con la utilización del artículo 133 de la Constitución vigente, cuya redacción es esencialmente la misma del artículo 126 de la Constitución de 1857, en el sentido de que los jueces deben preferir el parámetro constitucional, a pesar de las normas en contrario de los Estados; y, también, la Corte regresó al sistema de control de constitucionalidad mixto, que se ya había planteado en el caso Justo Prieto.

También, se identificó el segundo punto culminante del constitucionalismo mexicano actual, que es la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida el 3 de septiembre de 2013, en la contradicción de tesis 293/2011, de la cual se advirtió que, si bien tiene puntos que constituyen un avance en la protección constitucional conforme a la reforma de junio de 2011, como lo es la remisión interpretativa de todas las normas al propio parámetro constitucional, que es la constitución y los tratados internacionales, bajo el principio pro persona y, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, se precisó que, de igual manera, la contradicción de tesis 293/2011 rompe con el diseño constitucional mexicano previsto a partir de la reforma de 2011, pues en esa sentencia la Corte prohibió el control judicial de las restricciones constitucionales, en contravención al modelo de interpretación conforme, igualdad de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional y el principio pro persona.

De lo anterior se indicó que no solo contraviene los precedentes de Miguel Vega y Justo Prieto y el expediente varios 912/2010, sino que constituye un verdadero peligro ante la posibilidad del poder reformador de la constitución, de establecer restricciones que generen violaciones a derechos humanos, y que no puedan ser reparadas a través de un control judicial, como el caso del arraigo y, más aún, en un país como México que tiene una Constitución flexible que ha sido modificada centenares de veces.

Finalmente, se concluye que, en el contexto mexicano actual de polarización política y denuncia de ataques a la independencia judicial, es importantísimo que siga vigente la fuerza normativa constitucional, la cual en gran parte se consolidará si se modifica el criterio de la contradicción de tesis 293/2011, es decir, que se autorice el control judicial a las restricciones constitucionales, determinación que se anhela a fin de que en México siga existiendo un constitucionalismo verdadero.

## Bibliografía

- Ackerman, B. y Rosenkrantz, C. F. (1991). *Tres concepciones de la democracia constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Acuña, J.M. (2016). El «Amparo Justo Prieto» como antecedente del control difuso de constitucionalidad en México. En M. González Oropeza y C. Báez Silva (coords.), *El «amparo Justo Prieto». El control desconcentrado de la constitucionalidad Homenaje al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo* (pp. 335-353). Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Alvarado Esquivel, M. J. (2016). *El «amparo Vega» El amparo judicial y la protección de los derechos constitucionales*. Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Arellano García, C. (2006). *El juicio de amparo* (11ª ed.). Ciudad de México, México: Porrúa.
- Báez Silva, C. y Piedras Encino D. (2016). De ida y vuelta: los caminos del control judicial de constitucionalidad en México. Reminiscencia del amparo 387/1881. En M. González Oropeza y C. Báez Silva (coords.), *El «amparo Justo Prieto». El control desconcentrado de la constitucionalidad Homenaje al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo* (pp. 235-273). Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Barak, A. (2009). *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. (E., Vela Barbay J., Reynoso Núñez, trads.). Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bonifaz Alfonso, L. (12 de febrero, 2014). La flexibilidad de la Constitución. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 19. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6939/8875>
- Burgoa Orihuela, I. (2000). *Las garantías individuales*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Campuzano Gallegos, A. (2016). *Manual para entender el juicio de amparo* (2ª ed.). Ciudad de México, México: Thomson Reuters.
- Cossío Díaz J.R. (2013). Voto particular que formula el ministro José Ramon Cossío Díaz en la contradicción de tesis 293/2011. Recuperado de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>
- Cossío Díaz, J.R., Mejía Garza R.M. y Rojas Zamudio L.P. (2013). *El caso Radilla estudio y documentos*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Cruz Cruz, J. (2002). *Filosofía de la Historia* (2ª ed.). Pamplona, España: Eunsa.
- Del Rosario Rodríguez, M. (2016). El control difuso de constitucionalidad como medio de control de la supremacía constitucional. En M. González Oropeza y C. Báez Silva (coords.), *El «amparo Justo Prieto» El control desconcentrado de la constitucionalidad Homenaje al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo* (pp. 383-415). Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2015). Las «cuestiones políticas» y el actual debate sobre su revisión en sede judicial. En P. Luis Manili (coord.), *Marbury vs. Madison reflexiones sobre una sentencia bicentenaria* (pp. 24-43). Ciudad de México, México: Porrúa.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2017). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y convencional*. (2ª ed.). Ciudad de México, México. Universidad Nacional Autónoma de México y Marcial Pons. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12286>
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales* (A., Mora Cañaday M., Martínez Neira (trads.). Madrid, España: Trotta.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos apuntes de historia de las constituciones fundamentales* (M., Martínez Neira, trad., 7ª ed.). Madrid, España: Trotta.
- Fiss, O. (1989). *La independencia judicial* (M., Venegas, trad.). Recuperado de [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1203](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1203)
- González Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 15(1), pp. 55-98. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional* (H., Fix-Fierro, trad.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El Federalista* (G. R., Velasco, trad., 2ª ed.). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- López Saucedo, P.A. (2016). El control difuso y el «Amparo Justo Prieto». Versiones contemporáneas para el futuro. La aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México en el siglo XIX. En M. González Oropeza y C. Báez Silva (coords.), *El «amparo Justo Prieto» El control desconcentrado de la constitucionalidad Homenaje al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo* (pp. 161-199). Ciudad de México: México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Marina, J. A. y de la Válgoma, M. (2008). *La lucha por la dignidad* (2ª ed.). Barcelona, España: Anagrama.
- Mendoza García, J. (2011). La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva. *Polis México*, 7(2), pp. 139-179. Recuperado de <https://polismexico.izt.uam.mx/index.php/rp/article/view/110/102>
- Orozco Linares, F. (2010). *Historia de México*. Ciudad de México, México: Panorama.
- Pereira Menaut, A. (2005). *Lecciones de Teoría Constitucional*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Rivés Sánchez, R. (2013). *200 años de Administración Pública en México, t. VI: Génesis y evolución del federalismo en México*. Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Administración Pública. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3756/13.pdf>.
- Romero, C. (26 de octubre, 2017). ¿Cómo eran las tiendas de raya durante el porfiriato? *Cultura Colectiva*. Recuperado de <https://culturacolectiva.com/historia/tienda-de-rama-durante-el-porfiriato>
- Sagüés, N. P. (2016). *La interpretación judicial de la constitución nacional a la constitución convencionalizada*. (2ª ed.). Ciudad de México, México: Porrúa.
- Silva García, F. y Gómez Sámano J. (2015). Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo? En M. Carbonell Sánchez; H. Fix Fierro y D. Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, (T. IV, vol. 2), (pp. 697-731). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/27.pdf>
- Vigo, R. L. (2016). *Constitucionalización y judicialización del derecho del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí y A. Quiroga, trads.). Madrid, España: Marcial Pons.

# La materialización de las políticas públicas: un acercamiento al poder judicial como actor clave de las políticas

## The Materialization of Public Policies: An Approach to the Judiciary as a Key Actor in Policies

José Ignacio Torres Justiniani  
 Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo /  
 Universidad Virtual del Estado de Guanajuato UVEG  
 ORCID ID 0000-0002-3216-219X  
[ignacio.justiniani@umich.mx](mailto:ignacio.justiniani@umich.mx)

### Cita recomendada:

Torres Justiniani, J. I. (2021). La materialización de las políticas públicas: un acercamiento al poder judicial como actor clave de las políticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 97-123.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6341>

Recibido / received: 20/04/2020  
 Aceptado / accepted: 20/04/2021

### Resumen

El presente artículo tiene como objetivo revelar la importancia que juega el poder judicial en las políticas públicas. A partir del análisis de las facultades del sistema judicial, así como de los elementos fundamentales de la disciplina de las políticas se propone una matriz de cotejo, la cual permite, a partir del análisis de casos, determinar cómo afecta el sistema judicial a la disciplina, así como a su ciclo. Para ello, en la primera parte de este trabajo se establecen las facultades exclusivas del poder judicial y su relación con las políticas, en la segunda parte, se analizan los aspectos primordiales de estas, inmediatamente después, se comienza con el estudio de casos, para lo cual, se ha construido una matriz de cotejo que permitirá determinar las etapas afectadas por las resoluciones judiciales. Finalmente se ofrecen unas breves conclusiones.

### Palabras clave

Políticas públicas, sistema judicial, análisis de caso, intervención judicial, matriz de cotejo.

### Abstract

This article aims to reveal the importance of the judiciary in public policy. Based on the analysis of the faculties of the judiciary, as well of the fundamental elements of the discipline of public policies, a comparison matrix is proposed, which allows, based on the analysis of cases, to determine how the judicial system affects the discipline, as well as its cycle. To do this, in the first part of this work the exclusive faculties of the judicial power and its relationship with policies



are established, in the second part, their fundamental aspects of are analyzed, immediately after, the case study begins, for wich a comparison matrix has been constructed that will allow determine the stages affected by the judicial resolutions. Finally, some brief conclusions are offered.

### **Keywords**

*Public policies, judicial system, case analysis, judicial intervention, comparison Matrix.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Sistema judicial y políticas públicas: una relación inevitable. 3. Efectos de las resoluciones judiciales en las políticas públicas. 4. Intervención judicial en las políticas públicas: análisis de casos emblemáticos. 4.1 Metodología: matriz de cotejo para el análisis de la intervención judicial en las políticas públicas 4.2 Caso Sudáfrica sobre acceso a la vivienda. 4.3. Argentina: caso Mendoza sobre contaminación ambiental. 4.4. Amparo en Revisión 1359/2015. 4.5. Juicio de Amparo 707/2016: acceso a la salud para personas vulnerables. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción**

En los últimos años algunos casos emblemáticos han permitido a los académicos, así como a los especialistas en los temas jurídicos y de políticas públicas, adentrarse en la importancia de la participación judicial en la disciplina de políticas. Algunos de estos han propiciado, a través de diversos canales (conferencias, talleres, cursos, documentales, etc.) que sea casi imposible ignorar al sistema judicial como un actor clave en la materialización de las políticas. Por lo anterior, en el presente trabajo analizaré los efectos de las decisiones del sistema judicial en las políticas a partir de estudios de caso. Para ello, comenzaré primero por explicar los efectos de las decisiones del sistema judicial en la disciplina, lo que me permitirá ofrecer algunas respuestas a las siguientes interrogantes ¿Cuál es la relación entre políticas públicas y sistema judicial? ¿Cómo puede participar el sistema judicial en estas? Clarificadas las interrogantes anteriores, procederé al análisis de casos emblemáticos, señalando en cada uno de ellos sus características principales.

El primer caso es sobre derecho a la vivienda en Sudáfrica. Inmediatamente después se analiza el caso Matanza Riachuelo de 2008 sobre medio ambiente en Argentina. Posteriormente, se analizan dos casos en México, el primero es el Amparo en Revisión 1359/2015 de 2017, promovido por la asociación civil Artículo 19, amparo que resulta de suma importancia en la relación entre poder judicial y poder legislativo y, el segundo, es un caso local, de Morelia, Michoacán, el amparo 707/2016 de 2016, el cual permitirá adentrarnos a los cambios que parecen augurar una mayor influencia del sistema judicial en las políticas, al menos en lo que respecta a su materialización individual. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones sobre los posibles efectos de las decisiones judiciales tanto en las políticas públicas en general, así como en las diversas etapas o ciclo de políticas, señalando entre otras cosas, en cuáles de ellas es más probable encontrar sus efectos más significativos.

## **2. Sistema judicial y políticas públicas: una relación inevitable**

El poder ejecutivo y el poder legislativo representan quizá la cara más visible en la puesta en marcha de los programas y proyectos, pero ello no significa que dicha puesta en marcha sea solitaria e inconexa al entorno político, jurídico y social. Si bien, no es el tema central de este trabajo, baste decir que el poder legislativo incide de manera importante en las políticas de diversas maneras, entre ellas podemos



destacar la facultad de auditoría de los recursos, aprobación del presupuesto, evaluación de las políticas (comparecencias, informes de gobierno, órganos especializados en fiscalización) y, por supuesto, aquellas que se derivan de su facultad legislativa (Gris y Ramírez, 2019).

La relación entre el sistema judicial y las políticas públicas no resulta para algunos del todo evidente, y en algunos casos, se ha llegado a considerar que el poder judicial no debería intervenir en las políticas. Al respecto, el juez emérito de Estados Unidos, Ruggero J. Aldisert, expone que: «Algunos críticos argumentan desde una postura institucional, argumentando que articular políticas para el bien común es tarea del estado y las legislaturas nacionales y no así de las judicaturas federales o estatales» (Aldisert, 2009, p. 230), posición que él mismo rechaza, argumentando que la labor del juez va más allá de la mera resolución de conflictos, señalando que al resolverlos también hace política pública (Aldisert, 2009). En el mismo sentido, el profesor del Oriel College de Oxford, Daniel Butt (Butt, 2006, p. 5), considera que el poder judicial ha ganado en los últimos años cierta preminencia, ya sea como alternativa al poder ejecutivo o como plataforma para ingresar diversos intereses a la agenda gubernamental, en todo caso, es innegable que en los últimos años el poder judicial se ha constituido como una alternativa o herramienta que permite intervenir en los asuntos públicos, sobre todo en aquellos en los que los políticos se mantienen alejados por ser electoralmente no redituables (Butt, 2006, p. 5). Para conocer la relación entre políticas públicas y sistema judicial, es necesario abordar al menos, dos dimensiones, la primera es la relativa a las facultades exclusivas del poder judicial, sobre todo en lo que atañe al control constitucional y, la segunda, es la reciente ola de constitucionalismo global, la cual explica en gran medida la enorme importancia del sistema judicial en las políticas actuales.

En cuanto a las facultades exclusivas del poder judicial, debemos tener claro que la noción de separación de poderes asigna al poder judicial la función de «intérprete último de la Constitución y garante del orden constitucional» (Carmona, 2007, p. 175). El sistema judicial se erige entonces como el único autorizado para interpretar lo contenido en la Constitución, es decir, es el único que puede establecer qué significa y cómo debe entenderse la ley, a quiénes afecta, cuáles son sus alcances, etc., estas facultades actualmente la ostentan los llamados tribunales constitucionales<sup>1</sup>, tribunales que tienen la función de:

interpretar la legalidad ordinaria de conformidad con la Constitución y con arreglo a su sentido lógico y actual, de tal suerte que, mediante su doctrina jurisprudencial uniforme, se dote de seguridad a todo el ordenamiento, garantizando, en último término, el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional (Celeste, 2013, p. 78).

En pocas palabras, el poder judicial en cuanto a control constitucional, es el encargado de determinar los límites, alcances, interpretación, así como las diversas obligaciones y derechos de los distintos actores sujetos a la norma, ya sean públicos o privados. Por ende, el poder judicial deberá determinar, llegado el caso sometido a su consideración, la pertinencia o no de una política pública.

El análisis anterior nos permite comprender el impacto del segundo factor: el constitucionalismo global. En la actualidad vivimos en una era de constitucionalismo, la cual se caracteriza por una «autolimitación» de las sociedades a las reglas

---

<sup>1</sup> Siguiendo a Fix-Zamudio, podemos definir a un tribunal constitucional como «aquellos que con independencia de su encuadramiento, dentro o fuera del poder judicial, deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas fundamentales» (Fix-Zamudio, 2002, p. 212).

establecidas en el ordenamiento constitucional (Miranda, 2018; Ackerman, 2006; Fernández, 1999; Cervantes, 1996), el cual, como ya analizamos, corresponde al poder judicial resguardar. Esto quiere decir que las sociedades actuales han decidido imponerse a sí mismas restricciones conforme a estructuras fundamentadas en textos constitucionales, así, los tribunales adquieren la tarea primordial de vigilar que las políticas se encuentren dentro de los márgenes del estado de derecho.

La ola de constitucionalismo global se intensifica a partir de la caída del sistema soviético. De 188 países miembros de las Naciones Unidas en ese momento, el 56% de estos realizó reformas a sus constituciones en el periodo que va de 1989 a 1999, adoptando el 70% de estos, constituciones totalmente nuevas (Cepeda, Montealegre y Alexei, 2007, p. 10). Como resultado de esta oleada constitucionalista, para el año 2000, al menos 92 países habían integrado en su sistema constitucional cartas de derechos fundamentales, de los cuales, al menos 36 países han creado un modelo de control constitucional centralizado en una corte o tribunal constitucional (Cepeda, Montealegre y Alexei, 2007, p. 11). En consecuencia, un gran número de sistemas democráticos se rigen por un modelo de control constitucional, vigilancia que le compete a un tribunal constitucional, esto quiere decir que dentro de los márgenes jurídicos del país de que se trate:

El tribunal constitucional es considerado como su supremo intérprete, no porque la Constitución así lo declare, sino porque su configuración dentro del ordenamiento jurídico y las competencias que se le asignan determinan que, aunque no sea el único que interprete y controle la Constitución, es el último (Miranda, 2018, p. 93).

Estos dos factores, el constitucionalismo global y la facultad exclusiva del órgano judicial como garante del orden constitucional, permiten comprender y entrelazar la relación simbiótica que guardan las políticas públicas y el sistema judicial, pues toda acción llevada a cabo por el gobierno debe respetar y estar acorde al sistema legal vigente:

(...) todo debe hacerse de acuerdo con la ley, que cuando se aplica a los poderes del gobierno significa que todo acto que afecte los derechos, deberes o libertades legales de cualquier persona, se debe demostrar que dicha acción posee una estricta procedencia legal. Las personas afectadas siempre pueden recurrir a los tribunales de justicia, y si la procedencia legal resulta no ser adecuada, la corte invalidará el acto, después de lo cual, puede ser ignorado o descartado sin riesgos. El significado secundario del estado de derecho...es que el gobierno debe conducirse dentro de un marco de normas y principios reconocidos que restringen el poder discrecional. Las disputas sobre la ley deben ser resueltas por un poder judicial que sea independiente del gobierno (Hill y Hupe, 2002, p. 23).

Se hace evidente entonces, que la relación entre políticas y sistema judicial esta enmarcada en el estado de derecho, es decir, si entendemos mínimamente por estado derecho la sujeción de todos (tanto gobernantes y gobernados) a las leyes<sup>2</sup>, entonces es inevitable e incluso condenable y atacable judicialmente, una política que no encuadre con el sistema legal. Por lo tanto, todo hacedor de política pública debe estar al tanto de las normas jurídicas al momento de realizar la política, ya que de no hacerlo la política en cuestión podrá ser atacada judicialmente, de ahí que sea de

---

<sup>2</sup> Tomo como referencia la definición de la Organización de las Naciones Unidas: «un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal» (ONU, 2020).

suma importancia que los actores de las políticas conozcan sobre el marco jurídico así como de los criterios más importantes por parte del sistema judicial, de no hacer lo anterior, la política corre el riesgo de ser descartada, lo que no solo implica un desperdicio de recursos, sino también puede llevar a la afectación de un sector amplio de la población.

Con lo anterior se ha dado respuesta a la primera pregunta sobre la relación entre políticas y sistema judicial, la cual adelanta y abona también a la respuesta de la segunda pregunta ¿Cómo puede participar el sistema judicial en las políticas?

### 3. Efectos de las resoluciones judiciales en las políticas públicas

Antes de analizar los diversos efectos de las resoluciones judiciales en las políticas públicas, debemos clarificar qué se entiende por políticas públicas. Como suele suceder en muchos conceptos que no tienen un significado único y aceptado, el concepto de políticas públicas es tan diverso como autores se consulte, por ello, he decidido adoptar la definición expuesta por Raúl Velásquez (2009), quien se ha dado a la tarea de realizar un análisis comparativo sobre las distintas definiciones, llegando a la siguiente conceptualización:

Política pública es un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener (Velásquez, 2009, p. 156).

La utilidad de la definición de Velásquez radica sobre todo en su versatilidad, ya que expande lo que puede ser o no considerado como política pública, lo que permite considerar como política aquella que emana incluso de sistemas no democráticos y de negociaciones entre grupos cupulares o de presión para alcanzar intereses particulares, igualmente, el autor señala la pertinencia de la definición en tanto que permite reconocer que, en el ejercicio de las políticas, también esta inmerso un componente de corrupción y negligencia, los cuales deben reconocerse primero, para luego ser combatidos (Velásquez, 2009, p. 157).

Otra de las cuestiones importantes que se deben clarificar sobre las políticas públicas es lo referente a sus etapas o ciclo. Gran parte de las políticas siguen más o menos de forma uniforme, lo que la academia ha tenido a bien llamar ciclo de políticas. Este ciclo no es otra cosa que una serie de pasos o etapas para diseñar e implementar una política. Al igual que la definición, no existe un ciclo único y aceptado, es decir, existen tantas etapas como autores se consulte<sup>3</sup>. Es necesario mencionar aquí, que, en sus inicios, el estudio de las políticas contaba con etapas lineales o sucesivas, por lo que, al terminar una fase, se suponía que iniciaba la siguiente, dando como

<sup>3</sup> Por ejemplo, Lasswell, en su obra *The Decision Process* de 1956, identifica siete etapas: 1. Inteligencia, 2. Promoción, 3. Prescripción, 4. Invocación, 5. Aplicación, 6. Impacto y, 7. Evaluación (Parsons, 2007, p. 112). Por su parte, Eugene Bardach, identifica ocho pasos: 1. Definir el problema, 2. Recabar evidencia, 3. Construir las alternativas, 4. Seleccionar los criterios, 5. Proyección de resultados, 6. Confrontar los costos, 7. Decidir, 8. Contar la historia (Bardach, 2012). Hogwood y Gunn, en su obra *Policy Analysis for the Real World* de 1984, presentan nueve etapas: 1. Decidirse a decidir (búsqueda de problemáticas o definición de la agenda); 2. Decidir cómo decidir (filtración de problemáticas); 3. Decidir problemáticas; 4. Pronóstico; 5. Establecer objetivos y prioridades; 6. Analizar opciones; 7. Implementación, seguimiento y control de las políticas públicas; 8. Evaluación y Revisión; 9. Mantenimiento, sucesión y terminación de las políticas públicas (Parsons, 2007, p. 112-113). Luis Aguilar, por otro lado, señala siete pasos: 1. Formación de la agenda, 2. Definición del problema público, 3. Hechura o formulación de la política, 4. Decisión o selección entre opciones, 5. Comunicación política, 6. Implementación de la política y 7. Evaluación de la política (Aguilar, 2010, p. 34).

resultado una especie de separación entre ellas. Esto cambió con la conceptualización de David Easton, quien consideraría a las etapas como un ciclo (Fischer, Miller y Sidney, 2007, p. 44).

Este acercamiento al análisis de políticas a partir del ciclo no está exento de críticas. Autores como Michael Howlett, consideran que analizar las políticas públicas a partir del ciclo encubre la complejidad inherente en la creación de estas (Howlett, 2019), en la misma línea, Diane Stone, Simon Maxwell y Michael Keating, consideran que la concepción de ciclo «describe un modelo lineal de política que se mueve de una etapa a otra. En realidad, la creación de políticas es caótica» (Stone, Maxwell y Keating, 2001, p. 10). A pesar de estas críticas, autores como Sophia Everett, Thomas Dye y Thomas Birkland, han señalado las ventajas de contar con un ciclo de políticas, pues este permite analizar con mayor claridad las actividades al «interior» de la política, lo que facilita su estudio y análisis (Everett, 2003; Dye, 2013; Birkland, 2015). Teniendo en cuenta lo anterior, resulta de gran utilidad contar con etapas definidas, pues nos permite entre otras cosas, seccionar, localizar e identificar la influencia del sistema judicial en las políticas.

Al igual que con la definición expuesta con anterioridad, es necesario llegar a un punto común entre los diversos planteamientos existentes sobre el ciclo, por ello acudiré a la obra de Arias y Herrera (2012), quienes se han abocado a realizar un análisis de frecuencia y agrupamiento entre las distintas posturas en torno al ciclo de políticas públicas, analizando para ello a catorce autores especializados, llegando a cuatro etapas consistentes: definición del problema, diseño, implementación y seguimiento/evaluación (Arias y Herrera, 2012, p. 27).

Estas cuatro etapas nos permiten reducir al máximo el ciclo de las políticas, al menos en lo que se refiere a sus partes más «esenciales» y «frecuentes», sin embargo, dada la naturaleza de los efectos judiciales en las políticas, es necesario tomar en consideración otra etapa: la formación o ingreso a la agenda.

En contraste con Arias y Herrera, Mauricio Merino y Guillermo Cejudo adoptan un ciclo de cinco etapas, consistentes en: entrada en la agenda gubernamental, definición del problema, diseño de la política, implementación y evaluación (Merino y Cejudo, 2010; citados por Arellano y Blanco, 2013). Como podemos observar, la entrada en la agenda se presenta en estos autores como una fase individual. Al igual que estos, Aguilar contempla en sus siete pasos, a la formación de la agenda (Aguilar, 2010, p. 34), igualmente lo hacen: Birkland (2015), Dery (2000), May y Wildavsky (May y Wildavsky, 1978; citado por Subroto, 2011, p. 2), entre otros. Como podemos observar, estas propuestas integran una fase más, la de entrada en la agenda gubernamental.

Debido a la naturaleza de la interferencia del sistema judicial en las políticas, considero más apropiado un ciclo de cinco etapas, consistentes en: formación o ingreso a la agenda, definición del problema, diseño o formulación de la solución, implementación y evaluación o seguimiento. La elección de cinco y no cuatro etapas, se debe principalmente a uno de los efectos del sistema judicial, que como lo expondré más adelante, tiene una enorme influencia en la agenda tanto pública como gubernamental. Para comprender como influye el sistema judicial en las políticas, debemos primero revisar brevemente las características del ciclo.

La formación de la agenda gubernamental, parafraseando a Birkland (2015), es el proceso mediante el cual los problemas que se encuentran en el entorno social ganan la atención del gobierno, ello implica que existe una competición entre los diversos actores sociales para colocar su problema en la agenda, es decir, por ganar

la atención del gobierno. La agenda se divide en dos partes fundamentales: la agenda pública y la gubernamental. La primera tiene que ver con los temas que se encuentran en la cotidianidad, es decir, los temas «candentes», «de moda» o que se consideran importantes por un amplio sector de la sociedad en un momento dado. Por otro lado, la agenda gubernamental es aquella en la cual el gobierno ya ha fijado su atención, y tiene la intención de actuar sobre ellos dotándolos de recursos (Casar y Maldonado, 2010, citado por Arellano y Blanco, 2013, p. 41). Esta etapa es, como expondré más adelante y a partir del análisis de los casos seleccionados, una de las más afectadas por las decisiones judiciales.

La segunda fase, la definición del problema, posee, de acuerdo con David Dery, dos máximas que deben ser comprendidas:

La primera máxima de la definición del problema es reconocer que los problemas no existen «allá afuera», no son entidades abstractas en su propio derecho, sino construcciones analíticas. La segunda máxima, sugiere que las definiciones a problemas en el contexto de la práctica deben responder a los criterios de factibilidad y valor, o de progreso. Semejante análisis de políticas es definido como «crear y elaborar problemas que merece la pena resolver» (Dery, 2000, p. 40).

La definición del problema debe entenderse entonces, no como una definición holística y totalizadora de los problemas sociales, tal definición sería poco realista y casi imposible de resolver, por ello, se debe priorizar sobre los problemas que sea posible resolver con los recursos disponibles, esto lleva inevitablemente a que muchos de los hacedores de la política solo se enfoquen –para bien o para mal– en problemas locales o que no requieren mucho tiempo y recursos para ser solucionados, lo que abre un área de oportunidad para la intervención judicial en las políticas, ya que estas podrían forzar a los actores involucrados a considerar en su agenda temas más complejos, que por diversas razones (costo elevado en tiempo y recursos, cuestiones electorales, etc.) no son tomados en cuenta.

La tercera fase del ciclo, la formulación o diseño de la solución, puede entenderse como «el proceso mediante el cual las políticas son diseñadas, a través de análisis técnicos y procesos políticos, para alcanzar una meta en particular» (Birkland, 2015, p. 228). Por su parte, Arias y Herrera resaltan que en esta etapa se deben plantear:

objetivos claros y precisos; se identifica la población objetivo: afectados y beneficiarios; se analizan las alternativas con sus respectivos efectos, tanto positivos como negativos; se relacionan los costos y los beneficios de las alternativas; y se elige la mejor opción. En esta etapa, como en todas las demás, es importante la participación de los beneficiarios de la política, pues contribuyen a revisar los objetivos y los modos de llevarlos a cabo (Arias y Herrera, 2012, p. 57).

Lo anterior nos permite comprender una de las razones más importantes por las cuales debe participar el sistema judicial, ya que, si en una determinada política pública no se contempló a un sector de la población, o simplemente se aplicó esta de forma deficiente, el sistema judicial puede intervenir para corregir la aplicación. En pocas palabras, si una política fue construida excluyendo (intencionalmente o no) a un sector de la población, la intervención judicial puede ayudar a corregir dicho sesgo.

La cuarta fase, la implementación, puede definirse como «la capacidad de ejecutar, de llevar a cabo las acciones previstas para lograr los objetivos fijados en la etapa de diseño» (Arias y Herrera, 2012, p. 58). Para Parsons, la fase de implementación «es la continuación de la formulación de las políticas públicas por otros medios» (Parsons, 2007, p. 482). En esta etapa se hacen evidentes los errores



o aciertos en las etapas anteriores, lo que supone que, si una política no ha contemplado los aspectos legales y jurídicos pertinentes, entonces esta no dará los resultados esperados, ya que muy probablemente, será atacada judicialmente, lo que puede poner en riesgo su éxito y continuidad. En esencia, la fase de implementación se refiere a la ejecución de la política, a su puesta en práctica, de ahí la importancia de acompañar esta ejecución con elementos que permitan, llegado el caso, a corregir cualquier desviación o error en que se haya podido incurrir en las etapas anteriores, se requiere entonces, de evaluación.

La quinta y última etapa del ciclo de políticas, la evaluación y seguimiento, que como dice Luis Aguilar «cierra y abre el ciclo o espiral de la política» (Aguilar, 2010, p. 51), se encuentra presente durante todo el proceso de la política. Rossi, Freeman y Lipsey, en su obra *Evaluation a systematic approach*, definen evaluación como: «el uso de procedimientos sociales de investigación para de forma sistemática investigar la efectividad de la intervención de los programas sociales» (Rossi, Freeman y Lipsey, 2004, p. 4). Analizadas las etapas, conviene ahora mencionar, que la ventaja de analizar estas como ciclo, es que permite comprender con mayor facilidad la interacción entre los diversos mecanismos de creación de las políticas, así, no se trata de entender a las políticas solo como pasos a seguir, sino de comprender que existe una interacción entre las etapas, ello nos permite, por lo tanto, observar la relación que guardan entre sí, lo que hace evidente la importancia de evaluar cada una de ellas, pues si no se evalúa, se corre el riesgo de partir de supuestos erróneos, lo que afectaría a la larga toda la política. Por ejemplo, para definir el problema, se debe realizar un análisis del entorno (económico, social, político, etc.) lo que implica una evaluación «previa» de los elementos y su relación entre sí, con el objetivo de llegar a una definición lo más acertada posible, y así en cada una de las etapas.

Establecidas a grandes rasgos las características principales de las políticas públicas y su ciclo, entremos al tema que nos interesa, sobre el cómo puede participar el sistema judicial en las políticas.

De acuerdo con las facultades exclusivas ya analizadas del sistema judicial, una resolución judicial puede tener cuatro efectos en una política pública: a) Vetar o reafirmar decisiones. El órgano judicial puede, a partir de la jurisprudencia, las normas y principios tanto nacionales como internacionales, vetar una determinada política, ya sea completamente o secciones de esta, así como reafirmarla; b) Actor proactivo. Esta influencia se refleja en la capacidad que tiene el juzgador para establecer y comunicar la forma en la que debe ser interpretada una determinada norma o principio, estableciendo para ello límites y requisitos específicos para el caso en concreto; c) Árbitro imparcial. El órgano judicial tiene la obligación de resolver las controversias sometidas a su consideración de manera imparcial, tomando en cuenta los postulados que garanticen una mayor protección a la persona; d) Representante de la sociedad. Este factor es resultado del punto anterior. Si bien es complicado que una persona pueda, como sujeto particular, lograr el ingreso de sus intereses a la agenda gubernamental, le es posible exigir la satisfacción de sus demandas a través del canal judicial, lo que, en circunstancias correctas, puede ser el parteaguas para un cambio en el tratamiento de un cierto derecho, en la lucha social de un cierto grupo vulnerable o, incluso, como el primer escalón a un cambio más profundo en el sistema político y jurídico de una localidad.

Como el lector ya se habrá podido dar cuenta, los puntos anteriores guardan una gran relación con los derechos humanos y, por ende, con las políticas públicas que tienen relación con estos. A partir de los casos analizados, es posible afirmar que los derechos humanos nos permiten observar los efectos más intensos de la intervención judicial en políticas. Lo anterior se puede explicar por dos razones, en

primer lugar, los derechos humanos se materializan a partir de diversas políticas, las cuales muchas veces no están bien diseñadas o direccionadas, dejando a un sector de la población vulnerable, lo que puede ser atacado judicialmente. En segundo lugar, las políticas que se implementan en materia de derechos humanos suelen ser muy variadas, lo que da lugar a distintos niveles de afectación sobre los sujetos de la política, esto quiere decir, que debido a que los derechos humanos no son absolutos, corresponde al órgano judicial determinar los límites del derecho, es decir, a partir de un ejercicio de ponderación determinar límites y alcances, lo que sin lugar a dudas, puede afectar una determinada política. Para ejemplificar claramente los efectos ya mencionados, analizaré casos que permitirán observar claramente, como se presenta en la realidad la intervención judicial y cuál puede ser su alcance.

#### 4. Intervención judicial en las políticas públicas: análisis de casos emblemáticos

Los casos que he seleccionado para evidenciar los efectos de la intervención judicial en las políticas públicas tienen relación directa con la materialización de derechos humanos, lo anterior es así porque considero que la intervención judicial es especialmente efectiva y visible en esta materia, además, cuando se trata de políticas públicas en materia de derechos humanos, estas no pueden esperar, ya que su afectación podría llevar a daños irreparables, lo que implica que la materialización de los derechos humanos, por su carácter urgente, sea un área en la cual las resoluciones judiciales manifiesten sus mayores efectos, al respecto, el ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Juan Carlos Henao Pérez, establece que «se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan» (Henao, 2013, cita a Pérez, p. 74). Lo anterior explica por qué en la actualidad existe una tendencia creciente a nivel mundial en la participación de las cortes en el control de las políticas públicas (Quinche y Rivera, 2010, p. 122).

##### 4.1. Metodología: matriz de cotejo para el análisis de la intervención judicial en las políticas públicas

El criterio para la elección de los casos a analizar, parte de los siguientes elementos, primero, que se trate de un país con un sistema judicial que contemple la existencia de un tribunal constitucional en los términos que ya hemos analizado, segundo, que contemple un marco de protección de derechos humanos garantizado en su ordenamiento jurídico, y, tercero, que la intervención en la política pública sea lo más evidente posible en los razonamientos judiciales, esto es, que se refiera expresamente a una política pública, de ahí que algunos de los casos seleccionados sean hoy en día considerados como paradigmáticos<sup>4</sup> y, finalmente, que exista, al menos en el discurso, la intención por parte de las autoridades de resolver un problema público, es decir, que existieran políticas públicas (a punto de ser aplicadas o que ya están siendo aplicadas) diseñadas para dar solución al caso concreto. Con lo anterior en mente, procedo al análisis de los casos.

Antes de iniciar con el análisis de los efectos de las resoluciones judiciales sobre las políticas, es necesario introducir al lector a la matriz de cotejo que he diseñado, ello con el objetivo de responder a las interrogantes ¿Cuáles etapas son más afectadas y cuál puede ser el alcance de la intervención judicial en las políticas?

---

<sup>4</sup> Al respecto, merece la pena revisar la Base de Datos de Jurisprudencia de la Red-DESC, que se enfoca en catalogar y suministrar una base de datos de casos emblemáticos sobre derechos humanos a nivel mundial, véase: <https://www.escri-net.org/es/jurisprudencia>

Etapas de política pública	Sí	No	Observaciones
<p>1. Ingreso o formación de la agenda. El órgano judicial actúa como agente que permite el ingreso de problemas en la agenda gubernamental (representa a un sujeto o sector minoritario o vulnerable de la sociedad), al requerirle a las autoridades que actúen sobre un problema sometido a su consideración.</p>			
<p>2. Definición del problema. El órgano judicial analiza en su resolución diversos contextos (históricos, culturales, jurídicos, sociales, etc.) sentando en su decisión un precedente, el cual deberá ser tomado en cuenta por los hacedores de la política pública.</p>			
<p>3. Elaboración o selección de la solución. El órgano judicial en su resolución contrasta la política pública en cuestión con la normativa vigente, determinando si se adecúa o no, y en qué grado con esta última.</p>			
<p>4. Implementación. El órgano judicial impone un hacer o no hacer a los actores involucrados con respecto a una política pública identificada en la resolución.</p>			
<p>5. Evaluación y seguimiento. La resolución judicial establece en sus términos la entrega de informes de seguimiento para verificar el cumplimiento de su decisión.</p>			

Tabla 1. Matriz de cotejo. Fuente: elaboración propia.

Para cada una de las cinco etapas identificadas del ciclo de políticas he identificado cinco criterios, que, en caso de presentarse, señalarían una afectación sobre la etapa de política señalada. En el primer criterio, que tiene relación con la construcción de la agenda, considero esencial identificar dos cosas, la primera, que el órgano judicial se erija como representante de un sujeto o sector minoritario o vulnerable, lo que se puede observar al analizar quién y por qué promueve el recurso judicial, y, lo segundo, que en su decisión, el órgano judicial exija a las autoridades

poner atención sobre una política pública. Lo anterior quedará claro cuando llenemos la matriz en cada uno de los casos.

En la segunda etapa, sobre la definición del problema, se debe poner atención a los precedentes judiciales que el órgano judicial pueda establecer, para lo cual, es fundamental tomar en cuenta el rango jerárquico del órgano judicial, ya que los alcances difieren. Por ejemplo, si se trata de un tribunal de primera instancia, su resolución todavía puede ser atacada en un tribunal superior, en cambio, si resuelve el máximo tribunal, lo que este determine se convertirá en un referente a ser tomado en cuenta por todos los actores en casos similares. De ahí que, si en la definición del problema los actores de políticas no realizan un análisis pormenorizado del tema, y no toman en cuenta los precedentes judiciales sobre el caso, la construcción que hagan del problema no será completa y corren el riesgo de ignorar avances en la materia que pudieran ser cruciales para el éxito de la política.

En la tercera etapa de elaboración o selección de la solución, es necesario identificar con atención el análisis realizado en la resolución, ello con el objetivo de determinar el contraste que realiza el órgano judicial entre la política pública y la normativa vigente. Por lo tanto, se debe advertir en la resolución la fundamentación y argumentación en donde se contrasta la política sometida a su consideración por un lado, y la normativa vigente por el otro, así, el órgano judicial podrá determinar qué elementos hacen falta por considerar o, incluso, si toda o alguna parte de la política es contraria o no con la normativa, lo que implica que el sistema judicial podrá, de acuerdo a sus facultades, vetar o reafirmar en todo o en parte a la política.

En la cuarta etapa, de implementación, la influencia del órgano judicial en las políticas se observa con mayor facilidad, ya que se busca que la resolución imponga un hacer o no hacer a los actores con respecto a la política sometida a su consideración, es decir, cualquier decisión que cambie o modifique en alguna forma la política en cuestión impacta directamente en la implementación.

En la quinta y última etapa, de evaluación, lo que se busca en la resolución es que esta imponga la entrega de informes de seguimiento, es decir, que los involucrados en la política pública entreguen información que mantenga al tanto del cumplimiento de la decisión al órgano judicial, lo que implica que este último evaluará y determinará si las autoridades están cumpliendo con lo que la resolución les ha mandatado.

Señalados los aspectos principales de la metodología para el análisis de las resoluciones a partir de la matriz de cotejo, procedo a analizar el primer caso paradigmático, el caso Sudáfrica.

#### 4.2. Caso Sudáfrica sobre acceso a la vivienda

El primer caso emblemático que analizaré es: *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and Others* (en adelante caso Sudáfrica) del 4 de octubre de 2000. En el año de 1998, un grupo de personas en extrema pobreza (390 adultos y 510 niños) fueron desalojados de un asentamiento informal en Wallacedene, que se encuentra en los suburbios de Ciudad del Cabo, por lo que se mudaron a un asentamiento cercano, un centro de deportes, en donde construyeron viviendas precarias de plástico y otros materiales, sobra decir que no contaban con servicios básicos, como agua, electricidad o drenaje.

Para el año de 1999, ante un panorama de abandono y sin una solución en el horizonte por parte de las autoridades, los afectados interpusieron una acción legal

con fundamento en los artículos 26 –sobre acceso a la vivienda– y 28 –protección de la niñez– de la Constitución sudafricana. En una primera instancia, el tribunal aceptó la acción legal y ordenó «al gobierno proveer refugio a las familias con niños, estableciendo que debía reunir ciertas condiciones mínimas como letrinas y suministro de agua» (Abramovich y Courtis, 2001, p. 71). Decisión que el gobierno nacional y de la Provincia de Cabo apeló ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Lo que me gustaría resaltar en este caso, es que los demandantes buscaron por medios legales acceder a una vivienda, la misma resolución judicial así lo establece en sus antecedentes, menciona, por ejemplo, que las personas habían aplicado para un subsidio de vivienda, pero que al pasar siete años sin respuesta decidieron que no tenían más alternativa que invadir otro terreno (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, p. 7). Esto es importante, ya que se menciona claramente la existencia de una política pública para resolver el problema en materia habitacional, pero a consideración de la Corte, esta no había dado los resultados esperados.

La Corte, a lo largo del estudio del caso, fue enfática en señalar que el derecho a la vivienda debía facilitar la materialización del derecho de forma progresiva, así mismo, reconoce que «los contornos y el contenido de las medidas a adoptar son ante todo un asunto que compete al legislativo y al ejecutivo» (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, pp. 32-33). Esto resulta de enorme importancia para el presente trabajo, pues la Corte deja claro que su decisión no pretende sustituir la labor del legislativo y el ejecutivo en cuanto al diseño de las políticas, de ahí que la Corte se aboque en determinar, a partir de un análisis de razonabilidad, si las medidas tomadas por las autoridades demandadas cumplían con los estándares establecidos en la Constitución:

Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adoptada satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida (Abramovich y Courtis, 2001, p. 73).

En lo que se refiere a que el Estado debe tomar medidas razonables ya sean legislativas o de otra índole, la Corte señala que las medidas legislativas por sí mismas nos son suficientes para cumplir con lo que establece la Constitución, y determina que:

El Estado esta obligado a actuar para alcanzar el resultado deseado, y las medidas legislativas deberán ser invariablemente apoyadas por políticas bien dirigidas, así como programas implementados por el ejecutivo. Estas políticas y programas deben ser razonables tanto en su concepción como implementación. La formulación de un programa es solo la primera etapa para cumplir con las obligaciones del Estado. El programa debe ser también razonablemente implementado. De otra manera un programa razonable que no sea implementado razonablemente no constituirá cumplimiento con las obligaciones del Estado (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, p. 33).

Con lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte delinea claramente lo que será su participación en las políticas públicas. Lo importante entonces, no es crear una ley o un programa, sino que éste dé resultados, así, la Corte se erige como el órgano encargado de determinar si una política cumple o no, con lo que dispone la Constitución.



Siguiendo con su análisis, la Corte establece que cualquier programa diseñado o implementado o por implementar por parte del ejecutivo o legislativo, deberá contemplar los aspectos sociales, culturales, históricos, etc., propios del lugar (en este caso el apartheid), así como contemplar medidas de mediano y largo plazo para satisfacer las necesidades de la población objetivo. De no cumplir el Estado con lo anterior, entonces las medidas no serán consideradas como razonables y apropiadas de acuerdo con el marco legal (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, p. 34).

Por lo tanto, la Corte llega a la siguiente resolución:

(a) La sección 26(2) de la Constitución requiere que el Estado diseñe e implemente de acuerdo con sus recursos disponibles, un programa comprensivo y coordinado para realizar progresivamente el derecho al acceso a la vivienda adecuada. (b) El programa debe incluir medidas razonables tales como, pero no necesariamente limitadas a, aquellas contempladas en el Programa Acelerado de Asentamiento Territorial, a proveer alivio a las personas que no tienen acceso a la tierra, que no tienen techo sobre sus cabezas, así como aquellos que están viviendo en condiciones intolerables o en situación de crisis. (c) A la fecha de publicación de esta aplicación, el programa de vivienda estatal en el área de Consejo Metropolitano del Cabo se ha quedado corto en satisfacer los requerimientos del párrafo (b), pues ha fallado en hacer una provisión razonable dentro de sus recursos disponibles para las personas en el área Metropolitana del Cabo sin acceso a la tierra, sin techo sobre sus cabezas, así como aquellos que están viviendo en condiciones intolerables o en situación de crisis (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, pp. 67-68)

Como se hace evidente a partir de la resolución sudafricana, la Corte ordena a las autoridades crear una política pública –párrafo (a) –, así como garantizar que esta satisfaga las necesidades de la población más vulnerable –párrafo (b) – y, además, dictamina que lo hecho hasta el momento de la resolución no ha sido suficiente –párrafo (c) –.

Una vez explicados cada uno de los criterios de la tabla de cotejo, así como los pormenores del caso, procedo a capturar en la tabla la información obtenida del Caso Sudáfrica, para quedar como sigue:

Etapas de política pública	Sí	No	Observaciones
1. Ingreso o formación de la agenda. El órgano judicial actúa como agente que permite el ingreso de problemas en la agenda gubernamental (representa a un sujeto o sector minoritario o vulnerable de la sociedad), al requerirle a las autoridades que actúen sobre un problema sometido a su consideración.	Sí		En el caso Sudáfrica, las personas que solicitan la protección judicial pertenecen a un grupo vulnerable, el cual, como la misma autoridad lo menciona se encuentran “sin acceso a la tierra, sin techo sobre sus cabezas, así como aquellos que están viviendo en condiciones intolerables o en situación de crisis” (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de octubre del 2000, p. 68)
2. Definición del problema. El órgano judicial analiza en su resolución diversos contextos (históricos, culturales, jurídicos, sociales, etc.) sentando en su decisión un precedente, el cual deberá ser tomado en cuenta	Sí		A lo largo de la resolución, el órgano judicial hace referencia a las condiciones culturales, históricas, sociales y jurídicas que engloban a las políticas de vivienda en Sudáfrica, sobre todo en lo que respecta al apartheid, la segregación de sectores de la sociedad

por los hacedores de la política pública.			y la poca o nula atención a la población vulnerable en los suburbios.
3. Elaboración o selección de la solución. El órgano judicial en su resolución contrasta la política pública en cuestión con la normativa vigente, determinando si se adecúa o no, y en qué grado con esta última.	Sí		Como se analizó, la Corte es enfática en señalar que, respecto a lo contemplado en su Constitución, principalmente en los artículos 26 y 28, y lo que las políticas establecen como desarrollo habitacional, las políticas fallan en no diseñar y contemplar una alternativa “mínima” para las personas vulnerables.
4. Implementación. El órgano judicial impone un hacer o no hacer a los actores involucrados con respecto a una política pública identificada en la resolución.	Sí		La Corte impone un hacer con respecto a la política de vivienda, lo que queda manifiesto en los párrafos (a) y (b) de la resolución.
5. Evaluación y seguimiento. La resolución judicial establece en sus términos la entrega de informes de seguimiento para verificar el cumplimiento de su decisión.	Sí		En su resolución, la Corte nombra a un “vigilante” externo para que dé cuenta del cumplimiento de lo dispuesto en la resolución, este vigilante es la Comisión de Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo.

Tabla 2. Matriz de cotejo. Fuente: elaboración propia.

Llenada la matriz de cotejo, se hace evidente que la resolución del caso Sudáfrica afecta a las políticas públicas de forma total, es decir, afecta a todas las etapas de política pública, lo que hace de esta resolución un ejemplo de los alcances de una decisión judicial en las políticas.

### 4.3. Argentina: caso Mendoza sobre contaminación ambiental

Al igual que con el caso Sudáfrica, el caso «Mendoza Beatriz Silva y otros contra Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios» (en adelante caso Mendoza) sobre contaminación ambiental en Argentina, es un caso paradigmático, por lo que puedo anticipar desde ahora que impactará en todas las etapas de política pública.

El caso Mendoza es un ejemplo en todos los sentidos de una resolución que tiene un enorme efecto en las políticas públicas. Al igual que el caso Sudáfrica, en el cual se contempla la existencia de contralores para vigilar el cumplimiento de la resolución (en ese caso la Comisión de Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo), en el caso Mendoza, la autoridad nombró vigilantes en el proceso (cuerpo colegiado compuesto por cinco instituciones no gubernamentales coordinadas por el Defensor del Pueblo) e incluso fue más allá, al contemplar fechas de vencimiento, multas a las autoridades, y en esencia, sanciones bien establecidas en caso de que no se cumpla con lo dispuesto en la política pública por ellos diseñada.

El camino al caso Mendoza comienza en el año 2004, en el que un grupo de personas interpusieron una demanda ante la Corte Suprema Argentina en contra de entidades estatales (Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) así como contra cuarenta y cuatro empresas privadas, con el objetivo de obtener indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de la contaminación del río Matanza-Riachuelo, solicitando la restauración del medio ambiente.

La resolución judicial del caso Mendoza sienta un precedente de tremenda importancia para las políticas públicas de Argentina, así como para el estudio de la intervención judicial en las políticas. Para delinear los mayores aportes de la resolución, destacaré los puntos que considero más importantes, para después, utilizando la matriz de cotejo, señalar qué etapas del ciclo de políticas se ven más afectas y por qué.

La Corte Suprema desde un primer momento ya interviene en las políticas, pues requiere a las empresas demandadas, la entrega de informes que establezcan, qué arrojan al río, qué tratamiento les dan a los desechos, entre otras cosas. Por otro lado, a las autoridades (Estado Nacional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y CoFeMa) se les ordenó entregar:

un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre las actividades antrópicas, el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental” (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, pp. 1-2).

En pocas palabras, la autoridad judicial ordena la creación de una política pública por parte de las autoridades. Sin duda, una de las partes que indican el grado de involucramiento que tendrá la autoridad judicial en la política de saneamiento se puede observar en el punto «6» de la sentencia, en el cual, la Corte, una vez que ha escuchado el informe por parte de las autoridades sobre su programa de saneamiento, interroga a las autoridades sobre dicho plan. Esto es monumental, pues tenemos a una autoridad judicial, la que tradicionalmente no se involucra en las políticas públicas, haciendo preguntas sobre una política, su viabilidad y elementos (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, punto 6, p. 6).

Continuando con su análisis sobre la política pública para sanear el río (programa de saneamiento), la Corte ordenó a las autoridades involucradas en la política presentar los avances de la misma, lo interesante aquí viene en el apartado número “8”, que transcribo a continuación:

Que el 23 de febrero de 2007 el Tribunal, tras subrayar que carecía de los elementos cognoscitivos necesarios para dictar el pronunciamiento que en aquel grado de desarrollo del proceso correspondía tener, ejerciendo nuevamente sus facultades instructorias y ordenatorias, ordenó la intervención de la Universidad de Buenos Aires. Ello, a fin de que con la actuación de sus profesionales con antecedentes y conocimientos necesarios y apropiados respecto de las diversas temáticas involucradas, procediesen a informar sobre la factibilidad del plan presentado en la causa por las autoridades estatales, según lo encomendado el 20 de junio de 2006 (fs. 1047) (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, punto 8, p. 8).

Lo anterior refleja un nivel de entendimiento e involucramiento de enormes proporciones en cuanto a la política pública. La Corte, haciendo uso de sus facultades, reconoce que no cuenta con los elementos para determinar la viabilidad de la política, así, solicita a una instancia experta –Universidad de Buenos Aires–, el análisis de la política, con el fin de contar con elementos que le permitan resolver de forma adecuada.

En cuanto a las facultades de cada uno de los poderes, y con el ánimo de no intervenir en ámbitos que estén fuera de su competencia, el sistema judicial determina que:

El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De

tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, punto 8, p. 14).

El párrafo anterior señala un aspecto que será definitorio en el futuro de la política pública, el que tiene que ver con la facultad exclusiva de las autoridades (excluyendo al poder judicial por supuesto) para diseñar e implementar el programa de saneamiento. En otras palabras, lo que el sistema judicial está diciendo en el párrafo anterior, es que no es competencia de este determinar el cómo y con qué mecanismos se debe diseñar e implementar, así como tampoco lo es determinar los tiempos de la política, pero, que a partir del programa de saneamiento que las autoridades entreguen, dicho programa se convertirá en un elemento que permitirá al sistema judicial evaluar si las autoridades cumplen o no con lo que ellas mismas han establecido.

Quizá uno de los elementos más importantes para el tema de política pública expuestos por la resolución, sea el relativo a las sanciones previstas por la autoridad judicial en caso de incumplimiento de los objetivos en el programa de saneamiento. En su sentencia, la Corte determina que la política pública debe contener tres objetivos: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes, 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos) y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, I. Objetivos, p. 16). Como se puede observar, la Corte no dice a las autoridades cómo hacer y aplicar la política pública, solo establece lo que la política debe contener de acuerdo con los preceptos legales. Si bien la Corte no se involucra en el diseño e implementación de la política directamente, sí establece que, de no cumplir las autoridades con sus obligaciones, se harán acreedoras a multas:

Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, I) Objetivos, p. 16).

Por tal razón, considero que una de las etapas que se ven afectadas con mayor intensidad en esta resolución es la etapa de evaluación, ya que en este caso, la autoridad es muy específica al momento de imponer fechas límite para la materialización del programa de saneamiento, entre las que destacan: organizar en un plazo de treinta días hábiles un sistema de información pública digital de libre acceso con toda la información del programa de saneamiento, realización de inspecciones a las empresas en un plazo no mayor de treinta días hábiles, solicitar a las empresas involucradas en el periodo señalado anteriormente, la entrega de un plan de tratamiento de residuos, la decisión en un plazo no mayor a sesenta días hábiles sobre la aprobación o no del plan presentado por las empresas por parte de la autoridad competente, la entrega de informes de seguimiento en los plazos convenidos, entre otros. Estos plazos se fortalecen mediante la imposición de multas al establecer la Corte que: «el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca» (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio: Objetivos II y III, pp. 16-18). Finalmente, en su resolución la Corte garantiza la evaluación de la política al incluir mecanismos de participación ciudadana, así como la creación de un cuerpo colegiado para dar seguimiento al cumplimiento de la resolución:

5.- Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente. 6.- Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados (Sentencia M. 1569.XL de 8 de julio, puntos 5 y 6 de la Resolución, pp. 27-28).

Expuesto lo anterior, solo queda capturar la información en la matriz de cotejo:

Etapas de política pública	Sí	No	Observaciones
<p>1. Ingreso o formación de la agenda. El órgano judicial actúa como agente que permite el ingreso de problemas en la agenda gubernamental (representa a un sujeto o sector minoritario o vulnerable de la sociedad), al requerirle a las autoridades que actúen sobre un problema sometido a su consideración.</p>	Sí		<p>La Corte Suprema de Argentina atrae el caso e impone a las autoridades la obligación de atender los reclamos de la población que vive en la cercanía de la cuenca del río Matanza-Riachuelo (Sentencia M.1569.XL de 8 de julio, pp. 1-6)</p>
<p>2. Definición del problema. El órgano judicial analiza en su resolución diversos contextos (históricos, culturales, jurídicos, sociales, etc.) sentando en su decisión un precedente, el cual deberá ser tomado en cuenta por los hacedores de la política pública.</p>	Sí		<p>La Corte Suprema ordena a las autoridades demandadas la entrega de informes y análisis medioambientales que den cuenta de la situación de la contaminación del río, así como de la responsabilidad de las empresas (Sentencia M.1569.XL de 8 de julio, pp. 16-22)</p>
<p>3. Elaboración o selección de la solución. El órgano judicial en su resolución contrasta la política pública en cuestión con la normativa vigente, determinando si se adecúa o no, y en qué grado con esta última.</p>	Sí		<p>La Corte realiza un extenso análisis y contraste de lo expuesto por la política pública presentada por las autoridades (Programa de saneamiento) con la normativa legal vigente (Sentencia M.1569.XL de 8 de julio).</p>
<p>4. Implementación. El órgano judicial impone un hacer o no hacer a los actores involucrados con respecto a una política pública identificada en la resolución.</p>	Sí		<p>En su resolución, la Corte analiza impone e las autoridades la obligación de realizar una política pública (Sentencia M.1569.XL de 8 de julio), consistente en un programa de saneamiento, así mismo, le impone la obligación de cumplir con tres objetivos (p.16) que deberá contener la política así como etapas sucesivas que deberán cumplirse de acuerdo a cierto orden dictado por la autoridad judicial.</p>



<p>5.Evaluación y seguimiento. La resolución judicial establece en sus términos la entrega de informes de seguimiento para verificar el cumplimiento de su decisión.</p>	<p>Sí</p>		<p>La autoridad judicial crea un cuerpo colegiado coordinado por el Defensor del Pueblo en el cual participan cinco organizaciones no gubernamentales, las que evaluarán y le darán seguimiento a lo expuesto en la resolución, además, esta medida se refuerza con la imposición de multas en caso de incumplimiento (Sentencia M.1569.XL de 8 de julio),</p>
--	-----------	--	--

Tabla 3. Matriz de cotejo. Fuente: elaboración propia.

Como podemos deducir, todas las etapas de política pública se ven afectadas: a) ingreso a la agenda, ya que la Corte llama a los demandados a poner atención en el tema y destinar recursos tanto humanos como materiales para el diseño de la política, que hasta ese momento tenían olvidada; b) Definición del problema, al requerir la creación de una política haciendo uso de análisis y estudios previos; c) elaboración de la solución, al imponerle requisitos y características que tendrá que cumplir el programa de saneamiento; d) implementación, al ordenar la creación de un programa de saneamiento con ciertas características, tanto de calidad como de tiempo y, finalmente, e) evaluación, al construir un cuerpo colegiado para vigilar el cumplimiento de la política así como el establecimiento de plazos de vencimiento y multas en caso de no cumplir con lo expuesto en el programa.

Analizados los casos de Sudáfrica y Argentina, expondré a continuación las implicaciones de la resolución 1359/2015 de México y sus efectos novedosos en la intervención del poder judicial en las políticas públicas.

#### 4.4. Amparo en Revisión 1359/2015

El 23 de mayo de 2014, una asociación civil llamada Artículo 19, enfocada en la defensa de la libertad de expresión y acceso a la información, acudió a la justicia federal para reclamar la omisión por parte del poder legislativo –Cámara de Senadores y de Diputados– de expedir la ley reglamentaria relativa al uso y repartición del gasto en publicidad oficial, correspondiente al artículo 134 constitucional, en otras palabras, señalaban que el poder legislativo había incurrido en una violación a la Constitución (al vencer el periodo de tiempo fijado por los mismos legisladores para expedir una ley) exponiendo entre otros el siguiente argumento:

La omisión de la autoridad responsable viola la libertad de expresión, de prensa y de información, ya que la ausencia de un marco normativo reglamentario al artículo 134 de la Constitución permite un uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial, generando con ello condiciones para que, por un lado, las autoridades utilicen los recursos públicos destinados a dicho fin para beneficiar a los medios de comunicación que son complacientes con aquéllas y, por otro lado, castigar a los medios de comunicación y periodistas críticos, es decir, generando medios indirectos de censura que violentan las libertades de expresión, prensa e información (Amparo en Revisión 1359/2015, p. 5).

En su resolución, la Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a la omisión legislativa, que se enfoca en que el poder judicial no tiene competencia para expedir legislación cuando existe una omisión por parte del legislativo, pero en cambio, si tiene competencia para exigir a este legislar cuando la omisión trae como consecuencia una afectación a los derechos humanos. Así, la Primera Sala determina claramente que el legislativo es una autoridad responsable, y

como tal, esta sometido a las leyes, estas últimas las cuales, le competen al poder judicial resguardar:

(...) esta Primera Sala estima que los tribunales de amparo tienen facultades constitucionales para ordenar la restitución de los derechos de los quejosos cuando éstos sean violados por una omisión legislativa absoluta. En un Estado constitucional de derecho todas las autoridades deben respetar la Constitución. Así, aun cuando el Poder Legislativo tenga una función de la máxima importancia dentro nuestro orden constitucional y ésta se le haya encomendado de manera exclusiva –aunque con cierta intervención del Poder Ejecutivo–, también se encuentra sometido a la Constitución. En consecuencia, en estos casos el Poder Legislativo no es libre para decidir no legislar. Cuando la Constitución establece un deber de legislar respecto de algún tema en específico a cargo del Poder Legislativo, el ejercicio de la facultad de legislar deja de ser discrecional y se convierte en una competencia de ejercicio obligatorio (Amparo en Revisión 1359/2015, p. 29).

Por lo anterior, la Primera Sala ordenó lo siguiente:

Por lo tanto, en este caso concreto esta Primera Sala concede el amparo para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpla con la obligación establecida en el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, proceda a emitir una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución antes de que finalice el segundo periodo ordinario de sesiones de este último año de la LXIII Legislatura, es decir, antes del 30 de abril de 2018 (Amparo en Revisión 1359/2015, p. 58).

La resolución de la Primera Sala abre la posibilidad para que el poder judicial «ejerza» completamente su poder como tribunal constitucional, y con ello, un papel preponderante en las políticas públicas. En esta resolución se puede observar cómo el poder judicial interviene en el diseño de las políticas públicas, si bien no de una forma tan contundente como en el caso argentino o sudafricano, sí lo hace al sentar un precedente en cuanto a la obligación, tanto del poder ejecutivo como legislativo, de acatar lo dispuesto en las normas, veamos cómo se ve en la matriz de cotejo.

Etapas de política pública	Sí	No	Observaciones
1. Ingreso o formación de la agenda. El órgano judicial actúa como agente que permite el ingreso de problemas en la agenda gubernamental (representa a un sujeto o sector minoritario o vulnerable de la sociedad), al requerirle a las autoridades que actúen sobre un problema sometido a su consideración.		No	En este caso, la resolución de la autoridad judicial no afecta a la etapa, ya que si bien fue un tema que se dejó de lado (legislar), a final de cuentas este ya se encontraba en la agenda gubernamental (Amparo en Revisión 1359/2015)
2. Definición del problema. El órgano judicial analiza en su resolución diversos contextos (históricos, culturales, jurídicos, sociales, etc.) sentando en su decisión un precedente, el cual deberá ser tomado en cuenta por los hacedores de la política pública.		No	La autoridad judicial realiza un análisis de antecedentes relativos a la competencia del órgano judicial en la decisión en materia de omisión legislativa, pero no así de una política pública (Amparo en Revisión 1359/2015)

<p>3. Elaboración o selección de la solución. El órgano judicial en su resolución contrasta la política pública en cuestión con la normativa vigente, determinando si se adecúa o no, y en qué grado con esta última.</p>		No	<p>En este caso, al no existir aún una política pública sino solo la orden de crearla, el poder judicial no tiene política pública para contrastar, salvo la ausencia de esta y los efectos de este vacío en el ordenamiento jurídico (Amparo en Revisión 1359/2015, pp. 40-58). Esto es así debido a que la solución (la política pública representada en el reglamento que no existe) ya ha sido seleccionada por el legislativo, de ahí que el poder judicial no tenga mayor injerencia.</p>
<p>4. Implementación. El órgano judicial impone un hacer o no hacer a los actores involucrados con respecto a una política pública identificada en la resolución.</p>	Sí		<p>Al establecer la obligación al poder legislativo de legislar, en esencia, de crear las reglas que regularán entre otras cosas la repartición de tiempos de publicidad oficial, el poder judicial esta ordenando la creación de una política pública (Amparo en Revisión 1359/2015, p. 59)</p>
<p>5. Evaluación y seguimiento. La resolución judicial establece en sus términos la entrega de informes de seguimiento para verificar el cumplimiento de su decisión.</p>		No	<p>La autoridad judicial no se involucra en esta etapa, pues no contempla ningún mecanismo de evaluación o seguimiento (Amparo en Revisión 1359/2015, p. 59)</p>

Tabla 4. Matriz de cotejo. Fuente: elaboración propia.

Como se pudo observar, la resolución judicial analizada solo afecta a la etapa de implementación de la política, lo que refleja una afectación muy «débil» en las políticas públicas, sin embargo, hay que señalar que en los últimos años, en México ha habido un creciente interés por involucrar al sistema judicial en las políticas públicas, prueba de ello es la resolución que analizaremos a continuación.

#### 4.5. Juicio de Amparo 707/2016: acceso a la salud para personas vulnerables

En julio del año 2016, una madre preocupada por la ausencia de atención médica especializada para su hija, así como la afectación que ello podría ocasionar para su salud, promovió un juicio de amparo (707/2016) para obtener la atención médica que las autoridades le negaban. Se trata de un caso local de Morelia, Michoacán, en el que una autoridad local –Juzgado Séptimo de Distrito– emitió una resolución para amparar a una menor de edad que padece síndrome de down, así como de un padecimiento llamado *pectus carinatum*.

Es importante resaltar en este caso, que los medicamentos disponibles para tratamientos incluidos en la política de salud (representada en el catálogo de servicios de salud del Seguro Popular) no contemplaba la afección de *pectus carinatum*, por lo que la niña no podía acceder al tratamiento más adecuado para su afección, en este caso un pectoral que debía ser importado de otro país con un costo de más de cuatro mil dólares (Amparo 707/2016, p. 45). Como se puede anticipar, solicitar a los actores tradicionales de la política pública (poder legislativo y poder ejecutivo) que legislen o actualicen el catálogo de salud, o que cubran el costo de la afección, aún y cuando no se encuentre prevista, no es viable, pues hay que recordar que al tratarse de un padecimiento que puede poner en riesgo la vida de una persona, acudir a las instancias antes mencionadas consumiría mucho tiempo y esfuerzo, lo que pone en riesgo la vida de la niña.

Al resolver el caso, el juzgado determinó que la autoridad había sido omisa en cumplir con su responsabilidad en materia de acceso a la salud, al determinar que se comete una violación cuando el «Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado» (Amparo 707/2016, p. 51). Más adelante en la resolución, la autoridad va perfilando lo que será su decisión al determinar que el Estado tiene la obligación de brindar el tratamiento, aún y cuando no se encuentre dentro del catálogo:

(...) de tal manera que, si el tratamiento que aqueja a la quejosa denominado *pectus carinatum* no se encuentra contemplado en el catálogo universal contemplado en el programa denominado «Seguro Popular»; es evidente que es obligación del Estado procurar el otorgamiento del tratamiento que garantice que el derecho a la salud de la quejosa sea ejercido sin discriminación alguna y adoptar las medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas, es decir, avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización (Amparo 707/2016, p. 80).

Ya en la parte final de la resolución la autoridad judicial establece, al responder a la interrogante: ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio del contenido esencial del derecho? Lo que será su aportación más importante al caso:

a) El inmediato otorgamiento del tratamiento para el padecimiento denominado *pectus carinatum*, consistente en la colocación del compresor dinámico, que funciona como un sistema ortésico para remodelar el tórax de manera paulatina y basado en una medición de la elasticidad del tórax; y, b) La posterior inclusión en el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES), en el que se enlistan los servicios médicos-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a los que tienen derecho y que podrán solicitar en los centros de salud y hospitales cubiertos, los beneficiarios del Seguro Popular, el padecimiento que aqueja a la peticionaria de amparo, denominado *pectus carinatum* (Amparo 707/2016, p. 90).

Aquí, el objetivo del juzgador se centra en dos cosas, la primera es garantizar el acceso a la salud y, la segunda, que su decisión tenga efectos vinculantes y pueda lograr así integrar la afección al catálogo de salud. Lo anterior sin duda tendría efectos en la política pública de salud, pues implicaría modificar el catálogo, así como asignar los recursos tanto materiales como humanos para garantizar el tratamiento de dicho padecimiento, sin embargo, casi inmediatamente, la autoridad judicial que resuelve el caso, reconoce que no podrá lograr lo dispuesto en el segundo inciso, al respecto señala: “Sin embargo, respecto de la orden precisada en el inciso b), es pertinente señalar que este juzgador de amparo, en el caso, no se encuentra en posibilidades de ordenar la inclusión del referido padecimiento al Catálogo Universal de Servicios de Salud” (Amparo 707/2016, p. 91). Lo anterior es así, ya que la autoridad judicial reconoce en primer lugar, que no tiene la jerarquía constitucional para sentar precedentes que permitan modificar o anular una normativa, facultad que solo posee el máximo tribunal del país y, en segundo lugar, que quizá no es ámbito de su competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la matriz de cotejo quedaría como sigue.

Etapas de política pública	Sí	No	Observaciones
<p>1. Ingreso o formación de la agenda. El órgano judicial actúa como agente que permite el ingreso de problemas en la agenda gubernamental (representa a un sujeto o sector minoritario o vulnerable de la sociedad), al requerirle a las autoridades que actúen sobre un problema sometido a su consideración.</p>	Sí		<p>Aunque el órgano judicial reconoce no tener facultades para modificar el catálogo de salud, la resolución en sí, a pesar de tener solo efectos individuales, sienta un precedente para aquellos que tengan un padecimiento similar, lo que implica que este derecho puede ser garantizado por la vía judicial del mismo modo que lo fue en este caso (Amparo 707/2016, p. 91)</p>
<p>2. Definición del problema. El órgano judicial analiza en su resolución diversos contextos (históricos, culturales, jurídicos, sociales, etc.) sentando en su decisión un precedente, el cual deberá ser tomado en cuenta por los hacedores de la política pública.</p>		No	<p>En este caso la autoridad no se refiere en concreto a una política pública, sino a una omisión de las autoridades para garantizar el acceso a la salud, lo que implica que la decisión se decante en esos términos y no en una política pública.</p>
<p>3. Elaboración o selección de la solución. El órgano judicial en su resolución contrasta la política pública en cuestión con la normativa vigente, determinando si se adecúa o no, y en qué grado con esta última.</p>		No	<p>Como se mencionaba en la etapa anterior, la decisión se ocupa de los pormenores del acceso al derecho a la salud, y no así de una política pública concreta.</p>
<p>4. Implementación. El órgano judicial impone un hacer o no hacer a los actores involucrados con respecto a una política pública identificada en la resolución.</p>		No	<p>Si la decisión hubiera sido emitida por el máximo tribunal del país, sin duda la respuesta sería sí, sin embargo, al tratarse de un juzgado jerárquicamente inferior en la escala judicial, su decisión no tiene la capacidad de modificar el catálogo de salud, lo que implica que los efectos en la implementación sean muy limitados, lo que no motiva a la autoridad a modificar por su cuenta el catálogo, así como tampoco ofrecer el tratamiento sino es por intermedio de una orden judicial.</p>
<p>5. Evaluación y seguimiento. La resolución judicial establece en sus términos la entrega de informes de seguimiento para verificar el cumplimiento de su decisión.</p>		No	<p>La autoridad en su resolución no contempla nada relacionado con la etapa de evaluación.</p>

Tabla 5. Matriz de cotejo. Fuente: elaboración propia.



## 5. Conclusiones

A partir de los casos analizados, así como del análisis de las facultades exclusivas del poder judicial, y, de las características de las políticas públicas, se hace evidente que la intervención judicial puede resultar en muchos casos benéfica para la materialización de las políticas, al menos para aquellas que son de suma importancia para el bienestar social, es decir, aquellas que guardan relación con los derechos humanos.

La nueva ola de constitucionalismo global otorga al sistema judicial una importancia sin precedente en la materialización de las políticas públicas. Esto es así debido a que en los últimos años la falta de resultados por parte de los actores tradicionales de la política ha dado como consecuencia que las personas se acerquen cada vez, con mayor frecuencia, al sistema judicial para garantizar sus derechos.

Del análisis de los casos mencionados, es posible señalar (al menos en aquellos sistemas jurídicos que guardan similitudes como las expuestas anteriormente) que el sistema judicial, partiendo del control constitucional, puede tener facultades para imponer la creación de una política pública, para ordenar qué contenido mínimo debe tener un programa o proyecto, para evaluar y dar seguimiento y, en suma, para determinar si una política cumple o no con lo que establece el sistema normativo. Los efectos de las decisiones del sistema judicial en las políticas en los casos sudafricano y argentino fueron totales, es decir, afectaron a todo el ciclo de políticas públicas, esto podría explicarse porque en dichos países existe un mayor desarrollo y entendimiento de la participación judicial en la política, esto es así, quizá debido al acercamiento que estos países han tenido con los regímenes autoritarios, en el caso sudafricano, su herencia de racismo y segregación y, en el argentino, su pasado con los golpes militares y las dictaduras, lo que explica en parte, por qué el sistema judicial se ha visto como una alternativa viable para equilibrar el juego de poderes y garantizar una mejor distribución de los beneficios de las políticas. En el escenario mexicano, es evidente que el poder judicial aún no despliega todo su potencial e influencia en las políticas públicas, así lo sugieren los casos analizados de este país, sin embargo, existe una disposición por parte del sistema judicial de influir con mayor intensidad y cotidianidad en las políticas.

La relación entre políticas públicas y sistema judicial se explica a partir del marco jurídico, del estado de derecho y de los márgenes constitucionales, así mismo, la participación del poder judicial en las políticas se visualiza con mayor facilidad en cuatro aspectos, consistentes en vetar o reafirmar decisiones, como actor proactivo que delimita los alcances de interpretación de las normas o principios, como árbitro imparcial que permite una mayor protección a la persona, y, como representante de la sociedad, al permitir que ciertos temas puedan ser ingresados a la agenda.

Cada uno de los casos analizados nos ha brindado ejemplos del alcance que puede llegar a tener la participación del sistema judicial en las políticas. En el caso sudafricano, la Corte determina contenidos mínimos que deberá observar el programa de vivienda, así como la población objetivo que deberá ser atendida de forma prioritaria. Al tratarse de un tema sensible con raíces en el apartheid, la Corte se convierte en la vía o el puente entre los desfavorecidos, los olvidados y aquellos en las posiciones de poder. En el caso argentino, los efectos son aún más específicos, pues la Corte Suprema argentina participa en la construcción de la política y en su evaluación, señalando además los actores (cuerpo colegiado) que evaluarán los avances del programa así como multas en caso de que no se cumpla con los tiempos de la política. Lo que nos enseñan ambos casos, es el potencial enorme que tiene el poder judicial para participar en las políticas, dicha participación puede permitir que

aquellos que han sido olvidados o puestos de lado encuentren una vía para ver materializados sus derechos.

A partir de los casos analizados, considero que es factible señalar que existen etapas que se pueden ver más afectadas que otras por las decisiones judiciales. Las que considero más sensibles a la intervención judicial son las etapas de ingreso y formación de la agenda y la de implementación. La primera debido a las facultades y atributos de los órganos jurisdiccionales, sobre todo en lo que se refiere a los tribunales constitucionales (defensa del orden constitucional, defensa de derechos humanos etc.), pues «deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas fundamentales» (Fix-Zamudio, 2002, p. 212). Lo que significa que cualquier demanda que puedan tener sectores vulnerables respecto a la poca o nula atención por parte de las autoridades, traducida esta a una política, podrá ser corregida (al menos en parte) por la vía judicial. En cuanto a la implementación, los efectos de la resolución en las políticas son más evidentes, ya que el juzgador puede determinar modificar la política implementada, redireccionarla, o incluso eliminarla. Por ejemplo, en el caso local de Morelia, Michoacán, se puede observar cómo una de las pretensiones del juzgador era modificar el catálogo de salud, sin embargo, este debe reconocer que no cuenta con la jerarquía judicial necesaria, pero, de no haber sido así, habría impactado en la implementación de la política.

Le sigue en afectación las etapas de definición del problema y construcción de la solución. Considero que la participación del sistema judicial en las políticas, sobre todo en lo que atañe a las etapas antes mencionadas, debe venir acompañada de una amplia comunicación y cooperación entre el legislativo y ejecutivo. La participación judicial, si bien, puede ser en muchos casos –como los analizados– muy benéfica para lograr la materialización de las políticas, esta debe desarrollarse en un ambiente que permita a los tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– funcionar mejor en el respectivo ámbito de su competencia, pues no debemos olvidar que una de las principales razones para un aumento en la participación judicial en las políticas viene de un vacío que han dejado el legislativo y ejecutivo en cuanto a su capacidad para garantizar políticas públicas eficaces, lo que a largo plazo, no puede ser sustituido por un activismo judicial en las políticas, por ello, la participación de este último, si bien considero es fundamental para encauzar políticas –implementación–, e incluir a sectores vulnerables –formación de la agenda–, no puede por sí misma llenar el vacío dejado por la ausencia de políticas adecuadas.

En cuanto a la construcción de la solución, el caso de Sudáfrica, y el de Argentina, nos permiten observar una intervención del sistema judicial más desarrollada, en la cual la concepción de la realidad, así como la forma en la que se debe interpretar el contexto del problema es definido en gran parte por la interpretación que de él hace el sistema judicial, señalando los puntos esenciales que deberá tomar en consideración el hacedor de la política.

Finalmente, considero que, a partir de los casos analizados, la etapa de evaluación es la que se ve afectada con menos frecuencia, esto se debe a que influir en la evaluación de las políticas, implica para el poder judicial el más elevado grado de intervención posible. Intervenir en la evaluación requiere construir un esquema de seguimiento que compromete en el mediano y largo plazo al sistema judicial en la política, lo que lo hace más compleja su participación, así mismo, implica superar obstáculos en cuanto a la percepción de la separación de poderes, la cual en muchas ocasiones asume que el poder judicial no debe participar en las políticas.

En conclusión, la participación de sistema judicial en las políticas públicas es un campo aún en construcción. Su influencia representa un enorme potencial para

lograr la materialización de esta disciplina, por lo que debe ser tomado en cuenta en los estudios sobre la materia. Para ello, es necesario que los miembros de los tres poderes estén dispuestos a participar más activamente y cooperar entre sí, y con ello buscar garantizar una mayor eficiencia y aplicación de las políticas. Así mismo, creo necesario recalcar que las conclusiones expuestas en este trabajo representan una visión construida a partir de casos específicos, así como de sistemas jurídicos más o menos equiparables entre sí, por lo que no pretendo generalizar los resultados a todos los escenarios ni a todos los casos, sin embargo, considero que este trabajo puede servir para orientar a aquellos que estén interesados en analizar los posibles alcances y límites de la intervención judicial en las políticas. Por otro lado, vale la pena mencionar que una posible conclusión adicional a las expuestas con anterioridad y que merecería un futuro análisis y estudio, es el relativo al aparente incremento del activismo judicial en países con mayores niveles de desigualdad y corrupción, lo que en apariencia podría explicarse por la falta de resultados de los poderes legislativo y ejecutivo, en todo caso, hay aquí un fértil campo de estudio aún no explorado que podría arrojar mayor luz sobre los alcances y límites de la participación judicial en las políticas públicas.

## Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2001). La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana. *Jueces para la Democracia*, 40, pp. 71-75.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Abregú (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283-350). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- Aguilar, L. (2010). *Política pública*. Ciudad de México, México: Siglo XXI Editores.
- Aldisert, R. (2009). Judicial declaration of public policy. *The Journal of Appellate Practice and Process*, 10(2), pp. 229-245.
- Aldunate, E., y Córdoba, J. (2011). Formulación de programas con la metodología de marco lógico. *Serie de Manuales*, 68 (LCL/L.3317-P), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado de: [https://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/0/43220/SM\\_N68\\_Formulacion\\_por\\_metodologia\\_ML.pdf](https://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/0/43220/SM_N68_Formulacion_por_metodologia_ML.pdf)
- Arellano, D. y Blanco, F. (2013). *Políticas públicas y democracia*. Ciudad de México, México: Instituto Federal Electoral.
- Arias, D. y Herrera, H. (2012). *Entre políticas gubernamentales y políticas públicas. Análisis del ciclo de las políticas de desarrollo del gobierno del Estado de Michoacán, México, 2003-2010*. Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Bardach, E. (2012). *A practical guide for policy analysis: the eightfold path to more effective problem solving*. Los Angeles, United States of America: Sage.
- Birkland, T. (2015). *An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making*. New York, United States of America: Routledge.
- Butt, D. (2006). The courts and social policy in the United States. *The Foundation of Law, Justice and Society*. Recuperado de: <https://www.fljs.org/sites/default/files/migrated/publications/Butt%2520report.pdf>
- Carmona, U. (2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, IV(7-8), pp. 175-211.

- Celeste, C. (2013). La función de los tribunales constitucionales y la eficacia de sus sentencias a la espera de un caso emblemático. En A. Bonaveri, A. Buteler, A. Bestard, *et. al.*, *Estudios de derecho público* (75-85). Buenos Aires, Argentina: Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.
- Cepeda, M., Montealegre, E. y Alexei, J. (2007). *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cervantes, L. (1996). Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. En A. Cancado, C. Moyer, y C. Zeledón. *Estudios básicos de derechos humanos*. (pp. 355-390). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Constitutional Court of South Africa. (2021). Constitución de Sudáfrica de 1996. Recuperado de: <https://www.concourt.org.za/index.php/constitution/the-text>
- Dery, D. (2000). Agenda setting and problem definition. *Policy Studies*, 21(1), pp. 37-47.
- Dye, T. (2013). *Understanding public policy* (14 ed.). United States: Pearsons Education.
- Everett, S. (2003). The policy cycle: democratic process or rational paradigm revisited? *Australian Journal of Public Administration*, 62(2), pp. 65-70.
- Fernández, J. (1999). La expansión de la justicia constitucional en Europa central y oriental. *Ius et Praxis*, 5(2), pp. 321-352.
- Fischer, F., Miller, G., y Sidney, M. (2007). *Handbook of public policy analysis: theory, politics and methods*. New York, United States of America: CRC Press, Taylor & Francis Group.
- Fix-Zamudio, H. (2002). Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. En J. Vega, y E. Corzo (coord.), *Tribunales y justicia constitucional* (pp. 201-238). Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Gris, P. y Ramírez, S. (2019). El rol del poder legislativo en la evaluación de políticas públicas. *Instituto Belisario Domínguez: notas estratégicas*, 55. Recuperado de: [http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4514/NE%20Evaluaci%3%b3n%20Congreso\\_VF.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4514/NE%20Evaluaci%3%b3n%20Congreso_VF.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Henao, J. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(9), pp. 67-102.
- Hill, M. y Hupe, P. (2002). *Implementing public policy: governance in theory and in practice*. London, Great Britain: Sage Publications.
- Howlett, M. (2019). Moving policy implementation theory forward: a multiple streams/critical juncture approach. *Public Policy and Administration*, 34(4), pp. 405-430.
- Miranda, M. (2018). El tribunal constitucional y el rol del juez constitucional. *Lex*, 22, pp. 85-100.
- Ordoñez, G. (dir.) (2013). *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Organización de las Naciones Unidas. (2020). *¿Qué es el Estado de Derecho?* Recuperado de: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/>
- Parsons, W. (2007). *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. Argentina: Edgar Elgar y Flacso: México.
- Quinche, M. y Rivera, J. (2010). El Control Judicial de las Políticas Públicas Como Instrumento de la Inclusión de los Derechos Humanos. *Universitas*, 121, pp. 113-138.
- Rossi, P., Freeman, H. y Lipsey, M. (2004). *Evaluation a systematic approach* (6 ed.). California, United States of America: Sage Publications.

- Stone, D., Maxwell, S., y Keating, M. (2001). *Bridging research and policy*. United Kingdom: Warwick University. Recuperado de: <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/csgf/research/keytopic/other/bridging.pdf>
- Subroto, A. (2011). *Understanding complexities in public policy making process through policy cycle model: a system dynamics approach*. Depok, Indonesia: Universitas. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1992756](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992756)
- Tarr, G. A. (2010). *Judicial process and judicial policymaking* (7 ed.). New York. United States of America: Routledge.
- Velásquez, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto “política pública”. *Desafíos*, 20, pp. 149-187.

### Anexo de Jurisprudencia

- Amparo en Revisión 1359/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017). Recuperado de: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf)
- Juicio de Amparo 707/2016. (2016). Sentencia del Juzgado Séptimo de Distrito Michoacán. Recuperado de: [http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=941/0941000019323546037.doc\\_1&sec=Isela Estefania Bueno Gallegos&svp=1](http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=941/0941000019323546037.doc_1&sec=Isela Estefania Bueno Gallegos&svp=1)
- Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica. (4 de octubre, 2000). Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors 2000 (11) BCLR 1169. Recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc-esp>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Del 8 de julio de 2008. M. 1569. XL. Mendoza, Beatriz Silva y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo). Recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2011/mendoza-beatriz-silva-y-otros-c-estado-nacional-y-otros-s-danos-y-perjuicios-danos>



# Republicanismos deliberativos a debate. Un análisis filosófico político de “La forma del derecho” de Fernando Atria

## Deliberative Republicanisms to debate. A political philosophical analysis of “La forma del derecho” from Fernando Atria

Nicolás Emanuel Olivares  
CONICET - Universidad de Girona  
ORCID ID 0000-0002-2303-441X  
[olivares.nicolasemanuel@gmail.com](mailto:olivares.nicolasemanuel@gmail.com)

### Cita recomendada:

Olivares, N.E. (2021). Republicanismos deliberativos a debate. Un análisis filosófico político de “La forma del derecho” de Fernando Atria. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 124-152.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6342>

Recibido / received: 12/04/2020  
Aceptado / accepted: 20/04/2021

### Resumen

En este trabajo nos proponemos tres objetivos específicos. En primer lugar, reconstruir los principales presupuestos normativos de la concepción republicana comprensiva del concepto de democracia deliberativa asumido por F. Atria en su obra *La forma del derecho*. En segundo lugar, presentar una concepción republicana deliberativa diversa, definida por cuatro caracteres: política, reflexiva, cívica y epistémica. En tercer lugar, señalar en qué sentido esta segunda concepción respondería adecuadamente al desafío de justificar un modelo democrático que supere la acuciante y actual pero aparente paradoja escéptica-objetivista en materia de verdad política.

### Palabras clave

Democracia deliberativa, concepción republicana comprensiva, dignidad humana, reconocimiento mutuo, concepción republicana política, no dominación, reciprocidad ciudadana.

### Abstract

*In this work we propose three specific objectives. Firstly, to reconstruct the main normative assumptions of the comprehensive republican conception of the concept of deliberative democracy assumed by F. Atria in his work *La forma del derecho*. Secondly, to present a diverse deliberative republican conception, defined by four characters: political, reflexive, civic*



and epistemic. Thirdly, to point out in what sense this second conception would respond adequately to the challenge of justifying a democratic model that overcomes the pressing and current but apparent skeptic-objectivist paradox in matters of political truth.

### Keywords

*Deliberative democracy, comprehensive republican conception, human dignity, mutual recognition, political republican conception, non domination, citizen reciprocity.*

SUMARIO. 1.-Introducción; 2.-Escepticismo, objetividad, deliberación y verdad política; 3.-Una justificación no epistémica de la democracia deliberativa; 4.-Una concepción republicana comprensiva de la democracia deliberativa, 4.1.Dignidad y reconocimiento, 4.2.Ideas vivas y muertas; 5.-Una concepción republicana política de la democracia deliberativa, 5.1. Un republicanismo deliberativo político, 5.2. Un republicanismo deliberativo reflexivo, 5.3. Un republicanismo deliberativo cívico, 5.4. Un republicanismo deliberativo epistémico; 6.- Conclusión; 7.-Bibliografía.

## 1. Introducción

El subtítulo del presente trabajo explicita nuestro objeto de análisis, una obra filosófica contemporánea notoriamente atractiva y original denominada *La forma del derecho* (Marcial Pons, 2016). No obstante, cabe advertir que la misma posee una profusa gramática y sustancia política que permite superar con creces un uso semántico restringido habitual de la idea de forma jurídica. En palabras de su autor, F. Atria, el derecho no debe ser pensado solo desde su faz jurídica, sino también desde su faz política. Partiendo de dicha perspectiva, F. Atria identifica la existencia actual de una acuciante pero aparente paradoja entre dos maneras de concebir la verdad política, una escéptica y otra objetivista, la cual requiere ser superada teniendo en cuenta que ambas rechazan el principio de legitimidad democrática (Atria, 2016, p. 360).

En respuesta a la misma, dicho filósofo chileno proyecta una teoría democrática deliberativa de bases republicanas neoaristotélicas comprensivas, invitándonos a resignificar conceptos tales como dignidad humana, reconocimiento mutuo, bien común y comunidad política, la cual sería sensible a un contexto normativo no ideal donde ciertos cambios en la realidad social han tornado obsoletas ciertas formas políticas (Atria, 2016, p. 20). De este modo, la interrelación de las tres partes de dicha obra, una primera atinente a la juridicidad y su filosofía, una segunda relativa a la modernidad de cierta estatalidad occidental y la tercera referida a la legitimidad de nuestros conceptos democráticos componen un todo filosófico coherente y original que se presenta hostil frente a ciertas ideas que podrían considerarse muertas (Atria, 2016, p. 21). En este trabajo solo analizaremos críticamente ciertas hipótesis y tesis propias de la tercera parte de su trabajo, sin siquiera abarcar por completo este último tramo. En otras palabras, atenderemos a lo específicamente señalado en las páginas 343 a 432, matizando los conceptos allí asumidos con los defendidos por el propio autor en sus obras *La constitución tramposa* (Lom, 2011) y *Democracia y neutralización* (Lom, 2017), así como contrastándolos con las teorizaciones vertidas por destacados especialistas en republicanismo y democracia deliberativa. Nobleza obliga advertir al lector que este trabajo ha constituido una alambicada excusa para dialogar teóricamente con una valiosa obra y aprender de un gran filósofo como F. Atria, haciendo hincapié en ciertos tópicos relevantes en el marco de una teoría contemporánea de la democracia deliberativa.

En definitiva, si de confesiones se trata, al igual que F. Atria, nuestra meta principal es hacer más inteligibles ciertas preguntas y ensayar ciertas respuestas propias a problemas teóricos de innegable actualidad. Atento a ello, en este trabajo nos proponemos cumplir tres objetivos específicos. En primer lugar, reconstruir los principales presupuestos normativos de la concepción republicana comprensiva del concepto de democracia deliberativa asumido por F. Atria en su obra *La forma del derecho*. En segundo lugar, presentar una concepción republicana deliberativa diversa, definida por cuatro caracteres: política, reflexiva, cívica y epistémica. En tercer lugar, señalar en qué sentido esta segunda concepción respondería adecuadamente al desafío de justificar un modelo democrático que supere la acuciante y actual pero aparente paradoja escéptica-objetivista en materia de verdad política.

## 2. Escepticismo, objetividad, deliberación y verdad política

Para comenzar, cabe destacar que la defensa de una perspectiva democrática deliberativa es efectuada con singular originalidad por F. Atria, recurriendo a múltiples recursos conceptuales entre los cuales cabe destacar: un argumento de equidad dialógica, un perfil post-metafísico, una particular definición de la idea de institución, así como un escenario teórico y práctico signado por el agonismo entre escépticos y objetivistas de la verdad política. En este apartado nos detendremos a analizar los últimos dos recursos, pasando revista someramente a los dos primeros.

En primer lugar, en cuanto al argumento de equidad dialógica entre ciudadanos, cabe señalar que en el capítulo 16: *La posibilidad de la deliberación*, preludio, transición e inauguración de la tercera parte de su obra (*Viviendo bajo ideas muertas*), F. Atria señala que «la democracia solo es posible en la medida en que cada ciudadano acepte que sus opiniones [...] carecen, ante los demás, de cualquier status especial: ellas valen tanto como las opiniones contingentes de los otros» (Atria, 2016, p. 344). De este modo, su perspectiva democrática deliberativa no se sustenta sobre una idea de consenso *a priori*, o bien *a posteriori*, sino sobre el disenso político, entendiendo que existen desacuerdos profundos, persistentes e inerradicables entre ciudadanos (Waldron, 1999). Sin embargo, el punto de partida conflictual real de la política contemporánea no impide a juicio del autor la necesidad de imponer un trato igualitario entre ciudadanos respecto a sus opiniones políticas, lo que llevará a F. Atria a afirmar la necesidad de asumir una definición moral comprensiva de los principios de dignidad humana y reconocimiento mutuo. Dichos principios serán objeto de análisis en el apartado subsiguiente.

En segundo lugar, con relación al perfil post-metafísico, F. Atria señala en tono habermasiano que actualmente «ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia nos gobiernan: nosotros nos gobernamos, y solo por eso podemos ser libres» (Atria, 2016, p. 344). Este argumento abonaría aún más su compromiso para con la equidad dialógica entre ciudadanos, dado que la igual consideración y respeto de las opiniones no debe tomarse en función de una igual naturaleza en el sentido antropológico, ni con sujeción a una deidad creacionista. De este modo, el criterio de equidad dialógica ciudadana se refuerza en la teoría atriana en función de la conexión interna que estipula entre las nociones de autogobierno y libertad política, así como entre dignidad humana y reconocimiento mutuo.

En tercer lugar, en cuanto a los fines de su obra el autor señala que «no pretende predicar una determinada moralidad abstracta y evaluar formas institucionales de vida positiva o negativamente. La óptica de este libro es institucional, lo que quiere decir que este libro pretende entender las instituciones que

tenemos». Aquí resulta necesario entender qué quiere decir el autor con «mostrar cómo esas estructuras median funciones» (Atria, 2016, p. 345). Al respecto, consideramos que la noción atriana de institucionalidad se podría referir a tres usos semánticos distintos. En primer lugar, la idea de institucionalidad refiere a ciertas regularidades que pueden darse por grados en las instituciones políticas reales, regularidades que principalmente se vinculan con ciertas funciones. En segundo lugar, la idea de institucionalidad remite a un plano ideal, abstracto o perfecto e inconexo con las instituciones políticas reales. En tercer lugar, implica asumir una perspectiva hiperrealista conforme a la cual las instituciones políticas existentes constituyen en la medida de su vigencia normativa y sociológica, fuente de validez política. F. Atria pareciera referir al primer uso semántico del término instituciones, atento a que afirma que desde una perspectiva institucional la relación teórica principal está dada entre instituciones o estructuras y el principio que las anima o función (Atria, 2016, pp. 348-355). En el caso de las instituciones jurídicas contemporáneas, el principio es el democrático; es decir, aquel criterio que conecta la validez de una norma, institución o medida en función de si es consistente con la voluntad popular, lo cual implica un determinado tipo de contenido y un sujeto como protagonista de la política (Atria, 2016, p. 355).

En cuarto lugar, entre las diversas maneras de conectar la verdad y lo político, el autor advierte que existen dos posturas que rechazan el principio democrático, dado que asumen una relación inadecuada e ineficiente entre los términos verdad y política fundada en su independencia. Estas dos posturas son, en mis propios términos, una postura subjetivista radical, conforme a la cual la verdad se construye por completo durante el debate, enfrentada a una postura objetivista radical, según la cual la verdad es completamente preexistente a todo debate político real. Por su parte, F. Atria señala que la primera postura (escéptica) lleva al extremo de señalar la inexistencia de un genuino mundo en común, dado que se privatiza el mundo político, siendo el mismo una agregación de creencias subjetivas individuales, mientras que la segunda postura (objetivista) lleva a un realismo extremo, conforme al cual lo común a todos, lo público, resulta predeterminado al debate real, con lo cual la participación y deliberación popular resultarían irrelevantes o, peor aún, innecesarias para descubrir la verdad política (Atria, 2016, p. 360).

F. Atria se interroga acerca de las razones por las cuales el escepticismo moral en materia política ha resultado tan atractivo entre los pensadores contemporáneos; es decir, se pregunta acerca de las condiciones normativas no ideales o sociológicas en las cuales ciertas teorías pretendidamente más realistas tienden a predominar sobre otras algo más abstractas. La causa principal que detecta el autor es la de la notoria fragmentación y despolitización de las sociedades contemporáneas. Desde dicha óptica actual, la política y el derecho no son intermediarios en un proceso deliberativo constructivo, sino que constituyen genuinos árbitros entre la puja negocial de intereses de cada sujeto individual o grupal (Atria, 2016, pp. 389-390).

Es en este marco teórico más preciso en el cual F. Atria se propone brindar argumentos políticos, no meramente jurídicos ni filosóficos, acerca de por qué la deliberación pública es posible y deseable en las condiciones normativas no ideales actuales, rechazando con ello la postura anti-parlamentarista de que la deliberación es indeseable e inefectiva en la modernidad y de que debe ser reemplazada por la negociación, la propaganda y la manipulación, así como aquella tesitura parlamentarista que sostiene que la deliberación democrática debe ser justificada en una ideal relación consensual entre ciudadanos. De este modo, el autor asume un justo término medio entre una postura cínica y otra ingenua, promoviendo para ello el empleo de un lenguaje teológico político (Atria, 2016, pp. 348-356).

Sin embargo, a consideración de F. Atria el rechazo de ambas perspectivas extremas no presupone que debemos abandonar la idea de verdad política, sino que es necesario incorporar un entendimiento distinto de la misma, conforme al cual «la verdad cumple una función constitutiva de prácticas deliberativas, en el sentido de que sin referencia a ella esas prácticas no pueden sino degenerar en prácticas opresivas» (Atria, 2016, p. 364). En este sentido, F. Atria propone distinguir dos acepciones, dimensiones o funciones del término verdad. Una primera concepción o función, a la que denomina apelativa, es aquella conforme a la cual la alusión a la verdad «pretende reemplazar la necesidad del argumento, es decir, cuando de el hecho de tener una proposición determinada el estatus de verdadera se ofrece como un argumento» (Atria, 2016, p. 364, sic.). Una segunda función de la verdad sería de tipo constitutiva y se daría «cuando la referencia a ella opera no dentro de la práctica argumentativa sino como uno de sus supuestos, es decir, cuando ella define el sentido de la argumentación» (Atria, 2016, p. 364). Esta distinción es la que permite, a consideración de F. Atria, demostrar la falsedad del dilema entre escepticismo y objetivismo moral. Con ello posibilita indicar que la actual aporía, aunque acuciante, es aparente (Atria, 2016, p. 364). De este modo, a diferencia de lo que señalan otros pensadores, dicho autor considera que «la pregunta por la verdad [...] no es (solo) una pregunta filosófica, es una pregunta estrictamente política: es una pregunta por cómo nos hemos de entender a nosotros como ciudadanos» (Atria, 2016, p. 369).

En conexión con ello, como hemos anticipado, F. Atria señala que la idea misma de deliberación y argumentación política presupone la igual dignidad humana de los deliberantes, así como su reconocimiento mutuo como interlocutores válidos. Ahora, aprovechándose de la distinción entre funciones de la verdad, el autor plantea dicha igual equidad dialógica como un aspecto anticipatorio de la política real en el sentido de que, si en la realidad no es tal el trato, la pauta comunicativa encamina todo para que así lo sea. F. Atria afirma que «solo entendiendo que nuestras prácticas políticas descansan constitutivamente en la noción de verdad [...] podemos entenderlas como prácticas que permiten el reconocimiento de la agencia del otro», ya que únicamente cuando la verdad es entendida de forma constitutiva «al encontrarnos y deliberar sobre cómo hemos de vivir estamos apelando a algo común a todos» (Atria, 2016, p. 376).

En este marco teórico, F. Atria expone su argumento más agudo contra el neoconstitucionalismo, señalando que el mismo desprecia las formas, moraliza excesivamente la política y coloca en manos de un grupo privilegiado de funcionarios públicos, los jueces, la responsabilidad de determinar las reglas de imputación. En otras palabras, los neoconstitucionalistas consideran que la regla de reconocimiento constitucional está determinada en última instancia por una Corte ordinaria, Suprema o Constitucional, pero no debe ello dejarse librado a los poderes constituidos Ejecutivo y Legislativo debido a que, por definición, actuarían bajo una lógica facciosa, partidaria o partisana (Atria, 2016, pp. 183-187).

A contrario de la perspectiva neoconstitucionalista, F. Atria señala que la supuesta racionalidad superior de los jueces, en comparación con la de los ciudadanos, en realidad implica asumir una particular concepción normativa de la política; es decir, asumir un enfoque partisano de esta que entiende a los foros legislativo y ejecutivo como ámbitos no deliberativos donde se emplea la negociación, el voto y la retórica, pero no se debaten argumentos en función de su correspondencia con principios morales. De este modo, el neoconstitucionalismo lo que hace es despolitizar y moralizar lo político, sustrayéndolo de dichos ámbitos, así como reducir las discusiones de la sociedad civil a un mero intercambio de opiniones. Esta perspectiva política normativa es partisana dado que, desde su aparente neutralidad, proclama que sea un grupo de notables, epistémicamente cualificados, quienes



decidan las cuestiones políticas fundamentales bajo los principios jurídicos de coherencia, consistencia, neutralidad e imparcialidad siendo que, en realidad, ello implica negar ciertas calidades epistémicas a las y los ciudadanos y despreciar la política comunitaria, legislativa y ejecutiva, la cual sería mera *doxa* (Atria, 2016, p. 347).

Por nuestra parte, compartimos con F. Atria dicho diagnóstico crítico acerca de la deseabilidad y factibilidad de las ideas políticas que pretenden actualmente justificar nuestros diseños políticos institucionales, así como adherimos a la idea de que actualmente el constitucionalismo ofrece miradas unilaterales de las funciones constitucionales que ciertas instituciones desempeñan, lo cual implica una competencia abierta, agonal, evidente entre dos perspectivas patológicas de lo político: el bien común y la democracia. Por un lado, los neoconservadores asumen una perspectiva cínica cuando atienden únicamente a la función instrumental sistémica de las instituciones políticas fundamentales, pretendiendo retóricamente despolitizar los valores de legitimidad democrática y justicia social, denunciando que debemos ser realistas y asumir que no necesariamente son ni deben ser representativas de la voluntad popular. Por otro lado, los neoconstitucionalistas se adhieren a una perspectiva ingenua de la teoría y práctica constitucional, considerando que basta una lectura moral seria por parte de los magistrados para que las instituciones políticas realmente existentes funcionen en plenitud (Atria, 2016, p. 424).

Tras rechazar ambas perspectivas escéptica y objetivista, neoconservadurismo y neoconstitucionalismo, y como continuación del debate acerca de la conexión entre la verdad y lo político, F. Atria desarrollará argumentos para responder a la pregunta: «¿resulta posible la deliberación bajo las condiciones en que vivimos?» (Atria, 2016, p. 348). Sus argumentos en defensa de un modelo democrático deliberativo serán analizados en el próximo apartado.

### 3. Una justificación no epistémica de la democracia deliberativa

En el capítulo 18 de su obra titulado *La democracia y la autoridad del derecho* F. Atria sostiene que «una mala manera de expresar esta idea (es decir la necesaria función constitutiva de cierta idea de verdad objetiva) es la de entender que lo que justifica la autoridad de las decisiones democráticas es un argumento epistémico» (Atria, 2016, p. 379). Acto seguido el autor define qué se entiende por justificación epistémica de la democracia y señala lo siguiente:

El problema con las justificaciones epistémicas de la democracia es que asumen que no hay conexión interna entre lo político y lo moral [...] Esto devalúa lo político, porque entonces la razón por la cual lo político es una fuente de normatividad es externa a lo político: es consecuencia de la comparación entre diversos métodos para identificar lo que es moralmente correcto (Atria, 2016, p. 379).

Independientemente de esta variedad de argumentos, F. Atria afirma que toda justificación epistémica de la democracia deliberativa posee varios problemas entre los cuales el más relevante es «la conclusión de que los procedimientos políticos de formación de voluntad son los que son más probables de acertar a la solución correcta la cual es contingente» (Atria, 2016, p. 380). En el paso argumentativo siguiente F. Atria señala lo siguiente:

Para superar la insuficiencia de una concepción epistémica de la democracia debemos entender que lo moral se disuelve en lo político [...] Por consiguiente, cada vez que usamos la palabra moral podemos reemplazarla [...], sin pérdida de sentido sino aumento de claridad, por la palabra político (Atria, 2016, pp. 380-381).

En este marco, F. Atria se propone reconstruir y superar la tipología introducida por J. Rawls, conforme la cual podemos clasificar a las formas de justicia de tres maneras. En primer lugar, podemos hablar de justicia procesal imperfecta cuando existe un criterio normativo independiente de la deliberación real entre las partes, siendo esta deliberación un proceso dialógico que tiende a la solución justa, correcta o válida, aunque no la asegura. En segundo lugar, cabe referirse a la justicia puramente procesal cuando no existe un criterio normativo independiente de la deliberación real entre las partes, sino que la deliberación real entre ciudadanos constituye un proceso dialógico que de ser seguidas todas sus pautas asegura la obtención de una solución justa, correcta o válida. Una tercera opción, mentada por F. Atria y aparentemente no contemplada por J. Rawls, sería la de la justicia puramente procesal imperfecta, cuando no hay un criterio político positivo independiente del proceso, ni proceso deliberativo que por sí sólo garantice la definición de lo justo, correcto o válido (Atria, 2016, pp. 381-383). Esta tercera perspectiva sería, a entender del autor, la adecuada para comprender las instituciones políticas como son ya que nos proveería de un criterio independiente negativo de corrección para identificar cuáles son las deficiencias del proceso deliberativo, dado que la idea de justicia aquí define lo que no es justo, correcto o válido sin definir en positivo lo que lo es, cumplimentando así una función constitutiva y no apelativa de la verdad (Atria, 2016, p. 383).

Finalmente, para rechazar la perspectiva epistémica, F. Atria sostiene que en síntesis «nuestras decisiones valen como nuestras no porque sean correctas sino porque han sido formalmente producidas. La objeción de que una ley es injusta, entonces, es tan impertinente al interior del sistema jurídico como es pertinente en la deliberación política» (Atria, 2016, p. 387). Quizás un lector apresurado diría que ahora F. Atria ha caído efectivamente en una notoria inconsistencia dado que las decisiones políticas se han señalado como válidas, si y solo si, nos hemos reconocido como iguales en dignidad, mientras que ahora se señala que dicha corrección depende de un proceso general. No obstante, aquí puede apreciarse con plenitud la original resignificación republicana del principio habermasiano de co-originalidad entre derechos y democracia. En palabras del mismo F. Atria, «forma (procedimiento) y sustancia (justicia, aceptabilidad racional, etc.) son co-originarias» (Atria, 2016, p. 388). De este modo, el autor evidencia que dicha tesis es expresión de una particular manera de entender el término justicia el cual la define en materia política y jurídica en función de una combinación de criterios que de forma complementaria desembocan en una forma de justicia puramente procesal imperfecta (Atria, 2016, p. 388).

No obstante, en el apartado subsiguiente podrá apreciarse cómo dicha co-originalidad entre forma y sustancia se opaca cuando el rechazo de los argumentos epistémicos lleva a F. Atria a asumir argumentos morales comprensivos.

#### 4. Una concepción republicana comprensiva de la democracia deliberativa

##### 4.1. Dignidad y reconocimiento

En el capítulo 19 de *La forma del derecho* F. Atria explicita cuáles son los presupuestos morales comprensivos desde los cuales cementa su mismísima teoría de la democracia deliberativa (Atria, 2016, p. 393). Allí el autor se formula a sí mismo la pregunta que toda mujer u hombre de convicciones morales comprensivas se hace al analizar la idea de democracia deliberativa, a saber: «¿hay contradicción entre la idea de que hay una ley natural y la idea de que es a través de mecanismos formales de deliberación democrática que debemos tomar nuestras decisiones?» (Atria, 2016, p. 394).

El autor responde a dicha incógnita señalando que generalmente se han explicitado dos posturas contradictorias, las cuales si se analizan adecuadamente podrían ser perfectamente compatibles (Atria, 2016, pp. 394-398). Para justificar esta posible cohesión de ambas posturas F. Atria recurre a una particular definición del sintagma ley natural de corte neoaristotélico, ya que afirma que «la ley natural [...] es lo que es bueno para los seres humanos dada nuestra naturaleza, es decir, dado el tipo de seres que somos [...] la ley natural, como toda ley, tiene que hacer referencia a una comunidad» (Atria, 2016, p. 395).

Acto seguido, el autor se pregunta «¿qué puede decirse que es bueno para los seres humanos dado el tipo de criaturas que somos?» y responde que «pensadores tan disímiles entre sí como Aristóteles y Hobbes concuerdan en que, dado el tipo de seres que somos, solo podemos llevar vidas humanas viviendo en comunidad política» (Atria, 2016, p. 399). A diferencia de Aristóteles, F. Atria se propone universalizar la idea de auto-realización la cual era restringida a unos pocos ciudadanos en la teoría aristotélica, advirtiendo que «si vivir vidas realizadas es lo que es bueno para nosotros porque nos permite llevar vidas plenamente humanas, entonces es conforme a la ley natural organizar la vida en comunidad de modo de permitir la realización de todos» (Atria, 2016, p. 400). A mayor abundamiento, asumiendo un republicanismo comprensivo, el autor señala que el ideal de auto-realización solo puede ser universal si es entendido como intersubjetivo, si se conecta con la noción de reconocimiento mutuo, es decir si se entiende que «la auto-realización de los demás es condición de la auto-realización propia» (Atria, 2016, p. 400). En otras palabras, F. Atria al definir lo político afirma: «dado que no somos dioses ni bestias, solo podemos llevar vidas propiamente humanas viviendo en condiciones de comunidad política. Lo que define a lo político es el reconocimiento del otro como un igual» (Atria, 2016, p. 400).

No obstante, F. Atria admite la existencia del hecho del desacuerdo, es decir que en las condiciones normativas no ideales de las sociedades democráticas occidentales actuales se da un notorio pluralismo político (Atria, 2016, p. 402), el cual implica que existe un profundo, persistente e inerradicable desacuerdo entre ciudadanos, no solo sobre cuestiones de justicia, sino también de legitimidad (Waldron, 1999). Frente a dicho escenario plural signado por el desacuerdo, entonces F. Atria propone crear, adoptar o instituir un procedimiento a través del cual puedan tomarse esas decisiones. De este modo, existirán respuestas emanadas de dicho procedimiento que a consideración de algunos ciudadanos serán consideradas como injustas, pero que la mayoría tendrá por válidas (Atria, 2016, p. 403). No obstante, como requisito fundamental de validez de dicho procedimiento democrático deliberativo, el autor sostiene que debe fundarse en el hecho innegable de que todos los ciudadanos tienen igual dignidad, de manera que ninguno de ellos puede reclamar un acceso privilegiado a la verdad política. Aquí, F. Atria advierte que reclamar un acceso privilegiado refiere a aquellas personas que otorgan a la verdad política una función apelativa, es decir, que pretenden imponer la veracidad de sus creencias como un argumento válido de corrección intersubjetivo. Otro requisito fundamental de validez de dicho procedimiento, impuesto por F. Atria, consiste en que el mismo no puede ni debe ser justificado instrumentalmente, porque lo que se espera de dicho procedimiento no puede ser identificado sin referencia a la deliberación ciudadana real (Atria, 2016, p. 404). De este modo, en un lenguaje republicano F. Atria afirma que ante situaciones en las cuales no se producen relaciones políticas de reconocimiento mutuo, estaremos en presencia de relaciones de dominación generadas por manipulación y/o violencia (Atria, 2016, p. 406).

En definitiva, F. Atria asume ciertos postulados políticos neoaristotélicos que dan lugar a una definición republicana comprensiva del modelo democrático

deliberativo. Ahora bien, desde esta perspectiva F. Atria se pregunta «¿nuestras instituciones políticas actuales cumplen efectivamente su función?» La respuesta atriana a esta incógnita puede hallarse en el siguiente subapartado.

#### 4.2. Ideas vivas y muertas

El capítulo 20 de *La Forma del Derecho* se titula *Viviendo bajo ideas muertas*. Este capítulo desde su título evoca un aire jeffersoniano y añade argumentos en defensa de un republicanismo comprensivo. Ahora bien, ¿a qué se refiere el título con que vivimos bajo ideas muertas? F. Atria señala que actualmente poseemos instituciones políticas que no podemos comprender cabalmente, pero que se mantienen vigentes dado que hallamos en ellas algo relevante. Sin embargo, a la hora de explicitar cuál es su relevancia específica, no se ofrecen explicaciones adecuadas, teniendo en cuenta que «vivimos bajo ideas muertas» (Atria, 2016, p. 423). Más precisamente, F. Atria afirma que si bien las instituciones deben ser entendidas como estructuras que median funciones, es decir que poseen una dimensión instrumental, «ellas no son inteligibles si no se les reconoce una cierta dimensión anticipatoria» (Atria, 2016, p. 423).

En este sentido, F. Atria afirma que la defensa *in extremis* de alguna de dichas dimensiones justifica la existencia de dos perspectivas políticas rivales en nuestras sociedades democráticas contemporáneas: una escéptica de la existencia de un pueblo como nosotros unificado y cohesionado, definida como perspectiva cínica, la cual podríamos definir como libertaria, y otra objetivista que señala la existencia de un pueblo en tanto comunidad política atada a una particular manera de entender lo público común, entendida como perspectiva ingenua, la cual podríamos titular como populista. En otras palabras, F. Atria señala que los lenguajes escéptico realista y objetivista ingenuo no permiten explicar ni justificar un modelo democrático deliberativo sustentado en una concepción a la vez instrumental y anticipatoria de la política (Atria, 2016, p. 423).

A renglón seguido, F. Atria conecta su concepción republicana comprensiva del modelo democrático deliberativo, así como el carácter anticipatorio de las instituciones políticas con la idea de pueblo como hecho institucional y/o pre-institucional. Allí señala que, conforme su leal saber y entender, el pueblo como sujeto colectivo posee dos modos de acción, es decir que existen dos conceptos de pueblo: a) uno institucional, el cual se manifiesta mediante la operación de ciertas normas de imputación; y b) otro pre-institucional, el cual emerge como aquella voluntad ciudadana que funda aquellas normas de imputación (Atria, 2016, p. 426).

Coincidimos con F. Atria en que las explicaciones libertarias cínicas y populistas ingenuas del concepto de pueblo «resultan incapaces de hacer inteligibles las formas institucionales de identificación de la voluntad del pueblo» (Atria, 2016, pp. 428-429), teniendo en cuenta que ambas concepciones neutralizan la capacidad de deliberación del pueblo, volviendo su accionar más irrelevante que si la elite tecnocrática de turno, o el líder carismático, les dieran el control del rumbo de la política nacional (Greppi, 2012; Pettit, 2012). No obstante, no compartimos la perspectiva nearistotélica (moral comprensiva) desde la cual F. Atria prefiere definir a los términos dignidad humana, reconocimiento mutuo, bien común y comunidad política. Por un lado, F. Atria se refiere a la comunidad política como una comunidad biológica y/o lingüística de seres humanos (Atria, 2016, p. 396), que posee pretensiones de alcanzar el bien común de todos sus integrantes, preocupándose entonces por la pregunta acerca de cómo organizar la vida en comunidad política (Atria, 2016, pp. 396-397), sustentando dichas nociones en sendas referencias a la teoría política aristotélica (Atria, 2016, p. 400). A mayor abundamiento de su postura

republicana comprensiva, F. Atria afirma que «la auto-realización de los demás, es condición de la auto-realización propia» Luego, dicho autor señala que «lo que define a lo político es el reconocimiento de otro como un igual, el reconocimiento de que yo no soy [...] dueño del mundo» (Atria, 2016, p. 400). Por otro lado, cómo hemos anticipado, F. Atria se pregunta: «¿hay contradicción entre la idea de que hay una ley natural y la idea de que es a través de mecanismos formales de deliberación democrática que debemos tomar nuestras decisiones?» (Atria, 2016, p. 394). En síntesis, la respuesta del autor es que no existe contradicción siempre y cuando se adopta una concepción neoaristotélica (moral comprensiva) de los valores bien común, dignidad y mutuo reconocimiento (Atria, 2016, pp. 394-421).

En el proceso de responder a dicha incógnita el destacado filósofo chileno señala que la ley natural podría ser definida como aquello «que es bueno para los seres humanos dada nuestra naturaleza, es decir dado el tipo de seres que somos» (Atria, 2016, p. 395). En dicho marco teórico, F. Atria señala que la comunidad a la cual refiere dicha ley natural no es ni más ni menos que la comunidad humana, con lo cual se saltea los particularismos propios de cada cultura y pretende conectar el sentido de comunidad política a un enfoque moral comprensivo que no hace diferencia de contextos nacionales ni de condiciones normativas específicas de existencia de cada sociedad política (Atria, 2016, p. 395). Más precisamente, dicho autor señala que «hay ciertas cosas que son buenas para la especie biológica, y eso entonces es para cada ser humano, ser humano. Esta manera de entender la común humanidad es la que explica la idea de que la ley natural está dada a-temporalmente y es inmutable, absoluta, etc.» (Atria, 2016, p. 396). No obstante, prefiere definir a la comunidad humana desde una conexión lingüística común, es decir no considera adecuado partir de un vínculo o naturaleza biológica sino de tipo comunicacional, antropológico o sociológico, conforme la cual nuestras prácticas políticas presuponen cierto reconocimiento mutuo (Atria, 2016, p. 397).

Sin embargo, consideramos que la pregunta inicial de F. Atria acerca de la compatibilidad entre una concepción iusnaturalista y un modelo contemporáneo de democracia deliberativa, podría ser reformulada de la siguiente manera: dadas las condiciones normativas postmetafísicas no ideales actuales, en las cuales existen profundos, persistentes e inerradicables desacuerdos no solo en materia de justicia, sino también de legitimidad democrática, así como acerca de lo bueno, ¿existe contradicción entre la idea de que hay una ley natural y la idea de que es a través de mecanismos formales de deliberación democrática que debemos tomar nuestras decisiones? La respuesta a dicha reformulada pregunta debiera ser positiva, si es que se toman por válidos los siguientes presupuestos atrianos: a) el carácter innegablemente polémico de lo político; b) la pretensión de entender a las instituciones tal cual son; así como c) se desea adoptar una concepción atractiva de verdad política. En defensa de dicha respuesta es que desarrollaremos en el subsiguiente apartado una concepción republicana deliberativa diferente de la asumida por F. Atria.

## 5. Una concepción republicana política de la democracia deliberativa

Mientras que en los anteriores apartados hemos explicitado los presupuestos conceptuales y normativos de la concepción republicana comprensiva delineada exclusivamente por F. Atria en su obra *La Forma del Derecho* (2016), en el presente procederemos a explicitar los principales caracteres de una concepción republicana deliberativa distinta, la cual halla sustento en las teorizaciones efectuadas por el mismísimo F. Atria en sus trabajos *La constitución tramposa* (2011) y *Democracia y neutralización* (2017), así como en las conceptualizaciones ofrecidas por otros autores especializados en teoría política republicana y democracia deliberativa.



Los caracteres que definen nuestra propia definición del modelo democrático republicano deliberativo, serían cuatro: político, reflexivo, cívico y epistémico. El primer carácter (político) se conecta con las distinciones entre teorías morales comprensivas y no comprensivas, así como entre aquellas que son de primer nivel y las que son de segundo nivel normativo. Este primer carácter nos llevará a adoptar dos principios normativos, el de libertad como no dominación y el de reciprocidad ciudadana, los cuales pretenden diferenciarse de los principios neoaristotélicos de dignidad humana y reconocimiento mutuo defendidos por F. Atria. El primer principio señala que resulta indeseable la existencia de interferencias arbitrarias en el curso político de acción de un sujeto individual o colectivo. El segundo principio afirma que de forma inmanente a la idea misma de lo político subyace la necesidad de establecer términos de cooperación social que consideremos legítimos y justos. El segundo carácter (reflexivo) asume dos usos semánticos diversos: por un lado, refiere a una particular manera de entender la relación entre la faz ideal y no ideal de toda teoría política, la cual requiere satisfacer el estándar de factibilidad, así como por el otro, establece que los sujetos, tiempos y acciones políticas deben ser entendidos como múltiples, complejos y situados. De este modo, el principio de reflexividad contribuye a sustentar la factibilidad del republicanismo deliberativo aquí defendido, así como a distanciarse de la concepción binaria de pueblo empleada por F. Atria. El tercer carácter (cívico) parte de distinguir un lenguaje teológico, como el defendido por F. Atria, de un lenguaje cívico, es decir opone una formulación teórica con bases semánticas y gramaticales imbuidas de cierta teología política (no religiosa), a una formulación teórica sustentada en términos y conexiones de sentido emergentes de la propia complejidad de las sociedades democráticas contemporáneas. Este tercer carácter nos compele a adoptar un principio discursivo cívico, el cual establece un filtro semántico y gramatical de los argumentos expresados durante el proceso de deliberación y decisión ciudadana. El cuarto carácter (epistémico) promueve la adopción de un criterio intersubjetivo de corrección política, el cual resulta parcialmente dependiente de los estándares normativos de libertad y reciprocidad defendidos, aportando así una justificación instrumental del ideal republicano deliberativo diferente a la ofrecida por F. Atria.

Dichos cuatro caracteres y sus correlativos principios nos permitirán demarcar cuatro distancias conceptuales y normativas específicas y dos generales con la propuesta filosófica política atriana. Por un lado, el primer carácter (político) con sus principios de libertad como no dominación y reciprocidad ciudadana, nos permiten delinear una justificación sustantiva de la democracia deliberativa, diferente a la asumida por F. Atria en *La forma del derecho* pero consistente con la ofrecida por dicho autor en su trabajo *Democracia y neutralización* (2017). Por otro lado, los caracteres de reflexividad, civismo y epistémico sus correlativos principios, nos permiten delinear una justificación instrumental comunicativa y epistémica de la democracia deliberativa diversa a la asumida por F. Atria en *La forma del derecho* pero coherente con el lenguaje ofrecido por aquel filósofo en su trabajo *La constitución tramposa* (2011). Finalmente, en el apartado conclusivo (6), de forma especular a dichos cuatro caracteres, explicitaremos cuatro atractivos comparativos que ofrecería el republicanismo deliberativo con relación al republicanismo atriano emergente de *La forma del derecho*, en el marco de la discusión acerca de cómo superar la acuciante pero aparente paradoja entre escépticos y objetivistas de la verdad política.

### 5.1. Un republicanismo deliberativo político

El concepto de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la

misma (Rawls, 1996; Habermas, 1998; Martí, 2006a). Cabe señalar que este concepto puede asumir distintas concepciones, las cuales pueden ser clasificadas en liberales, éticas discursivas y republicanas, dependiendo del concepto de libertad política asumido (no interferencia, autogobierno democrático, no dominación política).

En este trabajo adoptamos como fuente de criterios normativos de evaluación de las instituciones políticas, una particular concepción republicana deliberativa, la cual será aquí denominada republicanismo deliberativo. El mismo se alimenta de las teorizaciones de diversos y reconocidos filósofos políticos, pudiendo ser definido mediante cuatro caracteres principales: político, reflexivo, cívico y epistémico. No obstante, dichos cuatro caracteres no constituyen metas políticas concretas a ser perseguidas directamente por las y los ciudadanos. El republicanismo deliberativo no se erige en una perspectiva ideal acerca de cómo deberían de comportarse las y los ciudadanos. Su pretensión es más modesta y consiste en ofrecer cuatro criterios, de diverso grado de normatividad, para evaluar nuestras instituciones democráticas actuales. De ese modo, las y los ciudadanos, podrían contar con una brújula normativa que les permita identificar y evaluar las normas, instituciones y medidas políticas realmente existentes, en búsqueda de situaciones donde no exista dominación, o la misma se vea progresivamente reducida (Pettit, 2014).

En este apartado nos avocaremos a precisar el carácter político del republicanismo deliberativo aquí defendido. No obstante, antes de proceder a precisar dicho carácter político, consideramos relevante explicitar la conexión conceptual y normativa específica que trazamos entre los términos democracia deliberativa y republicanismo. Al respecto, J. L. Martí advierte que la concepción deliberativa y la republicana son diferenciables tanto didáctica como normativamente, aunque pueden yuxtaponerse. ¿De qué manera podrían solaparse? Por un lado, la democracia deliberativa puede ser definida desde una perspectiva republicana, señalando que a los fines de satisfacer los estándares deliberativos resulta atractivo adoptar una concepción republicana de la libertad política y las virtudes cívicas. Aquí el republicanismo constituye un medio para los fines deliberativos. Por otro lado, la democracia republicana, en su búsqueda por garantizar la no dominación política, podría emplear como medio idóneo una concepción deliberativa de la política, garantizando así por medio de la deliberación, la posibilidad de que los ciudadanos tengan efectiva influencia y control sobre el accionar de su gobierno en materia de políticas públicas (Martí, 2007, pp. 156-158).

Según J. L. Martí, la mejor manera de realizar los principios republicanos de libertad como no dominación e igual dignidad política, consiste en asumir una particular forma activa de deliberación política ciudadana. De este modo, las instituciones públicas deben diseñarse con miras a cumplir dichos fines republicanos, para lo cual deben adoptar una estructura deliberativa. Es decir, los procedimientos políticos para ser legítimos en términos republicanos deben permitir el igual control e influencia de todos los afectados por la norma, institución o medida política adoptada, en el proceso deliberativo de discusión y sanción (Martí, 2007, pp. 156-160).

Como hemos anticipado, la concepción republicana aquí defendida define a la libertad política como no dominación. Al respecto, P. Pettit señala que la libertad política debe ser entendida como la posibilidad que tiene un ciudadano de vivir sin estar sujeto al potencial poder destructivo de un tercero, siendo su garantía la prioridad del Estado Republicano (Pettit, 2012, pp. 5-8). El republicanismo promueve dos criterios políticos centrales, los cuales confluyen en el objetivo último de la no dominación. Por un lado, promueve la legitimidad política, entendida como la consistencia entre la coerción que se ejerce sobre los ciudadanos y su libertad entendida como no dominación. Los ciudadanos deben ser puestos en condiciones

de controlar la interferencia del Estado en sus vidas, marcando la dirección en la que debe este actuar. La legitimidad política de darse impide la dominación pública del Estado sobre los particulares (Pettit, 2012, pp. 300-301). Por otro lado, promueve la justicia social, entendida como el empoderamiento de los ciudadanos en su ejercicio de las libertades básicas, definidas como desprendimientos de la idea más general de libertad como no dominación. La justicia social requiere una infraestructura adecuada para el desarrollo social equitativo y de darse impide la dominación privada entre particulares (Pettit, 2012, pp. 297-299).

Una vez clarificado qué entendemos por republicanismo deliberativo, es decir de qué manera ambos términos pueden ser coligados, corresponde explicitar a que nos referimos cuando calificamos al mismo de político. Para ello procederemos a señalar en qué sentido el republicanismo deliberativo constituye una teoría política o moral no comprensiva.

Por un lado, cabe señalar que J. Rawls ha desarrollado en sus últimos trabajos una relevante distinción entre moral política y moral comprensiva. El primer tipo de moral se denomina política debido a que se ofrece como una perspectiva más abstracta y a la vez más amplia que la segunda, en el sentido de que se sustenta sobre la justificación de cierto marco normativo generado tras un consenso superpuesto y reflexivo de doctrinas morales comprensivas existentes en una determinada sociedad. El segundo tipo de moral, se denomina comprensiva porque refiere a una perspectiva más específica y a la vez más restringida que la segunda, dado que ofrece principios morales fundacionales de una moralidad que rivalizan de forma excluyente con otros posibles principios, o bien con otras formulaciones de dichos mismos principios (Zhuoyao, 2016, pp. 1-2).

Por otro lado, A. Gutmann y D. Thompson han ofrecido una particular manera de redefinir este debate, señalando que podemos clasificar a las teorías políticas en aquellas que se sustentan sobre principios de primer o segundo nivel normativo. En primer lugar, las teorías de primer nivel normativo serían aquellas que ofrecen respuestas morales a problemas políticos específicos, apelando a una concepción restringida de qué se entiende por bueno, válido, legítimo y justo, la cual rivaliza con otras posibles concepciones de dichos conceptos. En segundo lugar, las teorías de segundo nivel normativo son aquellas en las cuales la moralidad política se funda en principios más abstractos, perfectamente compatibles, coherentes y consistentes con diversas, aunque razonables, teorías morales de primer nivel (Gutmann y Thompson, 1996, pp. 1-10).

Atendiendo a ambas clasificaciones, la teoría política republicana proyectada por F. Atria en su obra *La forma del derecho* respondería a las características propias de una perspectiva comprensiva o de primer nivel normativo. Por un lado, F. Atria ofrecería una particular formulación neoaristotélica de ciertos principios políticos, tales como dignidad humana, reconocimiento mutuo, bien común y comunidad política, que rivalizan con otras concepciones morales comprensivas de los mismos (Atria, 2016, pp. 396-400). En este sentido, ciertas perspectivas religiosas, filosóficas y morales no estarían de acuerdo en la definición que de dichos términos allí defiende el autor. Por otro lado, F. Atria asumiría una teoría política de primer nivel normativo al definir dichos términos de una manera precisa y restringida que rivaliza con otras teorías de primer orden normativo. Al respecto, diversas teorías de la justicia, en tanto teorías normativas de primer orden, de bases utilitaristas, liberales igualitarias, libertaristas, republicanas y comunitaristas no coincidirían en entender a dichos términos de la misma manera (Kymlicka, 2002). No obstante, esta observación podría ser matizada, atento en su trabajo *Democracia y neutralización* (2017) F. Atria no emplea definiciones neoaristotélicas de aquellos conceptos, desarrollando usos semánticos

de los mismos enteramente compatibles con una teoría moral política, no comprensiva, de segundo nivel normativo, de las instituciones constitucionales. Al respecto, cabe citar ciertos fragmentos de dicha obra, los cuales dan cuenta de un enfoque político no moral comprensivo de las ideas de ley, pueblo y bien común. En este sentido, F. Atria señala que «la ley es lo que va en el interés del pueblo, es decir el interés de todos. Por esta razón, el principio democrático exige que la ley sea producida a través de un procedimiento que haga suficientemente improbable que la ley sea lo que va en interés de un grupo particular en tanto grupo particular» (Atria, 2017, p. 131). Aquí F. Atria no define a la ley en función de la promoción de aquello que es bueno para el hombre como tal, sino como una norma de validez general resultante de un proceso democrático en el cual todos los ciudadanos tienen igual derecho a participar y decidir; el término pueblo, no es conceptualizado como una porción de la humanidad, sino que es entendido como el conglomerado de todas las voluntades políticas individuales sin exclusiones al interior de una determinada sociedad; y no emplea el vocablo bien común, sino interés de todos, el que es definido en términos negativos como la contracara de los intereses particulares y en términos positivos como la representación de la totalidad de intereses políticos individuales de las y los ciudadanos (Atria, 2017, pp. 131-133).

Ahora bien, al conectar las nociones de democracia deliberativa y republicanismos, hemos ya explicitado el primer principio normativo aquí defendido, a saber: el de libertad como no dominación. Sin embargo, como hemos adelantado, existe un segundo principio normativo relevante para la defensa del carácter político del republicanismos deliberativo, siendo el mismo el de reciprocidad ciudadana. La idea de reciprocidad ciudadana refiere a un tipo de mutualismo que debe mediar entre ciudadanos y representantes en los asuntos públicos de gobierno. La reciprocidad implica entonces la capacidad de buscar justos y legítimos términos de cooperación social entre las y los ciudadanos (Gutmann y Thompson, 1996, pp. 52-54). Al respecto, deseamos señalar, que el principio de reciprocidad ciudadana rivaliza con el de reconocimiento mutuo empleado por F. Atria en *La forma del derecho*, con lo cual ofrecemos un estándar normativo diverso como fundamento para el rechazo de las concepciones escéptica y objetivista del valor verdad política. En este marco, consideramos que la idea de reciprocidad ciudadana es en sí misma un estándar de validez política dado que aquellas normas, instituciones y medidas que no satisfacen ese criterio se toman por no deliberativas y por ello inválidas o falsas en tanto normas políticas de validez general. Aquí la idea de validez política, a diferencia de lo señalado por F. Atria en dicha obra, cumple una función apelativa no constitutiva del proceso deliberativo real. En otras palabras, el principio de reciprocidad ciudadana cumple a los fines de la política una función apelativa en tanto oficia en los debates reales como criterio de evaluación de las opciones discutidas. No obstante, el principio de reciprocidad ciudadana es considerado abierto o provisional en el sentido de que su contenido sustantivo para cada caso concreto es discutible. De este modo, el principio de reciprocidad ciudadana se presenta como un criterio de validez política con función apelativa, que no aparece como completamente dado o preconstituido para la razón de los deliberantes reales.

El principio de reciprocidad defendido desde nuestra perspectiva republicana política es más modesto que los principios de dignidad humana y reconocimiento mutuo, dado que el proceso de justificación que promueve está orientado por la idea de aceptabilidad y no parte de las ideas neoaristotélicas de hermandad humana y necesaria complementariedad de intereses políticos. La motivación detrás del principio de reciprocidad es la de una mutua justificación entre afectados por el tema objeto de discusión. A diferencia del republicanismos atriano emergente en *La forma del derecho*, el procedimiento que encarna el principio de reciprocidad no implica una cosmovisión moral comprensiva de la política como sugiere el principio de dignidad

humana, ni una discusión altruista de fines morales complementarios como sugiere el principio de reconocimiento mutuo, sino una deliberación respetuosa de la diversidad de sujetos, opiniones y perspectivas existentes, tendiente a la cooperación mutua y que admite la lucha entre intereses complejos y múltiples. En defensa del principio de reciprocidad así entendido y en/del reconocimiento del profundo pluralismo político pueden citarse ciertas teorizaciones vertidas por el mismísimo F. Atria en su valioso trabajo *Democracia y neutralización* donde afirma que «en nuestras condiciones de vida política, estamos en muchos casos en desacuerdo sobre cual debiera ser la decisión colectiva que nos vincule a todos, y ese desacuerdo es persistente [...] tenemos diferentes maneras de ver la vida y el mundo, pertenecemos a diversas tradiciones espirituales o filosóficas» (Atria, 2017, p. 134), lo que impone poner en práctica el principio de reciprocidad ciudadana mediante «un procedimiento que permita la concurrencia de todas las posiciones relevantes» (Atria, 2017, p. 134).

En síntesis, en un mundo político no ideal como el nuestro existen ciudadanos dominados por otros, así como Estados que dominan a sus ciudadanos (Pettit, 2012; Ovejero Lucas, 2008). De este modo, entender a las instituciones políticas como son, sin caer en una perspectiva escéptica o bien objetivista, requeriría a nuestro entender adoptar estándares normativos distintos a los de dignidad humana y reconocimiento mutuo asumidos por F. Atria en *La forma del derecho*. En este sentido, el republicanismo político aquí defendido afirma que las nociones de libertad como no dominación y reciprocidad ciudadana son las que aglutinan y dan sentido a lo político, es decir a un vivir juntos, así como ofrecerían dos posibles ventajas sobre el republicanismo atriano.

Por un lado, el republicanismo deliberativo no parte de una concepción moral comprensiva de justicia, la cual rivaliza notoriamente con diversas y respetadas teorías de la justicia, como las liberales igualitarias, comunitaristas, éticas discursivas y éticas críticas, sino que asume como estándar de justicia el de libertad como no dominación. El mismo resulta atractivo dadas nuestras complejas sociedades democráticas contemporáneas signadas por la injusticia e ilegitimidad, ya que no se opone explícitamente a las más atractivas teorías de la justicia, sino que compatibiliza con las mismas y rescata sus mejores intuiciones (Pettit, 2014; Ovejero Lucas, 2008). Asimismo, aunque el republicanismo atriano en su justificación sustantiva comprensiva de la democracia deliberativa abandonara sus nociones morales comprensivas de bien común y comunidad política, sus principios de dignidad humana y reconocimiento mutuo podrían no ser lo suficientemente sensibles al fenómeno de la dominación política. En primer lugar, dichos principios podrían no constituir herramientas atractivas frente a la dominación pública, es decir, no contribuirían a la lucha frente a la opresión efectuada por el Estado sobre los ciudadanos, atento a la histórica existencia de intromisiones estatales arbitrarias en la vida de las y los ciudadanos basadas en argumentos morales comprensivos. En segundo lugar, dichos principios podrían no constituir herramientas adecuadas para combatir la dominación privada, es decir, para evitar, morigerar o eliminar la dominación entre particulares, teniendo en cuenta la conocida tendencia entre ciertas ciudadanas y ciudadanos a emplear estándares morales comprensivos para justificar o profundizar la desigualdad social estructural padecida por determinados grupos especialmente desaventajados.

Por otro lado, desde el republicanismo deliberativo aquí defendido, el principio de reciprocidad ciudadana, entendido como un estándar político abocado a evaluar y promover equitativos términos de cooperación ciudadana, no presupone un ideal nearistotélico, sino que parte de considerar a los ciudadanos contemporáneos tal cual son; es decir, diversos, complejos y agonales (Greppi, 2012; Blondiaux, 2013). En segundo lugar, dicho principio de reciprocidad ciudadana no presupone la



existencia de ciertos valores morales comprensivos indiscutibles, en tanto presupuestos o metas inescapables de toda deliberación democrática, sino que proyecta como meta pragmática la cooperación deliberativa entre ciudadanas y ciudadanos en un mundo desigual, signado por profundos, persistentes e inerradicables desacuerdos (Waldron, 1999).

Sin embargo dichas dos desventajas del republicanismo atriano inscripto en *La forma del derecho* debieran matizarse ante la lucha frente a la dominación política y promoción de la reciprocidad ciudadana explicitada por F. Atria en *Democracia y neutralización* donde señala que las constituciones neoliberales han neutralizado la reciprocidad política ciudadana en el ámbito jurídico formal y social cultural, al punto tal de que «el abuso es la forma en que concretamente aparece el problema constitucional ante el ciudadano» (Atria, 2017, p. 11).

Finalmente, cabe advertir que la conexión conceptual entre el principio de reciprocidad ciudadana así entendido con una concepción deliberativa del término desacuerdo, así como la necesidad de emplear un lenguaje cívico (no teológico) será ampliado en el apartado 5.3.

## 5.2. Un republicanismo deliberativo reflexivo

Como hemos anticipado existen dos usos semánticos relevantes del término reflexivo (5.). Por un lado, con el término reflexivo nos referimos a una particular manera de entender la relación entre la faz ideal y no ideal, en tanto componentes necesarios de una teoría política normativa, la cual impone el cumplimiento del requisito de factibilidad. Por otro lado, el adjetivo reflexivo refiere a una particular manera de comprender la noción de legitimidad democrática.

Por un lado, con relación a la discusión teórica más específica acerca de cómo debe interpretarse la conexión entre la noción de reflexividad y los términos teoría normativa ideal y teoría normativa no ideal, surgen ciertos interrogantes relevantes, tales como: ¿deben las teorías políticas normativas ser sensibles a los hechos?, ¿deben nuestras teorías políticas normativas ser construidas atendiendo a ciertos datos de la realidad contemporánea, o más bien deben construirse con datos *a priori* y aplicarse deductivamente a nuestra realidad no ideal?, ¿en qué sentido puede afirmarse que una teoría política normativa es factible?, ¿qué límites, principios e implicancias impone la noción de factibilidad a las teorías políticas normativas?, ¿cómo podemos evaluar el tránsito de un estado de cosas no ideal a otro ideal?, ¿deben tratarse las facetas ideal y no ideal como compartimentos estancos o dinámicos y relacionales?

En respuesta, cabe afirmar que el tipo de relación que debe mediar entre las facetas ideal y no ideal de toda teoría política normativa ha sido interpretado de diversas maneras. Tras un análisis pormenorizado de la bibliografía especializada, la definición del contenido y alcance de los términos normativos de teoría ideal y teoría no ideal podría asumir a nuestro entender, al menos, tres perspectivas disímiles: a) idealista, b) realista y c) reflexiva. En primer lugar, algunos autores (Rawls, 1996; Simmons, 2000) consideran que las teorías normativas deben ser plenamente ideales, es decir que debe otorgarse prioridad lógica y temporal a la teoría ideal por sobre la no ideal (perspectivas idealistas). En segundo lugar, otros pensadores entienden que la ecuación normativa debe ser a la inversa (Rossi y Sleat, 2014), de modo que la teoría no ideal debe tener prioridad lógica y temporal sobre la ideal (perspectivas realistas). En tercer lugar, numerosos teóricos (Farrelly, 2007; Tessman, 2010), consideran que toda teoría normativa debe dar prioridad temporal a la teoría no ideal y prioridad lógica a la teoría ideal (perspectivas reflexivas).

Entre las diversas perspectivas que asumen una conexión reflexiva entre las facetas ideal y no ideal de toda teoría normativa, cabe desatacar una reciente propuesta teórica que hace hincapié en la noción de factibilidad, afirmando que dicho requisito impone ciertos límites, restricciones y condiciones a las teorías políticas normativas ideales. En particular, de forma oblicua a diversas discusiones acerca de las implicancias normativas de los términos ideal y no ideal, pareciera ser razonable que dichas teorías satisfagan al menos dos requisitos, los cuales, por supuesto son necesarios, pero no suficientes, para garantizar la completa y perfecta realización de aquello que demanda un determinado ideal regulativo político. En primer lugar, pareciera ser relevante evaluar si dicha teoría cumple con el requisito de funcionalidad, es decir si promueve efectivamente, en las condiciones normativas no ideales para las cuales es pensado, aquel estado de cosas considerado deseable. En segundo lugar, sería importante analizar si dicha teoría satisface el requisito de aptitud, el cual solicita que los presupuestos empíricos, normativos y conceptuales sobre los que se justifica la adopción de dicho ideal regulativo sean coherentes, consistentes y encajen unos con otros (Erman y Möller, 2020, pp. 1-9).

Como puede apreciarse, el estándar de factibilidad, con sus requisitos de funcionalidad y aptitud, ofrece una atractiva herramienta analítica para evaluar la reflexividad del republicanismo comprensivo ariano y del republicanismo deliberativo aquí defendido, en el entendimiento de que ambas perspectivas republicanas, aunque diversas, no serían pasibles de las objeciones dirigidas a las teorías idealistas y realistas.

En primer lugar, el requerimiento de funcionalidad establece como necesario analizar los límites fijados por el ideal regulativo en cuestión; en especial, nos propone analizar los límites máximo y mínimo que emergen del mismo (Erman y Möller, 2020, p. 13). Por un lado, el republicanismo ariano impone como límite máximo los principios de dignidad humana, reconocimiento mutuo, bien común y comunidad política, los cuales constituyen principios morales comprensivos que lucen exigentes para el escenario político actual, así como establece por límite mínimo, el cumplimiento de las funciones preestablecidas de las estructuras institucionales actuales, lo cual resultaría complaciente con el actual estado de cosas no ideal, donde se produce la referida paradoja escéptica-objetivista. Por otro lado, el republicanismo deliberativo aquí promovido impone como límite máximo los principios políticos de libertad como no dominación y reciprocidad ciudadana, así como límites mínimos los de reflexividad y civilidad, los cuales constituirían estándares funcionales orientados a evaluar las instituciones políticas no ideales actuales.

En segundo lugar, el requerimiento de funcionalidad establece como necesario evaluar la conexión entre cierta temporalidad y la aplicación directa o indirecta del ideal regulativo político sujeto a análisis (Erman y Möller, 2020, pp. 14-15). Al respecto, el republicanismo ariano promueve la aplicación directa de principios morales comprensivos razonablemente alcanzables en un tiempo remoto, como respuesta a una acuciante paradoja política de un tiempo normativo no ideal presente. Por el contrario, el republicanismo deliberativo aquí defendido parte del tiempo normativo no ideal presente para promover un ideal político a cumplimentarse gradualmente desde la actualidad, de forma indirecta mediante la adopción de principios normativos no ideales, como los de reflexividad y civismo, los cuales promoverían la satisfacción de principios ideales como los de no dominación y reciprocidad ciudadana.

En tercer lugar, el requerimiento de aptitud impone asumir una perspectiva dinámica de la relación que media entre la faz ideal y la faz no ideal de una teoría política normativa; es decir, señala que existen diversas exigencias de factibilidad

según los principios que componen dicha teoría normativa sean ideales o no ideales, lo cual nos permite evaluar la armonía existente entre ellos (Erman y Möller, 2020, pp. 17-19). En este sentido, la teoría republicana atriana pareciera asumir en sus principios políticos una perspectiva estática de las facetas ideal y no ideal, contrastando directamente ciertos principios ideales, tales como dignidad humana, mutuo reconocimiento, bien común y comunidad política con un estado de cosas no ideal contemporáneo, descuidando la idea de que el pluralismo político impone diversos requisitos de factibilidad a una misma teoría política normativa, según los principios sean ideales o no ideales. Por el contrario, el republicanismo deliberativo aquí defendido asumiría una perspectiva dinámica de las facetas ideal y no ideal, empleando principios normativos no ideales como los de reflexividad y civilidad, así como otros ideales como los de libertad como no dominación y reciprocidad, siendo diversos los requisitos de factibilidad que se desprenden de cada uno de dichos principios.

En cuarto lugar, el requerimiento de aptitud impone adoptar una perspectiva no binaria de la distinción entre una faz ideal y no ideal, reconociendo que la factibilidad debe evaluarse admitiendo la existencia al interior de una misma teoría política de un *continuum* normativo, el cual incluye diferentes niveles y restricciones. Desde esta perspectiva normativa no binaria, lo ideal y no ideal se convierte en una cuestión compleja, de manera que una misma teoría puede ser calificada como ideal y no ideal a la vez, dependiendo del tipo y grado de exigencia normativa que imponen sus principios (Erman y Möller, 2020, p. 20). Por un lado, F. Atria pareciera adoptar una perspectiva binaria de la distinción entre faz ideal y no ideal, ya que diferencia un escenario republicano comprensivo ideal definido por los principios de dignidad humana, mutuo reconocimiento, bien común y comunidad política al que debemos llegar, de un mundo no ideal contemporáneo signado por una acuciante pero aparente paradoja escéptica-objetivista en materia de verdad política. La transición entre ambos planos normativos extremos, el ideal y no ideal, pareciera estar dada por la adopción de un criterio negativo de justicia procesal imperfecta pura, el cual rechaza la existencia de un criterio sustantivo positivo, completamente independiente del proceso político real. Sin embargo, tal criterio negativo funciona en la teoría republicana atriana como un principio normativo ideal ya que es definido como un estándar sustantivo de justicia *a priori* del debate ciudadano real. Por otro lado, el republicanismo deliberativo aquí promovido adopta una perspectiva no binaria de la distinción entre faz ideal y no ideal, reconociendo que la factibilidad de sus principios debe evaluarse admitiendo la existencia a su interior de un *continuum* normativo, el cual incluye diferentes niveles de exigencia que van desde la libertad como no dominación y reciprocidad ciudadana a los principios de reflexividad y civilidad. Desde esta perspectiva normativa no binaria, lo ideal y no ideal se convierte en una cuestión relacional, ya que nuestra teoría política puede ser calificada como ideal si solo se atiende a los primeros dos principios y no ideal si se considera únicamente los dos últimos. En otras palabras, constituye una teoría ideal y no ideal a la vez.

Por otro lado, con relación al segundo sentido del adjetivo reflexivo, P. Rosanvallon señala que la concepción reflexiva de la legitimidad democrática se erige en contra, o para corregir ciertos defectos, de la democracia electoral representativa de tipo agregativa, y con ello evita las formas patológicas impolíticas populista y libertaria. Los tres aspectos considerados denostables de la concepción democrática agregativa serían los siguientes: a) una única o prioritaria modalidad de expresión de la voluntad política (boleta electoral); b) la designación por excelencia de un sujeto político protagonista (los electores); y c) la determinación de un régimen de temporalidad (momento electoral). Estos tres aspectos de la política democrática reciben, bajo la concepción agregativa, la siguiente definición: i) la identificación de la opción electoral con la expresión de la voluntad general; ii) la asimilación de los

electores con el pueblo; y iii) la inscripción sostenida de la actividad política en un plano de continuidad del momento electoral (Rosanvallon, 2009, p. 183). De forma consistente con la crítica efectuada por P. Rosanvallon a los modelos democráticos agregativos, F. Atria ha señalado en *Democracia y neutralización* que «si la regla de la mayoría apareciera al inicio, no habría espacio para la deliberación ni para el intercambio de razones y argumentos que respaldan las distintas opiniones» (Atria, 2017, p. 11).

Por el contrario, dichos tres aspectos reciben desde la concepción democrática republicana las siguientes interpretaciones: a) la voluntad política es pensada de forma plural, en el sentido de asumir que las preferencias políticas: son complejas, no homogéneas, son construidas durante el debate, no preconcebidas al mismo, se expresan durante la deliberación, y no únicamente al momento de votar, su definición no es solo filosófica sino también histórica; b) la noción de pueblo es multívoca y no unívoca, en tanto refiere al menos a tres acepciones complementarias: pueblo electoral, en tanto sujeto abstracto nacido tras las elecciones, pueblo-social, entendido como sujeto históricamente situado coincidente con una comunidad cultural, y pueblo-principio, definido como aquel sujeto colectivo de existencia ideal o abstracto el cual persigue la realización de ciertos principios normativos; y c) la temporalidad política no se clausura en el momento electoral sino que incluye principalmente el momento deliberativo entre representantes y ciudadanos, la política no puede reducirse en su faz temporal a un solo momento agregativo de voluntades fijas, sino que debe entenderse como un conjunto de momentos interrelacionados dialógicos de voluntades en construcción (Rosanvallon, 2009, pp. 190-197).

De este modo, si bien el republicanismo atriano expresado en *La forma del derecho*, sería plenamente consistente con las interpretaciones democráticas republicanas que P. Rosanvallon efectúa de los elementos a) y c), pareciera no coincidir con su explicitación del elemento b). Al respecto, como hemos señalado, F. Atria diferencia en dicha obra entre pueblo pre-institucional y pueblo institucional, lo cual implica una concepción dualista del término que no termina de capturar toda su complejidad. Por el contrario, en este trabajo asumimos junto con P. Rosanvallon una noción multívoca de pueblo, la cual puede ser entendida en su triple dimensión como pueblo-electoral, pueblo-social y pueblo-principio, en tanto ello permite escapar a los reduccionismos propios de la concepción realista, de tipo libertaria agregativa de pueblo, así como a la concepción ingenua, de tipo sociológica o antropológica de pueblo asumida por el populismo (Rosanvallon, 2009, 2015). En otras palabras, el republicanismo deliberativo aquí promovido emplea una tercera forma de entender el término pueblo que no es la del libertarismo cínico (primera acepción), ni la del populismo ingenuo (segunda acepción), ya que lo define como una entidad colectiva compleja, compuesta por aquellas tres dimensiones las cuales se redefinen constantemente en las condiciones no ideales de su vigencia.

No obstante, puede afirmarse que tanto P. Rosanvallon como F. Atria coinciden en que la democracia desde una perspectiva republicana no puede reducirse a una concepción binaria de la legitimidad democrática, sino que constituye algo más complejo que «un sistema de elecciones entre competidores para instaurar un poder mayoritario» (Rosanvallon, 2009, p. 315). La democracia, a diferencia de lo que defiende el libertarismo, no constituye un mero régimen de gobierno y, a contrario de lo que señala el populismo, no conlleva únicamente un modo de gobierno, sino que además de dichas dos dimensiones deben agregarse las de una actividad y una forma cívica (Rosanvallon, 2009, pp. 315-324).

Ambas dimensiones del republicanismo, la de actividad y forma cívica, nos advierten que las democracias de autorización actuales, aunque sean insufladas de

metas atractivas, si sostienen su diseño institucional liberal agregativo, permitirán la dominación política, dado que en dicho sistema el principio de voto seguirá siendo prioritario sobre el deliberativo y las decisiones serán tomadas principalmente por un poder ejecutivo omnipresente (Rosanvallon, 2015, p. 194). En este mismo sentido, F. Atria, se pronuncia a favor de reformas institucionales que nos permitan superar el diseño democrático agregativo predominante en las sociedades democráticas occidentales, en las cuales observa instituciones políticas neutralizadas que impiden accionar los mecanismos de cambio constitucional, así como obstaculizan el accionar político deliberativo de la ciudadanía (Atria, 2017, pp. 52-53).

Por nuestra parte, el republicanismo deliberativo aquí defendido, también considera necesario promover ciertas reformas institucionales para reducir las distancias entre el plano normativo no ideal actual y el plano normativo ideal buscado. Entre dichas innovaciones organizacionales, podrían proyectarse las siguientes: 1) Minidemoi deliberativos: estos organismos ciudadanos de cariz asambleario permitirían una genuina descentralización de los espacios de discusión política nacional en ámbitos municipales o comunales, dando lugar a un sistema federal cooperativo y dialógico. Esta innovación institucional permitiría promover una democracia republicana participativa que: a) otorgue un lugar preponderante a los municipios y comunas como actores principales del sistema político, y b) posibilite una genuina participación política de la ciudadanía en general. Los minidemoi, podrían integrarse en función del sorteo, mérito y/o elección de ciudadanos con domicilio real en dicho municipio o comuna, desempeñando no solo labores legislativas de tipo deliberativas, sino también ejecutivas administrativas de asesoramiento al poder ejecutivo local, sea que el mismo asuma la forma de consejo, intendencia o alcaldía (Bohman, 2012); 2) Poder constitucional ciudadano: su incorporación en una constitución política implicaría la adopción de un cuarto poder político constituido, garantizando de esta manera la concentración en un mismo órgano ciudadano el control y la dirección del poder electoral y del funcionamiento de los órganos extrapoderes tales como Defensor del Pueblo, Consejo de la Magistratura y Ministerio Público. Dicho órgano constitucional ciudadano sería plenamente autónomo en el sentido de que no pertenecería a la órbita de ninguno de los habituales tres poderes constituidos, legislativo, ejecutivo y judicial; y 3) Un control de constitucionalidad multisituado, el cual podría llevarse a cabo mediante ciertos órganos extrapoderes que tendrían por función principal evaluar la constitucionalidad de las normas aplicadas por los poderes políticos constituidos. El carácter multisituado de este control ciudadano podría implicar la adopción de tres tipos de controles ciudadanos (de las leyes, de las sentencias, de los decretos), cada uno de ellos dirigido a revisar las actuaciones de uno de los poderes constituidos (legislativo, judicial y ejecutivo) (Olivares, 2017).

Finalmente, la particular conexión trazada en este subapartado entre reflexividad y civismo abre camino a la explicitación del tercer carácter del republicanismo deliberativo aquí promovido.

### 5.3. Un republicanismo deliberativo cívico

Como hemos señalado, F. Atria en *La forma del derecho* considera que debemos recurrir a la teología política porque el lenguaje político actual no nos permite dar cuenta de aquello de lo que queremos hablar cuando nos referimos a una idea como la de «voluntad del pueblo». F. Atria no cree que se pueda justificar o probar la verdad de una idea como la de que es el pueblo el que debe hablar, o que la decisión de nuestros temas comunes debe quedar en manos de una discusión entre iguales. Lo único que nos quedaría es «desarrollar un lenguaje con el que podamos hablar de lo político» y ese lenguaje sería a su entender el de la teología política (Gargarella, 2020,



p. 34). En síntesis, la elección de la teología política se justificaría, según dicho autor, en la pretensión de adoptar un lenguaje que no sea descriptivo ni normativo, sino anticipatorio de la normatividad; es decir, un lenguaje que permita hacer presentes aquellos estados deseados de cosas que aún no han sido alcanzados (Atria, 2016, pp. 347-348).

Por supuesto, la noción de teología que emplea F. Atria no tiene nada que ver con la inatractiva idea que muchos autores ofrecen de la misma, esto es, teología como sinónimo de un lenguaje religioso o metafísico, sino que apela al lenguaje de la teología porque entiende que es el más sofisticado que tenemos para hablar de lo político. Para dicho filósofo chileno, tanto la teología como la política muestran una común preocupación por una forma de vida plenamente humana que por ello nos permite detectar las formas inhumanas de vida (Gargarella, 2020, pp. 34-36).

Asimismo, cabe recordar que el desafío teórico que F. Atria desea resolver es la acuciante pero aparente paradoja producida entre objetivismo y escepticismo moral en materia política, la cual podría verse encarnada en la discusión entre neoconservadores vs. neoconstitucionalistas y hallaría solución en la adopción de un republicanismo comprensivo construido sobre un lenguaje teológico político. En particular, F. Atria afirma que el neoconstitucionalismo despolitiza y moraliza la política, lo cual resulta incoherente con nuestros tiempos post-metafísicos. Ahora bien, aunque compartimos dicho diagnóstico, consideramos que la respuesta brindada por F. Atria frente a los problemas del neoconservadurismo y neoconstitucionalismo difícilmente se sustentaría sobre bases morales comprensivas y un lenguaje teológico político, sino que podría cimentarse en principios compatibles con nuestras sociedades complejas y emplear un lenguaje sin connotaciones teológicas. Al respecto, consideramos junto con F. Atria que la labor actual de todo filósofo político, aunque de ningún modo neutral, requiere conceptualmente aportar soluciones pretendidamente equidistantes que no tomen a quienes piensan distinto como enemigos morales. No obstante, entendemos que esta compleja tarea requiere precisamente en estos tiempos des-moralizar y des-teologizar las discusiones políticas, promoviendo herramientas conceptuales que permitan la existencia de desacuerdos deliberativos; es decir, admitir que nuestros consensos políticos no resuelven diferencias de primer nivel normativo (Gutmann y Thompson, 1996, p. 73).

En este sentido, atendiendo a las circunstancias normativas no ideales de la política, el republicanismo comprensivo de F. Atria, montado sobre un lenguaje teológico político podría considerarse inatractivo. Al respecto, P. Rosanvallon señala que las expectativas de construir una democracia republicana suelen adoptar dos perspectivas. Por un lado, pueden asumir «la forma del don o el milagro, como versión secularizada del mesianismo religioso [...] este enfoque fue durante mucho tiempo dominante en la izquierda» (Rosanvallon, 2015, p. 355), pero no resulta atractivo en el actual contexto democrático occidental, el cual se caracteriza por la fragmentación, complejidad y presidencialización de lo político, ya que el seguimiento de aquel canon moral comprensivo, aunque secular, podría derivar en la concreción de una genuina distopía. Por otro lado, dicho futuro democrático esperable podría pensarse «como capacidad de hacer conscientemente la historia. Esto implica pensar la democracia a partir de los problemas de su plasmación y de los riesgos permanentes de verla degradarse en gobierno oligárquico»; es decir, partir desde una perspectiva normativa no ideal que intente generar mejores instituciones políticas.

Con relación al carácter cívico del lenguaje republicano aquí defendido, nos referimos a la adopción de una semántica y gramática no teológica que sea lo suficientemente sensible a las particularidades de nuestras sociedades occidentales

contemporáneas, advirtiendo que resulta poco atractivo plantear la definición de ciertos principios conectados con una concepción republicana comprehensiva que sean tributarios de una particular manera de entender la ley natural. Sin embargo, nuestro punto de partida teórico, al igual que el de F. Atria, pretende ser sensible a las circunstancias no ideales de la política, ya que otorgamos prioridad a la opresión, la dominación, la ilegitimidad y la injusticia realmente existente para construir una teoría política normativa, aunque nuestra propuesta es más modesta, dado que no considera deseable y factible seguir un ideal regulativo neoaristotélico (moral comprehensivo), sino que propone asumir una concepción republicana política, reflexiva y cívica como fuente de criterios de evaluación. De este modo, el republicanismo deliberativo aquí defendido se erigiría en una teoría con cierta potencialidad explicativa y reactiva frente a la excesiva moralización de la política, así como adecuadamente sensible a la realidad política de numerosas ciudadanas y ciudadanos. En otras palabras, el republicanismo deliberativo, por más paradójico que suene, considera que resulta contraproducente incluir la premisa neoaristotélica de «reconocernos como ciudadanos iguales de una práctica política valiosa» (Atria, 2016, p. 344), sino que debemos partir del rechazo, el repudio, la opresión, la dominación de unos ciudadanos sobre otros, de ciertos grupos sobre otros, así como del Estado por sobre los ciudadanos.

Por su parte, el republicanismo deliberativo aquí defendido asume una definición profundamente respetuosa de la idea de pluralismo político, a la par que considera que «el discurso político es político en sí mismo: se trata de una acción realizada en defensa de una posición en contra de un adversario» (Rosler, 2016, p. 15). El compromiso republicano con el pluralismo es tal que «sospecha de la racionalidad y/o moralidad de quienes piensan al unísono» (Rosler, 2016, p. 20). El republicanismo a su vez se asienta sobre una concepción compleja de conflicto político, conforme a la cual el desacuerdo entre ciudadanos y representantes no se debe a cierto vicio moral o epistémico de la postura denominada disidente, sino más bien es el resultado esperable y sano de la puesta en funcionamiento de un sistema político igualitario, argumentativo, plural, virtuoso (Rosler, 2016, pp. 113-122).

De este modo, el republicanismo deliberativo aquí proyectado asume un principio discursivo cívico, el cual oficia como un filtro semántico y gramatical de los argumentos expresados durante el proceso de deliberación y decisión ciudadana, haciendo lugar a la retórica, entendida como posibilidad de argumentar mediante razones genuinas y sinceras en distintos sentidos frente a un mismo tópico discursivo (Rosler, 2016, p. 123). Con ello asumimos una formulación teórica sustentada en términos y conexiones de sentido emergentes de la complejidad propia de las sociedades democráticas contemporáneas la cual pareciera ser más consistente con un principio discursivo cívico que con un principio discursivo teológico político. El pluralismo político para el republicanismo deliberativo no se asentaría sobre un consenso superpuesto de doctrinas racionales y razonables, ni sobre el cumplimiento de ciertas pautas procedimentales ideales del discurso moral, ni sobre los principios morales comprehensivos de dignidad humana y reconocimiento mutuo, sino sobre cierta vigilancia intersubjetiva ejercida por ciudadanos y representantes sobre los argumentos ofrecidos en la esfera pública que tiene por meta la no dominación política (Martí, 2006a; 2007). Cabe destacar que el lenguaje cívico aquí defendido, así como la comprensión de las implicancias normativas de las circunstancias de la política, se condicen perfectamente con lo señalado por F. Atria en su trabajo *La constitución tramposa* donde afirma que «el conflicto político (...) es polémico, constituye «el conflicto sobre lo que va en el interés de todos» (Atria, 2011, p. 13).

Como puede apreciarse, compartimos con F. Atria la necesidad de establecer un lenguaje político que defina al bien común y a la democracia sin depender para

ello exclusivamente de los dictámenes instruidos de un grupo de expertos, sean jueces o tecnócratas, ni tampoco de los dictámenes de un líder populista, superando de ese modo, aquellas perspectivas denostables idealista e hiperrealista de lo político (Atria, 2016, p. 347). No obstante, no compartimos con dicho autor la propuesta de emplear un lenguaje teológico político, debido a cuatro razones: a) resultaría de difícil aplicación en nuestras sociedades contemporáneas, seculares, globales, postmodernas, altamente tecnificadas, construidas comunicativamente contra todo simbolismo metafísico, religioso y/o moral comprensivo (Greppi, 2012; Blondiaux, 2013); b) implicaría la adopción de una perspectiva comunicativa partisana de la política, que no solo rivalizaría con las perspectivas neoconstitucionalistas y neoconservadores, sino también con otras perspectivas teóricas políticas razonables, atento a su imposibilidad de traducir fiel y completamente las intuiciones e hipótesis de estas últimas a dicho lenguaje teológico político. En otras palabras, el lenguaje teológico político reduciría significativamente los términos y usos semánticos disponibles para pensar críticamente la realidad política (Kymlicka, 2002; Rosanvallon, 2015); c) desatendería el carácter necesariamente situado de todo lenguaje político común a una sociedad determinada ya que restringiría a su canon comunicativo preconcebido aquellos complejos procesos culturales, políticos, sociales y económicos de semantización que se dan de forma contextualizada en cada sociedad democrática (Habermas, 1998; Honneth, 2014); y d) contradeciría la propuesta del mismo F. Atria explicitada en *La constitución tramposa*, de emplear en las actuales condiciones normativas no ideales un lenguaje simple, llano, ciudadano, al que denomina «hablar al revés», en oposición al alambicado, técnico y anticuado lenguaje jurídico, el cual se impone como «hablar al derecho» (Atria, 2011, pp. 17-18). En este sentido, la intencionalidad de emplear un lenguaje ciudadano sería la de que «restituyamos al lenguaje la polemicidad que el derecho le extrajo» (Atria, 2011, p. 15), lo cual pareciera opacarse con el empleo en *La forma del derecho* de un complejo lenguaje teológico político (Atria, 2016, p. 347).

Atendiendo a dichas cuatro objeciones, entonces, cabe preguntarse: «¿necesitamos recurrir a una teología política?» para sustentar una concepción republicana deliberativa atractiva (Gargarella, 2020, p. 36). Al respecto, coincidimos con R. Gargarella en que la noción de teología política no aportaría claridad a nuestro entendimiento de las instituciones democráticas (Gargarella, 2020, pp. 36-39).

#### 5.4. Un republicanismo deliberativo epistémico

Como hemos señalado, la concepción republicana deliberativa aquí defendida, puede ser definida en función de un cuarto carácter al que denominamos epistémico, teniendo en cuenta que propone una justificación instrumental epistémica de dicho ideal regulativo democrático. De este modo, en los párrafos subsiguientes de este subapartado procederemos a explicitar qué entendemos por justificación epistémica, así como a contrastar los argumentos ofensivos de dicha justificación ofrecidos por F. Atria con otros defensivos brindados por valiosos filósofos políticos.

Para comenzar, cabe afirmar que la tesis central de toda concepción deliberativa epistémica es la siguiente: el concepto de democracia deliberativa se justifica frente a otros conceptos de democracia, atento a que el procedimiento político de toma de decisiones que promueve posee mayor valor epistémico que el de sus rivales. El calificativo «mayor valor epistémico» significaría que las decisiones resultantes del procedimiento democrático deliberativo tienen una mayor probabilidad de cumplir con un estándar de corrección normativo de tipo intersubjetivo, que resulta parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en dicho proceso (Martí, 2006b, p. 33).

A su vez, dicha tesis central podría dividirse en dos tesis complementarias, necesarias y suficientes, a saber: una tesis ontológica y una tesis epistemológica. En primer lugar, la tesis ontológica señala que existe un estándar de rectitud normativa de las decisiones políticas que es parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en el proceso democrático deliberativo y que tal estándar es cognoscible por dichos sujetos. En segundo lugar, la tesis epistemológica señala que la deliberación democrática constituye, en términos generales, el procedimiento político más contable para identificar cuáles son las decisiones políticas correctas, y por lo tanto implica el mejor método de toma de decisiones políticas. Más allá del carácter necesario y suficiente de ambas tesis, J. L. Martí destaca que la tesis epistemológica es la que ciertamente permite distinguir a la concepción deliberativa epistémica de otras concepciones políticas, sean democráticas o no democráticas (Martí, 2006b, pp. 33-39).

De forma conexa a la discusión sobre una justificación epistémica de la democracia deliberativa F. Atria defiende dos tesis controversiales, a saber: a) la completa yuxtaposición de política y moral; y b) la adopción de un criterio normativo negativo (Atria, 2016, pp. 379-386). Por un lado, cabe destacar que las diversas maneras de promover una justificación epistémica de la democracia deliberativa consideran que la relación entre política y moral es de tipo interna y no meramente externa, siendo interdependientes pero diferenciables ambos ámbitos. En otras palabras, dichas perspectivas deliberativas epistémicas consideran que los ámbitos político y moral están parcial pero no completamente yuxtapuestos (Nino, 1997; Martí, 2006a, 2006b). De este modo, compartimos la tesitura de renombrados deliberativistas, quienes sostienen que lo moral no se disuelve completamente en lo político, porque no todas las discusiones entre ciudadanos son políticas, así como no todas las discusiones políticas son morales. El término moral no puede reemplazarse sin más por lo político porque como bien enseña C. S. Nino lo político no ocluye completamente lo moral (Nino, 1997). En otras palabras, lo político puede incluir un importante aspecto de lo moral, pero ello no implica que lo político sea completamente moral, así como tampoco toda moralidad puede decirse política. Existen aspectos de la vida humana que son morales y no políticos dado que no pertenecen al orden de lo público común (Rawls, 1996; Habermas, 1998; Honneth, 2014). Por otro lado, en cuanto a la adopción de un estándar de corrección normativa negativa, la explicación ofrecida por el autor de *La Forma del Derecho* es que únicamente puede existir un criterio normativo independiente de la deliberación real que cumpla una función puramente negativa, es decir que permita identificar la imperfección del procedimiento, pero no puede existir un criterio normativo independiente que cumpla una función puramente positiva, a saber, la de identificar cuál es la solución justa con autonomía del procedimiento real (Atria, 2016, p. 362). En el esquema de pensamiento atriano, la función positiva sólo podría tenerla el estándar creado o constituido por el propio procedimiento, pero no podría ni debería estar dado por un criterio normativo completa o parcialmente independiente del mismo (Martí, 2020, p. 448).

Por su parte, J. L. Martí considera que la propuesta atriana de asumir un estándar normativo negativo resulta insatisfactoria (Martí, 2020, p. 448). En primer lugar, en rechazo de la postura de F. Atria, J. L. Martí afirma que la justicia, en sentido estricto, no es nunca constituida por el procedimiento institucional democrático de toma de decisiones, sino que tiene una existencia previa e independiente del mismo. El estándar de legitimidad procesal, aquél que determina cuáles son las personas y las condiciones de procedimiento que poseen la legitimidad o autoridad democrática también es parcialmente independiente del propio procedimiento (Martí, 2020, pp. 448-450). En segundo lugar, J. L. Martí, sostiene que la principal objeción de F. Atria contra las justificaciones epistémicas es que desconectan conceptualmente lo político

de lo moral; esto es, que reducen la justificación de la democracia a una relación epistémica contingente. F. Atria reflexiona que, si reducimos el valor de los procedimientos democráticos a su potencial epistémico contingente para generar decisiones correctas, podríamos encontrar otros procedimientos de toma de decisiones políticas que superen el potencial epistémico de la democracia, desplazándola como única opción válida para la legitimación del derecho (Martí, 2020, pp. 459-460). Ello pareciera llevar a F. Atria a un dilema, atento si la justicia política es constituida por procesos democráticos entonces ellos no pueden ser deliberativos, así como si los procesos decisorios pueden volverse deliberativos, ergo existiría un estándar externo parcialmente independiente que otorgaría carácter epistémico a los procesos deliberativos (Martí, 2020, p. 465).

Recordemos que F. Atria considera que la clasificación rawlsiana de las teorías de la justicia olvida una cuarta posibilidad lógica, atento dicha clasificación se cimienta sobre dos criterios relevantes: a) la existencia de un estándar de corrección independiente; y b) la infalibilidad del procedimiento para promover el valor justicia, cuya combinatoria arrojaría cuatro posibilidades. El cuarto tipo de mecanismos de justicia procesal podría denominarse justicia puramente procesal imperfecta, permitiendo identificar mecanismos de justicia distintos a los de una teoría de justicia puramente procesal perfecta. A consideración de F. Atria, ambos mecanismos compartirían el rasgo de presuponer la inexistencia de un estándar independiente de corrección, pero en el caso de la justicia puramente procesal imperfecta, la forma en la que el mecanismo constituye la justicia del resultado sería falible (Martí, 2020, p. 449).

La incógnita es entonces ¿cómo hacer compatible las nociones de mecanismo de justicia procesal imperfecta y mecanismo de justicia procesal puro? La respuesta atriana reside en la idea de que puede existir un criterio independiente que cumpla una función normativa puramente negativa, la cual permitiría identificar la imperfección del procedimiento, aunque no podría cumplir la función positiva de identificar la solución justa con independencia del procedimiento (Martí, 2020, p. 449). Pero ello resulta incomprensible para J. L. Martí, dado que no sólo lleva a F. Atria a sostener que los procesos penales son procesos de justicia procesal pura, aunque imperfecta, sino también debería llevarle a concluir que muchos otros ejemplos clásicos de justicia procesal imperfecta, como el método científico o los métodos epistémicos en general, serían casos de justicia puramente procesal (Martí, 2020, pp. 449-450). Aquí J. L. Martí explicita tres argumentos específicos contra la postura de F. Atria.

En primer lugar, las justificaciones epistémicas no son incompatibles con justificaciones intrínsecas como la que quiere defender F. Atria ni, por cierto, con otras justificaciones instrumentales (Martí 2006a, 2006b). De hecho, los principales defensores de la justificación epistémica de la democracia deliberativa no han negado que existan también razones morales intrínsecas o no-instrumentales que la justifiquen (Martí 2006b; Linares 2017). Muy por el contrario, suelen combinarse, conjugarse, o bien complementarse ambos tipos de argumentos en defensa de una justificación epistémica de la democracia deliberativa, señalando que el argumento moral no instrumental suele cobrar especial relevancia para distanciar dicha concepción de otras de sesgos elitistas (Martí 2006b, 2020).

En segundo lugar, debemos analizar qué implicaría afirmar el carácter contingente del valor epistémico de la democracia. Lo cierto es que todos los procedimientos decisorios políticos son falibles y contingentes. Con lo cual, la falibilidad epistémica de todo procedimiento político de toma de decisiones significaría que siempre habrá un conjunto de condiciones particulares bajo las cuales el



procedimiento preferible epistémicamente en general podría resultar derrotado por otro alternativo (Martí, 2020, pp. 459-461). El desafío es entonces identificar qué otras condiciones adicionales fortalecen o incrementan el proceso político democrático, para así reducir paulatinamente su falibilidad. Es decir, en el caso concreto, se trata de identificar cuáles son las condiciones específicas que, sumadas al procedimiento democrático deliberativo, lo vuelven cada vez mejor para tomar decisiones legítimas y justas. La democracia deliberativa, bajo una justificación epistémica, es conceptualmente un modelo de democracia que se define necesariamente por agregar condiciones adicionales a las condiciones genéricas de la democracia y particulares de la democracia deliberativa. En definitiva, lo que todo deliberativista hace es dar argumentos acerca de por qué el modelo deliberativo luce más atractivo que otros modelos democráticos. En este proceso argumentativo, numerosos autores se han rendido frente a la idea de que el argumento epistémico, aunque no el único, ni el mejor, es uno de los argumentos necesarios para una adecuada defensa de este (Martí, 2020, p. 462).

En tercer lugar, partiendo de un argumento aritmético, J. L. Martí introduce la idea de diversidad cognitiva. En síntesis, el argumento señala que a mayor número de agentes racionales intervengan en una discusión, mayor será el número de ideas, propuestas, variables, factores, lo cual enriquece epistémicamente el proceso democrático de toma de decisiones. Los presupuestos de este tercer argumento emergen de los denominados Teoremas de la Diversidad, los cuales afirman que, bajo determinadas condiciones, la diversidad de puntos de vista, de información disponible y de talento y creatividad, puede llegar a ser tan productiva que incluso puede poseer más capacidad epistémica que la de los propios expertos. Lo que dichos teoremas suponen, además, es que los grupos grandes suelen ser más diversos, con lo cual debe haber un número de integrantes a partir del cual el grupo grande va a tener más probabilidades de tomar decisiones correctas que el grupo pequeño compuesto de expertos, el cual suele ser menos diverso (Martí, 2020, p. 466).

En cuarto lugar, podríamos adicionar que en su crítica a las justificaciones epistémicas del concepto de democracia deliberativa F. Atria no analiza las obras más relevantes y específicas sobre este tópico, desarrolladas por C. S. Nino, D. Estlund o J. L. Martí; sino que elige discutir con J. Raz quien no es un especialista en democracia deliberativa, ni mucho menos desarrolla argumentos propios en defensa de una justificación epistémica de la misma (Gargarella, 2020, pp. 32-34).

En quinto lugar, R. Gargarella considera que incluso si uno no aceptara las razones hasta aquí ofrecidas en defensa de una justificación epistémica de la democracia deliberativa, cabe trazar un nuevo argumento sustentado en una idea intuitiva de autogobierno o de no dominación política. Conforme a este argumento, la justificación epistémica no se sustenta en la idea de que es el proceso que nos lleva más fiablemente a la respuesta correcta, sino que reside en el hecho de que mediante dicho proceso deliberativo la ciudadanía minimiza las chances de tomar decisiones parciales, es decir, basadas en razones egoístas. Desde esta perspectiva, R. Gargarella señala que la deliberación democrática no persigue lo que es correcto, sino que expresa un modelo de decisión política que parte de la igualdad y facilita que colectivamente los ciudadanos retomemos el control de aquellos temas políticos que consideramos más relevantes, lo cual va de la mano con la intuición atriana de que, aún en nuestros tiempos, la voluntad popular resulta el único fundamento legítimo de lo político (Gargarella, 2020, p. 34).

## 6. Conclusión

En este trabajo nos hemos propuesto tres objetivos específicos. En primer lugar, reconstruir las principales hipótesis e implicancias normativas de la concepción republicana comprensiva del concepto de democracia deliberativa defendido por F. Atria en su obra *La Forma del Derecho* (2016). En segundo lugar, contrastarla con una concepción republicana política, reflexiva, cívica y epistémica de dicho concepto. En tercer lugar, señalar en qué sentido esta segunda concepción respondería adecuadamente al desafío de justificar un modelo democrático que supere la acuciante y actual pero aparente paradoja escéptica-objetivista producida en materia de verdad política.

De este modo, como hemos señalado, nuestra concepción republicana del concepto de democracia deliberativa se diferenciaría de la concepción republicana atriana vertida en dicha obra en cuatro aspectos relevantes. En primer lugar, adopta un enfoque político lo que implicaría asumir una justificación sustantiva de la democracia deliberativa sustentada sobre los estándares de libertad como no dominación y reciprocidad ciudadana. En segundo lugar, asume una perspectiva reflexiva de la conexión entre la faz normativa ideal y no ideal de su teoría normativa, así como de la noción de legitimidad democrática, lo cual la comprometería con una justificación epistémica de la democracia republicana deliberativa. En tercer lugar, emplea un lenguaje cívico, lo cual le permitiría ser adecuadamente sensible a la semántica y gramática política de las sociedades democráticas occidentales contemporáneas. En cuarto lugar, asume una justificación epistémica, sustentada en la hipótesis de que las decisiones resultantes del procedimiento republicano deliberativo así definido tendrían una mayor probabilidad de cumplir con un estándar de corrección normativo intersubjetivo atractivo, que resulta parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en dicho proceso, pero que a su vez resulta adecuadamente sensible a los mismos.

En síntesis, la teoría republicana política, reflexiva, cívica y epistémica aquí defendida ofrecería cuatro posibles ventajas comparativas por sobre su par republicana comprensiva, de forma consistente con los conceptos defendidos por el mismo F. Atria en sus trabajos *La constitución tramposa* (2011) y *Democracia y neutralización* (2017).

En primer lugar, al asumir un enfoque político, el republicanismo deliberativo posibilitaría la adhesión de quienes defienden diversas teorías normativas de la justicia y de la democracia. Como bien sabemos, la existencia de profundos, persistentes e inerradicables desacuerdos sobre cuestiones políticas, le requiere a toda teoría democrática contemporánea la adopción de un marco conceptual lo suficientemente flexible para captar las distintas intuiciones normativas de los ciudadanos (Waldron, 1999; Atria, 2017). Este objetivo se vería facilitado en nuestra teoría por la adopción de los valores de libertad política entendida como no dominación (Pettit, 2014) y de reciprocidad ciudadana, definida como mutuo entendimiento cívico (Gutmann y Thompson, 1996). En segundo lugar, al asumir una perspectiva reflexiva, el republicanismo deliberativo ostentaría tres atractivos específicos. Por un lado, en cuanto a la conexión entre reflexividad y las facetas normativas ideal y no ideal propia de toda teoría política normativa, nos permitiría ajustar más adecuadamente nuestras intuiciones normativas ideales a las circunstancias normativas no ideales de las sociedades democráticas contemporáneas, satisfaciendo así el estándar de factibilidad, el cual impone el cumplimiento de los requisitos de funcionalidad y aptitud (Zhuoyao, 2016). Por otro lado, con relación a la conexión entre reflexividad y legitimidad democrática, el

republicanismo deliberativo asumiría una concepción más compleja y atractiva de las nociones de pueblo, bien común y comunidad política (Rosanvallon, 2015). En tercer lugar, al emplear un lenguaje cívico, el republicanismo deliberativo resultaría adecuadamente sensible al diverso y complejo lenguaje político de las sociedades democráticas occidentales contemporáneas, la cual hace un lugar importante a la retórica en materia política (Atria, 2011; Rosler, 2016). En otras palabras, dicho principio discursivo cívico resultaría compatible con diversas constelaciones semánticas y gramaticales políticas vigentes, sin perder con ello mordiente analítico ni crítico, evitando así imponer un canon comunicativo homogéneo y uniforme, lo cual descuidaría la notoria complejidad de nuestros argumentos políticos (Gargarella, 2020). En cuarto lugar, hemos afirmado que los primeros tres caracteres resultan consistentes con la adopción de una justificación instrumental de la democracia deliberativa sustentada en un argumento epistémico, lo cual le permitiría al republicanismo deliberativo ofrecer un criterio intersubjetivo de corrección política, el cual resulta parcialmente dependiente de los estándares normativos de libertad y reciprocidad defendidos (Martí, 2006a, 2006b), sin emplear argumentos morales comprensivos ni un lenguaje teológico político, los cuales no serían atractivos para nuestras complejas sociedades contemporáneas (Rosanvallon, 2015; Gargarella, 2020).

Finalmente, cabe señalar que este trabajo constituye un reflexivo elogio a una valiosa obra *La forma del derecho*, dada su complejidad y originalidad, construida por un gran autor F. Atria, atento su gran erudición y capacidad analítica. De hecho, nuestra labor conceptual ha tenido por presupuesto la enseñanza más importante de aquel trabajo: «pensar con ideas propias problemas teóricos políticos comunes», aportando argumentos al debate más general acerca de cuál modelo democrático permitiría superar la paradoja escéptica-objetivista. En definitiva, la justificación de una concepción republicana deliberativa de tipo política, reflexiva, cívica y epistémica forma parte de un complejo y abierto proceso de aprendizaje intersubjetivo, el cual seguramente progresará con las observaciones, comentarios e interpretaciones de las y los lectores.

## Bibliografía

- Atria, F. (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago, Lom.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Atria, F. (2011). *La constitución tramposa*. Santiago: Lom.
- Blondiaux, L. (2013). *El nuevo espíritu de la democracia: actualidad de la democracia participativa*. Buenos Aires: Prometeo.
- Bohman, J. (2012). Representation in the deliberative system. En J. Parkinson y J. Mansbridge (eds.), *Deliberative Systems* (pp. 72-94). Cambridge: Cambridge U. P.
- Erman, E. y Möller, N. (2020). A World of Possibilities: The Place of Feasibility. *Political Theory. Res Publica*, 26, pp. 1-23.
- Estlund, D. (2011). *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Farrelly, C. (2007). Justice in ideal theory: A refutation. *Political Studies*, 55(4), pp. 844-864.
- Gargarella, R. (2020). Introducción a La Forma del derecho. En J. Gallego-Saade (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria* (pp. 18-40). Lima: Palestra.

- Greppi, A. (2012). *La democracia y su contrario*. Madrid,: Trotta.
- Gutmann A. y Thompson D. (1996). *Democracy and Disagreement*. Harvard: Harvard U.P.
- Gutmann A. y Thompson D. (2004). *Why deliberative democracy?*. Princeton: Princeton U.P.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- Honneth, A., (2014). *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary political philosophy. An Introduction*. Oxford: Oxford U. P.
- Linares, S. (2017). *Democracia participativa epistémica*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2006a). *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2006b). The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. En S. Besson y J.L. Martí (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-national Challenges* (pp. 27-56). Londres: Ashgate.
- Martí, J. L. (2007). Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa. En R. Arango (coord.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales* (pp. 147-166). Bogotá, : Siglo del Hombre Editores.
- Martí, J. L. (2020). Forma, sustancia y legitimidad democrática. En J. Gallego-Saade (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria* (pp. 447-471). Lima, : Palestra.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.
- Olivares, N. E. (2017). Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado. *Revista de Derecho*, (47), pp. 167-206.
- Ovejero Lucas, F. (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*. Madrid, España: Katz.
- Pettit, P. (2012). *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge U. P.
- Pettit, P. (2014). *Just freedom. A moral compass for a complex world*. Nueva York: Norton.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia U. P.
- Rosanvallon, P. (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- Rosanvallon, P. (2015). *El buen gobierno*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- Rossi, E. y Sleat, M. (2014). Realism in Normative Political Theory. *Philosophy Compass*, 9(10), pp. 689-701.
- Simmons, J. (2010). Ideal and Non-Ideal Theory. *Philosophy and Public Affairs*, 38(1), pp. 5-36.
- Tessman, L. (2010). Idealizing Morality. *Hypatia*, 25(4), pp. 707-824.
- Waldron, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Oxford U. P.
- Zhuoyao L. (2016). The public conception of morality in John Rawls political liberalism. *Ethics & Global Politics*, 9(1), pp. 1-2

# La historia y los historiadores en el siglo XXI\*

## History and historians in the XXI century

Pedro Pérez Herrero

*Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos*

*Universidad de Alcalá*

ORCID ID 0000-0003-0719-404X

[pedro.perezherrero@uah.es](mailto:pedro.perezherrero@uah.es)

Rodrigo Escribano Roca

*Departamento de Historia y Ciencias Sociales*

*Universidad Adolfo Ibáñez*

ORCID ID 0000-0002-6405-7191

[rodrigo.escribano@uai.cl](mailto:rodrigo.escribano@uai.cl)

### Cita recomendada:

Pérez Herrero, P. y Escribano Roca, R. (2021). La historia y los historiadores en el siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 153-172.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6343>

Recibido / received: 05/04/2021  
Aceptado / accepted: 27/07/2021

### Resumen

Este texto tiene como misión explicar por qué la Historia ha ido dejando de tener en las tres últimas décadas la presencia pública y el poder persuasivo que tuvo durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX. Se propone en las conclusiones que la Historia debe mostrar relatos plurales que ayuden a generar una mejor conexión intercultural en el mundo global en el que vivimos y a superar los relatos nacionalistas excluyentes.

### Palabras clave

Historia, modernidad, pluralidad, historiadores, siglo XXI, globalización, interculturalidad

### Abstract

*The mission of this text is to explain why History has ceased to have in the last three decades the public presence and persuasive power that it had during the 19th century and the first half of the 20th century. We propose that History should articulate plural stories in order to generate a better intercultural connection in the global world in which we live and to overcome exclusive nationalist stories.*

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (ON TRUST-CM)" "H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo".



**Keywords**

*History, modernity, plurality, historians, XXI<sup>st</sup> century, globalization, interculturality*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La función de los historiadores durante el largo siglo XIX. 3. La historia académica científica de mediados del siglo XX. 4. Postmodernidad, crisis de la década de 1980, políticas de recortes de la década de 1990 y crisis de 2008. 5. Reflexiones finales.

**1. Introducción**

Este texto tiene como misión explicar por qué la Historia ha ido dejando de tener en las tres últimas décadas la presencia pública y el poder persuasivo que tuvo durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Tras describir cómo ha ido evolucionando la actividad de los historiadores desde comienzos del siglo XIX hasta la actualidad, y mostrar que una gran mayoría de ellos se han desconectado de sus compromisos sociopolíticos al encerrarse en sus despachos a modo de torres de marfil, escribir sus textos utilizando metalenguajes para aparentar ser científicos, hablar para un público reducido selecto (estudiantes o compañeros de profesión) y publicar sus textos a ser posible en inglés en revistas especializadas consideradas de excelencia (denominadas erróneamente de «alto impacto»), se formula la pregunta de si se puede interpretar que se ha cometido un acto de corrupción al haber traicionado los principios éticos profesionales con los que nació la profesión cuando se conformó el Estado-Nación. No se pone en cuestión que los historiadores del siglo XXI desarrollen su labor de forma profesional utilizando el método científico de forma impecable. Se plantea únicamente si es posible interpretar que, al haber triunfado un modelo de historiador exitoso asociado a las lógicas de metrificación neoliberal, que relega su función como pensador público a un segundo plano, no se ha incurrido en un proceso que podríamos denominar de privatización de los fines de la historiografía profesional.

A este respecto, el escrito que aquí se abre se engarza con campos de autorreflexión disciplinar tan desarrollados como los estudios críticos en torno al rol social de la universidad y la historia de la historiografía (Busch, 2017; Collini, 2017; Schneider and Woolf, 2011), pero lo hace desde un tono ensayístico, divulgativo y autobiográfico, apelando al valor de la experiencia personal. Dicha fórmula expresiva ya ha sido sobradamente explorada en revistas académicas y editoriales de prestigio (e.g. Rosenstone, 2010, pp. 55-58, 2016; Elliott, 2014), y puede ofrecer un complemento analítico valioso a los estudios de caso y a las narraciones autorizadas del desarrollo institucional y científico de la disciplina.

**2. La función de los historiadores durante el largo siglo XIX**

La Historia, entendida como conocimiento científico y normativo del pasado, nació a comienzos del siglo XIX con la finalidad de imaginar una Nación para legitimar los Estados liberales que estaban naciendo. Los historiadores escribieron un relato del pasado para explicar que se había llegado a la Modernidad como resultado de una larga y tortuosa evolución. Usando de los modelos heredados de la historiografía de

la Ilustración, se explicaba que se había pasado del atraso a los adelantos, de la pobreza a la riqueza, de la Antigüedad a la Modernidad como resultado de un proceso de maduración (Bowden, 2017, pp. 7-25). La Historia se construyó en función de un proyecto de futuro (la modernidad y el progreso). Se explicaba el pasado desde el presente y a partir de una perspectiva futurista: se concebía el tiempo como un decurso lineal y abierto, en el cual el pasado dejaba de constante paso a un porvenir necesariamente superior en términos científicos, morales y sociopolíticos (Hartog, 2015, pp. 98-103).

Asimismo, la labor de los historiadores a comienzos del siglo XIX tuvo la misión de generar una conciencia nacional para impulsar el sentimiento de pertenencia a un pueblo. Se necesitaba crear una ciudadanía. Había que convertir las sociedades plurales estamentales de Antiguo Régimen en una sociedad con valores compartidos. Todos los ciudadanos tenían que ser iguales ante la ley y cada voto valía lo mismo cuando se depositaba en las urnas. La Constitución igualaba a todos al establecer un único marco jurídico que debía ser obedecido. Los vecinos aprendieron estas historias nacionales en las escuelas, los institutos y las universidades y se fueron convirtiendo lentamente en ciudadanos de la Nación. Había que demostrar que todos los individuos que vivían en el Estado recién creado tras una gloriosa revolución tenían un pasado común que les vinculaba (Breuilly, 2013).

El esquema explicativo de estas historias nacionales, sobre todo en sus versiones más democráticas, se montó partiendo de la idea del progreso de la humanidad y de la asunción de que su objeto no era narrar los éxitos de las monarquías o de las élites como en épocas precedentes, sino la evolución de las sociedades. Había que demostrar que no había un destino manifiesto prefigurado por ningún dios y que la historia no terminaba en un juicio final, sino que los pueblos eran libres para diseñar sus futuros y para elegir los caminos que querían recorrer. La sociedad en consecuencia era responsable de su destino. La libertad, la igualdad y la solidaridad defendidas en las revoluciones francesa, estadounidense e hispanas invitaron a los vasallos a independizarse de sus soberanos, postulándolos, según el modelo antropológico del liberalismo, como dueños de su destino y responsables últimos de sus actos (Siedentop, 2014).

Las historias nacionales contaron la historia en singular de una Nación, de una patria (reflejo de un sentimiento milenario). Se mostraba la historia de cada país como una historia única. Cada historia se narraba con un sentimiento exclusivista. Era la forja de la patria en la que nacieron los héroes nacionales que aparecían retratados en cuadros, monumentos, salas de ayuntamientos, plazas, parlamentos, iglesias, museos, monedas, billetes de banco, medallas, etc. Eran figuras con valores patrióticos, o lugares de memoria colectiva considerados icónicos, que era necesario conservar para seguir alimentando los valores esenciales de la unidad nacional (un cañón, una trinchera, una playa, una bandera, una iglesia, un edificio, una calle, un automóvil, un documento, un retrato, una firma, un poema, etc.) (Mosse, 2019).

Para narrar las historias nacionales se utilizó un guion claro. La Nación cuyo pasado se hundía en la noche de los tiempos, tras haber recorrido un camino lleno de espinas y dolores, había llegado hasta la actualidad. Cuanto más atrás en el tiempo se conseguía identificar el origen de la Nación, mejor, pues ello representaba una mayor antigüedad, una mayoría de edad; y cuantas más penurias se mostraran en el viaje iniciático de la Nación, mejor, pues ello ayudaría a glorificar y valorar los éxitos alcanzados. Se inventó un mito fundacional, al que se le dotó de todo tipo de imágenes, y para dar mayor rigor dramático a la narración se subrayó que una nación oprimida o marginada había alcanzado la soberanía y la libertad por medio de una guerra sangrienta, despiadada, contra un poderoso opresor, superior militarmente,

que había sido derrotado gracias a la participación masiva de una población, entregada a la causa, que había tenido que luchar con palos y armas rudimentarias. Estas historias reprodujeron en muchas ocasiones pasajes de la Biblia, pues, al ser el texto sagrado por antonomasia para la cultura occidental atravesada por el cristianismo, dotaba al relato de una gran credibilidad (Yack, 2012, pp. 23-42). Para describir, por ejemplo, la lucha de la formación del Estado se acudía con regularidad al pasaje de la lucha de David contra Goliat (Samuel 17: 1-54). Era una historia plana de buenos y malos a modo de guion de la película más comercial. Todo un pueblo oprimido, compuesto por ciudadanos virtuosos, honrados, trabajadores, luchaba por la libertad contra las fuerzas del mal simbolizadas en un monarca ilegítimo o un sistema imperial opresor que impedía el desarrollo. Los caídos por la patria se convertían en héroes nacionales y sus imágenes se convertían en estatuas que eran mostrados en las plazas de las ciudades y en cuadros que se colgaban en los muros más emblemáticos de los edificios públicos (González Manso, 2015, pp. 12-30).

Los actores centrales que aparecían en la narración eran el Estado, la ciudadanía, el sistema político, el devenir económico y la cultura. Estas historias se detenían en enumerar los logros (avances en la ciencia, progreso material, cambios sociales, mejoras en convivencia, paz). Para demostrar que nada se había logrado de forma mágica y sin esfuerzo, y hacer más creíble el relato, se salpicaban las narraciones con recuerdos de tensiones, revoluciones, movimientos sociales, huelgas, dictaduras, y rebeliones. Los buenos ciudadanos virtuosos y trabajadores eran puestos como ejemplos y sus vidas se comparaban con la de los criminales, pecadores, vagos, delincuentes y alcohólicos que se alejaban del modelo a seguir (Andreu Miralles, 2020, pp. 5-15). La historia nacional mostraba los esfuerzos colectivos de la Nación por alcanzar un proyecto consensuado por todos y del que nadie se debía alejar. Cualquier disensión con el proyecto de futuro o con la interpretación del pasado relatado era considerada como una traición a la Patria. Los grupos étnicos no occidentales eran presentados como comunidades «primitivas», «bárbaros», que debían adaptarse a la nueva «civilización» para superar su atraso. Debían aculturizarse, modernizarse, cambiar sus costumbres, renunciar a sus culturas, convertirse en ciudadanos occidentales. Tenían que abrazar el progreso y renunciar a la barbarie (Beasley, 2010).

Estas historias nacionales, sobre todo en sus versiones románticas de principios del siglo XIX, fueron elaboradas en un contexto intelectual altamente masculinizado, se hicieron sin mucho rigor científico, permitiéndose incluso licencias narrativas para lograr que el relato fuera más potente. Batallas, guerras, matrimonios, tratados, nacimientos, revoluciones fueron exaltados mostrando el colorido y el sesgo que se necesitaba en cada momento. No se mentía, simplemente se seleccionaba un hecho histórico que tuvo lugar en un espacio y un tiempo precisos para utilizarlo como pieza argumental del relato. En la historiografía romántica, las historias no estaban acompañadas de notas a pie de página que demostraran que todo lo que se afirmaba tenía un respaldo documental conservado en un archivo o en un museo. Por lo general, las ediciones de estas historias generales estaban acompañadas de imágenes, grabados, mapas, y toda clase de acompañamiento gráfico, para facilitar la comprensión y potenciar la construcción de las imágenes patrióticas que se querían transmitir. Eran las historias que se manejaban en las escuelas y que se exhibían en las casas de las familias más pudientes como símbolo de cultura y compromiso con la patria. A menudo estas historias eran leídas en voz alta y comentadas en reuniones familiares, centros culturales, cafés, tertulias (Melman, 2006).

Por lo general, estas historias nacionales se apoyaron en dos modelos explicativos historiográficos considerados canónicos. Uno fue la revolución francesa de 1789 y la independencia de los Estados Unidos de 1776. El otro guion con el que

se trabajó en paralelo fue la revolución industrial inglesa. El primer modelo ayudaba a mostrar cómo una Nación existente, cansada de la opresión ejercida por soberanos crueles e ilegítimos, había decidido independizarse, modernizar sus estructuras, alcanzar la soberanía nacional, y alcanzar la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos, eliminando los privilegios y la corrupción (Den Boer, 2011, pp. 184-203). Era el relato de un pueblo adolescente contestatario que alcanzaba la mayoría de edad responsable e independiente, que peleaban a sangre y fuego por construir un futuro solidario. Era el paso del súbdito al ciudadano. El segundo modelo mostraba cómo se había transitado de economías atrasadas o mercantiles a economías capitalistas y de cómo se había pasado de los talleres artesanales a las fábricas (Rosen, 2019, pp. 257-294).

Los historiadores de los países occidentales considerados desarrollados (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Italia, Alemania) escribieron sus historias imaginadas ofreciendo una cara bastante amable y simplificada de los procesos históricos. Señalaron los hechos que les interesaba subrayar y se olvidaron de los acontecimientos que no se requerían para los fines propuestos. Por su parte, los historiadores de los países considerados «en desarrollo» tuvieron que realizar un ejercicio más complicado para escribir sus historias imaginadas, ya que sus sociedades y economías no coincidían bien con las de los países desarrollados que se presentaban como el modelo a seguir y a imitar. Siguiendo el guion preestablecido, los historiadores de ambos grupos de países buscaron ideas revolucionarias en el pasado, así como personajes heroicos, para subrayar que la modernidad tenía unos antecedentes que había que venerar. (Berger, 2007; Berger and Lorenz, 2010).

El historiador debía transmitir la idea de que la historia de su país reflejaba el proceso de maduración de su sociedad hacia la modernidad, pero debía al mismo tiempo subrayar que esta era especial, única e irrepetible. El problema con el que se encontró el historiador de los países en vías de desarrollo una vez que había terminado su relato, fue que tenía que explicar por qué su país no había alcanzado los niveles de desarrollo político y económico que se esperaba, por qué el país descrito se había alejado del modelo de la modernidad y progreso, y por qué al final había acabado siendo una mala copia del modelo tomado como ejemplo. Normalmente, esta pregunta no se la hicieron de forma frontal los historiadores del siglo XIX, ya que su misión fue precisamente imaginarse una historia para el futuro deseado. Cuando de forma esporádica se planteó por qué se habían dado evoluciones distintas, se argumentaba que el desorden interno (caudillos, huelgas) había degenerado en dictaduras o revoluciones impidiendo o retrasando la consolidación de las democracias; que la falta de obreros cualificados había retrasado los niveles de productividad y competitividad necesarias en dichas economías; y que el intervencionismo de empresas extranjeras había acabado generando una dependencia externa que había impedido un desarrollo equilibrado. Las herencias coloniales se mostraban como llaves mágicas que explicaban casi todos los males. La corrupción, la pobreza, las desigualdades, las injusticias, la dependencia, el desorden, las dictaduras, la violencia, todo lo negativo, era herencia de los colonizadores. En resumen, se aplicaba un modelo historiográfico explicativo prestado y como el resultado no coincidía con lo esperado se buscaban «culpables» irónicamente en los enemigos del progreso que eran los países más desarrollados.

El historiador del siglo XIX realizó bien la labor que se le encomendó. Debía contar la historia de cómo había ido avanzado el progreso en su país y tenía que fijar en el imaginario colectivo que había un futuro claro al que llegar. El historiador del siglo XIX, teniendo claro el futuro que quería alcanzar, escribió la historia de un pasado. Su misión fue construir la imagen de un futuro con el que soñar (Appiah, 2019). Su perfil fue el de un «hombre de letras», cuya actividad se concebía como un

servicio cívico, y cuyo status científico y cuyos ingresos dependían del éxito de sus escritos en el mercado editorial y de la popularidad de sus discursos en foros que solían alternarse entre la universidad, la prensa, los clubes y asociaciones cívicas e incluso los parlamentos. El historiador, muchas veces íntimamente asociado a círculos partidistas o elitistas, tendió a presentarse un polígrafo capaz de manejar diversas modalidades de comunicación oral y escrita y un sujeto polifacético que combinaba su labor académica con actividades políticas, empresariales y, a veces, religiosas (Collini, 1993).

### 3. La Historia académica científica de mediados del siglo XX

A partir del tercer cuarto del siglo XIX, los avances de la ciencia y la extensión del positivismo mostraron que había que revisar las historias nacionales contadas para darles mayor credibilidad. Había que convertir la Historia en ciencia y para ello se incorporó el método científico. Todas las afirmaciones vertidas por los historiadores debían estar basadas en documentos que había que analizar críticamente (textual y contextualmente, comprobar que era verdadero). Todas las fuentes utilizadas debían citarse correctamente indicando su procedencia para que el lector pudiera comprobar que no era una invención del historiador. Cada afirmación y documento había que contrastarlo con otras fuentes para demostrar que lo que se estaba señalando no era algo excepcional o extraño, sino un hecho que demostraba una regularidad en el comportamiento histórico. Los historiadores tuvieron que aprender un oficio. Tenían la misión de «relatar la verdad, lo que pasó», según la clásica interpretación de Ranke (Liebersohn, 2002, pp. 130-149; Tucker, 2004, pp. 122-128). Tenían que aprender a seleccionar unas fuentes, demostrar su autenticidad, explicar que lo que sucedió fue resultado de unas reglas de causalidad, y, sobre todo, tenían que saber escribir, pues debían construir un relato que estaba destinado para ser leído. Fue así como comenzaron a aparecer las carreras de historia en las Facultades de Filosofía y Letras o Humanidades de las más importantes universidades.

El siguiente paso que se dio fue la profesionalización del historiador. Convertido en un científico, su misión fue construir historias con una potencia explicativa que nadie podía poner en entredicho. El método científico garantizaba la objetividad del relato. Se montaron ediciones muy cuidadas en cada país para mostrar «su verdadera historia»<sup>1</sup>.

Una vez profesionalizado el oficio del historiador, se introdujo un elemento nuevo en el quehacer del oficio. El historiador (mayoritariamente varón) tenía que demostrar que había aprendido bien las habilidades transmitidas por sus maestros, pues tenía que competir con los compañeros con los que había compartido su formación para poder alcanzar una plaza de profesor en una universidad que le permitiera comer y formar una familia. La competencia se tradujo en la implantación de tribunales que debían evaluar a través de diferentes pruebas la calidad de la preparación de los candidatos. La primera turbulencia que se produjo de forma inmediata fue que las pruebas no siempre seleccionaron al mejor preparado, sino que salió elegido con más regularidad de la deseada el que tenía más contactos entre los miembros del tribunal, o el mejor vinculado con los grupos de poder del momento. A partir de entonces, el nuevo historiador profesional, con plaza fija en una universidad, se tuvo que enfrentar a la lucha por ascender en el escalafón del cuerpo docente e investigador para tratar de alcanzar mayor prestigio, reconocimiento, salario y, sobre todo, independencia. En una primera fase, un reducido número de profesionales

<sup>1</sup> Con la ayuda en unos casos de las academias de la historia o con financiamiento público se editaron joyas bibliográficas en cada país en varios volúmenes con profusión de imágenes, mapas, cuadros y fotos. Un modelo seguir fue la obra de Dalberg-Acton, et. al., 1902-1910.



universitarios de la historia se convirtieron en los profesores de un abultado número de estudiantes que llegaban a las aulas por considerar que los estudios universitarios eran un ascensor social y por entender que la Historia era una disciplina de prestigio.

A partir de mediados del siglo XX, y en especial tras el final de la Segunda Guerra Mundial, los historiadores comenzaron a trabajar sobre nuevos temas. Fue una época de optimismo en la que se siguió confiando en la modernidad. Tras los horrores de la guerra y los enfrentamientos generados por los nacionalismos, la democracia y el progreso se mostraron como la llave que permitiría construir un mundo de paz y de avances en el conocimiento. Fue el momento de mayor esplendor de la Historia y del oficio de los historiadores.

La escuela de los Annales creada por Marc Bloch y Lucien Febvre en Francia en 1929, en el período de entreguerras, había introducido una metodología de estudio depurada en el oficio de historiar, realizando importantes consideraciones teóricas, impulsado el uso de nuevas fuentes, y abriendo la puerta a la posibilidad de estudiar nuevos temas. Distinguió entre las dinámicas de corto, medio y largo plazo, se aplicaron enfoques interdisciplinarios, y se impulsaron estudios comparados. Se comenzaron a estudiar los problemas, en vez de hacer una mera descripción de los hechos; se profundizó en la comprensión de los problemas sociales y económicos; se inició el estudio de las mentalidades, de los enfoques micro, y de las miradas «desde abajo» para contrarrestar las tradicionales visiones de las élites. La Escuela de los Annales estableció puentes entre la Historia y el resto de las humanidades y las ciencias sociales (antropología, sociología, economía, demografía, geografía, lingüística, psicología, filosofía) logrando avanzar en la perspectiva interdisciplinar (Black and MacRaild, 2017, pp. 65-69). Pero, por lo general, esta corriente siguió estando marcada por las ideas de la modernidad y el progreso.

En esta línea, el trabajo de W.W. Rostow sobre las etapas del desarrollo económico, publicado a mediados del siglo XX (Rostow, 1960), subrayó que solo había un modelo económico y que todas las economías debían pasar por las mismas etapas hasta alcanzar la maduración. Esta interpretación volvió a poner de manifiesto las concepciones evolucionistas unilineales eurocéntricas (Gilman, 2007).

Acabada la Segunda Guerra Mundial las universidades se transformaron. La década de 1950 fue un momento de reconstrucción y durante la década de 1960 se revisaron en profundidad muchos de los principios teóricos sobre los que se habían basado las Ciencias sociales y las Humanidades. Un profundo espíritu crítico recorrió el mundo occidental, estableciéndose nuevas bases del pensamiento. El crecimiento económico y demográfico y el aumento de los niveles de vida trajeron consigo que miles de estudiantes se incorporaran a las aulas de las universidades y comenzaran a reclamar el estudio de nuevos temas para dar visibilidad a los grupos humanos que habían quedado olvidados en los relatos historiográficos anteriores. Las universidades públicas fueron dotadas de fondos públicos por entender que representaban un importante instrumento para impulsar la modernidad. Había profesores, recursos y estudiantes ávidos de aprender. Las matrículas que tenían que pagar los estudiantes por acudir a las clases eran reducidas en las universidades públicas.

Como resultado de todo ello, aparecieron nuevas metodologías de estudios y comenzaron a utilizarse fuentes alternativas. Las mujeres, el medioambiente, las minorías étnicas, los jóvenes, los migrantes, los colectivos LGTBI, los trabajadores marginados, los sintecho, las mentalidades, y un largo etcétera comenzaron a recibir atención por los historiadores. Las revistas especializadas empezaron a incluir estos nuevos temas y se escribieron tesis doctorales partiendo de estos nuevos enfoques.

La Historia no podía seguir siendo la narración política del pasado contado por hombres en la que solo aparecían las élites masculinas (Rogge, 2011). A su vez, las transiciones políticas que se realizaron en muchos países, al pasar de regímenes militares autoritarios a democracias, trajeron consigo la revisión de las historias olvidadas o negadas de los vencidos. Las memorias colectivas, ayudadas por los nuevos medios de comunicación, se incorporaron como nuevas voces del pasado. Las historias que narraban los pasados desde opciones ideologizadas para justificar unas interpretaciones específicas (historias marxistas, liberales, capitalistas, racistas, supremacistas, o basadas en la narración de las grandes personalidades como únicos sujetos de la Historia siguiendo la tradición de Carlyle) fueron sometidas a profundos análisis críticos. La Historia se pluralizó, se complejizó. Aparecieron nuevas caras, voces, colores, opiniones, sentimientos, visiones. Se extendió la historia oral, documental, fílmica, cultural, social. Los relatos biográficos y de la memoria brotaron por doquier. Todos los grupos y actores sociales, económicos, políticos, religiosos, culturales reclamaban aparecer en la Historia con su voz propia. La Historia debía escribirse desde abajo y debía reflejar la diversidad y la subalternidad. La Historia debía servir, además, como arma para denunciar las desigualdades y para luchar por la libertad (historia denuncia-compromiso) (Baets, 2015, pp. 31-43; Moreno Friginals, 1983).

De los grandes meta-relatos del pasado se pasó a la construcción de historias más reducidas en el espacio, el tema de estudio y el tiempo (Bell, 2002). Se ganó en concreción, en profundidad, en calidad de fuentes, en metodologías, en información, pero se perdió en bastantes ocasiones el sentido de la larga duración y la visión de conjunto. Se esperaba que, pasado el tiempo, todas las nuevas pequeñas historias permitirían armar una historia más compleja, rica y variada de la humanidad. Por lo general, las diferentes especializaciones de la historia que fueron surgiendo siguieron estando montadas sobre la aceptación lineal del tiempo y sobre la idea de que se caminaba de un pasado más atrasado a un futuro de progreso.

Paralelamente, los nuevos historiadores se dedicaron a revisar las historias nacionales escritas durante el siglo XIX. Se descubrieron, ordenaron y catalogaron nuevos acervos, se construyeron potentes bases de datos, Internet permitió la consulta en línea de miles de documentos, se realizaron miles de tesis doctorales cubriendo todos los temas imaginables, aparecieron nuevas revistas especializadas, se realizaron Congresos y Simposia nacionales e internacionales para cruzar y comparar los resultados de las investigaciones, y se publicaron miles de monografías. Al mismo tiempo, los historiadores impartían conferencias públicas. Su compromiso social seguía vigente. Cualquier historiador profesional de cualquier universidad que tuviera una buena biblioteca o acceso a las nuevas bases de datos (libros, documentos, tesis, artículos, fotos, mapas, documentales, etc.) disponía de una cantidad casi ilimitada de información para hacer su trabajo (Phillips, 2016, pp. 523-524).

Como resultado de todo este quehacer, y contando con abundantes fondos públicos y privados, se publicaron nuevas historias nacionales revisadas. Todas ellas tenían multitud de citas a pie de página, apéndices documentales, estadísticas, gráficos, fotos, dibujos y todo tipo de documentos probatorios de las afirmaciones que se hacían en sus páginas. Todas estas historias partían de hipótesis bien planeadas, consultaban los documentos correctos, aplicaban las metodologías adecuadas y estaban escritas con pulcritud. Eran narraciones que cumplían con todos los mandamientos de la historia científica. Muy pocas de estas historias fueron escritas por un solo historiador/a, la mayoría pasaron a ser obras colectivas escritas por especialistas en cada materia y coordinadas por los historiadores más prestigiosos y reconocidos de cada país. Casi todas alcanzaron niveles elevados de calidad, pero

las ediciones dejaron de tener la grandiosidad, elegancia y vistosidad de las ediciones del siglo XIX. Fueron obras editadas en formatos menores utilizando papel de menos gramos para reducir costos de producción. Solo algunas ediciones patrocinadas por entidades públicas, avaladas por las academias de historia respectivas, o financiadas por empresas, fundaciones o bancos, tuvieron la posibilidad de ofrecer ediciones con el lujo y la presentación del siglo XIX.

Estas historias nacionales tuvieron muchos aciertos, pero por lo general siguieron teniendo un enfoque occidentalista. Aplicaron los esquemas analíticos interpretativos de la historia occidental basados en una evolución lineal (Antigua, Media, Moderna, Contemporánea) al estudio de los pasados de regiones con tradiciones culturales milenarias de Asia (China, Japón, India, Vietnam, Tailandia, Corea, Filipinas, o Indonesia), Oriente Medio (Irán, Irak, Pakistán, Siria), las estepas rusas (Rusia, Kazajistán, Mongolia, Uzbekistán, Tayikistán, Turkmenistán), el mundo árabo-islámico de la península arábiga (Arabia Saudita, Omán, Yemen), y el continente africano (Egipto, Sudán, Congo, Mali, Nigeria, Angola, Zambia, Libia, etc.).

Las historias nacionales más prestigiosas siguieron estando escritas en inglés. Las historias por países y regiones publicadas por las editoriales de las Universidades de Cambridge y Oxford se convirtieron en la lectura de referencia de calidad en todas las universidades del mundo. Muchas de ellas se tradujeron a las lenguas de las regiones objeto de estudio. Recientemente, han comenzado a editarse obras de historia realizadas por historiadores de los países respectivos en sus propias lenguas, pero por desgracia los historiadores occidentales no podemos consultarlas en nuestras bibliotecas (no se suelen adquirir), ni muchos de nosotros las podemos leer por desconocimiento idiomático. Una herencia más del fuerte occidentalismo que sufrimos. Los historiadores de los países no occidentales leen inglés, pero nosotros no leemos sus lenguas. Indudablemente, ellos están mejor preparados que nosotros para dar el salto a las visiones del mundo plurales (e.g. Fage, Oliver, and Gray, 1978; Osborne, 1983; Bolton et al., 1986; Rapson et al., 1987; Hourani, 1991; Bethell, 1997; Kearney, 2004; Hsü, 2006; Twitchett and Fairbank, 2008; Tarling, 2008; Perrie, Lieven, and Suny, 2008; Ricklefs, 2008; Choueiri, 2011; Bashford and Macintyre, 2015; Embree and Gluck, 2015; Holcombe, 2017; Murphey and Stapleton, 2019).

El número de universidades creció de forma exponencial durante esta etapa. Unas fueron la respuesta inmediata para cubrir la nueva demanda generada por la incorporación de los miles de nuevos estudiantes procedentes de las nuevas capas medias urbanas. Otras universidades fueron diseñadas para servir de motor de desarrollo de regiones alejadas o deprimidas, o para recuperar enclaves históricos que habían quedado fuera de la ruta del progreso. Los procesos de descentralización política dieron a su vez como resultado la creación de nuevas universidades en regiones, provincias o autonomías políticas que no disponían de centros universitarios y que reclamaban la formación de identidades diferenciadoras propias (Moreno y Pérez Herrero, 2018).

La oferta de estudios de Historia se elevó al mismo tiempo que se multiplicaron sus variantes. Cada universidad o departamento comenzó a ofrecer una modalidad específica de estudios. Un plantel de profesorado joven con la ilusión de ayudar a mejorar el mundo y de ascender profesionalmente y un estudiantado que vivía en un ambiente de crecimiento económico y de paz en el que se comenzaba a poder opinar en libertad, al haber ido desapareciendo las dictaduras (salvo en algunos países), fueron la combinación perfecta para que prosperaran los estudios de Historia. Además de leer libros, el ciudadano de las grandes ciudades podía ojear artículos de historia en los periódicos, y acudir a clases, conferencias, seminarios, cursos, exposiciones y debates. Había tiempo, oferta y demanda para casi todo. La existencia

de becas para ayudar a los estudiantes de menos ingresos y un extenso financiamiento público permitió la multiplicación de estas nuevas universidades y sus actividades. Las universidades privadas en aquel entonces eran todavía reducidas y se concentraron esencialmente en la formación especializada (tecnología). La Historia se profesionalizó, se hizo más «científica», se especializó, y con ello perdió parte de la visión generalista de los meta-relatos del pasado. Pero mantuvo su conexión con la construcción de identidades colectivas (más fuerte en las nuevas universidades regionales) y siguió recibiendo el aliento del espíritu crítico de la década de 1960. Los departamentos de historia de las universidades seguían siendo centros de debate donde se generaban ideas. Mantenían una conexión con las inquietudes de la sociedad. La Historia seguía viva (Goody, 2021).

#### 4. Posmodernidad, crisis de la década de 1980, políticas de recortes de la década de 1990 y crisis de 2008.

La década de 1980 vino acompañada de dos procesos diferentes. Por un lado, surgió una profunda renovación en los planteamientos teóricos en las ciencias sociales y las humanidades, y por otro se produjo una transformación en el oficio del historiador como consecuencia de la crisis económica de 1980, la aplicación de las políticas neoliberales de recortes económicos durante la década de 1990 y la crisis financiera internacional de 2008. Los enfoques de la posmodernidad, postcolonialidad, subalternidad y el giro lingüístico revisaron conceptual y metodológicamente los estudios de Historia. Las historias nacionales escritas a mediados del siglo XX fueron revisadas desde finales de la década de 1970 poniendo en evidencia sus orientaciones eurocéntricas. Algunos profesores y muchos estudiantes de historia de diferentes países (mayoritariamente de países colonizados) reclamaron la necesidad de desoccidentalizar y descolonizar la Historia. Denunciaban los atropellos conceptuales que Occidente había impuesto en todos los rincones del mundo, imponiendo su verdad interpretativa, construida sobre los conceptos de la modernidad y el progreso. En consecuencia, se reclamó la necesidad de escribir nuevas versiones narrativas montadas con nuevos conceptos para superar las visiones imperialistas o paternalistas. Se pidió construir relatos del pasado plurales con distintos ángulos y miradas. El sociólogo israelí Shmuel N. Eisenstadt acuñó el término de «modernidades múltiples» para subrayar la necesidad de entender el mundo desde distintos prismas. Se denunció que no se podían seguir aceptando las historias que se habían construido con un sesgo machista tan fuerte. Paralelamente, se analizó el lenguaje por considerar que, al ser parte de la cultura, reflejaba su forma de entender el mundo. El denominado «giro lingüístico», entendido como un haz de propuestas teórico-metodológicas centradas en el análisis de los vocabularios sociales y de las subjetividades que subyacían a los mismos, se expandió con potencia (Bentley, 1997; Tosh, 2015; Hunt, 2019).

Estas críticas se agudizaron con la crisis de 2008. En un mundo que parecía haber perdido el futuro, que reconocía que las nuevas generaciones no vivirían mejor que la de sus predecesores, el mito de la modernidad y el progreso comenzó a ponerse en entredicho, por lo que las narrativas históricas existentes dejaron de tener el sentido y la potencia explicativa del pasado. Como consecuencia, las historias manejadas hasta entonces en sus diferentes modalidades comenzaron a ser reexaminadas de nuevo para analizar el grado de subjetividad que contenían. Los textos fueron deconstruidos para ver la carga emocional, ideológica y cultural que contenían, realizándose un ejercicio profundo de resemantización. Si durante buena parte del siglo XX los historiadores se formaron para distinguir entre los hechos y las interpretaciones, subrayando que el buen historiador era el que era capaz de desideologizar al máximo sus análisis, ahora comenzó a defenderse precisamente lo contrario. Lo importante no eran los hechos, «lo que pasó realmente», como dijeron

los positivistas de finales del siglo XIX, sino los mitos con los que se narraron. Lo medular ya no eran los documentos utilizados, sino el discurso. Los ideales volvieron a ocupar un lugar central desplazando a la «objetividad científica».

La tensión entre las versiones historiográficas británicas *whig* y *tories*, conservadoras y progresistas, de izquierda y derecha, liberales y marxistas, dejaron de tener la potencia explicativa del pasado, al superarse el enfrentamiento bipolar reduccionista entre dos visiones antagónicas. En un mundo en el que los trabajadores formales iban disminuyendo y en el que los derechos sociales se iban reduciendo, las esperanzas que las versiones marxistas habían cosechado entre los grupos sociales más desfavorecido se fueron diluyendo (Traverso, 2018). Los sindicatos obreros más progresistas del pasado comenzaron a ser vistos por los millones de trabajadores informales como clubes de obreros conservadores que defendían sus privilegios sin querer mirar lo que sucedía fuera de sus cada día más estrechas fronteras. Al mismo tiempo, en un espacio globalizado en el que un puñado de grandes multinacionales comenzaron a gobernar el mundo, los antiguos grupos de poder nacionales, compuestos por las familias que habían controlado gran parte de los medios de producción en sus respectivos países, descubrieron que les habían cambiado el tablero de juego y que el Estado había dejado de ser lo que era, por lo que comenzaron a reclamar precisamente más Estado en tiempos de un aumento del mercado. Sin saberlo, comenzaron a pedir lo que la izquierda llevaba casi dos siglos exigiendo. El mundo al revés. Los obreros luchaban por conservar sus privilegios a través de la conservación de estructuras corporativas, y los empresarios se aferraban ahora a la democracia para tratar de recuperar, por medios no siempre transparentes, lo que habían comenzado a perder en un mundo global más competitivo que ya no dominaban.

Los recortes en los presupuestos universitarios como resultado de la crisis económica de la década de 1980 supusieron una contracción en los estudios de historia. Las becas para los estudiantes se redujeron, los fondos para la investigación se recortaron, las posibilidades para acudir a congresos internacionales disminuyeron, y el número de publicaciones se tuvo que ajustar al dinero disponible. En aquellos se pensó que se trataba de una crisis coyuntural y que tras unos años de penuria se regresaría a los tiempos de opulencia del pasado donde todo parecía posible.

La llegada primero de las políticas neoliberales en la década de 1990, y posteriormente la crisis financiera internacional de 2008, pusieron de relieve que se trataba de un problema estructural de largo plazo. El oficio de los historiadores comenzó a cambiar radicalmente. Los departamentos universitarios de historia no solo no disponían de recursos suficientes como resultado de los recortes en el gasto público en educación, sino que se comprobó que su profesorado estaba envejecido al no haberse renovado los cuadros docentes con sabiduría nueva. A todo ello se añadió que el número de estudiantes que demandaban estudiar historia comenzó a reducirse. La pirámide poblacional había comenzado a invertirse al reducirse el número de nacimientos, y la oferta universitaria de estudios de historia, que se había ampliado mucho en la época precedente, no se ajustó de nuevo como debería haberlo hecho, por lo que los departamentos de historia tuvieron que competir entre ellos para captar el número suficiente de estudiantes para poder subsistir (algunos optaron por fusionarse con otros departamentos). Y, por si fuera poco, las tasas universitarias subieron al desdoblarse los antiguos estudios de licenciatura en estudios de grado y posgrado. Una vez más, no se quiso comprender lo que estaba sucediendo y se interpretó que todos aquellos problemas se solucionarían con la llegada de una nueva fase de crecimiento y con un cambio en las políticas presupuestarias. Solo había que esperar la llegada de nuevos tiempos.



Los recortes presupuestarios se tradujeron en la incorporación de nuevas formas de selección del profesorado y con ello se dio una vuelta de tuerca más en la transformación del oficio de los historiadores. Fue entonces cuando las Agencias Nacionales de Evaluación de la Calidad Académica y los Sistemas Nacionales de Investigación comenzaron a pedir que los profesores e investigadores universitarios, para demostrar sus habilidades y competencias, publicaran los resultados de sus trabajos preferentemente en inglés en revistas extranjeras de reconocido prestigio internacional. Se explicó entonces que la medida tenía como finalidad dismantelar las clientelas locales endogámicas y que por ellos se había tomado la decisión de disminuir los puntos que se asignaban en los *rankings* a los textos publicados en las revistas «de casa», controladas por los grupos de poder tradicionales.

Estos cambios tuvieron consecuencias inmediatas. Los historiadores jóvenes volcaron su tiempo y esfuerzos en tratar de publicar en inglés sus contribuciones, y para ello se acomodaron a los requisitos que exigían las revistas y editoriales de las universidades más prestigiosas del mundo anglosajón de acuerdo a un baremo internacional confeccionado por aquellas universidades. Un primer efecto de este cambio fue que estos historiadores no diseñaron sus investigaciones para dar solución a las inquietudes personales de las sociedades donde vivían, sino que realizaron las mismas en función de la demanda de las líneas de investigación impuestas por las revistas de prestigio en las que debían publicar. De este modo, las universidades más prestigiosas anglosajonas comenzaron a recibir cientos de propuestas para ser publicadas en sus revistas, pudiendo seleccionar las mejores contribuciones de toda una rica oferta procedente de los lugares más variados del planeta. Las universidades de prestigio ampliaron así su internacionalización y construyeron potentes redes a un coste cero, a la vez que imponían los temas sobre los que la comunidad internacional de investigadores debía trabajar. Como es de suponer, estos temas coincidían con la temática de los proyectos de investigación de los investigadores veteranos de las universidades de prestigio. Fue un esquema de negocio milimétricamente diseñado para que la mayor parte de los historiadores de las universidades del mundo acabaran trabajando para las universidades de prestigio anglosajonas mejor dotadas.

Esta historia de los investigadores universitarios de las últimas décadas es bien conocida. Lo importante ahora es subrayar que este proceso acabó teniendo consecuencias graves para el oficio. Cuando los historiadores se dedicaron mayoritariamente a escribir para las revistas especializadas extranjeras, dejaron de cultivar su labor docente y de divulgación por considerar que eran actividades prescindibles, ya que los nuevos baremos de promoción identificaban estas labores no solo como secundarias, sino incluso eran consideradas como un trabajo que desprestigiaba a aquellos que las cultivaban. Comenzó a no interesar invertir tiempo en formar escuela, crear programas de docencia, impulsar tesis doctorales, diseñar congresos internacionales, programar seminarios de discusión para escuchar y aprender. La vida académica se redujo a dar las mínimas clases posibles para que quedara tiempo para publicar en las revistas extranjeras especializadas.

Estos comportamientos generaron dos males esenciales que afectan de forma dañina y peligrosa al oficio de los historiadores en la actualidad. Por un lado, se rompió con el nexo del historiador con la sociedad. Al hacerlo, perdió el prestigio social que tuvo en su momento, cuando era considerado un ciudadano que tenía algo que decir. Salvo excepciones, los historiadores comenzaron a no ofrecer conferencias para explicar temas de interés, ni fueron consultados por los políticos de turno para tomar decisiones trascendentales para el país. Ahora fueron los asesores y los tertulianos los grandes influyentes, quienes se dedicaron a recopilar las últimas noticias en los periódicos y a hacer resúmenes de coyuntura. Arribaron los profesionales de

*Wikipedia* que no tenían ni la formación adecuada ni la perspectiva de largo plazo de los historiadores (Phillips, 2016, pp. 523-543; Pomares Cintas y Álvarez García 2020, pp. 184–213).

Por otro lado, los historiadores comenzaron a investigar y escribir sobre temas altamente especializados que interesaban a grupos de investigación concretos lejanos de los países donde vivían dichos historiadores. Su trabajo, de una alta calidad científica, era leído solo por un puñado de investigadores especializados. El nuevo profesional de la historia escribía a demanda con la misión de enriquecer su currículum y mejorar sus condiciones laborales y salariales. Todo muy digno y saludable, pero hay que recordar al hacerlo se desligaron de una parte del oficio del historiador. Se convirtieron en científicos que no tenían tiempo de conversar con colegas y mucho menos hablar en público, o publicar sus avances en revistas de divulgación. Tenían que escribir en inglés en un idiolecto altamente especializado y viajar al extranjero para realizar estancias de investigación en universidades anglófonas lejanas. Pocos de los ciudadanos de a pie comprendían sus textos y entendían sus palabras, pero a estos nuevos historiadores no les preocupaba. No escribían para ellos, se habían desenganchado de la sociedad. Vivían en sus despachos y hablaban con su ordenador. Se convirtieron en historiadores virtuales. Buscaban a toda costa que le dieran premios al mejor artículo (con un número de palabras y caracteres prefijado) para tener más puntos para promocionarse en sus universidades. Ahora presumían de ser técnicos especialistas de reconocido prestigio internacional, pero no se dieron cuenta de que al mismo tiempo comenzaron a ser menos respetados por los estudiantes (ya que daba sus clases sin emoción, ni pasión), por el público (eran unos desconocidos), los políticos (no les interesaba lo que escribían), los empresarios y banqueros (estaban preocupados por otros temas), o los encargados de las relaciones exteriores tanto en organismos públicos como privados (la globalización puso encima de la mesa nuevos temas). La Historia se «privatizó», al convertirse en un bien para uso privado de los autores. Los beneficios personales se impusieron sobre los sociales.

No se debatió entonces, bien porque no se quiso o no se pudo, que uno de los problemas de la disciplina de la historia era que había perdido la fuerza de reflexión y la relevancia pública del pasado al haberse desconectado de las preocupaciones de la sociedad. La solución que se dio en algunas universidades fue ofertar estudios de historia combinados con otras disciplinas (comunicación e historia, economía e historia, relaciones internacionales e historia, política e historia). Los resultados en el corto plazo fueron buenos para aquellos departamentos que tomaron la delantera, pero no tenemos todavía datos para valorar si los efectos positivos se mantendrán en el largo plazo cuando el resto de los departamentos hagan lo mismo siguiendo el ejemplo de aquellos.

## 5. Reflexiones finales

Durante la primera mitad del siglo XX los historiadores, además de ofrecer sus clases en institutos y universidades, y publicar sus libros en editoriales de prestigio alcanzando un elevado número de ediciones y ventas, escribían en la prensa, daban conferencias, y participaban en debates públicos en radio y televisión según fuera el caso y el momento. Muchos historiadores eran al mismo tiempo políticos, diplomáticos, oradores, escritores, o periodistas. La historia era un quehacer más de sus actividades. Los argumentos esgrimidos por los historiadores se escuchaban con atención y se tenían en cuenta sus opiniones para la toma de decisiones políticas, empresariales, diplomáticas. El conocimiento del pasado no era algo arcano que preocupara a unos pocos metidos en sus despachos, sino que era motivo de reflexiones y discusiones en el conjunto de la población. Las Historias Universales y

las Historias Nacionales publicadas a todo lujo, repletas de imágenes a color, eran exhibidas por las «familias de bien» en los estantes de sus salones como un indicador de su interés sobre el pasado glorioso de su país del que se sentían orgullosos. No había necesariamente que leer todos aquellos volúmenes. Se mostraban como símbolo de una historia propia, de un pasado que dotaba de una identidad, al igual que lo podía hacer las fotos de sus familiares. Las luchas del pasado daban legitimidad y sentido al presente. Eran una historia de hombres, patriarcal. Cuanto más turbulento y complicado fuera el pasado mejor, pues ello demostraba que no se había llegado al presente de forma casual, sino a través de la lucha de todos los integrantes de la colectividad nacional o civilizatoria. Los relatos historiográficos mostraban cómo se había ido evolucionando de sociedades simples a sociedades complejas, cómo se había ido mejorando los niveles de vida y cómo se había logrado alcanzado el orden político (cada uno mostraba el suyo). La Historia era un relato de triunfo y a la vez de recordatorio para poner de relieve que los caminos hacia el progreso se podían torcer en cualquier momento si no se seguía la senda marcada. La Historia era maestra de la vida y dotaba de una identidad común a todos los ciudadanos. Formaba y cohesionaba.

Los historiadores se convirtieron en los encargados de imaginar y narrar la memoria de la Nación. Tenían que escribir bien, conectar con el público, dar conferencias, ser buenos oradores. Su trabajo consistía en alimentar las identidades nacionales. Con la profesionalización del oficio, los historiadores combinaron la investigación, la escritura y la docencia en sus universidades, con la impartición de conferencias, y la publicación de artículos de prensa para el gran público. Hablaban en las televisiones y las radios. Eran profesionales con una alta consideración que transmitían los resultados de sus investigaciones. Eran científicos, pero seguían conectados con la sociedad. Seguían siendo historiadores, creando, consolidando o fomentando imaginarios colectivos e identidades. Seguían trabajando con rigurosidad académica, pero manteniendo un compromiso social.

La Historia era un conocimiento vivo conectado con la sociedad. Una gran mayoría de los ciudadanos tenían una fe ciega en el proyecto que la modernidad y el progreso les ofrecían. La mayoría de las personas de bajos recursos y las clases medias estaban convencidos de que, por medio de su trabajo, su esfuerzo personal, y aprovechando la inversión realizada en su educación, mejorarían sus condiciones de vida y ascenderían socialmente. Su proyecto de vida se centraba en tener un hogar donde vivir (mejor en propiedad que en alquiler), alcanzar un trabajo digno con un contrato de por vida, formar una familia, educar a sus hijos, adquirir un coche, disfrutar de los domingos y festivos para descansar, disponer de unas pequeñas vacaciones para regresar a sus pueblos de origen a ver a sus familiares y reconectar con sus orígenes, y sobre todo tener paz y tranquilidad. Las élites se sentían cómodas en «su país», pues se les permitía presentarse como los ciudadanos probos que habían alcanzado el éxito con su esfuerzo pudiendo en consecuencia gozar de ciertos privilegios. El país era el paraguas bajo el cual se cobijaban los diferentes grupos sociales, económicos y políticos. Había disensos, pero todos coincidían en ser parte de ese país. Unos y otros compartían las esperanzas de que con su esfuerzo lograrían mejorar sus vidas y legar a sus hijos un mundo mejor. El Estado-Nación ofrecía esperanza y tranquilidad. El orgullo de pertenecer todos a una misma patria cuya historia se perdía en la noche de los tiempos hacía vibrar a todos los ciudadanos. Se cumplía con el servicio militar sin rechistar, pues había que defender el país de cualquier agresión externa, y las familias de menos ingresos tenían los hijos que fuere necesario con el esfuerzo que ello conllevaba pues se entendía que era la aportación que debían hacer para el beneficio de todos. El país ofrecía futuro a sus habitantes y la historia les ofrecía una seña de identidad mostrándoles que todos pertenecían a la

misma familia. Economía, política, nación y patria se interrelacionaban sin estridencias.

El país era visto como un tren compuesto por vagones de diferente clase en el que se iban acomodando las distintas personas y al que subían distintos pasajeros en las distintas estaciones. Unos y otros viajeros se mezclaban y pasaban de nos vagones a otros. Todos congeniaban y se sentían compatriotas. El tren, conducido por maquinistas expertos, había iniciado su viaje en un lugar remoto y transitaba por espacios peligrosos, cruzaba puentes y daba mil vueltas, pero siempre mantenía el rumbo hacia la estación de término llamada «modernidad y progreso». Un futuro y un pasado compartidos hacían que todos los viajeros fueran por la misma vía y se acoplaran cada uno como podía a las inclemencias del trayecto. La voz de los historiadores narrando la ruta del viaje se escuchaba a través de los altavoces colocados en todos los vagones. Se entendía que los historiadores contaban fielmente la verdad de lo que había ocurrido. Eran los guardianes del pasado. Por ello recibían la consideración de ciudadanos honorables. Los estudiantes que acudían a las aulas de las universidades para estudiar Historia sabían a qué se deberían ocupar cuando se graduaran, cómo deberían hacerlo y sobre todo eran conscientes de la importancia de la profesión en la que habían decidido formarse. Eran aprendices de la verdad, para ser posteriormente transmisores de la misma.

En 2021 las sociedades se han transformado y el mundo se ha reconfigurado y, como consecuencia, la actividad y el papel de los historiadores ha cambiado. Se han alcanzado reformas notables positivas, como haberse logrado vencer el acendrado machismo de la profesión de los historiadores. Hoy día hay mujeres en las presidencias de las Academias nacionales de la Historia, en las posiciones de poder de las universidades, en las cátedras, y al frente de las más importantes editoriales o medios de comunicación. El número de estudiantes de género femenino matriculadas en los grados de Historia ha aumentado, superando incluso en muchos casos al de estudiantes varones. Pero también existen otras novedades no tan positivas. La actividad de los profesionales de la Historia ha sufrido una modificación profunda. Los historiadores dan sus clases en las universidades, publican sus libros y artículos y dan sus conferencias, pero lo hacen de forma distinta a como lo hicieron sus «maestros» durante la primera mitad del siglo XX. La profesión ha mutado. Los contenidos y la forma de transmisión de los conocimientos han variado. Las clases de los docentes tienen como misión primordial formar especialistas que sepan manejar técnicas sofisticadas y metodologías avanzadas. Las conferencias que ofrecen las dan a un público reducido, por lo general en Congresos, Simposios, o reuniones nacionales e internacionales. En las reuniones internacionales se suele hablar en inglés, aunque una gran mayoría lo haga mal. Se prefiere publicar artículos cortos en inglés en revistas extranjeras de excelencia dotadas de los más altos indicadores de calidad. Los temas sobre los que se trabaja son muy precisos y técnicos. Los historiadores hablan y escriben arropados con un lenguaje especializado. En su mayoría asumen que se han convertido en científicos. Se ha puesto una bata blanca figurada y han perdido la conexión con la sociedad en la que viven. Hablan entre ellos, se leen entre ellos, se comentan entre ellos, se aman y odian entre ellos, y se aplauden o desautorizan entre ellos. Han construido un micro-mundo reducido y aislado. La mayoría de los ciudadanos no sabe que existen. Habitan en sus despachos, se conectan entre ellos a través de sus computadoras y las redes sociales a lo largo y ancho del mundo. Los periodistas han ocupado su puesto en las tertulias, los novelistas han escrito novelas históricas, y los guionistas de cine han confeccionado los relatos de las películas de tema histórico. La sociedad ha seguido demandando consumir historia, pero no la historia que narran los historiadores científicos de bata blanca.

La mercantilización, la metrificación y la introducción de los índices de impacto como evaluadores de la calidad han fomentado el hermetismo en los lenguajes y medios de expresión empleados y han privilegiado la productividad medida en cantidad. La falta de confianza en los relatos de los historiadores debe relacionarse por tanto no en cómo están contruidos, sino en a qué colectivos están dirigidos. No es un problema de objetividad, de si narran la «verdad» utilizando un método científico de conocimiento como defendían los positivistas a finales del siglo XIX, o de si alimentan la posverdad (como se denomina ahora la mentira), sino de para qué y para quién trabajan los historiadores.

Las sociedades plurales del siglo XXI, con una alta y continua movilidad espacial y con acceso a una comunicación cada día más rápida, han comenzado a ver las historias universales, mundiales, nacionales y regionales-locales como relatos demasiado planos que no les permiten acomodar fácilmente sus identidades en continuo movimiento y cambio. Ahora una masa creciente de migrantes se mueve de forma continua por el mundo, por lo que no llegan en muchos casos a modificar sus valores culturales más profundos. Se adaptan a los usos y costumbres imprescindibles de los países de llegada para subsistir, pero se unen al mismo tiempo en grupos y barrios para tratar de mantener sus tradiciones culturales e identidades alternativas. Los hijos de millones de inmigrantes nacidos ya en los lugares de llegada de sus padres, por lo que muchos de ellos han adquirido una nueva nacionalidad, no se insertan correctamente en sus sociedades, por lo que acaban rechazando los valores culturales de los países donde han nacido y comienzan a ver como salida a su situación de marginalidad la recuperación de las culturas de las sociedades de origen de sus padres.

A comienzos del siglo XXI se ha generado un panorama complejo en el que conviven diferentes grupos socioculturales con identidades diferentes, mutantes, dentro de los Estados. Como resultado, se están dando enfrentamientos violentos entre aquellos grupos sociales que quieren preservar su situación y los que reclaman incorporarse a los mismos, pero sin ser obligados a desprenderse de sus tradiciones culturales. La xenofobia, el racismo, el supremacismo, la intolerancia y la violencia están rebrotando. Parece evidente, por tanto, que para tratar de generar un nuevo elemento cohesionador de estas sociedades plurales hay que utilizar un nuevo pegamento, una nueva narrativa. Las historias nacionales han dejado de tener la fuerza cohesiva del pasado y se han transformado en un problema al fomentar el enfrentamiento entre contrarios.

Las sociedades del siglo XXI necesitan nuevos relatos historiográficos. Requieren de una nueva narrativa que no se base en la homogenización cultural a través de un relato nacional único, sino que se asiente precisamente en una narrativa que permita subrayar las diferencias y que éstas no se muestren como un inconveniente en la construcción de las identidades plurales móviles. Los relatos del pasado deben funcionar como una llave que permita la construcción de estas identidades plurales móviles en el marco de la globalidad.

La historia no está en crisis como disciplina, lo que está en crisis es una forma específica de narrar el pasado. El pretendido giro hacia una historiografía científica ha hecho que la historia se aleje de sus compromisos sociales y políticos con los que nació en el siglo XIX. La solución no es recuperar las historias nacionales, sino imaginar nuevos relatos que den solución a las demandas plurales de las sociedades que viven en la globalidad. La Historia debe cambiar de temas de estudio y variar sus enfoques. Las historias que se aprenden en las escuelas y las historias científicas realizadas por los expertos profesionales se muestran ante los millones de ciudadanos de a pie que se mueven por el mundo como narraciones poco



comprensibles por haber quedado alejadas de sus preguntas e inquietudes (Bennett, 1998; Levitt and Waters, 2002; Featherstone, Lash, and Robertson, 2002; Hitchcock, 2003; Omansky, 2011; García Fernández, 2019).

Son muchos los problemas con los que se enfrenta el estudio de la Historia en las universidades de Occidente a comienzos de la década de 2020, pero el de mayor calado sin duda no es la falta de presupuestos o el debatir sobre si una u otra metodología es más adecuada que la otra, sino la necesidad de repensar el oficio del historiador en función de las exigencias del mundo en el que vivimos. No se puede seguir esquivando el conflicto con la aplicación de parches, ni se debe seguir culpando a los estudiantes de no tener vocación para convertirse en historiadores. El problema es que la historia que se suele seguir ofertando ha dejado de tener la dimensión social y política que tuvo en el pasado. Se ha alejado de las metas sociológicas con las que nació y se ha ido desvinculando lentamente de la sociedad al presentarse como un conocimiento científico (Moreno y Pérez Herrero, 2018; Tosh, 2008, pp. 142-143).

No es acertado pensar que la historia tradicional basada en la narración sea una práctica inadecuada. La historia siempre es y ha sido un relato. El problema no es si las narraciones se hacen de arriba a abajo (para contar las dinámicas de los grupos de poder), o de abajo a arriba (para rescatar las vidas de los cientos de millones de individuos que han quedado en el anonimato). No se trata tampoco de evaluar si la historia económica es preferible a la política, la social, de las mentalidades, de las religiones. No es suficiente con descolonizar, desoccidentalizar la historia, desmontar los grandes meta-relatos construidos por los historiadores del pasado como reclamó insistentemente la posmodernidad, aludiendo a que no reflejan la realidad por estar contaminados por conceptos, términos y variables culturales. Es necesario construir nuevas narraciones. Una historia bien contada de un solo individuo puede reflejar la complejidad del mundo en el que vive, y una historia macro puede dar pistas para entender el comportamiento de un ser humano en el contexto de un espacio y un tiempo precisos. Lo que hay que aclarar es qué historia se quiere contar y para qué fin pretende hacerse. No es un problema de cómo está escrita, sino de para qué y para quiénes está narrada.

La Historia en mayúscula de la Modernidad y el progreso que conocemos es una invención de Occidente. Ha llegado el momento de despertar del sueño hegeliano y kantiano. Si no lo hacemos, los historiadores nos convertiremos en seres del pasado que serán mostrados en las vitrinas de los museos para solaz de los visitantes. La historia debe volver a conectarse con la sociedad, debe recuperar vida, pasión, sin dejar de ser rigurosa. La historia debe potenciar mentes abiertas de ciudadanos críticos libres que viven en un mundo abierto, en vez de ser un instrumento para alimentar fieles de una parroquia de barrio. No puede seguir siendo el catecismo para formas patriotas. Prueba de que la historia importa es la existencia de tantos defensores de que las historias nacionales no cambien, de que siga manipulada por unos pocos sabios, que, dotados de poderes especiales para interpretar qué es lo que pasó de verdad, nos digan cómo debemos comportarnos para alcanzar el porvenir que solos ellos conocen, y nos prevengan de los peligros si nos alejamos del camino diseñado por ellos. La Historia debe pasar de ser un elemento de dominación a un instrumento de libertad. La Historia ya no puede ser una narración única. Debe mostrar relatos plurales que ayuden a generar una mejor conexión intercultural en el mundo global en el que vivimos.

## Bibliografía

- Andreu Miralles, X. A. (2020). Introducción al dossier. Nación y masculinidades en la España contemporánea. *Studia historica. Historia contemporánea*, 38, 5-15.
- Appiah, K. A. (2019). *Las Mentiras que nos unen: Repensar la identidad, creencias, país, color, clase, cultura*. Taurus.
- Baets, A. de. (2015). Democracia y escritura de la historia. *Historiografías: Revista de Historia y Teoría*, 9, 31-43.
- Bashford, A., & Macintyre, S. (2015). *The Cambridge history of Australia*. Cambridge University Press.
- Beasley, E. (2010). *The Victorian Reinvention of Race: New Racisms and the Problem of Grouping in the Human Sciences* (1ª ed.). Routledge.
- Bell, A. David. (2002). Total History and Microhistory: The French and Italian Paradigms. En L. Kramer y S. Maza, (Eds.), *A Companion to Western Historical Thought*. Blackwell Publishing.
- Bennett, D. (1998). *Multicultural States: Rethinking Difference and Identity*. Routledge.
- Bentley, M. (1997). *Companion to Historiography*. Routledge.
- Berger, S. (2007). The Power of National Pasts: Writing National History in Nineteenth- and Twentieth-Century Europe. En *Writing the Nation: A global perspective* (pp. 1-30). Palgrave MacMillan.
- Berger, S., & Lorenz, C. (2010). *Nationalizing the Past: Historians as Nation Builders in modern Europe*. Palgrave Macmillan.
- Bethell, L. (1997). *The Cambridge History of Latin America*. Cambridge Univ. Press.
- Black, J., & Macrauld, D. M. (2017). *Studying History*. Palgrave.
- Bolton, G., Macintyre, S., Kingston, B., & Kociumbas, J. (1986). *The Oxford History of Australia*. Oxford University Press.
- Bowden, B. (2017). *The Strange Persistence of Universal History in Political Thought*. Springer International Publishing. <http://public.ebib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=4829892>
- Breuilly, J. (2013). *The Oxford Handbook of the History of Nationalism*. Oxford University Press.
- Busch, L. (2017). *Knowledge for Sale: The Neoliberal Takeover of Higher Education*. The MIT Press.
- Choueiri, Y. M. (2011). *A Companion to the History of the Middle East*. Blackwell Pub. <http://www.credoreference.com/book/bkchme>
- Collini, S. (1993). *Public Moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain, 1850-1930* (New Edition). Oxford University Press, USA.
- Collini, S. (2017). *Speaking of Universities*. Verso.
- Dalberg-Acton, J. E. E., Leathes, S. M., Ward William, A., & Prothero G. W. (1902-1910). *Cambridge Modern History*. Cambridge University Press.
- Den Boer, P. (2011). Historical Writing in France, 1800–1914. En S. Macintyre, J. Manguashca, & A. Pók (Eds.), *The Oxford History of Historical Writing*. Volume 4: 1800-1945 (Schneider, A., Woolf, D., Vol. 4, pp. 184–203). Oxford University Press.
- Elliott, J. H. (2014). *Haciendo historia*. Taurus.
- Embree, A. T., & Gluck, C. (2015). *Asia in Western and World History: A Guide for Teaching*. Routledge. <https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781315706313>
- Fage, J. D., Oliver, R., & Gray, R. (1978). *The Cambridge History of Africa*. Cambridge University Press.
- Featherstone, M., Lash, S., & Robertson, R. (2002). *Global Modernities*. Sage.
- García Fernández, G. A. (2019). *Historia, educación y formación ciudadana, 1980-2017. Un estudio comparado en escuelas públicas de Alcalá de Henares (España) y Viña del Mar (Chile)* [Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=248563>

- Gilman, N. (2007). *Mandarins of the Future: Modernization Theory in Cold War America*. Johns Hopkins University Press.
- González Manso, A. I. (2015). Héroes nacionales como vehículos emocionales de conceptos. *Historiografías: revista de historia y teoría*, 10, 12-30.
- Goody, J. (2021). *El robo de la historia*. Akal. <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/116101>
- Hartog, F. (2015). *Regimes of Historicity: Presentism and Experiences of Time*. Columbia University Press.
- Hitchcock, P. (2003). *Imaginary States. Studies in Cultural Transnationalism*. University of Illinois Press.
- Holcombe, C. (2017). *A History of East Asia: From the Origins of Civilization to the Twenty-first Century*. Cambridge University Press.
- Hourani, A. (1991). *A History of Arab Peoples*. The Balknap Press of Harvard University.
- Hsü, I. C. (2006). *The Rise of Modern China*. Oxford University Press.
- Hunt, L. (2019). *History: Why it Matters*. Polity.
- Kearney, M. (2004). *The Indian Ocean in World History*. Routledge. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=106503>
- Levitt, P., & Waters, M. (2002). *The Changing Face of Home: The Transnational Lives of the Second Generation*. Russell Sage Foundation.
- Liebersohn, H. (2002). German Historical Writing from Ranke to Weber: The Primacy of Politics. En L. Kramer y S. Maza (Eds.), *A Companion to Western Historical Thought*. Blackwell Publishing.
- Melman, B. (2006). *The Culture of History: English Uses of the Past, 1800-1953*. Oxford University Press.
- Moreno, C. I., & Pérez Herrero, P. (Eds.). (2018). *¿Qué universidades necesita el siglo XXI?: Reflexiones a cien años de la reforma de Córdoba*. Marcial Pons.
- Moreno Fragnals, M. (1983). *La historia como arma: y otros estudios sobre esclavos, ingenios y plantaciones*. Crítica.
- Mosse, G. L. (2019). *La nacionalización de las masas: simbolismo político y movimientos de masas en Alemania desde las Guerras Napoleónicas al Tercer Reich*. Marcial Pons Historia.
- Murphey, R., & Stapleton, K. (2019). *A History of Asia*. Routledge.
- Omansky, B. (2011). *Borderlands of Blindness*. Lynne Rienner Publishers.
- Osborne, M. (1983). *Southeast Asia: An Introductory History*. George Allen Unwin.
- Perrie, M., Lieven, D. C. B., & Suny, R. G. (2008). *The Cambridge History of Russia*. Cambridge University Press. <https://www.cambridge.org/core/series/cambridge-history-of-russia/3A1986470F824B4693DC1FCB409C6491>
- Phillips, M. G. (2016). Wikipedia and History: A Worthwhile Partnership in the Digital Era? *Rethinking History*, 20(4), 523-543. <https://doi.org/10.1080/13642529.2015.1091566>
- Rapson, E. J., Haig, W., Burn, R., & Dodwell, H. H. (1987). *The New Cambridge History of India*. S. Chand.
- Ricklefs, M. C. (2008). *A History of Modern Indonesia Since c. 1200*. Palgrave Macmillan.
- Rogge, J. (2011). *Cultural History in Europe: Institution, Themes, Perspectives*. Transcript.
- Rosen, F. (2019). From Jeremy Bentham's Radical Philosophy to J. S. Mill's Philosophic Radicalism. En G. Claeys & G. Stedman Jones (Eds.), *The Cambridge Companion to Nineteenth Century Thought* (pp. 257-294). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781107337541>
- Rosenstone, R. (2010). Buried in a footnote. *Rethinking History* 14, 1: 55-58. <https://doi.org/10.1080/13642520903515686>.

- Rosenstone, R. (2016). *Adventures of a Postmodern Historian: Living and Writing the Past*. Bloomsbury Academic, 2016.
- Rostow, W. W. (1960). *The Stages of Economic Growth*. Cambridge University Press.
- Schneider, A., y Woolf D. (2011). *The Oxford History of Historical Writing. Volume 5: 1945 to Present*. Oxford University Press.
- Siedentop, L. (2014). *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*. Harvard University Press.
- Tarling, N. (2008). *The Cambridge History of Southeast Asia*. Cambridge University Press.
- Tosh, J. (2008). *Why History Matters*. Palgrave Macmillan.
- Tosh, J. (2015). *The Pursuit of History*. Taylor and Francis. <http://www.mylibrary.com?id=729715>
- Traverso, E. (2018). *Melancolía de izquierda: Marxismo, historia, y memoria*. Fondo de Cultura Económica.
- Tucker, A. (2004). *Our Knowledge of the Past: A Philosophy of Historiography*. Cambridge University Press.
- Twitchett, D. C., & Fairbank, J. K. (2008). *The Cambridge History of China*. Cambridge University Press.
- Yack, B. (2012). *Nationalism and the Moral Psychology of Community*. University of Chicago Press.

# ¿Qué hay detrás de la evaluación de la calidad de la investigación universitaria? Hacia otra cultura de la investigación\*

## What is behind the quality assessment of university research? Towards another research culture

Esther Pomares Cintas  
 Universidad de Jaén  
 ORCID ID 0000-0001-6533-6873  
[epomares@ujaen.es](mailto:epomares@ujaen.es)

### Cita recomendada:

Pomares Cintas, E. (2021). ¿Qué hay detrás de la evaluación de la calidad de la investigación universitaria? Hacia otra cultura de la investigación. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 173-199.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6344>

Recibido / received: 05/04/2021  
 Aceptado / accepted: 10/06/2021

### Resumen

El mundo universitario ha sido tocado de lleno por el legado del nuevo modelo de gestión pública sumado al dominio de las tecnologías vinculadas a la digitalización de la sociedad. El impacto sobre la emancipación de la investigación universitaria en la búsqueda del conocimiento, sobre la orientación de la Universidad pública hacia el progreso del saber y la transmisión del mismo hacia el alumnado y hacia la sociedad, ha calado hasta dismantelar sus pilares. Ni los espacios de reflexión ofrecen rendimiento a ese modelo de «aquí y ahora», ni las obras que no perecen entran en la gramática de la Universidad pública. Las agencias públicas de externalización de la evaluación de la investigación universitaria han intervenido en la calidad de la producción científica, importando las claves que confinan la actividad investigadora: el denominado «factor de impacto», como sello de garantía de calidad, está bajo el control de la empresa privada que concibe la *calidad* como una mercancía más en el mercado universitario. A través de un entramado tautológico del imperio de los números, en el que la Universidad pública y el personal investigador asumen su rol de clientela, se ha diseñado la Universidad como «marca» que entra en los parámetros de la competitividad y rentabilidad con la finalidad última de atraer inversores, fuentes de financiación, y captar alumnado en su condición de clientes.

### Palabras clave

Agencias públicas de evaluación universitaria, factor de Impacto, investigación universitaria, clientelismo, fuentes privadas de financiación.

\* Esther Pomares Cintas es Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Jaén.





**Abstract**

*The world of the university has been greatly affected by the leadership and the legacy of the new model of public management associated with the domination of technologies tied to the digitalization of society. The impact on the emancipation of university research in its quest for knowledge, and on the orientation of the public university toward the progress of knowledge and its transmission to students and to society, has challenged its foundations. Spaces of reflection do not officer this model the promise of high performance, nor do “slow science” or perennial great works find their way into the grammar of the public university. The public agencies of externalization of the evaluation of university research have intervened in the quality of scientific production, importing parameters (claves) that confine and reify research activity: indices of quality, such as the so-called “impact factor” as a seal of guarantee, are under the control of private enterprise, which conceives quality in the terms of a “product”, that is, research as just one more commodity on the university market. Through the tautological logic of the realm of numbers, in which the public university and researchers assume a role of customers (clients), the university appears as a “brand” corresponding to the parameters of competitiveness and profitability, with the ultimate objective of attracting investors, raising funds, and attracting students as clients.*

**Keywords**

*Agencies of externalization, impact factor, university research, customer’s market, source funding.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La calidad de la investigación en la Universidad Pública bajo el imperio de los números. 2.1. El paradigma de la «nueva gestión pública». 2.2. El culto al factor de impacto o la cuantificación de la calidad de la investigación en la Universidad. 2.3. La empresa privada: envolver en papel de mercado la calidad de la investigación en la Universidad pública. 2.4. La especulación en torno a la calidad del producto: la sobrerrepresentación del factor de impacto. 2.5. El filtro de la uniformidad desde el prisma esencial del factor de impacto. 2.6. La transformación de la Universidad pública en marca: el lenguaje de los rankings mundiales. 2.7. El rol de las agencias públicas de evaluación y el personal investigador universitario. 2.7.1. Se alteran los criterios de garantía de la investigación como servicio esencial de la Universidad pública. 2.7.2. El adoctrinamiento del personal investigador bajo la gobernanza del factor de impacto. 3. La cultura del saber bibliométricamente utilizable. 3.1. Una cultura que compromete espacios de emancipación de la investigación académica. 3.2. La difusión exclusiva de la cultura del factor de impacto en la Universidad pública. 3.3. Amenaza los valores éticos que deben inspirar la actividad investigadora en la Universidad pública. 3.4. Excedentes de producción en el capitalismo académico: para qué investigar. 4. ¿Correctivos al sistema de evaluación de la calidad de la investigación?: ¿la «nueva ANECA»? 4.1. Estado de la cuestión en el sistema universitario español. 4.2. 2019: inoculando el factor de impacto a todas las disciplinas; 4.3. El correctivo: repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo, 986/2018, de 12 de junio. 5. No es una conclusión, es una llamada a otra cultura de la investigación. 5.1. La huella cultural del factor de impacto. 5.2. La Universidad pública no es una marca: apostar por una cultura de la investigación valorada en términos cualitativos.

## 1. Introducción

El mundo universitario ha sido tocado de lleno por la batuta y el legado del nuevo modelo de gestión pública sumado al dominio de las tecnologías vinculadas a la digitalización de la sociedad (Valero Torrijos y Cerdá Meseguer, 2020, pp. 103 y ss.). El impacto sobre la emancipación de la investigación universitaria en la búsqueda del conocimiento, sobre la orientación de la Universidad pública hacia el progreso del saber y la transmisión del mismo hacia el alumnado y hacia la sociedad, ha calado hasta dismantelar sus pilares. Ni los espacios de reflexión ofrecen rendimiento a ese modelo de «aquí y ahora», ni la ciencia lenta, las obras que no perecen, entran en la gramática de la Universidad pública<sup>1</sup>.

Las agencias públicas de externalización de la evaluación de la investigación universitaria han intervenido en la calidad de la producción científica, importando las claves que confinan y reifican la actividad investigadora: los indicadores de calidad, el denominado «factor de impacto» como sello de garantía, están bajo el control de la empresa privada que concibe la calidad como producto, una mercancía más en el mercado universitario. A través de un entramado tautológico del imperio de los números, en el que la Universidad pública y el personal investigador asumen su rol de clientela, se ha diseñado la Universidad como «marca», como objeto de consumo que entra en los parámetros de la competitividad y rentabilidad con la finalidad última de atraer inversores, fuentes de financiación, y captar alumnado en su condición de clientes.

La valoración de la calidad del trabajo de investigación como un asunto de algoritmos acaba destruyendo sistemáticamente la función emancipadora de la investigación científica, su nexos con el conocimiento por mor del conocimiento innovador.

Esta reflexión es la continuación de otro trabajo elaborado conjuntamente con Javier Álvarez García sobre el modelo universitario del Plan Bolonia (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.) que transforma al docente universitario en dador de clases y gestor de las necesidades del alumno en su estatuto de clientela, y la formación universitaria en formación «profesional» que se rebaja a las expectativas del mercado laboral de hoy. Se liberalizan en España los planes de Estudio de todos los Grados para permitir entrar en el juego mercantil de la competitividad entre Universidades para captación de clientela.

El paradigma de la rentabilidad de un servicio público traspasa, pues, la esfera de la docencia para revertir e intervenir en la calidad de la investigación en la Universidad pública. Veremos en este artículo cuáles son sus ejes y qué hay detrás de ellos.

## 2. La calidad de la investigación en la Universidad Pública bajo el imperio de los números

### 2.1. El paradigma de la «nueva gestión pública»

Como describe Supiot, en su obra *La gouvernance par les nombres* (Supiot, 2015, p. 187), el mundo universitario es hoy uno de los terrenos fértiles sometidos por las garras del pensamiento económico ultraliberal, que no se reduce a regular la industria

---

<sup>1</sup> Véase el *Manifiesto de la Academia de la Ciencia lenta* (2010). <http://www.slowscience.org/>.

y el comercio, sino que se extiende a todos los ámbitos de la vida social<sup>2</sup>. Porque este modelo se identifica por su método: elaborar y aplicar un sistema de reglas, de «regularidades cuantificadas», que rinda cuenta del comportamiento humano (Supiot, 2015, pp. 143 y ss.; Habermas, 1994, p. 58), de modo que acabe por reducir las singularidades y simplificar la complejidad de los asuntos, construyendo el prisma desde el que escrutar y gestionar todas las esferas de la vida social (Habermas, 1994, p. 115).

Esta metodología «es hoy el paradigma de la organización científica del trabajo, tanto en el sector público como en el sector privado» (Supiot, 2015, pp. 165 y 166). Es el ideario de la nueva gestión pública, que la convierte en su caricatura, porque extiende a la administración pública «las reglas y los métodos de la empresa privada». Hasta el punto de desvanecer la frontera e invertir la jerarquía entre lo público y lo privado (Supiot, 2015, pp. 172, 169, 206, 210 y ss.). A este modelo de pragmatismo cabe añadir la capacidad y eficiencia de la tecnología de la sociedad digital (las competencias digitales) que se utiliza al servicio del mismo.

La Universidad pública, su fuerza productiva, la gestión del valor de su producto, no se sustraen a ese prisma, a ser filtradas bajo esa gramática de los números en aras del ideario que hay tras ella (Supiot, 2015, pp. 143 y ss.): un programa de cálculo automatizado y algorítmico de aquello que pueda ser medido y traducido en cifras o promedios, que cuantifica su valor para ponerlo en juego con otros intereses u objetivos predeterminados en el lenguaje de mercado. El resultado lo conocemos: los Planes de Estudios de los Grados y Másteres del Plan Bolonia (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.), y los parámetros aplicados para valorar la calidad de la investigación en la Universidad.

## 2.2. El culto al «factor de impacto» o la cuantificación de la calidad de la investigación en la Universidad

El término calidad se define, según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), como la «adecuación de un producto o servicio a las características especificadas»; por tanto, el valor que se asigne al trabajo de investigación (la producción científica), dependerá de los criterios que permitan ponderarlo y de los fines que se vinculen a la actividad investigadora en la Universidad.

Desde el prisma de la nueva gestión pública, y bajo la metodología que le es funcional, los parámetros aplicados para valorar la calidad de la investigación han de constituir herramientas que permitan encadenar a la Universidad pública al paradigma de la rentabilidad, arrojarla al terreno de la competitividad. Competitividad-rentabilidad necesitan grandes dosis de pragmatismo y eficiencia. Son los pilares que facilitan la transformación de la actividad investigadora en gestión de aquello susceptible de ser cuantificado en orden al potencial rendimiento del «producto» según intereses de mercado (Supiot, 2015, pp. 91 y ss.; Mattern, 2008, pp. 24 y ss.), como veremos más adelante. Su cualidad intrínseca, es decir, el valor del conocimiento que contiene o deba contener, quedan engullidos en el imperio de los números, como lúcidamente ha analizado Supiot.

El pragmatismo, a su vez, imprime el cariz del procedimiento de valoración de la calidad: seleccionar indicadores y factores que, en nombre de la uniformidad y

---

<sup>2</sup> Aplicando el análisis económico a todas las esferas de la actividad humana y sus interacciones sociales, incluido el delito y la gestión del castigo, para convertirlos en espacios abiertos a la evaluación cuantitativa, véase la obra de Becker, G. (1976).

objetividad, simplifiquen el recorrido prejuzgando la calidad del producto sin mirar ni comprobar el fondo.

El instrumento que permite ser utilizado para transmitir y aplicar ese ideario y simplificar el proceso de evaluación es el factor de impacto de la revista que publica el trabajo sujeto a valoración (Supiot, 2015, pp. 189): en pocas palabras, la calidad de un trabajo de investigación se mide básicamente por el valor que se adscribe al medio que lo difunde. Ciertamente es que, originariamente, este indicador fue desarrollado por empresas privadas de gestión de datos (particularmente por *Thomson-Reuters*, líder en el sector) con una finalidad ajena a la evaluación y control de la calidad de la investigación. Se ofrecía a las bibliotecas de universidades o centros de estudios superiores, como un producto valedor exclusivamente de criterios de orientación y selección de las «revistas para comprar» que competían en el mismo sector<sup>3</sup>. Su funcionalidad, sin embargo, no tardó en convertir aquel indicador en la clave y métrica del modelo determinante de la calidad de la investigación científica hoy (Waters, 2005).

Atender al factor de impacto significa centrar el peso específico del trabajo de investigación en la posición o clasificación de la revista en la que se publica. A su vez, la posición de la revista en el *ranking* de su área de conocimiento se hará depender del número de citas bibliográficas que reciben, como unidades métricas de referencia, en un período dado, los trabajos publicados (Génova et al., 2016, p. 3). El impacto se mide por un sistema matemático de percentiles que distribuirá las revistas por cuartiles, terciles, deciles, que definen jerarquías dentro del conjunto del mercado de revistas especializadas.

Este criterio sistémico aparece naturalizado en el Diccionario de la RAE: el índice de impacto es la «estimación de la relevancia de una publicación basada en análisis estadísticos de las referencias que se hacen a ella». Por tanto, si la calidad es la «adecuación de un producto (...) a las características especificadas», la del producto universitario reposará, de acuerdo con esta racionalidad, en esa significación numérica.

Sin duda, como un asunto de algoritmos, los indicadores bibliométricos son funcionales para crear un envoltorio de mercado: la gramática de los factores de impacto ofrece indicios que generan sellos de garantía de calidad del producto. La actividad investigadora se transforma, por ende, en «producto» susceptible de ser capitalizado desde una pluralidad de ejes.

Se maximiza el rendimiento del producto mediante *rankings* entre revistas, primero, y editoriales de libros, después, a medida en que la semántica del factor de impacto ocupa los campos del conocimiento que recurren fundamentalmente a los libros como medio de difusión<sup>4</sup>. Así, a través de la cuota de impacto del medio de publicación, se da a conocer el mercado editorial; a través de los *rankings* entre investigadores, el impacto científico de quienes publican en las revistas; en las comparativas entre campos de investigación, el número de artículos más citados de una especialidad y la procedencia de las citas. Y, por último (por ahora), el producto también es contrastado en el mercado internacional a través del denominado Impacto Normalizado, institucionalizado en España por la Agencia Estatal de Investigación<sup>5</sup>. Es un procesador de citas que permite valorar la repercusión de las publicaciones de cada investigador contrastando sus citas con el número de citas de la producción

<sup>3</sup> <https://sfdora.org/read/>

<sup>4</sup> Véase *infra*, apartado sobre estado de la cuestión en el sistema universitario español.

<sup>5</sup> Creada en 2015. <https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/aei>

científica mundial, en el mismo periodo y área temática<sup>6</sup>. Si el promedio así calculado es menor a 1 significará que se encuentra por debajo de la media mundial; si es igual a 1, estará en la media mundial de su área de conocimiento en ese periodo (Torres Salinas et al., 2018, p. 370)<sup>7</sup>.

Figura 1. Ejemplo.

Tabla 3. Ejemplo aplicado del cálculo de la citación normalizada atendiendo a las propuestas del CWTS y del Karolinska Institute

Un investigador ha publicado tres trabajos:

a) Determinamos tipo documental, año y categoría. Se calcula el número de citas a las que denominados impacto observado:

- (Trabajo A) Artículo publicado en 2014 en comunicación con 9 citas
- (Trabajo B) Revisión publicada en 2015 en educación con 5 citas
- (Trabajo C) Artículo publicado en 2016 en comunicación con 2 citas

b) Establecemos valores de referencia medios mundiales atendiendo a tipo documental, año y área a los que denominados impacto esperado de un trabajo:

- Los artículos de 2014 en comunicación tienen un promedio 6 citas
- Las revisiones de 2015 en educación tienen un promedio de 5 citas
- Los artículos de 2016 en comunicación tiene un promedio de 4 citas

c) Con los datos anteriores se puede calcular la citación normalizada: Según la fórmula del CWTS (Moed; De-Bruin; Van-Leeuwen, 1995):

- División entre el impacto observado y esperado:  

$$(9+5+2) / (6+5+4) = 1,06$$

El valor 1,06 significa que se está un 6% por encima de la media mundial.

Según la fórmula del Karolinska Institute (Lundberg, 2007):

- Citas del artículo A entre su impacto esperado:  $9/6 = 1,5$
- Citas de la revisión B entre su impacto esperado:  $5/5 = 1$
- Citas del artículo C entre su impacto esperado:  $2/4 = 0,5$
- Cálculo final del indicador:  $(1,5+1+0,5)/3 = 1,00$

El valor 1 significa que se está justo en la media mundial.

Fuente: (Torres Salinas et al., 2018, p. 371)

### 2.3. La empresa privada: envolver en *papel de mercado* la calidad de la investigación en la Universidad pública

La utilización del factor de impacto vinculada a la evaluación de la investigación en la Universidad ha generado y multiplicado un poderoso negocio para la empresa privada en el sector del procesamiento de información, con repercusiones en la investigación misma, como veremos. El mundo universitario entra de lleno en la lógica de los números y la competitividad.

Son hoy grandes empresas privadas las que gestionan la información sobre la calidad del producto mediante sistemas de rastreo y de conteo de las citas, su procesamiento y su aplicación. Irrumpen en este escenario prolífico, en posición dominante, dos grandes empresas multinacionales: *Clarivate Analytics* y *Elsevier*. La primera<sup>8</sup> adquirió, por más de 3.500 millones de dólares, las bases de datos y otros productos estrella adaptados a distintas áreas de conocimiento, patentados por la empresa *Thomson Reuters*<sup>9</sup>, así, la base de datos bibliométricos *Institut for Scientific*

<sup>6</sup> <https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.791459a43fdf738d70fd325001432ea0/?vgnextoid=92e6d7e71ea46510VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextchannel=f272de2007371410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextfmt=formato2&id3=bfe9d37854f46510VgnVCM1000001d04140a>.

Detenidamente, Torres Salinas et al. (2018, p. 367 y ss.).

<sup>7</sup> Actualmente se solicita superar el 1,5 (Torres Salinas et al. (2018, p. 373).

<sup>8</sup> <https://clarivate.com>.

<sup>9</sup> <https://www.the-scientist.com/the-nutshell/web-of-science-sold-for-more-than-3-billion-33184>.



*Information* (ISI). De otro lado, *Elsevier*, que es, además, una de las principales editoras internacionales de revistas científicas<sup>10</sup>.

Las dos grandes colecciones de bases de datos que procesan el conteo de citas de artículos de revistas científicas, en distintas áreas temáticas, y que han sido avaladas por las agencias públicas evaluadoras de la calidad de la investigación en su función evaluadora<sup>11</sup>, son propiedad, respectivamente, de las mencionadas empresas. *Web of Science* (WOS), de *Clarivate Analytics*, y *Scopus*, de *Elsevier*. Cada una de ellas ha patentado sus propias métricas e indicadores de impacto (Delgado López-Cózar, 2021, p. 26 y 76). Así, integran el sistema WOS estos productos<sup>12</sup>: *Journal Citation Reports* (JCR), *Essential Science Indicators*, *Science Citation Index* (SCI), y *Social Sciences Citation Index* (SSCI) o *Emerging Sources Citation Index* y el sistema SCOPUS<sup>13</sup> estos otros: *Scimago Journal Rank* (SJR) o el relativo al Impacto Normalizado - *Source Normalized Impact per Paper* (SNIP).

Dadas las expectativas que genera este «mercado de la calidad» de la investigación, se ha ido multiplicando la gramática de los números en torno a una triple identidad: factor de impacto = número de citas = sello de garantía de calidad.

#### 2.4. La especulación en torno a la calidad del producto: la sobrerrepresentación del *factor de impacto*

Un mecanismo de cálculo cuantitativo de la calidad, que garantiza simplificar y uniformar el proceso de valoración en nombre de la objetividad, vende una realidad «exacta» (Mattern, 2008, p. 33) con el argumento de disuadir y prevenir subjetividades y «corrupciones». Tras este argumentario de objetividad se encuentra precisamente su funcionalidad.

La sobrerrepresentación de lo cuantificable, tomando como unidad de medida las citas bibliográficas, conlleva una sobrerrepresentación de la realidad resultante de un «juicio de valor ya (...) incorporado en el peso numérico atribuido a cada una de las revistas consideradas» (Supiot, 2015, p. 188). Se crea un entramado tautológico, un circuito cerrado de números, que especula con el valor «calidad» del trabajo de investigación a evaluar (Lizcano, 1996, pp. 137 y ss.; Génova et al., 2016, p. 3).

La capacidad especulativa del factor de impacto se deriva de su propia naturaleza: es un «simple promedio», una operación de ajuste de cifras basada en una «distribución asimétrica de las citas» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 41, 2012, pp. 43 y ss.; Génova et al., 2016, p. 6)<sup>14</sup>. La Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012 (DORA), elaborada por un grupo de editoriales conscientes de la repercusión y distorsionadora representación de este modelo de calidad, reconoce que «las distribuciones de citas dentro de las revistas son muy sesgadas», «los datos utilizados para calcular el factor de impacto no son transparentes ni están abiertamente disponibles para el público», de modo que los

<sup>10</sup> <https://www.elsevier.com/solutions/scopus/how-scopus-works/content#content-policy-and-selection>  
<sup>11</sup> <https://www.recursoscientificos.fecyt.es/licencias/productos-contratados/wos;>  
<https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.791459a43fdf738d70fd325001432ea0/?vgnnextoid=92e6d7e71ea46510VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=f272de2007371410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextfmt=formato2&id3=bfe9d37854f46510VgnVCM1000001d04140a>

<sup>12</sup> clarivate.com.

<sup>13</sup> <https://www.elsevier.com>

<sup>14</sup> DLa Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012 admite las deficiencias de la medición de la evaluación a través del núcleo del “factor de impacto” de la revista. <https://sfedora.org/read/>.

factores de impacto también son susceptibles de manipulación por la política editorial<sup>15</sup>.

Téngase en cuenta que el factor de impacto se fabrica a partir del conteo esterilizado del número de citas, sin tener en cuenta su contenido ni su sentido (Génova et al., 2016, p. 3; Mattern, 2008, p. 24), pues este extremo trasciende la lógica de los números: una cita como reseña de un trabajo que destaque su falta de rigor premiaría a su autor, por ende, a la revista que ha divulgado el trabajo, porque también computa. Bajo idéntico paradigma discurre la evaluación de otros productos, así, los parámetros cuantitativos de la calidad de la televisión a partir de las audiencias (cuota de pantalla) de programas de televisión (pública o privada). Las cuotas de pantalla nada dicen de la cualidad del programa, sino del número de espectadores, que es suficiente para mantener los programas y respaldar a las productoras.

Por lo mismo, un artículo que no reciba citas (o bien éstas provengan de revistas no privilegiadas por el índice de impacto) no es indicio de falta de calidad, si partimos de una evaluación cualitativa que mira en el fondo del trabajo.

Más distorsionador es aún es excluir del cómputo del factor de impacto las citas que se consignan en libros o monografías (Génova et al., 2016, p. 5; Torres Salinas et al., 2018, p. 374). ¿Para qué publicar libros? ¿para qué citar libros? ¿Para qué leerlos si su cita no tiene validez para el rendimiento del producto?

El factor de impacto procesa las huellas métricas del trabajo, conforme a los indicadores bibliométricos líderes en el mercado, y pueden diferir de un sistema a otro: no otra cosa espera el lenguaje de la competitividad. Los resultados –promedios de citas y publicaciones en revistas seleccionadas o indexadas, y sus categorías– no coinciden de una base de datos a otra, es decir, entre WOS (*Clarivate Analytics*) y *Scopus* (*Elsevier*) (Génova et al., 2016, p. 5), así, entre los índices JCR o SJR, entre otros.

Estas discrepancias en la gestión de los datos y sus resultantes generan márgenes de especulación sobre la calidad. Por ejemplo, en España, mientras que los investigadores en las ciencias exactas, experimentales o de la salud, orientan anticipadamente sus trabajos en función de *Scopus*, la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), en las mismas áreas temáticas, discurre en torno a los productos de WOS<sup>16</sup> (Torres Salinas et al., 2018, pp. 373-374).

Ahora bien, estos espacios de incertidumbre en el procesamiento de los índices de impacto son también funcionales porque se transforman en un valor en sí mismo utilizado para fundar la objetividad (o mejor, su espejismo) del juicio de calidad por parte del organismo público evaluador, legitimando su tarea: contrastar la calidad cuantificable del producto también requiere realizar comparativas de los promedios de citas y de las clasificaciones de las revistas indexadas por las respectivas bases de datos avaladas por el sistema público, de modo que se apostará por la revista que ocupe «mejor puesto» en la comparativa, pues será la opción más favorable al investigador solicitante (Delgado López-Cózar, 2021, p. 13)<sup>17</sup>, sin acercarse, por

<sup>15</sup> <https://sfdora.org/read/>.

<sup>16</sup> Ocurre lo mismo con los indicadores *Ioannidis* y el relativo al *Leiden Ranking* (cfr. Rodríguez Navarro, 2021, p. 9).

<sup>17</sup> Estas distintas resultantes de las respectivas bases de datos líderes en el sector del procesamiento de los índices de calidad hacen proliferar otro negocio, una vertiente más del rendimiento del producto. Irrumpen en esta escenografía plataformas encargadas de explorar y contrastar gráficos y redes de datos bibliométricos, ofreciendo también comparativas de impacto según las distintas bases de datos. Así,

regla general, a la verdad del trabajo. No será necesario, ni principal, por parte de la agencia pública evaluadora, «leer los artículos científicos», y «mucho menos preguntarse si han contribuido a una mejor comprensión» de una determinada problemática (Supiot, 2015, p. 188; Génova et al., 2016, p. 5).

Este modelo de calidad no habla, pues, de la verdad del trabajo, no mide la calidad de un artículo individual, tan sólo formula predicciones logarítmicas sobre el conocimiento en él contenido, centrando la atención en el envoltorio, en la reputación de la revista en su campo (Supiot, 2015, p. 189)<sup>18</sup>. Por las mismas razones, el conteo de las citas del trabajo tampoco habla de su calidad, sólo denota que tiene cualidad para ser capitalizado en orden al rendimiento que se desea obtener de él.

Dado que el índice de impacto tiende a consolidarse, se «promueve la concentración del poder editorial, en lugar de su democratización» (Génova et al., 2016, p. 4). Los trabajos publicados en revistas no indexadas en las bases de datos que gestiona el sector privado y, por tanto, que no gozan de los votos de la Academia, quedan expulsados del circuito del negocio (Génova et al., 2016, p. 5), aun cuando su contenido alcance valor cualitativo.

## 2.5. El filtro de la uniformidad desde el prisma esencial del *factor de impacto*

La visión pragmática de la gestión de la calidad del trabajo de la investigación se encamina a maximizar su rendimiento. Ello requiere reducir los signos identitarios de la investigación en cada uno de los campos del saber para poder aplicar el valor-calidad, es decir, el factor de impacto, de modo uniforme, simplificando el proceso evaluador. Porque una de las características de la «gobernanza de los números» reside precisamente en expulsar las diferencias para sujetar el análisis de cada ámbito social a un mismo tipo de métrica, programación y objetivos (Supiot, 2015, pp. 165 y 166). Es lo que ocurre con la generalización de un sistema de coordenadas bibliométricas que marca, como regla, los patrones esenciales de calidad de la investigación para todas las disciplinas o áreas temáticas (Mattern, 2008, p. 23), encaminándolas, con ello, a un mismo objetivo.

El objetivo es inocular el valor «calidad» de la investigación en todas las disciplinas del conocimiento a través del prisma-ideario del factor de impacto, incluyendo en el eje de la uniformidad las materias más singulares, las que discurren por coordenadas espacio temporales diferentes y presentan problemáticas diferentes (Habermas, 1994, p. 114): la esfera de las Humanidades, Ciencias Sociales, y, por último, Derecho<sup>19</sup>.

La tendencia a la uniformidad se evidencia en la implantación de un modelo que facilitaría el rastreo de citas: el modo de citar está previsto en las normas del estilo *American Psychological Association* (APA), que simplifica el uso de las reseñas, compromete la identidad del investigador con dos apellidos, y relega el recurso a las notas a pie de página como vía que permite ofrecer al lector fuentes de conocimiento. Las notas a pie no son obstáculo ni una «sobrecarga», al contrario: forman parte de

---

Citeseer, <http://networkrepository.com/networks.index>. Como las plataformas *web* que ofrecen, como servicio, las comparativas de precios de hoteles, aviones, etc.

<sup>18</sup> Thomson Reuters. (2013). Thomson Reuters Statement Regarding the San Francisco Declaration on Research Assessment. [http://researchanalytics.thomsonreuters.com/statement\\_re\\_sfdr/](http://researchanalytics.thomsonreuters.com/statement_re_sfdr/). <https://sfedora.org/read/>.

<sup>19</sup> Véase *infra* apartado relativo al sistema universitario español.

la forja del pensamiento de la obra en la medida en que entabla un «diálogo indefinido con todos los otros» (Compagnon, 2007, pp. XXI y XXII).

La uniformidad ha multiplicado la gramática especulativa de los números en torno al mencionado factor de impacto. El *Journal Citation Report* (JCR) y los *Essential Science Indicators* (ESI), como *Social Sciences Citation Index* (SCCI), productos de la firma *Clarivate Analytics*, han extendido su modelo de definición de la calidad a las Ciencias Sociales y Artes y Humanidades<sup>20</sup>. Aquel mundo de las «regularidades cuantificadas», la gramática uniforme de los «productos» (Génova, Astudillo y Fraga, 2016, p. 3), acaban transfiriéndose al ámbito de los compromisos sociales. La singularidad se sustituye por aquello que es funcional al rendimiento del producto: se promueven los espacios de especialización en el interior de las disciplinas, que genera la multiplicación de revistas especializadas (Moro, 2009) y, por ende, la búsqueda de citas y la sed de cuotas de impacto porque entran a competir por una posición privilegiada en el mercado de las revistas.

Un modelo que simplifica la complejidad de un proceso de valoración de la calidad de la investigación a una operación cuantitativa de promedios de índices de impacto acaba reificando la heterogeneidad, problemáticas, objetivos y compromisos respectivos de las disciplinas del conocimiento. Por tanto, la lógica del factor de impacto, como sello-patrón de calidad, no sólo ha sustraído la necesidad de mirar al fondo del trabajo de investigación concreto, sino que la aplicación de esa métrica de regularidad cuantificada a todas las disciplinas ha esterilizado el sello de identidad de las Áreas de las Humanidades y Ciencias Sociales<sup>21</sup>. Con todo, precisamente por haber desvanecido sus singularidades, el modelo de calidad vigente las ha arrinconado («a excepción de economía y psicología experimental») en el *pódium* de las publicaciones menos citadas según los indicadores bibliométricos al uso, porque se recurre más al formato de los libros o monografías, se publican menos trabajos en revistas y, por ende, reciben menos citas computables (Torres Salinas et al., 2018, p. 374; Mattern, 2008, p. 21).

## 2.6. La transformación de la Universidad pública en marca: el lenguaje de los *rankings* mundiales

Dado que la pregunta por la verdad intrínseca del trabajo de investigación es un enigma (Rodríguez Navarro, 2021, pp. 2 y ss.), este modelo de gestión de la calidad centrado en el dictado de los números inscribe de lleno a la Universidad pública en las garras de la competitividad, encaminándola hacia objetivos extraños al progreso del conocimiento.

La maquinaria que envuelve el entramado del factor de impacto genera otros indicadores de rendimiento, otros espacios para especular con la calidad de la investigación: alcanzar el umbral de *excelencia* y *calidad* de la Universidad pública como *marca*.

Irrumpe en el mundo universitario la capitalización del «producto» en la forma de *rankings* o tablas de clasificaciones mundiales entre instituciones universitarias, entre países, entre investigadores, y entre disciplinas y áreas. El *Ranking* académico de universidades del mundo (ARWU, por sus iniciales en inglés), conocido como

<sup>20</sup> En España adquiere la denominación, en nombre de la homogeneidad, de «Ciencias Humanas». Vid. Índice de Impacto de las Revistas de Ciencias Humanas (IN-RECH).

<sup>21</sup> Respecto del área del Derecho, véase *infra* apartado relativo al sistema universitario español.

«*Ranking de Shanghai*»<sup>22</sup>, fue publicado por primera vez en 2003 con el propósito de encontrar un referente de medición de las mejores universidades chinas. Hoy se ha convertido en «la norma de evaluación de las universidades de todo el mundo» (Supiot, 2015, p. 188).

La plataforma de Shanghai ofrece los Top-1000 de universidades en el mundo<sup>23</sup>, clasificaciones por disciplinas y áreas temáticas<sup>24</sup>, y también comparativas entre las universidades de un país<sup>25</sup>. Su repercusión a partir de un modelo de calidad de semántica cuantitativa, por ende, pragmático y reduccionista, ha convertido la metodología del ARWU en producto «protegido por derechos de autor por *ShanghaiRanking Consultancy*» desde 2009<sup>26</sup>. Los *Top-1000* es una resultante de un juego de indicadores *objetivos*<sup>27</sup> que privilegian la posición de la empresa Clarivate Analytics, pues el papel clave lo sustentan el número de investigadores más citados, conforme a la base de datos WOS, y el número de artículos indexados en *Science Citation Index* (SCI), y *Social Sciences Citation Index* (SCCI)<sup>28</sup>; además, se valora el número de artículos publicados en determinadas revistas que retroalimentan este sistema, como *Nature* o *Science*.

Se insiste, pues, en el mismo ideario que identifica la calidad de la investigación con resultantes de promedios bibliométricos que, a lo sumo, podrán ofrecer un «procedimiento imaginario de evaluación comparativa» (Supiot, 2015, p. 191; Mattern, 2008, p. 17), pues la bibliometría genera ruido de calidad. Nada sabemos del estado en que se encuentra el conocimiento y las ideas en la media mundial. Lo preocupante es que, sobre las bases sinuosas de tablas de clasificaciones mundiales anuales que operan sobre coordenadas bibliométricas fluctuantes y selectivas de bases de datos de la empresa privada, se arroja a la Universidad pública a los abismos de la competitividad-rentabilidad (Supiot, 2015, p. 188), a los escaparates de marcas de calidad y excelencia.

Es decir, la capitalización del producto y el objetivo del modelo de calidad de la investigación académica coinciden, como un circuito cerrado, con el interés por el mantenimiento del propio sistema (Habermas, 1994, p. 88) porque es una secuencia que designa objetivos, indicadores y resultados que deben alcanzarse como «un todo indisociable» (Supiot, 2015, p. 189). Esta gramática de cálculos logarítmicos, que genera lealtades en las instituciones universitarias, sirve «para convertir en cifras la formación o la investigación universitaria», y para orientar la política universitaria, y, en consecuencia, «el gasto público» (Supiot, 2015, p. 191). El objetivo último es neutralizar los precarios recursos públicos destinados a la Universidad pública, apuntalando su condición de escaparate como factor de atracción de inversores privados y captación de clientela en el estudiantado, que coadyuven a la financiación de las Universidades públicas.

<sup>22</sup> <http://www.shanghairanking.com/aboutarwu.html>.

<sup>23</sup> <http://www.shanghairanking.com/ARWU2020.html>

<sup>24</sup> <http://www.shanghairanking.com/Shanghairanking-Subject-Rankings/index.html>

<sup>25</sup> <http://www.shanghairanking.com/World-University-Rankings-2020/Spain.html>

<sup>26</sup> <http://www.shanghairanking.com/aboutarwu.html>).

<sup>27</sup> <http://www.shanghairanking.com/aboutarwu.html>. Ranking Methodology of Academic Ranking of World Universities - 2020 (shanghairanking.com)

<sup>28</sup> <https://clarivate.com/webofsciencelgroup/solutions/webofscience-scie/>



## 2.7. El rol de las agencias públicas de evaluación y el personal investigador universitario

La calidad de la investigación en la Universidad es una construcción, una ficción que se identifica con métricas del «mercado internacional de los «productos» de la investigación» (Supiot, 2015, p. 192), en manos de empresas privadas y editoriales que han ocupado el mercado universitario. Ése es el rendimiento esperado del producto, una fecunda maquinaria que pone en marcha la solicitud misma de evaluación del trabajo de investigación publicado, incluso de modo anticipado a la realización del trabajo mismo.

Esta particular gramática especulativa en torno al sello de garantía de calidad del factor de impacto ha creado una consecuente cultura de la investigación que discurre sobre un sistema de lealtades (sin cuestionamiento): la de las agencias públicas de evaluación de la calidad de la investigación en la Universidad y la del personal investigador universitario.

### 2.7.1. Se alteran los criterios de garantía de la investigación como servicio esencial de la Universidad pública

Bajo la retórica de la objetividad del procedimiento evaluador simplificado que ofrece el modelo del factor de impacto, la evaluación de la calidad de la investigación universitaria se externaliza en las agencias nacionales de evaluación [así, en España, la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI)]. Para el sistema público evaluador, el factor de impacto (según WOS o SCOPUS, líderes en el sector) se concibe como la principal fuente de garantía de calidad de los trabajos de investigación en la Universidad. En otras palabras, la externalización del servicio público evaluador es una ficción más porque la medida de la calidad de la investigación (métricas e indicadores sobre bases especulativas) se coloca en manos de la empresa privada y las editoriales, asegurando a las agencias públicas evaluadoras el éxito de una tarea revestida de aparente objetividad.

La función de garantía estatal de una evaluación respaldada en parámetros cualitativos, de un trabajo que demuestra aportación al conocimiento, se quiebra. La función emancipadora de la investigación en la Universidad pública, encaminada al conocimiento en aras del conocimiento, se desvanece.

En consecuencia, en este modelo de calidad, las agencias públicas evaluadoras asumen la condición de contables (Génova et al., 2016, p. 9), de ejecutoras de los factores de impacto sin que puedan ponerlo en cuestión (Supiot, 2015, p. 187) y, a la vez, la de clientela de las mencionadas empresas privadas, porque compran la licencia de los productos bibliométricos clave<sup>29</sup>, los patrones normalizados de calidad, apuntalando ese poder de los números en la normativa del procedimiento evaluador.

---

<sup>29</sup><https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.791459a43fdf738d70fd325001432ea0/?vgnextoid=92e6d7e71ea46510VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextchannel=f272de2007371410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextfmt=formato2&id3=bfe9d37854f46510VgnVCM1000001d04140a>; <https://www.recursoscientificos.fecyt.es/licencias/productos-contratados/wos>.

### 2.7.2. El adoctrinamiento del personal investigador bajo la gobernanza del factor de impacto

Indefectiblemente, el modelo de evaluación de la calidad descrito cuenta con otra leal colaboración, a su vez, la pieza clave que pone en marcha la maquinaria de rendimiento del producto: el personal investigador. Se selecciona un perfil funcional al factor de impacto (Génova et al., 2016, p. 6). Bastaba filtrar el ideario por la vía del condicionamiento de la actividad investigadora a los tiempos y expectativas de una carrera académica cada vez más precaria, es decir, hacer depender de ese modelo de calidad las decisiones de contratación, promoción de la carrera académica, obtención de complementos de productividad o financiación de proyectos de investigación (Génova et al., 2016, pp. 4, 6 y 7)<sup>30</sup>.

Ha logrado adoctrinar, por anticipado (Habermas, 1994, p. 110), la actividad y andadura investigadora, plegada a la lealtad de las directrices y patrones del factor de impacto que especula con la calidad (Génova et al., 2016, p. 3 y 6). De tal modo que, en esta cultura de la investigación, se penaliza salir de ese formato cuantitativo, se disuade construir otra cultura alternativa.

El sistema incita, además, la participación activa del personal investigador solicitante dispuesto a entrar en la lógica especulativa del juego de números, convirtiéndolo en burócrata (Supiot, 2015, p. 189; Génova et al., 2016, p. 8; véase también, Hibou, 2012), un profesional experto en información bibliométrica, un consumidor métrico-dependiente de un abismo de indicadores que facilitará, en su solicitud, la tarea contable de las agencias evaluadoras. Desempeña, pues, una posición de co-legitimación de la validez estadística de la calidad (Torres Salinas et al., 2021, p. 373).

El investigador transforma su trabajo en un mérito curricular computable para promocionar en su carrera académica o bien disfrutar de complementos de productividad, que, asimismo, le permitirán reducir su presencia docente<sup>31</sup>.

Movido por intereses particulares, se plegará a exigencias que trascienden el plano de la investigación: gestionar el envoltorio en el que colocar su producto rastreando las citas de revistas y alimentando, al mismo tiempo, una suerte de narcisismo en la búsqueda de las citas de sus trabajos. En consecuencia, el modelo se funda sobre la neutralización de las capacidades de crítica del investigador como fuerza productiva, que bloquea posturas reactivas (Supiot, 2015, p. 192; Habermas, 1994, p. 89; Bourdeau, 2016, p. 182).

### 3. La cultura del saber bibliométricamente utilizable

El modelo basado en el factor de impacto como referente principal de garantía de la calidad de la investigación, gestado por el sector privado, y apuntalado y avalado por las agencias públicas evaluadoras, constituye un sistema capitalizador del trabajo de investigación en su condición de producto, que desvanece las esenciales diferencias, la frontera entre las finalidades y objetivos de las esferas de lo público y privado (Supiot, 2015, p. 169; Wences Simón, 2018, p. 140 y ss.), ensamblando los intereses privados de gestión de la calidad en la concepción de la Universidad pública. Es el objetivo último de este modelo.

<sup>30</sup> Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012. <https://sfdora.org/read/>.

<sup>31</sup> Art. 68. 2 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, reformado por Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril.

Porque un sistema en que la cualidad intrínseca del trabajo de investigación es un enigma, que no pregunta por la verdad del trabajo, que especula con promedios y cifras que envuelven en papel de mercado la calidad del producto, corrompe el valor del conocimiento (Génova et al., 2016, p. 7), compromete los espacios de emancipación de la investigación, de la misma manera, como reconoce Habermas, que las carreras universitarias, «al penetrar en la esfera profesional, se han alienado de la formación» (Habermas, 1994, p. 120)<sup>32</sup>.

El modelo que vincula el factor de impacto, como valor indisociable en el escenario de la calidad de la investigación, desplaza el principio del «conocimiento por mor del conocimiento» (Habermas, 1994, p. 177) que se identifica con la reivindicación de la función emancipadora y transformadora de la investigación como búsqueda del progreso del conocimiento. En su lugar, la Universidad pública, en su condición de cliente, abandona la función de garante de la emancipación de la actividad investigadora, apuntalando el poder de la empresa privada en la gestión de la calidad de una investigación basada en coordenadas bibliométricas, en parámetros cuantitativos simplificadores del proceso de evaluación, determinando los designios de los resultados de la investigación universitaria.

No es el progreso del conocimiento, y el acercarlo a la sociedad como servicio esencial de la Universidad pública, el bien común, en definitiva, el beneficiario del sistema, sino los inversores en el mercado de los productos de la Universidad (Faber, 2021). Todos los actores del sistema público –agencias evaluadoras e investigadores– se transforman en vectores de la privatización del bien público, del interés común que ha de inspirar la investigación en la Universidad pública.

Dar entrada en el mundo universitario al imperio de las métricas que venden licencias de «calidad», al pragmatismo, a la uniformidad que fagocita las singularidades y los compromisos de los campos del conocimiento, al predominio de los procesos «objetivados» (cuantitativos) de evaluación, crea, en consonancia, una cultura de la investigación del mismo cariz.

### 3.1. Una cultura que compromete espacios de emancipación de la investigación académica

Este modelo, no de calidad, sino de gestión de una «calidad» definida por la retórica de un saber bibliométricamente utilizable (Génova et al., 2016, p. 3), compromete gravemente la función emancipadora de la investigación en la Universidad pública. Dado que el juego algorítmico de los factores de impacto ofrece cuotas de mercado al círculo de revistas que privilegia, las publicaciones de los trabajos quedarán a merced de las políticas editoriales de esas revistas, que tenderán a mantener sus clasificaciones. Sus criterios influirán en la selección de las materias que consideran preferente («qué publicar»), en la admisión de trabajos potencialmente «citables» (Génova, Astudillo y Fraga, 2016, pp. 4 y ss.), y bajo esta lógica, acaban por influir sobre el «qué investigar», aprovechándose de la demanda del perfil del investigador burocrático para publicar en las revistas y editoriales que el sistema selecciona a través del factor de impacto (Supiot, 2015, p. 188). En consecuencia, la cultura de investigación teñida por las huellas del impacto bibliométrico «disuade la publicación de resultados que son de interés para una población reducida. Los trabajos de carácter más general y divulgativo tienen más probabilidades de ser citados» (Génova et al., 2016, p. 4).

<sup>32</sup> Al mismo tiempo que los planes de estudios y los contenidos se han adaptado a las reglas, exigencias y necesidades del mercado (vid. Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.).

En otras palabras, los criterios métricos que gestionan la calidad, en manos de empresas de datos y editoriales, la financiación de proyectos de investigación, determinan el «qué investigar» («qué producir»), los objetivos e indicadores que deben alcanzarse que filtran el «aquí y ahora»; «dónde publicar» en el mercado universitario y el potencial rendimiento del producto en el lenguaje de los *rankings* (Supiot, 2015, pp. 188-189).

### 3.2. La difusión exclusiva de la cultura del factor de impacto en la Universidad pública

Esta particular cultura de la investigación académica, que desplaza en el mundo universitario la evaluación cualitativa de la calidad, ocupa el epicentro de las páginas de información sobre la investigación de las Universidades públicas. En todas se blinda esa gramática especulativa de indicadores, portales *livemetrics*, *rankings*, productos WOS y Scopus. Y se apuntala a través de la financiación de cursos de profesionalización del personal docente e investigador centrados primordialmente sobre el envoltorio de sus trabajos de investigación<sup>33</sup>. O a través de artículos que enseñan las directrices para hacer fácilmente un artículo. Así, véase, el artículo de T. Albert (2002) titulado «Cómo escribir artículos científicos fácilmente». Sería la otra cara de los cursos que forman al docente sobre cómo enseñar al alumnado (en su condición de clientela) a aprender sin estudiar (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, p. 184 y ss.).

No hay lugar, pues, a espacios alternativos en las sedes oficiales de las Universidades públicas. Antes bien, el sector privado consolida esa cultura creando otras plataformas encaminadas a saciar la sed del investigador métrico-dependiente de divulgar sus productos con el fin de atraer y coleccionar citas que luego pueda mostrar en su perfil. En este sentido, el producto estrella que oferta la empresa Clarivate Analytics es el *Researcher ID*. Por su parte, Elsevier, aprovechando la dependencia paranoica de citas, ha desarrollado una métrica que plantea metas nuevas: el Índice h. *Cite Score* Índice H sirve para indicar el número de trabajos del investigador cuyas citas supera una determinada cifra en un determinado periodo de tiempo (Mattern, 2008, pp. 27-29).

### 3.3. Amenaza los valores éticos que deben inspirar la actividad investigadora en la Universidad pública

No puede sorprender que la cultura de la investigación que promueve el culto al factor de impacto, en la medida en que distorsiona la finalidad de la investigación como servicio esencial de la Universidad pública, ponga en peligro los valores éticos que deben inspirar la actividad investigadora. Porque ha multiplicado prácticas especuladoras (Génova et al., 2016, pp. 6-7) del personal investigador. El perfil métrico-dependiente centra su preocupación en otros menesteres: el envoltorio del trabajo, y no sobre «qué» publicar (Génova, Astudillo y Fraga, 2016, p. 8), en pensar en cómo distribuir los resultados del trabajo para dividirlo en diferentes «unidades publicables» en revistas (Mattern, 2008, p. 25), una estrategia que anticipan las propias revistas porque suelen reducir el número de páginas publicables en un solo trabajo; citar para favorecer la reciprocidad o «concertar» reseñas bibliográficas (Génova et al., 2016, pp. 1-6). ¡Sólo faltaría una plataforma de compraventa de citas

<sup>33</sup> Ejemplo de Curso: *Cómo seleccionar y publicar en revistas de impacto en Ciencias Sociales*. Enseña a «encontrar, identificar y seleccionar las revistas científicas más adecuadas para publicar nuestros trabajos», y «maximizar las posibilidades de aceptación de los manuscritos enviados a este tipo de revistas» ([https://investigacion.ugr.es/ugrinvestiga/pages/tablon/\\*tablon-noticias-ciencia/curso-como-seleccionar-y-publicar-en-revistas-de-impacto-en-ciencias-sociales](https://investigacion.ugr.es/ugrinvestiga/pages/tablon/*tablon-noticias-ciencia/curso-como-seleccionar-y-publicar-en-revistas-de-impacto-en-ciencias-sociales)).

bibliográficas! En estos escenarios también se detectan prácticas de elaboración de artículos individuales concertados en grupo, de modo que firman todos cada uno de los trabajos, para obtener, por el mínimo esfuerzo, «cinco, seis o siete trabajos» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 27)<sup>34</sup>. Asimismo, las corruptelas resultan atribuibles a determinadas revistas que «usan el acceso abierto como reclamo para justificar el pago por publicación (APC) de generosos estipendios y con cuestionables procesos de revisión e incremento notable y rápido del posicionamiento en los índices de impacto» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 34).

### 3.4. Excedentes de producción en el capitalismo académico: *para qué investigar*

El sistema que promueve, por su valor funcional, la cantidad sobre lo cualitativo transforma la investigación en espacios de acumulación de publicaciones condenadas a perecer.

La funcionalidad del sistema ha conllevado una inercia de multiplicación y almacenaje de productos efímeros, pensados para aquí y para ahora, que perecen al tiempo que se publican (Moro, 2008; Génova, Astudillo y Fraga, 2016, pp. 1-8; Mattern, 2008, p. 20; Rodríguez Navarro, 2021, p. 4). Incluso se exigen en el inicio de la carrera investigadora, así, en el nuevo modelo de doctorado, que las requiere antes de la lectura de la tesis doctoral. Por otro lado, la proliferación de revistas especializadas abre posibilidades de publicar aquellos trabajos rechazados por el procedimiento de revisión por pares de otras revistas. Y la existencia de revistas dispuestas a acoger trabajos de toda índole, a cambio de dinero (Delgado López-Cózar, 2021, p. 35). El resultado es el aumento exponencial del número de publicaciones por año en las últimas décadas «sin el correspondiente avance del conocimiento» (Génova et al., 2016, p. 1; Moro, 2008).

Este excedente de producción tampoco puede sorprender porque es funcional al rendimiento potencial del producto promovido, no cuestiona los objetivos del modelo vigente de calidad basado en el factor de impacto<sup>35</sup>. Un almacén de publicaciones intrascendentes que retroalimenta la sed de la cuota de impacto de las revistas, las editoriales y el juego de los *rankings*, e influye finalmente en las políticas universitarias.

En consecuencia, el modelo de calidad determinado por el rendimiento del factor de impacto no sólo ha comprometido el qué investigar, o el dónde publicar, sino algo más esencial: para qué investigar (Werner, 2015).

Por ello, no es difícil reconocer que pensadores/as que recurren a los libros para divulgar su pensamiento tras largos periodos de reflexión y estudio –piénsese en Simone de Beauvoir, o Simone Weil– no satisfarían «un impacto normalizado suficiente para poder ni tan siquiera presentar una solicitud» (Torres Salinas *et. al.*, 2018, p. 373). Porque, afortunadamente, no se pliegan a la sed de una lógica ajena al conocimiento por el conocimiento. Asusta que la Universidad pública haya normalizado esa gramática especulativa y la imponga al personal investigador. En lugar de cuestionar los objetivos que filtran la investigación por los ejes de la uniformidad y el pragmatismo, las instituciones públicas universitarias insistirán en enseñar a potenciales pensadores/as, a través de cursos que legitiman esa cultura,

<sup>34</sup> Unas prácticas de gran recorrido (cfr. Broad, 1981, p. 1137).

<sup>35</sup> Para salir de la burbuja del anonimato a que conduce el excedente de la producción académica, el sistema crea portales en red que permiten divulgar la producción científica. Así, SCI-CLIP, un portal que pone a disposición videos de unos 3 minutos. <https://www.youtube.com/channel/UCjEoZdGNyTXJVvu0RO4mN4g>



cómo gestionar y distribuir, en períodos cortos de tiempo, y por fascículos, su trabajo intelectual para cubrir la calidad oficial de la investigación como mérito curricular.

La pregunta por el avance del conocimiento, por el servicio a la sociedad, por el signo identitario de la Universidad pública, no es relevante. El éxito resultante del simplificado procedimiento evaluador de la calidad de un trabajo no se mide por su sustrato intrínseco, por el acervo formativo o investigador de la persona solicitante, sino que su virtud reside en el grado de rendimiento que, en su condición de producto, retroalimenta al factor de impacto (tablas, clasificaciones, *rankings*). Poco importa que el trabajo publicado aceptado esté condenado al almacén de los excedentes y lo perecedero si ha logrado mover esa maquinaria. ¿Qué importa el «saber», el progreso del conocimiento, si la gestión del producto puede ser rentable y funcional para los inversores privados y la captación de clientela? ¿Para qué emplear el tiempo en grandes obras, grandes pensamientos?

El ideario de la «ciencia rápida», de la acumulación de publicaciones en períodos cortos de tiempo, que sucede a un ritmo paralelo a la necesidad de satisfacer expectativas en la carrera académica de la persona solicitante, no promueve ni busca grandes obras, grandes pensadores/as, trabajos singulares que rompen barreras. Entristece entender que, en la actualidad, trabajos que inducen a reflexionar son excepcionales (Bourdeau, 2016, p. 184)<sup>36</sup>. Y la capacidad de hacer reflexionar es un valor no traducible en cifras. Pero es una finalidad en sí misma.<sup>37</sup>

En pocas palabras, esta cultura de la investigación conduce a una plataforma de un saber esterilizado que desvanece la virtud de las disciplinas del saber: «aplicar (...) sus métodos sin reflexionar sobre el interés que guía al conocimiento» más allá de la pregunta por el conocimiento mismo (Habermas, 1994, p. 178). Al tiempo que perece el Estado social, se empobrece la capacidad emancipadora de la investigación (Supiot, 2015, p. 188), su «eticidad» aparece confinada (Habermas, 1994, pp. 98-99).

En este panorama tan poco motivador, que invita a debilitar vocaciones, el conocimiento en aras del conocimiento, la actividad investigadora como finalidad en sí misma, se reservarán a la iniciativa particular del personal investigador incómodo por el ideario que lo enajena. Representa una suerte de «automecenazgo ético» de la investigación académica. Del mismo modo que habrá, dentro de las agencias públicas de evaluación, miembros de universidades públicas que cuestionen su papel de contables de factores de impacto y defiendan, en su lugar, el papel predominante de una evaluación cualitativa. Pero esas actitudes particulares, aunque bienvenidas, si son aisladas, no hacen cultura alternativa de la investigación.

#### 4. ¿Correctivos al sistema de evaluación de la calidad de la investigación?: ¿la «nueva ANECA»?

##### 4.1. Estado de la cuestión en el sistema universitario español

El sistema universitario español ha sujetado la calidad de la investigación al imperio-ideario del factor de impacto como garantía, y parece tener que demostrarlo permanentemente. Una contaminación bibliométrica, una amalgama de bases de

<sup>36</sup> La Unión Europea ha fracasado en el terreno de las políticas de investigación pública (Rodríguez Navarro, 2021, p. 9).

<sup>37</sup> Como reconoce Rodríguez Navarro, «Si un país o una institución solo hace publicaciones normales, su papel en la ciencia solo será trabajar y aportar datos para que los descubrimientos los hagan otros. (...) este es el caso de España» (cfr., 2021, p. 3).

datos y criterios cuantitativos, que inunda el sistema de evaluación<sup>38</sup> y que acaba comprometiendo el perfil investigador en España, encapsulando qué investigar (factor de atracción de citas) y dónde publicar, «dando preferencia a los artículos sobre los libros y a unas fuentes de información sobre otras» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 26). El imperialismo de los datos cuantificables será fértil en la medida en que sea capaz de «garantizar la uniformidad en las evaluaciones» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 7), de modo que haga fluir sin obstáculo los intereses de mercado de empresas de bases de datos bibliométricos, revistas y editoriales privadas que utilizan a la Universidad pública como fecunda plataforma de negocio. Se han encargado de apuntalar este ideario las agencias de evaluación de la actividad investigadora española -Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), hoy un organismo dependiente de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación (ANECA) y la Agencia Estatal de Investigación-, generando una dinámica de lealtades en el personal investigador de la Universidad pública (la clientela) (Delgado López-Cózar, 2021, p. 76), que pone en marcha la maquinaria de rendimiento de sus productos.

Ahora bien, para consolidar ese modelo de calidad y la maquinaria que lo procesa, era necesario implicar a todos los campos del saber en ese ideario. Así, las agencias de evaluación han ido fortaleciendo la posición de dominio de empresas que venden envoltorios de calidad y, al tiempo, la cuota de impacto de determinado círculo de revistas en los Campos de Física y Matemáticas, Química, Biología Celular y Molecular, Ciencias Biomédicas, Ciencias de la Naturaleza, Tecnologías Mecánicas y de la Producción, Ingenierías de la Comunicación, Computación y Electrónica, Arquitectura, Ingeniería Civil, Construcción y Urbanismo, Ciencias Económicas y Empresariales (detalladamente, Delgado López-Cózar, 2021, pp. 14 y ss.). Los términos de referencia de calidad se encuentran en manos de los productos propiedad de las empresas *Clariverty Analytics* –WOS (JCR, Emerging Sources Citation Index)– y *Elsevier-Scopus* (SJR) (Delgado López-Cózar, 2021, p. 26 y 76).

Sin embargo, quedaba por controlar por medios logarítmicos otros campos del conocimiento que se encontraban aún emancipados de ese poderoso filtro mercantil del factor de impacto. Las áreas que abarcan las ideas, los compromisos sociales, y la capacidad de transformar la visión del mundo: Humanidades, Ciencias Sociales (Historia, Geografía y Artes, Filosofía, Filología y Lingüística, Ciencias Sociales, Ciencias Políticas, Ciencias del Comportamiento y de la Educación) y Derecho (que mantiene la desconcertante doble denominación de «Derecho y Jurisprudencia», seguramente por derivar del sistema angloamericano de orientación basada en la jurisprudencia). Había que «alentar el surgimiento de productos que permitieran poner en orden según el impacto a las revistas y editoriales» también esas esferas del saber (Delgado López-Cózar, 2021, p. 39).

#### 4.2. 2019: inoculando el factor de impacto a todas las disciplinas

El paso decisivo se toma en 2019, y se refleja en el Documento de la ANECA sobre orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación. En nombre de la uniformidad de la evaluación, se han validado como utilizables en el plano nacional otras bases de datos con el objetivo de integrar en la marea especulativa de la calidad aquellas disciplinas que se han ido resistiendo en una suerte de «purgatorio» en el lenguaje de Dante, bloqueando aquello que limitara su capacidad emancipadora y su identidad. Es justo lo que

<sup>38</sup> Para una visión de conjunto sobre la funcionalidad del modelo a partir del Documento de la ANECA sobre orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación (Delgado López-Cózar, 2021).

pretende la inclusión del ranking de revistas científicas españolas con sellos de calidad de la Fundación (pública) Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT<sup>39</sup>), dependiente del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 72-74)<sup>40</sup>. En otras palabras, particularmente en el área del Derecho, se ha pasado de subrayar la necesidad del juicio de expertos sobre la calidad del conocimiento aportado a simplificar el recorrido, diferenciando entre las revistas de «alto impacto, de impacto medio o sin impacto», según el *Ranking* de revistas FECYT (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 30-31).

El nuevo *ranking* contiene un índice eufemísticamente «público» que no aporta ningún ingrediente original y reitera el mismo ideario: apuntala, también en estos singulares campos del saber, la autoridad de las empresas privadas *Clarivate Analytics* y *Elsevier* porque se hace depender, de modo prevalente (80%) del «impacto de las revistas medido por recuentos de citas» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 80), particularmente, según el sistema WOS (*JCR*, *Social Science Citation Index* y *Arts and Humanities Citation Index*, *Emerging Sources Citation Index*; *Scielo Citation Index*).

A esta amalgama métrica de clasificaciones y gráficos, se suman otras bases de datos (Delgado López-Cózar, 2021, p. 74) que coadyuvan en la simplificación de la valoración de la calidad de la investigación en las áreas mencionadas. La Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)<sup>41</sup> es una de ellas; recientemente, se ha avalado Dialnet Métricas<sup>42</sup>, que irrumpe en esta escenografía del rastreo y procesamiento de citas bibliográficas, diseñando un portal para evaluar la relevancia de la producción científica de Revistas en Ciencias Sociales, Humanidades y Derecho<sup>43</sup>.

En el campo del *ranking* de Editoriales de libros (la valoración editorial de las monografías y capítulos de libros), se reconocen a *IE-CSIC*<sup>44</sup>, Sello de Calidad en Edición Académica (CEA-APQ<sup>45</sup>) y *Scholarly Publishers Indicators* (SPI), un *ranking* de editoriales de libros en Humanidades y Ciencias sociales<sup>46</sup>, producto del proyecto de investigación «Categorización de publicaciones científicas en Ciencias Humanas y Sociales», financiado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Esta última plataforma goza de la misma credibilidad para la CNEAI como la JCR para las revistas, a pesar de sus procedimientos dudosos a la hora de procesar la información (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 76-77).

<sup>39</sup> <https://www.fecyt.es/es/publicacion/ranking-de-revistas-cientificas-espanolas-con-sello-de-calidad-fecyt>

<sup>40</sup> Documento de la ANECA sobre orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación, pp. 70, 71, 73, 74, 83, 97, 106.

<sup>41</sup> <https://www.clasificacioncirc.es/>

<sup>42</sup> <https://dialnet.unirioja.es/metricas/ambito/1>

<sup>43</sup> <https://dialnet.unirioja.es/metricas/idr>. Ha tomado el testigo del producto bibliométrico (IN-REC) elaborado por el Grupo de investigación sobre Evaluación de la ciencia y de la comunicación científica de la Universidad de Granada), en colaboración con el CSIC. <https://biblioteca.ugr.es/pages/investigacion/herramientas-para-indices-de-calidad/inrecs>. Fueron los promotores del diseño de los Índices de Impacto de las Revistas de Ciencias Sociales (IN-RECS), Índice de Impacto de las Revistas de Ciencias Jurídicas (IN-RECJ) e Índice de Impacto de las Revistas de Ciencias Humanas (IN-RECH). Probablemente su validación por la ANECA ha movido a Dialnet Métricas a divulgar en red un marcador identitario métrico del investigador, sin su consentimiento, que no corresponde a una trayectoria cualitativa, que es la que, en una Universidad pública, la que se debe difundir.

<sup>44</sup> <https://sede.csic.gob.es/web/guest/ie-csi>

<sup>45</sup> <http://www.selloceaapq.es>

<sup>46</sup> <http://ilia.cchs.csic.es/SPI/>

Una vez desplegadas las bases del rendimiento de los productos provenientes de esas otras esferas en relación con las cuotas de impacto de las revistas y editoriales clasificadas por los respectivos portales métricos y bases de datos, faltaba el siguiente paso: incrementar la rentabilidad generando especializaciones temáticas filtradas por el yugo -WOS (JCR)/ Scopus (SJR): «Estudios de Género», por un lado, y, en un mismo grupo, «Antropología Social, Trabajo Social y Servicios Sociales e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales»<sup>47</sup>. Dialnet Métricas las ha integrado también<sup>48</sup>.

La extensión del factor cuantitativo de garantía de calidad a esas grandes áreas del conocimiento (iniciativa que culmina con Derecho [Delgado López-Cózar, 2021, p. 41]), la validación de otras fuentes de datos y rastreo de citas, y una guía más clara, en nombre de la transparencia, de los criterios de interpretación aplicables por áreas, es el crisol que ha justificado hablar, desde 2019, de una «nueva ANECA» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 6).

Objetivo conseguido: la semántica del escaparate de la calidad se ha apoderado también de los campos de Humanidades, Ciencias Sociales y Derecho, que han quedado definitivamente, en la «nueva ANECA», encriptadas y escrutadas por el valor de la rentabilidad para seguir alimentando portales y bases de datos de empresas y cuotas de impacto de revistas y editoriales. Los efectos ya son conocidos: el encapsulamiento de lo que investigar (que genere reseñas bibliográficas), y dónde publicar. Construyendo una ficción sobre la calidad de la investigación (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 80-81), se ensombrecen las enormes capacidades intelectuales y los compromisos sociales que se vinculan intrínsecamente en el saber de estas disciplinas. El compromiso de la cualidad de la investigación como servicio esencial de la Universidad pública que busca el avance del conocimiento, el progreso social, el bien común, se diluye.

### 4.3. El correctivo: repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo, 986/2018, de 12 de junio

Ha sido la demanda de una persona afectada por la dictadura del factor de impacto la que ha determinado imponer a la ANECA, por vía judicial, el imperio de la razón sobre la lógica especulativa de los números, es decir, otra cultura en la valoración de la calidad investigadora que atiende al sustrato del trabajo de investigación. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 986/2018, de 12 de junio, advierte que «...las investigaciones, las aportaciones presentadas por los interesados, no pueden dejar de examinarse sólo por el hecho de que no se publicaran en las revistas o medios incluidos en los índices o listados identificados...» en la normativa de la CNEAI, de modo que debe depender «de su contenido la evaluación que merezcan. Y a ello han de referirse el comité de expertos o los especialistas en los informes que emitan al respecto y en los que se fundamente la decisión de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora».

La reivindicación de un sistema cualitativo de valoración de la calidad de la investigación no es nueva, pues, tanto en el plano internacional como en el nacional, han irrumpido plataformas de diversa índole que manifiestan su desacuerdo con un sistema de evaluación basado primordialmente en factores de impacto. Una de las más relevantes es la Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la

<sup>47</sup> Documento de la ANECA sobre orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación, pp. 71, 73, 74.

<sup>48</sup> <https://dialnet.unirioja.es/servlet/noticia?codigo=250>.

Investigación de 2012 (DORA)<sup>49</sup> que promueve el cuestionamiento de «las prácticas de evaluación que dependen indebidamente del factor de impacto», porque se opone a sustituir la garantía «de la calidad de los artículos de investigación individuales» por el juego de las métricas de publicación o la identidad de la revista que divulga el trabajo. El contenido del trabajo es lo que puede hablar de su calidad<sup>50</sup>. En una línea de resistencia similar se encuentra el Manifiesto de Leiden sobre métricas de investigación (2015) (véase, Hinks et al., 2015, pp. 429 y ss.)<sup>51</sup> y otros movimientos: Manifiesto alemán de la Academia de la Ciencia lenta (2010)<sup>52</sup>; Documento Constitutivo de la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad y la Naturaleza de América Latina (UCCSNAL), de 19 de junio de 2015<sup>53</sup>; *L'Internationale des Savoirs pour Tous*<sup>54</sup> (desde 2018); dentro del ámbito español, Manifiesto por un nuevo sistema de evaluación (*Uni-Digna*)<sup>55</sup>, de 22 de agosto de 2019; Manifiesto «La universidad pública con las necesidades sociales: docencia y ciencia con conciencia ciudadana», de 27 de mayo de 2020 (Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Valencia).

Sin embargo, esta llamada a la evaluación cualitativa ha tardado en emerger en el abismo opaco de la evaluación de la investigación en España. Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018. Las mencionadas plataformas que plantean otra cultura de la investigación no se encuentran divulgadas –como los productos de las empresas que venden los factores de impacto– en las secciones *web* de Investigación de las Universidades públicas (no existen *rankings* de pensamientos alternativos), una muestra más de abandono de la concepción de la Universidad como sede de la reflexión y debate sobre el progreso del conocimiento (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.). Es la hora de integrarlas en su seno.

Ahora bien, antes de dar entrada a un incómodo criterio aglutinador de una evaluación cualitativa de la calidad del trabajo de investigación, la «nueva ANECA» se apresuró para sellar, en nombre de la transparencia y uniformidad, las garras del filtro mercantil de los factores, cuotas de impacto y métricas de las citas en todos los campos del conocimiento en España. Ha mirado sin ver el verdadero «impacto» de fondo la Sentencia, esto es, hacer depender de la evaluación cualitativa la calidad del trabajo de investigación, racionalidad de fondo que se eleva a un primer plano, y que, como tal, no se puede reducir a un específico campo del conocimiento. En su lugar, el Documento de la ANECA sobre Orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación *especula* también con el alcance del pronunciamiento judicial, implementando un «efecto placebo» que evite cuestionar las bases y objetivos del modelo bibliométrico. Hay que salvaguardar, ante todo, la maquinaria de mercado que se encuentra tras los ejes de los factores de impacto. Ése es el sentido de su declaración de 2019: «además de referirse a los indicios de calidad del medio en que se publicaron las aportaciones, se ha de considerar si por el contenido de las mismas merecen o no un juicio favorable»<sup>56</sup>. En

<sup>49</sup> <https://sfdora.org/read/>. Es un conjunto de directrices y recomendaciones, dirigidas a las agencias evaluadoras de la investigación, elaborado por grupos editoriales de revistas académicas (entre ellas, Thomson Reuters) en el seno del encuentro anual de la sociedad americana de biología celular, en San Francisco, en 2012.

<sup>50</sup> <https://sfdora.org/read/>

<sup>51</sup> <http://www.leidenmanifesto.org/>

<sup>52</sup> <http://www.slowscience.org/>

<sup>53</sup> <http://uccsnal.org/documento-constitutivo-de-la-union-de-cientificos-comprometidos-con-la-sociedad-y-la-naturaleza-de-america-latina/>

<sup>54</sup> <https://www.linternationaledessavoirspourtous.org/p/qui-sommes-nous.html>

<sup>55</sup> <https://unidigna.wordpress.com>

<sup>56</sup> Documento de la ANECA sobre Orientaciones aplicadas por los comités evaluadores en la Convocatoria 2019 de Sexenios de investigación, cit., p. 3.



otras palabras, la evaluación cualitativa se limita a jugar como correctivo complementario o subsidiario de la garantía de la calidad depositada en el *ranking* de impacto (del envoltorio del trabajo), que ocupa el plano preferente<sup>57</sup>, o cuando éste ofrece márgenes dudosos. No enmudece, pues, el alcance del conjunto de los indicadores bibliométricos y sus objetivos. Un juego de ponderación que parece admitirse, particularmente, en las áreas de Humanidades (concretamente, Historia, Geografía y Artes [Delgado López-Cózar, 2021, p. 32]), Ciencias Sociales y Derecho, pues, por sus singularidades, los criterios cuantitativos alusivos a la clasificación de las revistas resultante de los *rankings* pueden devenir demasiado rígidos o difíciles de sostener objetivamente (Delgado López-Cózar, 2021, p. 13 y 52)<sup>58</sup>. Para satisfacer este criterio cualitativo ha bastado implicar al investigador solicitante en esa tarea, de la misma manera que lo hace con los índices de impacto: alegará en su solicitud, junto al número de reseñas y citas positivas en revistas clasificadas, la autoría de esas citas y la revista donde consta (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 27-28), la posición que ocupa en caso de coautoría (véase, Delgado López-Cózar, 2021, p. 7)<sup>59</sup>, pues el principio de solidaridad del trabajo también está comprometido por el eje de la competitividad entre los coautores, y, por último, aquellos datos que puedan aportar valor cualitativo al trabajo en términos de conocimiento (Delgado López-Cózar, 2021, p. 20).

Por tanto, la incorporación del mencionado criterio jurisprudencial en la «nueva ANECA» no sólo no ha transformado nada que permita hablar de un nuevo modelo (Delgado López-Cózar, 2021, pp. 37, 38, 40 y 69), de un punto de inflexión, sino, algo mucho peor: ha impedido cuestionar la gobernanza de los especulativos factores de impacto, ha desmantelado toda posibilidad de pensar en otra cultura y otra conciencia de la investigación en la Universidad pública; ha logrado que la gramática y la huella métrica del factor de impacto como garantía de calidad investigadora y toda su maquinaria, habite, penetre y domine todos los espacios en todos los Campos del conocimiento (Delgado López-Cózar, 2021, p. 41)<sup>60</sup>. Por tanto, con carácter previo, determinará al investigador, también de las Humanidades, Ciencias Sociales y Derecho, a someterse y pensar en términos de *rankings* de revistas y libros, induciéndole a pagar, con cargo a los presupuestos de los proyectos de investigación, o los incentivos docentes de las Universidades públicas, a las editoriales clasificadas en una destacada posición para que acepten la publicación del trabajo. Y la transparencia de la «nueva ANECA», valor aplaudido y reivindicado por el colectivo de investigadores, ha servido de vehículo transmisor del mencionado ideario (véase la Resolución de 30 de octubre de 2020, de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se publican los criterios específicos aprobados para cada uno de los campos de evaluación).

Sobre esta base de análisis cuantitativo de la calidad de la investigación, que se antepone a los «valores ideales o reales» (Delgado López-Cózar, 2021, p. 14), se ha realizado, a su vez, la clasificación de las Universidades en España inmersas en el Plan Bolonia, que ha destruido también la calidad de la docencia y precarizado (y liberalizado) los Planes de Estudio de los Grados (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.). Se omite cualquier crítica de fondo al Proyecto de Real Decreto

<sup>57</sup> La ANECA, en ese Documento, no oculta que el referente por antonomasia es «como indicio de calidad» la publicación en revistas registradas y clasificadas en los *rankings* que valida en el sistema de evaluación (Delgado López-Cózar, 2021, p. 72).

<sup>58</sup> Documento ANECA 2019, p. 97. Asimismo, sostiene la *Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012*, que los criterios idóneos para ponderar la calidad de la investigación deben atender a las singularidades de cada campo temático. <https://sfdora.org/read/>.

<sup>59</sup> El orden de los autores altera el valor que tiene para cada uno de ellos el producto.

<sup>60</sup> Es lo que la CNEAI reitera en el preámbulo de sus sucesivas normativas (cfr. Delgado López-Cózar, 2021, p. 64).

de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios, por parte del Informe de marzo de 2021 del Observatorio del Sistema Universitario ¿A qué puede llamarse Universidad? Análisis del grado de cumplimiento de los requisitos actuales y los nuevos requisitos previstos (V. Sacristán).

## 5. No es una conclusión, es una llamada a otra cultura de la investigación

### 5.1. La huella cultural del factor de impacto

El mantra neoliberal y su metodología basada en la dictadura de los números han dejado su huella cultural en la gestión de la Universidad pública. La lógica de los factores de impacto, de los multiplicados *rankings* y cuotas de impacto de revistas y editoriales, cuyo motor lo constituyen las citas que generan los trabajos de investigación publicados, fluye hoy, como garantía de calidad definida por la empresa privada, en las entrañas de todas las áreas del conocimiento en España (Delgado López-Cózar, 2021, p. 38). La pregunta por el conocimiento es un enigma para la semántica de percentiles y algoritmos. En nombre de los hilos de la mercantilización del «producto» investigador, de la simplificación de los procesos evaluadores que normalizan la fecunda gramática de indicadores e impactos, de la concepción de la investigación como «mérito curricular» para satisfacer expectativas particulares de la carrera académica, se desmantela la dimensión crítica y cualitativa de la Universidad pública, la única que permitiría construir otra cultura de la investigación y reorientar la Universidad como espacio público (Lasch, 1996, pp. 146 y ss.) que se pone al servicio de la sociedad, del bien común.

El impacto corrosivo de esa huella cultural es manifiesto: no sólo se promueve y apuntala, a través del Plan Bolonia (modelo pragmático de la Unión Europea) la idea de una Universidad entendida como formación esterilizada –«profesional»– encapsulada métricamente y adaptada a un mercado de trabajo de fuerzas productivas dóciles (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.), ahora también a la actividad investigadora se le despoja de cualquier inquietud transformadora del mundo, pues es un valor no susceptible de cuantificación, ni es relevante para el «mérito curricular». Un efecto que ha uniformado también los espacios de aquellos campos del saber identificados por su compromiso social, por su capacidad de cuestionar y elaborar un pensamiento crítico que permita construir otras visiones del mundo: Humanidades, Ciencias Sociales y Derecho. Una suerte de contrahumanismo que erradica el pensamiento crítico como clave del progreso del conocimiento (Argullol, 2009), sometiendo también el mundo universitario a un sistema que no coloca al ser humano como fin en sí mismo, sino como instrumento para la rentabilidad del sistema.

### 5.2. La Universidad pública no es una *marca*: apostar por una cultura de la investigación valorada en términos cualitativos

Ahora bien, si alguna verdad nos ha mostrado en «carne viva» la pandemia de la Covid-19 es a dejar de mirar los servicios esenciales de la ciudadanía como negocio, a reorientarlos al bien común y no a su privatización, que es el síntoma de su precariedad. Como señala Langa Rosado, «Si, en efecto, las actuales apremiantes circunstancias están poniendo muy a las claras, por ejemplo, la necesidad de un sistema público universal sanitario robusto y con suficientes recursos, desde luego otro tanto está sucediendo con la valoración social y la confianza depositada en la ciencia» (2020, p. 171).

Ahora es el momento de reorientar, en un recorrido de fondo, los recursos de la Unión europea para la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (Reglamento UE 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020<sup>61</sup>). El logotipo «España puede», visible en las sedes oficiales del Ministerio de Universidades y del Ministerio de Ciencia e Innovación<sup>62</sup>, debe empezar por dar este paso, si queremos que este país sea referente en la comunidad del saber, más allá de su papel inmobiliario, de impulsar la inversión privada y el de ofrecer solaz, ocio y servicios al turismo (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.). El progreso del conocimiento puede cultivarse aquí.

Se hace necesario apostar por una cultura de la investigación cualitativamente distinta que reintegre la Universidad pública en su función en un Estado social y democrático de Derecho.

Se requiere, como premisa, reorientar la posición de garante de la calidad de las agencias públicas evaluadoras a un asunto de fondo, no de envoltorios de calidad, cuyo resultado funcional ha sido el almacenaje de publicaciones percederas, de un «saber» condenado al olvido. La retórica en torno al factor de impacto que mantiene la «nueva ANECA» es distorsionadora, porque sigue delegando en ese elemento algorítmico gestionado fundamentalmente por el sector privado, y en nombre de un proceso evaluador simplificador, pragmático y objetivo (la demagogia de la «transparencia»), la garantía de la calidad del trabajo de investigación. El factor de impacto no puede ser utilizado para fundar garantía alguna de la calidad, como advierte la Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018. Es un modelo que programa qué investigar y dónde publicar, que determina ver la calidad donde no la hay e impide verla donde la hay, que encapsula la función emancipadora de la investigación, y genera lealtades sobre lo que es cuantificable. El conteo de citas, las cifras bibliométricas, las bases de datos que rastrean y procesan la información, no pueden condicionar nada por sí mismas: su lugar es el campo de las estadísticas. Precisamente por la posición de garantía de las agencias públicas evaluadoras de la calidad, el problema no radica tanto «en cómo se calcula el factor de impacto», sino en cómo lo utilizan las universidades<sup>63</sup>. Cabría devolverle al factor de impacto su formato original, la función asignada entonces por *Thomson-Reuters*, que no lo vinculaba a la evaluación y control de la calidad de la investigación (rol que critica), sino para orientar la compra de las bibliotecas universitarias.

La posición de garante de la institución pública solo puede ser comprendida desde un punto material que reconduzca la calidad de fondo de la investigación como servicio esencial para la sociedad en el seno de la Universidad pública. Exigir calidad de fondo es impulsar una evaluación cualitativa que sea capaz de generar, al tiempo, una cultura enfocada al progreso del conocimiento como fin en sí mismo. Garantizarlo requiere un proceso complejo de valoración (Génova, Astudillo y Fraga, 2016, p. 6) que se sustraiga al control y definición de una máquina contable, al poder de los números; un juicio humano basado en la observación y análisis de expertos/as (también de otros países) en el área temática de que se trate, capaces de centrar la

<sup>61</sup> Vid. Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

<sup>62</sup> <https://www.universidades.gob.es/portal/site/universidades/>; <https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/>.

<sup>63</sup> Thomson Reuters (2013). Thomson Reuters Statement Regarding the San Francisco Declaration on Research Assessment. [http://researchanalytics.thomsonreuters.com/statement\\_re\\_sfdra/](http://researchanalytics.thomsonreuters.com/statement_re_sfdra/). <https://sfdora.org/read/>.

posición del trabajo de investigación en términos cualitativos de aportación al conocimiento<sup>64</sup>.

La evaluación cualitativa experta trasciende el trabajo publicado, y su envoltura. Abarca, en su completa dimensión, el valor del trabajo: el acervo investigador y formativo que se encuentra detrás del concreto resultado de la investigación, la dificultad de la temática, los desafíos que plantea, su capacidad de reflexión, de hacer reflexionar, de construir pensamiento, y, por ende, conocimiento. Respetando los compromisos y singularidades inherentes a cada una de las disciplinas del saber. Este conjunto de criterios no son meras variables que se adjuntan al juicio de la calidad, como complemento de factores cuantitativos: son el epicentro de una evaluación cualitativa.

Factores de fondo de la calidad de la investigación que promoverán el sustrato de las investigaciones futuras, marcando el valor cualitativo desde el inicio del recorrido investigador<sup>65</sup>, reforzando el acervo investigador en el sistema universitario: procesos formativos de calidad, y trayectorias investigadoras que cubran expectativas transformadoras y elevados retos sociales<sup>66</sup>. Esta cultura de la investigación, del impacto de fondo, huye de los trabajos del formato publicar-almacenar-perecer buscando el «mérito curricular».

Promover otra cultura de la investigación significa, pues, reorientar la actividad investigadora al interés por el progreso del conocimiento. Es decir, apostar por Docentes que formen en conocimiento e Investigadores que promuevan conocimiento.

Sin embargo, ese recorrido de fondo parece relegarse hasta desvanecerse tras los postulados del Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, del Ministerio de Universidades, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español, inscrito en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia denominado «Modernización y digitalización del sistema educativo». Se persiste en la misma semántica de calidad, del pragmatismo, del modelo Bolonia (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020, pp. 184 y ss.); no remueve los obstáculos de la huella cultural del factor de impacto, sino que pondrá la digitalización del sistema universitario español al servicio de este ideario. Se promueven, desde el Marco Europeo para la Competencia Digital de los Educadores (*DigCompEdu*)<sup>67</sup>, las competencias digitales del personal docente e investigador, sin reformar los postulados mercantiles del Plan Bolonia<sup>68</sup>.

Somos, al fin y al cabo, en el lenguaje mercantil del Real Decreto 289/2021 del Ministerio de Universidades, «capital humano de las universidades públicas», un

<sup>64</sup> Manifiesto de Leiden sobre métricas de investigación (2015). <http://www.leidenmanifesto.org/>.

<sup>65</sup> Vid. Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012. <https://sfdora.org/read/>.

<sup>66</sup> Promover prácticas «que se centren en el valor y la influencia de los resultados de investigación específicos». Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación de 2012 <https://sfdora.org/read/>.

<sup>67</sup> *Proyecto DigCompEdu. Competencias digitales en el profesorado del SUE*. Comisiones sectoriales (TIC y Docencia) de la CRUE Universidades españolas (<https://ec.europa.eu/jrc/en/digcompedu>).

<sup>68</sup> Véase el programa 2021 «Competencias Digitales Docentes, organizado por la CRUE en colaboración con el *Joint Research Center* de la Comisión Europea (JRC). [https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/Competencias\\_Digitales\\_Docentes\\_CRUE\\_JRC\\_2021?startQuiz=true&surveylanguage=ES](https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/Competencias_Digitales_Docentes_CRUE_JRC_2021?startQuiz=true&surveylanguage=ES).

«activo fundamental para conseguir dichos objetivos». Un envoltorio de calidad, ahora digitalmente enriquecida.

## Bibliografía

- Albert, T. (2002). Cómo escribir artículos científicos fácilmente. *Gaceta Sanitaria*, 16(4), pp. 354-357. Recuperado de [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0213-91112002000400010&lng=es&tlnq=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000400010&lng=es&tlnq=es)
- Argullol, R. (7 de septiembre, 2009). Disparad contra la Ilustración. *El País*. [https://elpais.com/diario/2009/09/07/opinion/1252274404\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/09/07/opinion/1252274404_850215.html).
- Becker, G. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bourdeau, M. (2016). ALAIN SUPIOT (2015): La gouvernance par les nombres; Cours au Collège de France 2012-2014 ; Fayard, Poids et mesures du monde. *Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 34, pp. 181-184.
- Broad W. J. (1981). The publishing game: getting more for less. *Science (New York, N.Y.)*, 211(4487), pp. 1137-1139. <https://doi.org/10.1126/science.7008199>
- Compagnon, A. (2007). Prólogo al libro de M. De Montaigne, *Los Ensayos*. Barcelona, España: Ed. Acantilado,
- Delgado López-Cózar, E. (2021). *Una revisión de estilo y un insólito a la par que loable esfuerzo de transparencia en el reino de los índices de impacto* (4ª ed.). Granada, 24 de febrero de 2021. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.14771.14885>.
- Delgado López-Cózar, E. (2012). Cómo se cocinan los rankings universitarios. *Dendra médica. Revista de humanidades*, 11(1), pp. 43-58.
- Faber, S. (5 de junio, 2021). Las trampas de la excelencia universitaria. CTXT. <https://ctxt.es/es/20210601/Politica/36260/universidad-excelencia-trampas-calidad-academica-Sebastiaan-Faber.htm>
- Habermas, J. (1994), *Ciencia y técnica como «ideología»* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Hibou, B. (2012). *La Bureaucratization du monde à l'ère néolibérale*. Paris: La Découverte.
- Hicks, D., Wouters, P., Waltman, L., De Rijcke, S., Rafols, I. (2015). The Leiden Manifesto for research metrics. *Nature*, 520, pp. 429-431.
- Langa Rosado, D. (2020). Sobre la impertinencia de las políticas austericidas: algunos efectos y reflexiones desde el ámbito de la universidad. *Revista de Sociología de la Educación-RASE*, 13(2), Especial COVID-19, pp. 164-173.
- Lasch, C. (1996). *La rebelión de las élites y traición a la democracia*. Barcelona, España: Paidós.
- Lizcano, E. (1996). La construcción retórica de la imagen pública de la tecnociencia: impactos, invasiones y otras metáforas. *Política Y Sociedad*, 23, 137. Recuperado a partir de <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO9696330137A>
- Mattern, F. (2008). Bibliometric Evaluation of Computer Science – Problems and Pitfalls. *European Computer Science Summit*. Recuperado de <https://www.vs.inf.ethz.ch/publ/slides/Bibliometry-ECSS-Summit-08.pdf>
- Moro, E. (12 de enero, 2009). Publish and... perish. <http://estebanmoro.org/2009/01/publish-and-perish/>.
- Pomares Cintas E. y Álvarez García, F.J. (2020). La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 184-213.



- Rodríguez Navarro, A. (2021). La evaluación de la investigación: España suspende. *Revista Española de Física*, 35-2, pp. 1-2
- Sacristán, V. (2021). *¿A qué puede llamarse Universidad? Análisis del grado de cumplimiento de los requisitos actuales y los nuevos requisitos previstos*. Informe del Observatorio del Sistema Universitario. <https://www.observatoriuniversitari.org/es/>
- Supiot, A. (2015). *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France 2012-2014, Fayard, Poids et mesures du monde. Nantes: Institut d'études avancées de Nantes.
- Torres Salinas, D., Robinson García, N., Herrera Viedma, E. y Jiménez Contreras, E. (2018). Consideraciones metodológicas sobre uso del impacto normalizado en convocatorias Severo Ochoa y María de Maetzu. *Profesional De La Información*, 27(2), pp. 367-374.
- Valero Torrijos, J. y Cerdá Meseguer, I. (2020). Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 106-126.
- Waters, L. (2005). *Enemies of Promise: Publishing, Perishing, and the Eclipse of Scholarship* (2ª ed.), Chicago: Prickly Paradigm Press.
- Wences Simón, I. (2018). La Universidad: bien común y reconocimiento de saberes pluridiversos. En, C.I. Moreno y P.P. Herrero (eds.). *¿Qué universidades necesita el siglo XXI?: reflexiones a cien años de la reforma de Córdoba*. Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos-Marcial Pons.
- Werner, R. (2015). La tiranía del factor impacto. *Investigación y Ciencia*. Recuperado de <https://www.investigacionyciencia.es/revistas/investigacion-y-ciencia/planetas-ms-acogedores-que-la-tierra-622/la-tirana-del-factor-de-impacto-12911>

# ¿Nos olvidamos del público al publicar? Una modesta proposición para no olvidar para qué pensamos<sup>\*</sup>

## Do we forget the public when we publish? A modest proposal so as not to forget what we think for.

Julio Seoane Pinilla  
Universidad de Alcalá de Henares (UAH)  
ORCID ID 0000-0001-7290-0129  
[julio.seoane@uah.es](mailto:julio.seoane@uah.es)

### Cita recomendada:

Seoane Pinilla, J. (2021). ¿Nos olvidamos del público al publicar? Una modesta proposición para no olvidar para qué pensamos. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 200-214.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6345>

Recibido / received: 05/04/2021  
Aceptado / accepted: 27/05/2021

### Resumen

En el presente artículo se plantea en primer lugar el modo en que quienes reflexionamos sobre lo público hemos optado por publicar sometiéndonos a baremos de excelencia académica proporcionados por empresas de medición de la calidad científica. En segundo lugar, afirmaré que ello nos ha llevado a apostar por el aplauso de nuestros pares y para ello hemos renunciado a los espacios de intervención a los que en principio deseaba dirigirse nuestra reflexión. Siendo esta la situación se propone apostar por un baremo de excelencia que se fije más en el rendimiento social y ciudadano del pensamiento en el convencimiento de que la democracia necesita de reflexión situada antes que preocupada por dar cuenta de baremos de publicación.

### Palabras clave

Políticas de evaluación, descolonización epistémica, epistemicidio, transgresión como modelo de investigación.

\* Julio Seoane Pinilla es profesor en la Universidad de Alcalá. Este trabajo se ha realizado en el marco del "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (ON TRUST-CM)" "H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo".

**Abstract**

First, this article will discuss the way in which those of us who reflect in the public sphere have chosen to publish by submitting to the standards of academic excellence provided by the companies that measure scientific quality. Secondly, I will argue that this has led us to bet on the applause of our peers and to forget the spaces of intervention to which our reflection was originally intended to be directed. This being the situation, this article suggests including our work under another scale of excellence whose objective is the social and civic performance of thought under the conviction that democracy needs a reflection that is situated and not concerned with publication scales.

**Keywords**

*Evaluation Policy, epistemic decolonization, epistemicide, transgression as research pattern.*

SUMARIO. 1. Planteamiento del caso. 2. Los modos de hablar no son inocentes. 3. De nuestro modo de estimar el mérito del trabajo intelectual. 4. El ámbito de la reflexión es siempre la crítica (la transgresión). 5. De la utilidad de lo marginado (de lo orillado). 6. Normalización y «epistemicidio». 7. ¿Estudiar hasta desecar lo que más nos interesa? 8. Pensar para la democracia. 9. Una sugerencia final: la necesaria mirada al mundo que pensamos.

**1. Planteamiento del caso**

La retirada hacia los cuarteles de la Academia por la que han optado de un modo generalizado las ciencias sociales es la cuestión que se propone en este número monográfico. Cuestión que en último término creo que trata de dar alguna respuesta a la paradójica actitud por la cual deseamos hablar de la realidad para proveer para ella o para aportar alguna mejora, pero sentimos cierta aversión a tocarla con las manos. Qué supone ello, qué significa y qué consecuencias tiene esa situación ya descrita hace muchos años por Jean-Jacques Rousseau en su *Discurso sobre las ciencias y las letras* en el cual dictaminó lo que aquí yo de su mano quisiera señalar: la reflexión científica prefiere el aplauso de los colegas científicos –de los «salones»– y ya no desea ni tener un compromiso con la verdad –que en nuestro lenguaje se podría decir por dar una visión lo más ajustada posible de la realidad con la que tenemos que habérsela–, ni tampoco se propone trabajar con un compromiso moral que la lleve a intentar modificar o simplemente proponer planes de acción para dar cuenta de tal realidad de la manera que nos parezca más digna. Por más que me pese concederle nada a Rousseau con quien suelo pelearme habitualmente, lo cierto es que el objetivo de este monográfico queda bien expresado en el discurso citado anteriormente en el cual que señaló que los pensadores de su época, como los de la nuestra, preferían el aplauso de sus pares antes que dedicar su esfuerzo a proporcionar si no esperanza, sí medios para situar su aparición en nuestro mundo.

Es de esto de lo que quiero hablar aquí, pero para ello me voy a permitir un pequeño rodeo que espero no confunda al lector. Un rodeo que viene motivado por mi enfado al tener que hablar en inglés cuando participo en un pequeño seminario con mis pares en la ciudad de Albacete. Ello es una situación ciertamente extraña – máxime si no hay ningún asistente cuyo lenguaje nativo sea el inglés– que genera, como apunta Leo Name (2020, p. 177), un sentimiento de injusticia o cuando menos de agravio –y el sentimiento de agravio es un poderoso incitador a la protesta y a la lucha, a veces mucho más poderoso que cualesquiera razones– que produce sonrojo



—una protesta estética en verdad no menos poderosa que la generada por el agravio— y sobre todo una sospecha: ¿realmente no ocurre nada cuando decidimos dejar de lado nuestros modos más habituales de pensar y pasamos a «hablar en inglés»? ¿Es que no hemos planteado ya hace muchos años justificadas sospechas ante los «procedimientos de validez formal de la racionalidad» entre los cuales puede estar de manera evidente el razonamiento en un idioma impuesto?<sup>1</sup>

## 2. Los modos de hablar no son inocentes

Hoy que indagaciones más sutiles y un gusto más fino han reducido el arte de agradar a principios, reina en nuestras costumbres una vil y falaz uniformidad, y todos los espíritus parecen haber sido arrojados en un mismo molde; sin cesar la cortesía exige, la conveniencia ordena; sin cesar se siguen los usos, nunca el genio propio (Rousseau 1985, p. 151).

Debo admitir que el uso del inglés como lengua *koiné* de todos los investigadores ciertamente tiene un objetivo encomiable y sensato que no es otro que aunar esfuerzos a la hora de desentrañar la realidad y conseguir un campo de acuerdo y de trabajo que haga más fructífera la reflexión. El problema aparece cuando tal campo se consigue apostando por una noción de universalidad, de consenso solapado o de consenso racional —dígase como se prefiera— que hace omisión de los contenidos específicos, de aquello que se diga, y se construye atendiendo únicamente a los procedimientos formales como se construye y presente lo que se dice —digamos al resumen, palabras clave, estado de la cuestión, etc.—. Un acuerdo será universalmente válido, o de un modo más modesto, aceptado por la comunidad intelectual no tanto por la profundidad o acierto de lo que se proponga, cuanto en atención a si el procedimiento que lo ha hecho posible garantiza que el resultado del mismo puede ser aceptado por todos los participantes en la deliberación —¡no puede ser de otra manera si todos usan los mismos mecanismos de relevancia, el mismo método, el mismo procedimiento de elaboración del pensamiento!—. Ello a Rousseau le parecía que era buscar el aplauso de los pares aun cuando para ello hubiera de hacer caso omiso de —la virtud de— lo que se dijera.

No voy a dar muchas vueltas a esta universalidad legitimada por su formalidad pues llevamos muchos años con cierto desapego ante cualquier sistema procedimental de validez que bajo su formalidad porta de matute intereses particulares de sujetos varones, heterosexuales, occidentales, de clase media, etc. En este sentido ya hace tiempo Michel Foucault advirtió que todo saber genera un poder normalizador que no es inocente (Foucault, 2019). Se pueden hacer muchas críticas a lo que desde aquí el pensador francés propuso, pero para lo que sigue me vale simplemente traer a la memoria una idea que se puede rastrear en F. Nietzsche con su afirmación de que al cabo no hay concepto en nuestro pensamiento que no esté buscando un interés «moral» oculto (Nietzsche, 2012); también me vale rastrear en otras tradiciones menos llamativas como la que podemos tener en Jürgen Habermas y aquella inicial afirmación suya de que no hay conocimiento sin interés (Habermas, 1992), o en una tradición que hoy es moda bien presente que recupera la idea de hegemonía tal como la propuso Antonio Gramsci (2013).

<sup>1</sup> Antes de seguir aclaro que con la imagen «hablar en inglés» quiero resumir el hecho ya no sólo de explicarnos en tal idioma, sino de hacerlo como hoy en el mundo anglosajón se exige, a saber, estableciendo en primer lugar un pequeño resumen, luego unas palabras clave, posteriormente un estado de la cuestión, un desarrollo del tema y una conclusión. No ha sido así siempre en los estudios desarrollados en tal idioma, por supuesto, y por ello me disculpo por una imagen que usaré en pro de la brevedad retórica y que ciertamente pudiera ofender a cualquier amante de lo que fue el pensamiento anglosajón antes del primer tercio del siglo XX —lo cual es mi caso—.

Es, en definitiva, una idea sencilla que supongo que hoy no es controvertida: no hay conocimiento que no proporcione *eo ipso* un modo determinado de configurar la identidad particular y social, las propuestas de vida personales y el horizonte social en el que imaginamos que se puede vivir. En suma, y repito que tan sólo deseo decir algo que a fuerza de obvio obvia toda discusión, si nuestra modernidad se forjó con la idea de que tocamos la realidad por medio del conocimiento, aquélla la percibimos a través de éste. La afirmación puede derivarse de muchas maneras y como es de suponer todas ellas partirán precisamente de qué entendamos por «percibir», mas en principio parece de Perogrullo que veamos el mundo tintado siempre con el color y la óptica de las gafas que optemos por utilizar.

Junto a la afirmación foucaultiana de marcado cariz nietzscheano, quisiera no olvidar que el pensamiento feminista comenzó a caminar advirtiendo, hace también mucho tiempo, sobre el sesgo androcentrista que atraviesa todo el conocimiento disponible. Aquí no voy a dar tampoco muchas vueltas con exquisiteces interpretativas y en buena medida tan sólo quiero decir lo mismo que acabo de esbozar: el conocimiento lejos de ser objetivo y formal está sesgado desde ópticas (los cristales con los que construimos el microscopio con el cual miramos la realidad) propias de varones blancos occidentales habitualmente cristianos de alguna iglesia reformada<sup>2</sup>. Repito que no deseo ser controvertido y en este momento no quisiera discutir si eso es algo que fue, que es o que será; mi intención es únicamente llamar la atención sobre hechos que a nadie extrañan hoy como puede ser, por ejemplo, la evidencia de que toda la investigación sobre las medidas de seguridad en los automóviles, toda nuestra ciencia y conocimiento sobre la ingeniería de seguridad automovilística, a fuerza de usar *dummies* de hechuras masculinas dejan a las mujeres –algo más bajas y menos corpulentas– en una situación de menor protección. Sí, es evidente, el conocimiento crea el mundo que tocamos y algunos lo tocan de mejor manera que otros.

A las voces de Foucault y del feminismo el lector podrá unir cualesquiera otras que le sean más gratas y próximas; al cabo, aun cuando no es mi objetivo –ni el de este monográfico– dar vueltas a las cuestiones de poder que geohistóricamente descalifican conocimientos y descartan perspectivas originales, qué menos que no olvidar llevamos casi cincuenta años desmitificando la razón universal, el pensamiento intocable por el contexto y el interés. Por ello sé que estoy siendo pesadamente redundante al iniciar este artículo señalando la evidencia de que el interés tiñe el conocimiento y que este no es ajeno a los modos, maneras e idioma en que se plantea y desarrolla. Lo dejo de lado y ya con la mochila surtida de algunas viandas emprendo el camino que comenzó a andarse con el disgusto e incomodidad que me provocaba tener que hablar en inglés en todo momento en que quiero tratar de poner en común con mis pares las pocas ideas que tengo para imaginar el mundo donde vivo que, lo confieso, quisiera que fuera algo más humano y agradable.

---

<sup>2</sup> Tampoco hace falta ser tan tradicional y se puede recordar en este punto la ya muy antigua –y quizá olvidada– discusión en torno a la determinación de la experiencia por la teoría que pareció confirmar en el campo de la metodología de la ciencia que nos es imposible mirar la realidad sino a través del conocimiento que nos da los medios para observar tal realidad. Podemos medir la velocidad del paso de las partículas subatómicas a través de una pantalla de neutrones, pero para construir tal aparato de medida, que es en última instancia el que nos dice que ahí hay neutrones y partículas de menor tamaño, debemos utilizar la teoría que nos dice que efectivamente existen neutrones y con seguridad partículas subatómicas. Estas no se ven, no podemos poner nuestro ojo encima, pero sí se detectan a través de los aparatos de medida que no debemos olvidar se construyen con la suposición de que pasarán por delante de tales instrumentos de medición. Al final observamos lo que podemos observar con nuestra teoría que, paradójicamente, se va confirmando con las observaciones que se hacen tomándola como asumido.



### 3. De nuestro modo de estimar el mérito del trabajo intelectual

Todo artista quiere ser aplaudido. Los elogios de sus contemporáneos son la parte más preciosa de su recompensa. ¿Qué hará, pues, para obtenerlos [...]? Abajará su genio al nivel de su siglo, y preferirá componer obras comunes que se admiren durante su vida antes que maravillas que sólo se admirarán mucho tiempo después de su muerte. (Rousseau 1985, p. 163)

«Hablar en inglés» es principalmente escribir en inglés pues, efectivamente, el trabajo habitual de los intelectuales –y de tal modo nominaré a partir de ahora a los científicos sociales sean historiadores, filósofos, economistas, sociólogos, etc.– si desea ser valorado –seamos sinceros: pagado– ha de presentarse en forma de publicaciones. En efecto, resulta innegable que hoy el saber se transmite por medio de revistas cuya prueba de relevancia y baremo de calidad se obtiene a través de parámetros generales e internacionales que vienen marcados por algunas empresas de medición de relevancia académica. Como empresas privadas que son su primer objetivo ha de ser no el conocimiento *per se* sino el beneficio económico. Ello no tiene que considerarse como algo objetable a menos que confiemos en tal primer objetivo empresarial como el medio para determinar la relevancia de conocimientos que quizá incluso pudiera tener a tal beneficio como primer enemigo.

Poner la calidad y estima de nuestra reflexión en manos de empresas cuyo objetivo no es la reflexión sino la clasificación métrica del mismo para lo cual han determinado modelos heurísticos tremendamente formales –i.e., que pueden ser rellenos con cualesquiera contenidos– amén de oscuros y opacos indudablemente es algo que haría sospechar a cualquiera<sup>3</sup>. Como fuere el resultado conduce a que los motivos de reconocimiento intelectual –de su calidad principalmente– provienen de estándares que se originan en una decisión –loable en primera instancia– de administración métrica de la reflexión científica que no tiene en cuenta más que algunos parámetros formales y nunca el contenido de tal reflexión. No se originan en un consenso científico, sino que fuerzan el consenso de los científicos en torno a ellos al darles los procedimientos incondicionales que ha de llevar su trabajo.

Se dirá en este punto que no hay posibilidad física de calificar o evaluar contenidos y por ello lo único accesible a la humana finitud es dar moldes o esquemas categoriales que *a priori* tamicen y clasifiquen el conocimiento. Ello es cierto, mas el problema surge con la noción de «a priori» pues al establecer como suele ser habitual la promoción y meritoriaje académico amén del salario en el cumplimiento de aquellos estándares de calidad, al final tendremos el reconocimiento de la actividad intelectual no en lo que esta dice o hace, sino en el modo como se presenta lo cual viene siendo como si se descalificara a un pensador simplemente porque no ha cumplido los parámetros del buen vestir o del protocolo admisible por aquellas empresas privadas –entre ellos, naturalmente el pensar y hablar según los moldes anglosajones–. Aun estando dispuesto a descalificar una investigación por su vestuario y presentación la sospecha continúa: ¿por qué precisamente ese modo de vestir es la moda que debe adoptarse?<sup>4</sup> Al final no puedo negar que Name tiene toda la razón cuando afirma que

<sup>3</sup> Por resumir una situación bastante conocida: Desde hace unos años «nos gobiernan cinco conglomerados empresariales: Reed-Elsevier, Taylor and Francis, Wiley-Blackwell, Springer y Sage. Estas editoriales comerciales han sido muy ágiles en su objetivo de alcanzar estatus de empresas multinacionales, opacando en muchas ocasiones a las asociaciones y sociedades científicas que por sus características se ven con más dificultades ante el reto de llegar a ser globales» (Wences, 2018, p. 141); ante ellas ha habido «denuncias sobre su opacidad, privatización del conocimiento, sesgos de cobertura, poco reflejo de la actividad científica de los países no anglófonos, control y homogeneización de los métodos de investigación, etc.» (Wences, 2018, p. 142).

<sup>4</sup> Son agentes privados quienes tienen en sus manos el conocimiento científico y el dictamen de qué es un trabajo riguroso y estimable; y tal lo consiguen a través de mecanismos de medición que exigen un

es innegable que «en el mundo académico [las asimetrías de poder] se manifiestan decisivamente a través de la propagación hegemónica del inglés interfiriendo en el diálogo y movimiento de los estudiosos, de los escritos y de las ideas lo cual lo nominaré como *colonialidad de la comunicación académica*» (Name, 2020, p. 170).

#### 4. El ámbito de la reflexión es siempre la crítica (la transgresión)

He ahí el efecto más evidente de todos nuestros estudios, y la más peligrosa de todas sus consecuencias. Ya no se pregunta de un hombre si tiene probidad, sino si tiene talentos; ni de un libro si es útil, sino si está bien escrito. Las recompensas son prodigadas al hombre culto, y la virtud queda sin honores. Hay mil premios para los discursos bellos, ninguno para las buenas acciones (Rousseau, 1985, p. 170).

Evaluamos el mérito del conocimiento antes por su forma que por su adecuación a la realidad pensada y ello es lo que ha supuesto que nuestro modelo de desarrollo científico no gire en torno a la ciencia pública, sino a la ciencia publicada. Además, y ello no debe ser olvidado, se ha señalado ya en muchos lugares que el pensamiento estandarizado según los moldes JCR se homogeniza hasta punto tal que se hace monotemático y con escasa variedad –o riqueza que se dice a veces–<sup>5</sup>. Si lo primero que se aconseja cuando se tiene que dar solución a un problema es tratar de salir fuera del mismo e imaginar diferentes formas de abordarlo, distintas perspectivas para reflexionar sobre el mismo, aquí tenemos un obstáculo enorme al desarrollo del pensamiento en la medida en que cualquier visión extemporánea o diferente puede no entrar en los estándares de evaluación con lo que queda descalificada *ipso facto*. Y no sólo ello es un problema, es que la misma elección de cuestiones ya queda pre-determinada por aquello que los modelos de normalización de la evaluación investigadora pueda considerar problemas relevantes. Con ello tenemos un mundo de muy estrechas miras y de muy escueto horizonte desde el que elaborar propuestas que deseen mejorar o proveer para tal mundo. Es evidente que la especialización hace cada vez más fino el análisis, pero también lo es que a fuerza de cerrar el objetivo para aumentar la definición de lo observado se deja una parcela enorme de realidad fuera de nuestro campo de visión. Lo cual no quiere decir que deje de existir. Aunque bien es cierto que deja de existir para el intelectual.

Como de este asunto ya se ha dicho en abundancia por voces mejores preparadas para estudiar este asunto que la mía<sup>6</sup>, quisiera ahora tratar de analizar ya no tanto lo malo que puedan tener los *sistemas formales de legitimación de la reflexión* –JCR, Scopus, etc.– cuanto el sentido que pudiera tener darles la espalda, transgredirlos, tratar de pensar no en inglés, sino en cualquier otro idioma con lo que ello supone, por supuesto, de incomensurabilidad entre tradiciones, idiomas y culturas. Pero, ¿no es acaso el saber algo que pretende ser universal y no tiene el conocimiento científico como uno de sus primeros pilares la comunicación y discusión abierta? Posiblemente sea así, pero, en este momento voy a intentar situarme en el terreno de lo formal, de la forma que debe tener todo pensamiento y voy a plantear no lo bueno que pueda tener un pensamiento transgresor, sino si merece la pena que seamos transgresores con los criterios de relevancia de todo pensamiento –por ser

---

determinado comportamiento, una precisa forma de vestir, un asumido sobre aquello de lo que es conveniente y apropiado hablar, un protocolo, en suma. No seguir tal protocolo es lo que condenó a Rousseau a no ser invitado a ningún salón y espero que se coincida conmigo en que si bien es cierto que el ginebrino era poco agradable, nada mundano y bastante gruñón, tal condena no puede ser considerada sin alguna reticencia.

<sup>5</sup> Y así denominaré a las cinco empresas que dominan las evaluaciones científicas, a saber, Reed-Elsevier, Taylor and Francis, Wiley-Blackwell, Springer y Sage.

<sup>6</sup> Por citar algunos ejemplos, se puede ver Delgado López-Cózar (2009), van Dalen (2012), Wood (2017), Miller, Taylor & Bedeian (2011), Ariely, Gneezy, Loewenstein & Mazar (2009), Hanson (2017), Fanelli (2010) o Delgado Lopez-Cózar, Torres-Salina, Roldan-López (2007).

más claro: voy a ser kantiano y quiero preguntarme no si merece la pena publicar al marqués de Sade por lo que nos ofrece para pensar nuestro mundo a base de torturas, mutilaciones y demás acciones sanguinolentas, sino si merece la pena reconocer que quizá debiéramos leer a Sade y tomarle como parte del almacén de materiales que tenemos para decir algo sobre nuestro presente.

A cualquiera le ha de resultar evidente que hay determinadas discusiones que precisan de un ensayo, que a veces la sugerencia hace más que la demostración, que es posible hablar racional y demostrativamente sin entrar en las mejores revistas científicas y que en muchas ocasiones el científico social quiebra su cabeza con un artículo periodístico que siquiera porque lleva su reflexión a aquellos lugares donde debe estar –sus pares ciudadanos– produce mayor satisfacción y efecto que un artículo en una revista bien indexada. Apostar por los *media* en lugar de por esta es un suicidio económico y de promoción académica, pero ¿no es un sitio donde también debemos estar? ¿para qué realmente pensamos? Ver, como acontece en nuestro país, que el panorama político no sólo es burdo, ignorante y tan cruel como poco cortés, sino también despojado de todo análisis ya no fino, sino simplemente medurado ¿no es algo que realmente nos debería mover tanto como publicar en una revista altamente calificada? En este punto se me puede contestar que el compromiso moral no da de comer y a ello debo contestar que no quiero hablar de contenidos, de santos ni de honestas personas, que no estoy con Rousseau, sino con Kant: sencillamente quisiera modelos formales que miren donde se debe mirar: la formación y afinamiento del discurso público –de la opinión pública– ¿no es ese realmente el objetivo de las ciencias sociales?

Hace ya mucho tiempo J. Habermas explicó que el conocimiento científico tenía un interés técnico –de mejora de la vida–, que el conocimiento histórico tenía un interés explicativo –de comprensión de la realidad– y que debiera también existir en algunas reflexiones sociales un interés que él llamó emancipatorio –por vivir lo más dignamente posible– (Habermas, 1992). Se puede reñir con Habermas, pero parece evidente que si no hacemos partícipe al intelectual de esos intereses al final el mundo de nuestra vida quedará administrado y organizado por una impersonal burocracia, por una tecnocracia cuya finalidad es construir un sistema social que mantenga su propia funcionalidad, que sea autológico por parafrasear a Niklas Luhmann, y para ello no le ha de ser necesario preocuparse por nuestra vida efectiva dedicado como está a la mera racionalidad formal. A ello se dedicó Eichmann para asombro de Hannah Arendt que no pudo sino levantar acta de lo estupendamente que aquel genocida había cumplido con su esfuerzo asesino los parámetros JCR de su tiempo (Arendt, 2019).

Estoy convencido de que la transgresión –la crítica si se quiere ser menos *cool*– es el lugar propio de las ciencias sociales, de las artes y de las Humanidades; como hace años avanzó Thomas Khun (2005) es el lugar de la ciencia revolucionaria, aquella que plantea nuevos paradigmas interpretativos del mundo, y es ahí –también– donde deberíamos dirigir nuestra mirada para ameritar la calidad investigadora. Mi propuesta no puede ser más rousseauiana: la reflexión intelectual es para construir una ciudad digna, para proponer una vida en la ciudad –una ciudadanía– que nos parece digna y amable –justa me atreveré a decir–. Ahora bien, y por ello todo el largo rodeo que estoy recorriendo, ello no se exige desde una petición de honestidad y santidad, de fuerte virtud entre estoica y espartana como era el caso de Rousseau, sino por una consideración más modesta y aburrida del lugar donde apunta su microscopio el intelectual. Por supuesto que de nuestro pensar no obtendrá para el orbe mayor virtud, justicia e igualdad –repito que no es Rousseau quien aplaudiría aquí–, pero sí que podrán aparecer discursos que cuando menos asoman porque tienen en mente tales objetivos.

La situación en la que deja mi propuesta puede parecer algo sosa y para salvar tamaña sosería es por lo que apuesto por la palabra transgresión que, al cabo, es una forma atractiva y *cool* de decir «mirar desde otro lado». Cuando estamos ante un dilema o en un callejón sin salida leemos a quienes han escrito sobre tal problema y discutimos con ellos, mas también a aquellos que no han escrito sobre la cuestión, pero posiblemente pueden ofrecer ideas y enfoques interesantes para apechar con semejante problema—. Sí, efectivamente, la transgresión es un recurso heurístico bastante común y vulgar que por más que su nombre tenga aromas excitantes hay que reconocer que ha sido habitualmente utilizado y reconocido por sus buenos efectos pragmáticos. Eso sí, la traigo ahora a colación porque tiene inevitables efectos morales.

## 5. De la utilidad de lo marginado (de lo orillado)

El príncipe de la elocuencia fue cónsul de Roma, y el mayor, quizá, de los filósofos, canciller de Inglaterra. ¿Cree alguien que si uno no hubiera ocupado más que una cátedra en alguna universidad, y el otro no hubiera obtenido otra cosa que una módica pensión de Academia, cree alguien, digo, que sus obras no se resentirían de su estado? (Rousseau, 1985, p. 175).

No se debe olvidar que aun cuando camino charlando con el moralista Rousseau mi destino no es el suyo. En mi opinión los efectos morales podrán venir dados no de la apuesta moralista —el intelectual debe dedicarse a proveer para una ciudadanía emancipada—, sino del método pragmáticamente más fructífero para investigar —del modo, de la forma de afrontar el trabajo intelectual. Más kantiano y soso no se puede ser. Y para aclarar esta formalidad alternativa a los patrones JCR —esta transgresión— voy a continuar con un ejemplo concreto que espero se conceda es de lo menos disputable.

Me voy a situar en el campo de la computación y desarrollo informático y ahora me pregunto si no nos serían más fructíferas y productivas las iniciales visiones computacionales francesas o el modo ruso de trabajar en este campo. Se me dirá aquí que la fabricación de software y hardware informático es ajena al país e idioma en que se plantea, pero lo cierto es que, por seguir con los ejemplos, en su día hubo un buen nivel en el desarrollo de sistemas operativos en Francia que al final quedó desplazado con la inundación Windows; también la industria de juegos española comenzó en su día de modo muy original y sin conocer mucho sobre el asunto creo que dice algo relevante el hecho de que un hacker ruso opte por fabricarse su propia herramienta de programación y que en Occidente por el contrario ante desafíos de ese campo simplemente echamos mano de herramientas ya disponibles que seguramente hacen lo mismo, pero que inicialmente no dejan de haber sido pensadas desde la CIA y desde instituciones con objetivos primeramente de control —y no de descontrol transgresor como corresponde a un hacker<sup>7</sup>—. Estoy convencido de que debe haber algún elemento reseñable en la diferencia que va entre coger lo que hay —asumiendo que eso que hay está fabricado con intereses de control— o fabricarse uno mismo la herramienta para no tener que depender de nada ajeno cuyos intereses se escapan.

Y para hacer más cercana al lector la doblez —moral por pragmática— de mi posición voy a transformar la pregunta: ¿realmente el ratón y el sistema de ventanas

<sup>7</sup> Descontrol, pero sólo el que se puede descontrolar con instrumentos pensador para el control pues ya la misma educación y aprendizaje del hacker se ha establecido con la asunción de que no es necesario imaginar una programación diferente a la que en nuestro Occidente hemos establecido. Eso es lo que hace paradójica la figura del hacker occidental —generalmente más interesado en piratear el sistema que en robarle subvirtiéndolo. ¿No es nuestra situación como intelectuales muy similar?

–Windows– es más intuitivo tal y como se aduce siempre en su ventaja? Y aun cuando lo fuera, aun cuando pragmáticamente el ratón tuviera muchos puntos a su favor ¿no deberíamos primero exponer qué entendemos por intuitivo y cuáles las ventajas y desventajas de ello? ¿No nos hace más tontos el entorno Windows que el primitivo MS-DOS? Es cierto que la pregunta puede parecer estética, pero no lo es si miramos con qué naturalidad hemos adoptado redes *sociales* –y subrayo doblemente el calificativo de sociales– que se basan primordialmente en hacer *click* e ir de una pantalla a otra sin capacidad ni requerimiento de decir o pensar más allá de cuatro líneas de escritura. Quizá a fuerza de ser intuitivos hemos perdido memoria, razonabilidad, curiosidad y hasta espíritu crítico. ¿Cuántos puntos de utilidad pragmática debiéramos restar por estas consecuencias «morales»?

En este momento y *por ser prácticos* debemos buscar dónde quedaron las propuestas de los que perdieron pues quizá nos ayudarían de mejor manera hoy y posiblemente valiera la pena mirar en la papelera donde se arrojaron por falta de posibilidad, por no reconocerlas rigor científico. Hurgar en la basura es un movimiento transgresor que busca una mayor productividad y adecuación a nuestro tiempo, pero también es un movimiento que salta desde el daño, el resentimiento o simplemente el desagrado ante una situación que se nos impone sin preguntar y aparentemente sin dudar de sí. Y entre la rabia, el resentimiento o el enfado se compone un conjunto de sentimientos o emociones morales que suelen llevar en su seno el ánimo para iniciar y plantear reclamaciones ético políticas.

Un recurso heurístico de acrisolada efectividad pragmática y al mismo tiempo un grito del que es ofendido y se siente ninguneado ambas cosas es la transgresión. No es ello una afirmación infundada o partisana pues cuando se alza la voz para impugnar algo, para transgredirlo, se propone ya un diferente «otro» que aun cuando sólo venga motivado por el fastidio, tiene consecuencias en el conocimiento en la medida en que redefine los conceptos que utilizamos, i.e., los dedos con los que tocamos el mundo. La sensación de ofensa cuando se alza con la voz de la transgresión no sólo es el clamor del dañado, sino que es *al mismo tiempo* la propuesta de otra situación, de otro modo de ver, de otra proposición de esperanza para nuestro mundo. Y sin ánimo de ponerme metafísico debo recordar que hace ya tiempo tanto M. Foucault (1999) como J. Derrida (1989) plantearon que nada se presenta si no es en relación a otro.

La verdad es que lo que ellos hicieron con mucha parafernalia ya era algo que el mismo Aristóteles había planteado al darse cuenta de que todo aparece ya siempre contrastado con un fondo y que es precisamente en ese contraste como adquiere su contorno, su de-finición y de-limitación. Que no hay diccionario de una lengua que no defina *eo ipso* todo lo que no es esa lengua es algo que podría servir para explicar la común protesta que los intelectuales cuando rabiamos en el momento de bajar la testuz ante los métodos de valoración de la calidad de una investigación social que hoy nos asuelan: dejan un mundo indefinido, indefinible según el idioma que oficialmente tiene la ley que mensura; y con ello niegan la posibilidad de poder imaginar otro mundo. Y en este punto no se debe pasar por alto que la democracia se dice precisamente cuando el presente se abre en un abanico de posibilidades y se reconoce falible y contingente.

Haber creído que las conclusiones a las que llegamos se legitiman por el consenso en torno a ellas es olvidar las evidentes relaciones de fuerza que operan en tal consenso –por el momento la evaluación del mérito y sueldo a través de parámetros JCR– y que lo sesgan, es haber olvidado también que el consenso no obsta al hecho de que pudiera estar equivocado –cuántos años de consenso en torno al flogisto tuvimos que soportar, por ejemplo, o, sin ser tan alambicado: ¿es que acaso



hoy alguien pondría la mano en el fuego para asegurar que la teoría de la evolución durará más de doscientos años?— y, en último término, es pasar por alto *interesadamente* las discusiones sobre la metodología de la ciencia, sobre el método del conocimiento por excelencia, que en el mundo anglosajón —en inglés— aparecían justo cuando las desafecciones postmodernas, las incomodidades multiculturalista y las voces feministas alertadas sobre la inevitabilidad de la diferencia iban tomando su puesto en nuestro pensamiento<sup>8</sup>.

## 6. Normalización y «epistemicidio»

Es desde nuestros primeros años cuando una educación insensata adorna nuestro ingenio y corrompe nuestro juicio. Veo por todas partes inmensos establecimientos en los que costosamente se educa la juventud para enseñarle todas las cosas, excepto sus deberes. Vuestros hijos ignorarán su propio idioma, pero hablarán otros que no están en uso en parte alguna; sabrán componer versos que apenas podrán comprender; sin saber discernir el error de la verdad, poseerán el arte de hacerlos irreconocibles a los demás mediante argumentos especiosos; pero esas palabras de magnanimidad, de templanza, de humanidad, de valor, no sabrán lo que son. (Rousseau, 1985, p. 169).

Por resumir lo hasta aquí dicho: nuestro inicialmente loable esfuerzo por dar cuenta de la relevancia, rigor y propiedad de la actividad científico se ha consustanciado en esquemas formales de medición desarrollados y controlados por corporaciones empresariales a los cuales, y de modo a priori, el intelectual ha de someter su trabajo a fin de ser remunerado —o reconocido si se quiere ser más cortés. Como la cuestión del salario no es baladí, el científico se ha dedicado a publicar abandonando —su preocupación por— lo público a fin de adaptarse a aquel cedazo; publicar lo que sea o morir, hoy es el imperativo del trabajo intelectual a partir del cual se prefieren los debates entre pares a la relevancia social que, además, se ve relegada por la misma finura y localización —i.e., especialización de dichos debates— con lo que al final la reflexión que partía de un intento de comprensión y mejora o provisión para la realidad social acaba en una aversión tremenda a mancharse las manos de barro no teórico<sup>9</sup>.

Añadamos a lo dicho que la retirada a la Academia supone asumir el *statu quo* de la disciplina que se trate —de hecho uno de los imperativos de las revista JCR es el de comenzar todo trabajo reflejando en primer lugar el estado de la cuestión a fin de que se patentice que se ha hecho acopio previamente de los asumidos disciplinares— con lo que al hecho de haber apostado por la irrelevancia social del pensamiento se le ha de unir la queja ante el colonialismo epistémico y/o el epistemicidio que olvida el pensamiento «nativo» e impone modelos eurocéntricos anglosajonizados, industriales o como cada quien prefiera llamarlos —y obsérvese la performatividad del adjetivo «nativo»: nativo-primitivo-antiguo-sustituible.

<sup>8</sup> Por recordar lo más obvio: Kuhn publica *La estructura de las revoluciones científicas* en 1962 y en este libro se confirma que la ciencia normal, aquella cuyo cometido es profundizar en el paradigma científico que corresponda a nuestra disciplina, es ciertamente el modo habitual del trabajo científico, pero no es el único —a veces es necesaria la transgresión siquiera irracional para ofrecer un modelo más explicativo. Además Kuhn mostró como en su cometido normal «la ciencia» no desprecia formular hipótesis *ad-hoc* que tratan de meter con calzador todas aquellas observaciones que la teoría nos dice que no se pueden hacer y que, lógicamente no cabrían en ninguna reflexión que pasara los filtros JCR.

<sup>9</sup> Y la paradoja llega hasta el caso tan común en nuestro entorno político de aquellos defensores del «obrero» o de las «clases populares» que no tienen de sus defendidos otra noción que la adquirida a través de los minuciosos estudios que establecen como *deben ser* aquellos a los que es preciso proteger. Es este «deber ser», es este imperativo de realidad, el que lamina cualquier experiencia que no case con los asumidos teóricos —finamente establecidos, eso sí— con los que se desea considerar. La transgresión aquí es sencillamente reclamar lo excéntrico, lo impensado, la voz de aquellos a los que se le he negado por no tener la racionalidad necesaria para ser considerada una voz.

En efecto, el pensamiento expresado y elaborado en inglés –con moldes JCR de relevancia académica– adquiere carta de naturaleza pues se ha realizado –así lo dicen los moldes JCR– del modo como se lleva a cabo el pensamiento admisible. Mas me siento incómodo al tener que admitir que el conocimiento *naturalmente* se muestre en forma de resumen, estado de la cuestión, desarrollo claro y conclusión pues ello es considerar, por ejemplo, que el ensayo, el texto que desea sugerir o la intervención diletante que incluso no tiene claro a donde quiere llevar, son parte de un modo de no pensar. Y, repito, mi queja no es tanto por una cuestión moral –existen contenidos que el epistemicidio borra sin ninguna consideración ni culpa– cuanto meramente formal: hay maneras de hablar de lo real que quizá se ajusten mejor al interés último de nuestras reflexiones que no es otro que posibilitar una esperanza social de algún tipo.

La noción de epistemicidio refiere a la naturalización de los patrones de pensamiento JCR y supone asumir como relevante sólo aquello que usa los moldes de pensamiento del norte (Sousa Santos, 2016), eso es evidente, pero además implica que la actividad del intelectual se repliega a monocultivos de pensamiento en el momento en que desea ser reconocido por sus pares –y pagado. Pues bien, en esta retirada de lo público a publicar la reflexión termina por instalarse en un campo *previamente* presentado al trabajo del intelectual –el campo de la ciencia normal se podría decir–. De este modo lo público resulta un espacio de trabajo que no merece crítica –o por lo menos no excesiva crítica y desde luego ninguna transgresión– y el pensamiento, como ya apuntó Rousseau hace mucho tiempo, termina secándose en debates académicos merecedores de las mejores calificaciones JCR. Debates que en último término son un continuo rizar el rizo de análisis tremendamente complejos y minuciosos, pero que en definitiva no miran más que a esos debates mismos haciendo bueno el dictamen de Kant sobre la metafísica: son cuestiones que se plantea la misma razón que se contesta la razón a sí misma con sus palabras y límites y cuya virtualidad es satisfacer a la misma razón.

## 7. ¿Estudiar hasta desecar lo que más nos interesa?

¡Oh, virtud! ¡Ciencia sublime de las almas sencillas! ¿Tanto esfuerzo y aparato son precisos para conocerte? (Rousseau, 1985, p. 176).

Valga aquí un ejemplo personal para determinar qué estoy diciendo cuando afirmo que los debates intelectuales hoy realmente secan al pensamiento en pos de ser merecedores de las máximas puntuaciones JCR. Como digo es un ejemplo personal que refiere a mi dedicación en los últimos quince años al tema de la empatía como posible aglutinante social y repositorio de una diferente actitud política y moral.

En ese tiempo he tratado de leer todo lo que sobre el tema se ha escrito. Al principio ello era sencillo pues no se había escrito mucho, pero desde hace ya unos años debido al terrible imperativo de publicar o morir el cometido me ha llevado a la extenuación física –y, desgraciadamente, al aburrimiento. Puedo afirmar con cierto conocimiento –y que se me perdone la poca modestia en este punto– que la mayoría de lo que se publica hoy sobre la cuestión de la empatía no da razón del origen que llevó a tratar el tema en un primer momento. Este era bien sencillo: buscar un elemento en el que hacer pivotar las relaciones sociales, la moral, la política o la economía a fin de arrojar alguna luz novedosa sobre nuestros modos de apechar con los conflictos sociales contemporáneos propios de una sociedad tremendamente líquida.

Este empeño me remitía en primer lugar –como remite a todos los autores que sobre ello escriben– a los primeros autores que trataron la noción de sentimientos

morales y consideraron que las emociones deben tomar su parte en la argumentación ético-política, principalmente David Hume y Adam Smith; y en segundo lugar también me llevaba a leer las investigaciones de la neuroética o la psicología social sobre el campo de las emociones y los afectos. Pues bien, en mis estanterías se agolpan finísimos análisis que comparan a Hume y a Smith, que dan vueltas a cuál sería la contestación de uno a los problemas que el otro le podría plantear, al modo en como hoy la neuroética distingue entre los conceptos de sentimiento, emoción, afecto, pasión, inclinación, etc., a la virtualidad que tendría para una perspectiva feminista recuperar los afectos –que no las emociones o los sentimientos– que plantean con rigor la pulsión no dicha que subyace a la misma noción de afecto por la cual tiene relevancia sobre la categoría de emoción..., en definitiva estudios que reflexionan sobre análisis muy meticulosos en torno a cuestiones que tenían como principal objetivo precisamente evitar perderse en tales análisis a fin de alcanzar una comprensión moral no enteramente perdida en lo racional y tendente al cuidado afectivo o a la educación o al afinamiento y estilización del modo de estar con los otros o de ponerse en sus zapatos o, más sencillamente, de sentir lo que ellos sienten –un intento que en su inicio sabía que debía apostar por el ensayo tanto como por el tratado. Empeño este imposible de llevar a cabo a través de tan exhaustivos análisis pues siempre se encuentra una consideración que hacer sobre la cual se deberá discutir en profundidad.

Llegados aquí cualquier podría aducir que si la razón indica que Aquiles nunca podrá adelantar a la tortuga es ridículo quedarse con la evidencia de que la adelanta y la mejor manera de cambiar la realidad es precisamente tratar de pensar a partir del hecho racional de que Aquiles no gana la carrera, pero quisiera que se repensara que merced a nuestra búsqueda académica de excelencia simplemente quedamos trazando infinitas líneas entre Aquiles y la tortuga y nos deleitamos cuando somos capaces de encontrar una milésima de espacio entre dos líneas que antes nadie había sido capaz de separar. Como dijo Kant, la razón se pregunta, la razón se responde y la razón se satisface a sí misma; no voy a estirar esto con más metáforas.

## 8. Pensar para la democracia

Volved, pues, sobre la importancia de vuestras producciones; y si los trabajos de los más esclarecidos de nuestros sabios y de nuestros mejores ciudadanos nos procuran tan poca utilidad, decidnos qué debemos pensar de esa turba de escritores oscuros y de letrados ociosos, que devoran sin provecho alguno la sustancia del Estado. (Rousseau, 1985, p. 162).

No se puede negar que el retiro tiene consecuencias ventajosas y deseables y que la actividad académica no casualmente se suele dar en el campus, en un lugar donde sólo hay intelectuales y reflexiones –y en este punto, por qué negarlo, de la cantidad surge la calidad. El retiro, es cierto, establece una lengua *koiné* que favorece el diálogo y la discusión. Asimismo, supone una acumulación de mentes pensando que pueden dividirse el trabajo y dedicarse cada una a observar y trabajar sobre campos reducidos a fin de no perderse en grandes disquisiciones a través de las cuales habitualmente se introducen de matute intereses, errores y falacias. Qué duda cabe que el retiro supone un incremento del rigor y que inicialmente no es equivocado apostar por él –pienso ahora en Sócrates, Cicerón, Agustín de Hipona o René Descartes que inician muchas de sus principales obras aprovechando un retiro, un exilio o unas «vacaciones» obligadas por la enfermedad para, en la soledad, poder pensar ajenos al ruido con mayor claridad–, pero hoy el campus se ha mostrado que no garantiza la riqueza en el pensamiento –que no es productivo– y a mi personal modo de ver resulta estéticamente desagradable ver conversaciones exquisitas hechas por cadáveres exquisitos que no miran a nadie que no siga estricto protocolo

y olvidan que, en definitiva, el conocimiento tenía como objetivo tocar el mundo y apañárnoslas en él de la mejor manera posible y no era un cometido ideado para construir Academias rigurosísimas apartadas del mundanal ruido<sup>10</sup>.

No puedo dejar de traer a colación a Richard Rorty y su idea de que es difícil imaginar un conocimiento neutral y desentendido de nuestros intereses por vivir de un modo más amable y menos cruel –tanto con nuestros congéneres como con el hábitat en el que nos encontramos. Imaginar que la mente puede llegar a ser un espejo de la realidad que a fuerza de pulirse puede tener un reflejo muy fiel, es olvidar que sólo miramos aquello que queremos ver, o que podemos ver o que imaginamos que se puede ver lo cual, como es evidente, puede dejar mucha realidad fuera de juego. Rorty está convencido de que la democracia supone un conocimiento experimentalista de la realidad, un conocimiento que varía, se altera y, al saberse interesado –por un mundo menos cruel, por ejemplo–, se reconoce como contingente y finito (Rorty, 2011). No sé si este convencimiento es acertadísimo, pero posiblemente no viniera mal repensar si escribir en inglés es realmente democrático –i.e., frágil, contingente, interesado por tener alguna esperanza social.

## 9. Una sugerencia final: la necesaria mirada al mundo que pensamos

Tenemos físicos, geómetras, químicos, astrónomos, poetas, músicos, pintores; no tenemos ya ciudadanos, o si aún nos quedan dispersos en nuestras campiñas abandonadas, perecen en la indigencia y despreciados. Tal es el estado a que están reducidos, tales los sentimientos que obtienen de nosotros quienes nos dan el pan y quienes dan la leche a nuestros hijos. (Rousseau, 1985, p. 171).

No ha de venir esta mención a Rorty de manera inocente; estoy convencido de que si los intelectuales ponen su cabeza a trabajar ello es porque en último término se desea dar con un mundo siquiera menos cruel y ofrecer esperanzas de emancipación moral –de amabilidad social preferiría decir, pero aquí que cada quien ponga lo que prefiera. Por ello si bien el campus es el retiro idóneo para calmar las pasiones y reflexionar con ellas cerca e incluso desde ellas, pero sabiendo que también gustan de ser educadas, me atrevo a afirmar que el campus es una posición moralmente irresponsable a fuerza de apartarse y vivir fuera de la ciudad; irresponsable pues reconoce que no hay sino lo que hay y lo que hay ya ha sido establecido al menos de manera formalmente medible.

Y aquí no se trata sencillamente de protestar porque nos enfada tener que hablar en inglés en Albacete con unos colegas que no son angloparlantes nativos<sup>11</sup>,

<sup>10</sup> Quiero recordar aquí el lema atribuido a Emma Goldman: si no puedo bailar esa no es mi revolución (citado en Claiborne, 2011) que me sirve para llamar la atención sobre el hecho de que las reflexiones teóricas por complejas que tengan que ser no pueden olvidar la necesidad que tenemos de bailar, relacionarnos con los demás de la manera más amable o simplemente poder comer con el menor esfuerzo posible; si tal es menospreciado o dejado para esa pequeña conclusión al final de nuestro sesudo artículo, seguramente que podrá optar a las mayores calificaciones JCR, pero será imposible bailar, disfrutarlo, incorporarlo a la propia vida. Quizá, en este sentido, despreciar como algo bajo, sin nivel y despreciable los gustos más cotidianos de nuestros *media* –en los que indudablemente se articulan las políticas culturales que generan identidades sociales– no deja de ser algo engraidamente altivo.

<sup>11</sup> Lo cual en modo alguno es rechazable. Algunos estudios feministas han mostrado que en muchas ocasiones aquellas que están privadas del saber y del conocimiento oficial no puede sino expresar sus quejas y extender su solidaridad a base de compartir su rabia, su enfado (*cf.* Ahmed, 2004; Pedwell & Whitehead, 2012; Lorde 1984). Si se pregunta por la esencia racional del mismo, la contestación ya no es que sea imposible, es que no ha lugar en el mundo de la rabia a tal pregunta que con el mero hecho de plantearse muestra que no entiende el hábitat al que debe preguntar. Con quienes están enfadados la primera mirada es la que empatiza con su enfado y a través de tal empatía seguramente que podremos ofrecer respuestas, pero estas, qué duda cabe, no serán las que se ofrecen desde la mesurada razón previa al momento de rabia. Muchas veces la solución, el paso a dar ante una ofensa, ante un daño,

no se trata de apostar por la transgresión porque nos es difícil movernos en un mundo ya organizado –y reconozcámoslo, no excesivamente mal organizado–, sino de patentizar la evidencia de que al salir de la Academia debemos dirigirnos a nuestros vecinos y no podemos –no debemos– tratar como colegas a quienes están con nosotros intentando vivir en el mundo que es nuestro mundo.

Sé que puede resultar ridículo, pero con la ridiculez de lo tremendamente sensato y de Perogrullo no puedo menos que reconocer que la charla en un bar, la publicación en un periódico o las discusiones en el pequeño centro cultural de nuestro barrio son tremendamente relevantes y meritorias porque son el lugar donde nos movemos y para el que pensamos. Retirarnos de lo público para publicar resulta una irresponsabilidad moral que lo es por ser también una irresponsabilidad pragmática. No quisiera que se olvidara esto último pues no es mi intención ser moralista: la transgresión, como siempre se ha mostrado, resulta una cuestión moral y estética, pero no es menos una cuestión de productividad práctica ante un presente que a fuerza de verlo con el mismo microscopio resulta muy difícil de alterar en aquello que nos duele.

En definitiva, no es mi interés ser excéntrico; mi apuesta por la transgresión no desea tener el aroma y atractivo de lo prohibido; tampoco estoy por dejar la pausada reflexión y apostar por las charlas de bar o las redes sociales –aunque por decirlo todo: por qué establecer estos espacios como lugares ajenos a la racionalidad –¿no es ello una clara muestra de la renuncia a lo público en pos de publicar?–; simplemente me resulta ininteligible que, por ejemplo, nuestras recetas económicas en una situación que las va a hacer tan necesarias vayan a seguir las mismas pautas pre-crisis, que no hayan variado desde la debacle del 2008-2010, que no se presten a la actualización radical de las mismas. Eso y no otra cosa es lo que significa no mirar a la realidad, no mancharse con ella y seguir atentos a los marcadores que posibilitan el aplauso de nuestros pares –y aquí entono también el *mea culpa*. Eso y no otra cosa es considerar que nuestros pares moran sólo en la Academia y olvidarnos de quienes son nuestros pares ciudadanos.

## Bibliografía

- Ahmed, S. (2004). *The Cultural Politics of Emotion*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Arendt, H. (2019). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: Lumen.
- Ariely, D., Gneezy, U., Loewenstein, G. y Mazar N. (2009). Large Stakes and Big Mistakes. *Review of Economic Studies*, 76(2), pp. 451-469.
- Claiborne, S. (2011). *Revolución irresistible*. Madrid: Editorial Vida.
- van Dalen, H. P. (2012). Intended and Unintended Consequences of a Publish-or-Perish Culture: A Worldwide Survey. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 63 (7), pp. 1282-1293.
- Delgado López-Cózar, E., Torres-Salinas, D y Roldán, A. (2007). El fraude en la ciencia: reflexiones a partir del caso Hwang. *Profesional de la información*, 16(2), pp. 143-150.
- Delgado López-Cózar, E. (2010). Claroscuros de la evaluación científica en España. *Medes. Medicina en español*, 4, pp. 25-29.

---

proviene de la comprensión y el «estar con» antes de la más sensata y mesurada argumentación elaborada analizando finamente los pros y contras. No sin razón, se podría decir, mas siempre con una razón previamente afectada.





- Derrida, J. (1989). Fuerza y significación. En *La escritura y la diferencia* (pp.9-46). Barcelona, Anthropos.
- Fanelli, D. (2010). Do Pressures to Publish Increase Scientists' Bias? An Empirical Support from US States Data. *PLoS ONE*, 5(4), pp. 1-7. e10271. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0010271>
- Feenstra, R. A, Delgado López-Cózar, E. y Pallarés-Domínguez, D. (2021). Research Misconduct in the Fields of Ethics and Philosophy: Researchers' Perceptions in Spain. *Science and Engineering Ethics*, 27(1), pp. 1-21.
- Foucault, M. (2019). *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1999). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets.
- Gramsci, A. (2013). *Antología*. (Selección y traducción de M. Sacristán). Madrid: Akal.
- Hansson, S.O. (2017). The Ethic of doing Ethics. *Science and Engineering Ethics*, 23(1), pp. 105-120.
- Habermas, J. (1992). *Conocimiento e interés*. Madrid: Taurus.
- Kuhn, T. (2005). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lander, E. et alia (1993). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Lorde, A. (1984). The uses of anger. *Women's Studies Quarterly*, 25(1/2), pp. 278-285.
- Miller, A. N., Taylor, S.G. y Bedeian, A.G. (2011). Publish or Perish: Academic Life as management Faculty Live It. *Career Development International*, 16 (5), pp. 422-445.
- Name, L. (2020). Why are we writing and speaking in English? Coloniality of academic communication an its uneven mobilities. En de M. A. Faria Nogueira y C. Moraes (Eds.). *Brazilian Mobilities* (pp. 169-181). Londres: Routledge.
- Nietzsche, F. (2012). *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pedwell, C. y Whitehead, A. (2012). Affecting Feminism: Questions of Feeling in Feminist Theory. *Feminist Theory*, 13(2), pp. 115-129.
- Rorty, R. (2011). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós: Barcelona.
- Rousseau, J-J. (1985). *Del Contrato Social. Discursos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sousa Santos, B. (2016). *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Londres: Routledge.
- Wences, I. (2018). La Universidad: bien común y reconocimiento de saberes pluridiversos. En P. Pérez Herrero y C. I. Moreno (Eds.) *¿Qué universidades necesita el siglo XXI? Reflexiones a 100 años de la reforma estudiantil de Córdoba* (pp 139-149), México: Universidad de Guadalajara (México), Instituto Universitario Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT), Fundación EU-LAC, Banco Santander y Marcial Pons.
- Wood, D. (2017). Descolonizar el conocimiento: una *mise en place* epistemográfica. *Tabula Rasa*, 27, pp. 301-337.

# Y a la Ciencia Política, ¿debiera importarle algo de todo esto que está pasando?\*

## Political Science, should it care about what is going on?

Pedro Chaves Giraldo

Investigador del IELAT / Coordinador de *Le Monde diplomatique* en Español

ORCID ID 0000-0003-2214-4315

[pedro.chaves09@gmail.com](mailto:pedro.chaves09@gmail.com)

### Cita recomendada:

Chaves Giraldo, P. (2021). Y a la Ciencia Política, ¿debiera importarle algo de todo esto que está pasando?. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 215-237.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6346>

Recibido / received: 05/04/2021

Aceptado / accepted: 05/09/2021

### Resumen

El enunciado de Tocqueville de 1835 según el cual “necesitamos una nueva ciencia política para un mundo nuevo” se muestra, hoy, de enorme actualidad. Las modificaciones sustanciales producidas por tres décadas de neoliberalismo han cambiado de manera radical los procesos, las estructuras y los actores que la Ciencia Política estudia. Entre los resultados a considerar: un retroceso democrático sin precedentes desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Los síntomas de ese malestar democrático se ejemplifica en el crecimiento electoral de partidos de extrema derecha a lo largo de todo el globo aunque en nuestro trabajo nos centraremos en Europa. La consolidación de las llamadas democracias iliberales es una manifestación de esa descomposición lenta y silenciosa de la democracia. La Ciencia Política tuvo a la democracia, su defensa y mejora, como un objetivo central de su disciplina desde su nacimiento; de hecho su vitalidad e independencia se relaciona con la vitalidad y calidad de la democracia misma. En el artículo defendemos que no hay verdadera Ciencia Política al margen de la condición y calidad democrática de nuestros sistemas políticos. Los diferentes modelos de autoritarismo terminan por convertir la Ciencia Política en una técnica de gestión del poder. En este contexto, las aportaciones de la Teoría política pueden resultar de la mayor importancia en este momento.

### Palabras clave

Ciencia Política, democracia, crisis.

\* Agradezco muy sinceramente los comentarios, observaciones y críticas que las personas que han revisado este artículo han tenido a bien hacerme llegar. El artículo es mejor gracias a ellas. Los errores e insuficiencias siguen siendo mi responsabilidad. Por otra parte, este artículo se sirve de algunas aportaciones propias incluidas dentro del Informe: La Extrema derecha y el antifeminismo en Europa. <https://espacio-publico.com/wp-content/uploads/2021/06/Informe-version-final.pdf>.



**Abstract**

*Tocqueville's 1835 statement that "we need a new political science for a new world" is now extremely topical. The substantial changes brought about by three decades of neoliberalism have radically altered the processes, structures, and actors that political science studies. Among the results to be considered: a democratic regression unprecedented since the end of the Second World War. The symptoms of this democratic malaise are exemplified by the electoral growth of extreme right-wing parties across the globe, although in this paper we will focus on Europe. The consolidation of so-called illiberal democracies is a manifestation of this slow and silent decomposition of democracy. Political science has had democracy, its defence and improvement, as a central objective of its discipline since its birth; indeed, its vitality and independence is related to the vitality and quality of democracy itself. In the article we argue that there is no true Political Science apart from the democratic condition and quality of our political systems. The different models of authoritarianism end up turning Political Science into a technique of power management. In this context, the contributions of political theory may be of the utmost importance at this point in time.*

**Keywords**

*Political science, democracy, crisis.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una Ciencia Política para tiempos convulsos. 3. Las democracias iliberales y la Ciencia Política. 4. Y a la Ciencia Política, ¿debería importarle todo esto?

**1. Introducción**

Decía Leo Strauss (Strauss, 1962) que la Ciencia Política contemporánea le recordaba a Nerón tocando la lira mientras Roma ardía. Aunque dos hechos excusaban a la disciplina social: no es consciente de estar tocando la lira y desconoce que Roma arde.

No se me ocurre un modo más cruel de poner de relieve la inanidad –en opinión de Strauss– de una ciencia incapaz de saber lo que hace, lo que se trae entre manos, y de comprender, en el sentido de ser consciente, los acontecimientos del exterior.

La Ciencia Política ha crecido dividida entre un enfoque conductual y positivista de su disciplina, orientado a acercarla tanto como sea posible al ideal metodológico de las ciencias físicas y una visión que reivindica una perspectiva normativa de la política vinculada a la *polis* y a las preguntas: ¿cuál es el mejor régimen político posible? ¿cuáles serían sus fines y cómo hacer para conseguirlos? ¿es posible encontrar una teoría de la Justicia acorde con los presupuestos morales de nuestros sistemas democráticos? (Costantino, 2019; Wences, 2015).

Entre las damnificadas por el giro positivista de la Ciencia Política en Estados Unidos se encontró la Teoría Política, cuya metodología y existencia misma fue sometida a sospecha (Maiz, 2015). La tragedia de esta Ciencia Política (Ricci, 1984) ha revitalizado la preocupación por las cuestiones sustantivas, es decir, aquellas que, finalmente, son las que deben importar a la sociedad y a las que la Ciencia Política debe servir. En este punto la Teoría Política «importa» (Wences, 2015b) y en este artículo defiende la necesidad de reevaluar la articulación entre los diferentes contenidos de la disciplina con el fin de contribuir a mejorar la calidad de nuestros sistemas democráticos.

Este artículo quiere explorar los desafíos de la Ciencia Política en un entorno convulso y de retroceso democrático o des-democratización (Krizsan, 2019) en muchos países. Se intenta explicar el significado de ese retroceso democrático, los desafíos que propone y la inanidad de una ciencia política que intenta mantener un perfil de objetividad y neutralidad al margen del colapso democrático, de la creciente desigualdad, de la polarización política y social o de la irrupción de las llamadas democracias iliberales que, entre otras muchas cosas, subvierten los principios constitucionales de la división y equilibrio entre poderes, desprecian los derechos de las minorías y proponen un modelo nacional articulado alrededor de un nacionalismo conservador homogéneo y un ideal patriarcal de la familia. El artículo intenta alertar sobre los riesgos de esta situación y sobre la necesidad de recuperar el pulso normativo a favor de lo que debe ser considerado una buena sociedad como condición para una Ciencia Política que no sea, solamente, una técnica para el mantenimiento del poder.

En cualquiera de las acepciones posibles, la Ciencia Política trata del poder, de su tenencia, de su uso, de su relación con la sociedad a la que dirige o lidera y de la distribución de recursos. En un contexto de sociedades divididas de acuerdo a diferentes criterios –sociales, laborales, económicos, raciales, identitarios, etc. –, la toma de decisiones por parte de los poderes públicos genera ganadores y perdedores de manera inevitable. Alrededor de esta evidencia nuestra disciplina se ha dividido entre quienes buscaban acumular datos y evidencias para intentar encontrar regularidades y, a partir de estas, leyes sociales con condición de universales, de una parte; y, de otra parte, quienes se interrogaban por si las decisiones y las consecuencias de las mismas se ajustaban a ideales sobre una gestión social adecuada a normas y valores (Zolo, 2007).

Una parte de los interrogantes alrededor de la Ciencia Política tienen que ver con el giro conductual de la disciplina entre los años 40 y 60 del siglo pasado. Una iniciativa proveniente de Estados Unidos y que buscaba basar en datos y hechos incontestables el análisis de los acontecimientos políticos, de las decisiones de los actores y del funcionamiento institucional. Las dos convicciones subyacentes a este enfoque son, tal y como señala Wences (2015, p. 30), en primer lugar, la convicción de que lo central para el análisis es el comportamiento observable (individual o de grupo) y que, en segundo lugar, las explicaciones derivadas de la observación pueden someterse a comprobación científica. Este abordaje de los problemas socio-políticos minusvaloraba los problemas de ambigüedad, carga valorativa y vocación prescriptiva de las Ciencias Sociales; e ignoraba que una de las justificaciones esenciales de las Ciencias sociales es intentar dar respuesta a los grandes problemas sociales, en particular el funcionamiento de los sistemas democráticos (Wences, 2015, p. 2). La obsesión por el método disfrazaba, en opinión de Wolin (2000), un ideario conservador al servicio del poder.

Algunos de los autores que promovieron este enfoque optimista sobre el alcance de la Ciencia Política, David Easton o Gabriel A. Aldmon, son también los protagonistas de la llamada «década del desencanto» (Zolo, 2007, p. 54), que culminó con la publicación del volumen «La Tragedia de la Ciencia Política» (Ricci, 1987) y «Ciencia Política en los Estados Unidos. Pasado y Presente» (Easton, 1985). Dos textos con una severa autocrítica sobre el desarrollo de la disciplina.

La autocrítica hace referencia a los problemas específicos que la política plantea y a la necesidad de tomar en consideración las decisiones sobre los fines, los límites y el sentido mismo de la política. Por otra parte, el empeño en imitar a las ciencias naturales impone elevados niveles de rigor en el procedimiento científico y

una frustración manifiesta vista la poca relevancia de los resultados alcanzados, su escasa capacidad para generar perspectivas y su vacuidad explicativa.

A pesar del persistente interés por el rigor metodológico y por la neutralidad analítica, lo cierto es que no es posible eludir el problema normativo y, con ello, la tensión científica propia de una disciplina donde el binomio poder-democracia juega un papel tan central. Como señala Ramón Maiz (2015, pp. 99-100), no es posible, en primer lugar, eludir el juicio político y normativo que plantea la selección del problema. Pero, en segundo lugar, también en la conducción de la investigación empírica aparece la dimensión política y normativa. Por último, las Ciencias Sociales tienen como tarea responder a las cuestiones políticas y sociales que apremian a las sociedades.

Tal y como se refleja en el libro de Ricci (1987, p. 176), es la irrupción de nuevos y agudos problemas socio-políticos y la insatisfacción con el funcionamiento de los sistemas democráticos<sup>1</sup> lo que produce un cambio en el mundo académico en una «era postconductista». Estos factores, nuevas reflexiones y nuevos enfoques terminan por quebrar el frágil consenso que daba sentido a la preeminencia del conductismo en la Ciencia Política.

Por su parte, Easton realiza una crítica radical del programa conductista de la Ciencia Política en Estados Unidos, reconociendo que la neutralidad ideológica pretendida tenía mucho que ver con el éxito del fin de las ideologías y con el mito que ocultaba: el peso de la ideología democrático-conservadora. Al mismo tiempo, este estatuto de neutralidad supuesta del científico político le permitía eludir posicionarse en momentos de persecución policial y política vinculados al macartismo en este país (Easton, 1985).

Según Easton, la falta de éxito de la ciencia política conductista se debe a su subestimación de las transformaciones reales en la sociedad estadounidense, a su incapacidad de previsión social, a su escasa atención a la dimensión histórica, a su confianza en una dogmática concepción del «método científico», deducida del neopositivismo, y a su ingenua creencia en la neutralidad valorativa de la ciencia.

En un sobradamente conocido texto sobre el devenir de la Ciencia Política, Sartori (2005) se interroga sobre el estatuto de esta ciencia después de la Segunda Guerra Mundial y sobre su proceso de americanización en paralelo a su creciente irrelevancia. Sartori defiende la utilidad de haber defendido la condición de Ciencia frente a la más ambigua de Estudios políticos. Ahora bien, se interroga críticamente sobre la proximidad a la economía y concluye que «la ciencia política dominante ha adoptado un modelo inapropiado de ciencia (extraído de las ciencias duras, exactas) y ha fracasado en establecer su propia identidad (como ciencia blanda) por no determinar su metodología propia» (Sartori, 2005, p. 11). En particular, Sartori critica la «irrelevancia precisa» a las que nos está conduciendo el cuantitativismo. Su conclusión no podía ser más pesimista: la ciencia política, la estadounidense como referencia, no va a ningún lado, es un gigante que sigue creciendo con los pies de barro.

<sup>1</sup> «The civil rights movement, the Vietnam War, urban riots, political assassinations, disclosures about the CIA, the student rebellion, the rise of the New Left, the drug culture, the feminist revolt, antiwar demonstrations, Earth Day, the Watergate affair, the oil embargo, large-scale unemployment together with intractable inflation: these affairs, and many more, crowded upon the historical stage, all the while suggesting pessimistic lessons unreflected in the liberal matrix. As a result, many Americans came to suspect both their country's theory and its practice of democracy» (Ricci, 1987, p. 176).



En el número especial de la revista de Ciencia Política<sup>2</sup> dedicado a este debate, la respuesta viene de parte de David D. Laitín (2005), que defiende la calidad, el internacionalismo y la importancia de la disciplina en el mundo real.

El profesor Laitín comparte tres programas de investigación que darían cuenta de esa diversidad y relevancia de la Ciencia Política. Menciona el debate normativo alrededor de la Teoría de la justicia de J. Rawls como un empeño por enriquecer y ampliar el liberalismo. En segundo lugar, las implicaciones de la teoría del votante medio de Duncan Black con el objetivo de mejorar temas relativos a la representatividad y rendición de cuentas. Señala, por último, con gran entusiasmo:

con base en amplios datos longitudinales y transversales de los que no se disponía antes, en programas de cómputo inimaginables una generación atrás y en desarrollos teóricos en la econometría, los científicos políticos están cumpliendo un sueño de los fundadores de la revolución conductista (Stein Rokkan, S. M. Lipset y Karl Deutsch) al explorar sistemáticamente las fuentes de la democracia y el orden político (Laitín, 2005, p. 16).

Visto en perspectiva, el artículo de Laitín muestra hasta que punto las investigaciones cuya relevancia quiere destacar son, cuando menos, coyunturales y muy vinculadas a demandas político-institucionales específicas, además de no poder escapar a cuestiones de carácter valorativo.

Efectivamente, el debate alrededor de la «posición original» de Rawls dio lugar a un rico intercambio de intervenciones donde se abordan y plantean cuestiones como igualdad, bienes y preferencias. Pero es difícil encuadrar este debate, justamente, en los marcos de la Ciencia Política a la que Sartori se refiere y que Laitín defiende. Si lo ponemos en relación con los otros dos casos que Laitín propone, donde priman la cuantificación, la observación medible y la relación numérica entre variables; este debate se correspondería más bien con la Teoría Política donde no se renuncia a la condición normativa de la investigación y a la voluntad de conceptualización (Wences, 2015).

Los otros dos debates ponen de relieve las limitaciones de la investigación cuantitativa desvinculada de explicaciones del contexto y de cambios institucionales y sociales de calado. Ambos estudios y algunas de sus conclusiones más relevantes se han visto desbordados por una realidad reacia a someterse a correlaciones numéricas. La teoría de Duncan Black, desarrollada posteriormente por Anthony Downs en su *Teoría Económica de la Democracia* ha sido, durante años, el gran referente de la justificación de la búsqueda del centro político. La desigualdad, la emergencia de un sentimiento de ira y desapego expresado en las urnas y la polarización política subsecuente se han llevado por delante este esquema de interpretación del comportamiento electoral. Otras cuestiones asociadas a esta teoría como el papel de los partidos políticos, políticas públicas, agencias, votante medio y/o legislador medio se han perdido en una llamativa irrelevancia.

La última de las investigaciones vincula PIB y democracia en una relación virtuosa, según la cual, alcanzado determinado nivel de riqueza el país estabiliza sus sistemas democráticos. Los datos de la época a los que Laitín alude (2005, p. 19) y su relación con los factores estabilizadores de la democracia pondrían de manifiesto la irrelevancia de la religión o de los elementos culturales. Dice Laitín: «Lo interesante de estos estudios (junto con los del surgimiento de la democracia) es que las variables

---

<sup>2</sup> Me refiero al número 12 de *Revista Española de Ciencia Política*, de abril de 2005.

a que se refieren las “líneas divisorias de civilización” o la “cultura” han tenido muy poco o nada de poder explicativo» (*Ibid.*).

La emergencia de liderazgos autoritarios en países democráticos, incluido Estados Unidos; la estabilización de los modelos de democracia iliberal en Hungría, Polonia, Turquía o Rusia, y el retroceso evidente de las instituciones y cultura democrática en estos países, ha alertado sobre y obligado a repensar la relación entre los diferentes factores: economía, instituciones, políticas públicas, creación y distribución de riqueza, etc. Uno de los elementos más destacados de este cambio de situación tiene que ver, precisamente, con el nuevo papel público de la religión.

Przeworski, por su parte, defiende que en las dos últimas décadas se han producido tres grandes transformaciones que han desencadenado dos consecuencias. Las grandes mutaciones son: a) el declive de las tasas de crecimiento económico en los países desarrollados; b) el incremento de la desigualdad de ingresos entre individuos y hogares, así como el declive del trabajo manufacturado, y c) el declive del empleo industrial y el incremento de los trabajos con baja remuneración en el sector servicios (Przeworski, 2019, p. 103).

Las dos consecuencias que Przeworski señala se refieren al estancamiento de los bajos salarios y a la erosión de la creencia en el progreso material. El colapso del optimismo generacional (la convicción de las jóvenes generaciones de que ellas vivirán peor que sus progenitores) plantea un desafío civilizacional de amplia escala. Estaríamos ante el fin de las expectativas de progreso ilimitado –al menos en los países centrales del sistema global- que ha sido uno de los factores de estabilización de los sistemas políticos más importante después de la II Guerra Mundial. Las dos explicaciones a estos cambios, que el autor propone, son: en primer lugar, la globalización; y en segundo lugar, «el auto-golpe que la burguesía asesta al compromiso de clase surgido de la segunda guerra mundial». Dice nuestro autor: «...esta ofensiva de la Derecha fue premeditada, planeada, vigorosamente promovida por todo tipo de think tanks, y coercitivamente extendida bajo la influencia de Estados Unidos y de las instituciones financieras internacionales, codificada como “Consenso de Washington”» (Przeworski, 2019, p. 112)<sup>3</sup>.

Cito ampliamente a Przeworski porque es el autor al que Laitín hace referencia cuando alude a los estudios que, a partir de datos estadísticos, vinculan PIB, democracia y estabilidad institucional. El análisis que ahora nos ofrece Przeworski incorpora esa dimensión difícilmente reducible a variables numéricas de la política que es la voluntad de los actores y el aprovechamiento del marco institucional y estatal en sociedades atravesadas por conflictos sociales, identitarios o de género. El alma conflictual de la política se resiste a ser reducida a datos y correlaciones.

Esta pérdida de fe en el progreso material no puede dejar de tener consecuencias cognitivas con un fuerte impacto en la Ciencia Política. En un informe publicado por varios autores (Lewandosky *et.al.*, 2017) se señala la novedad de una situación donde amplias capas de la población viven en un espacio epistémico que ha abandonado los criterios convencionales de evidencia, consistencia y búsqueda de los hechos. En la era de la post-verdad, la confusión impulsa a la gente a escoger su propia realidad como referencia de verdad, de manera que los hechos y la evidencia objetiva son ampliamente superados por la existencia de creencias y prejuicios.

---

<sup>3</sup> La traducción de los textos es propia.

Como puede comprobarse brillantemente en el documental producido por Netflix «The social dilemma», las redes sociales están contribuyendo a consolidar este nuevo espacio epistémico alejado del ideal de «espacio público» tan imprescindible para el mantenimiento de los sistemas democráticos.

Los premios Nobel, Duflo y Banerjee, se interrogan sobre la condición del nuevo espacio público en nuestras sociedades. En su libro (2020: 176), ambos autores ofrecen datos sobre la creciente polarización en la sociedad americana. Por ejemplo, si en 1960 apenas un 5% de los republicanos o los demócratas declaraban que se sentirían «descontentos» si alguno de sus hijos o hijas se casara con alguien que perteneciera a otro partido político, en 2010 esas cifras crecían al 50% para los votantes republicanos y al 30% para los votantes demócratas. En 1960, 33% de los demócratas y de los republicanos pensaban que un partidario «medio» de su bando era alguien inteligente frente a un 27% del bando contrario. En 2008 esas cifras eran, respectivamente del 62% y del 14%. Los autores otorgan una alta responsabilidad en este incremento de la polarización a las redes sociales que, como mencionan, «han fracasado ampliamente en unir a sus utilizadores en temas que dividen a la opinión pública» (2020, p. 177). Lejos de ser una plaza pública, las redes sociales se han convertido en cámaras de eco que repiten y amplifican los sonidos propios y son impermeables a los sonidos ajenos.

La gravedad de la situación, con todo, no es solo la fragmentación y la división, sino el hecho de que se ha quebrado la confianza horizontal básica que permite construir un espacio público digno de tal nombre. Si le niego al adversario las cualidades cognitivas y morales que le hacen merecedor de ser escuchado siquiera, simplemente no es posible el diálogo con el objetivo de encontrar la mejor opción posible para la comunidad. Yendo más lejos, puedo negar al adversario también cuestionando su compromiso con los valores esenciales de la nación porque sus propuestas y/o su identidad solo pueden ser codificadas como traición. La quiebra de este espacio público es un desafío mayor para la Ciencia Política porque hace inviable a medio plazo la convivencia en nuestras sociedades.

Por último, no podemos dejar de mencionar la pandemia de la COVID-19 y su impacto socio-político. El miedo inicial y la inercia institucional produjeron el milagro de una cierta unidad societal en respuesta al virus. El problema durante la primera ola fue, en general, la constatación de la fragilidad de los sistemas sanitarios públicos después de décadas de recortes presupuestarios y transferencia de recursos a la sanidad privada.

Con una cierta rapidez comenzó la politización de prácticamente cualquier medida tomada por las autoridades: el uso de las mascarillas, la intensidad de los confinamientos, la desconfianza respecto a la vacunación, la segregación de los ricos, la fractura generacional y, en los últimos tiempos, la aparición de una movilización significativa contra las medidas públicas de restricción, a través de la manipulación de un discurso en nombre de la libertad. La pandemia está lejos de haber acabado e interroga a la Ciencia Política sobre sus respuestas a problemas como: la legitimidad en tiempos de crisis de la democracia; si es posible reconstruir un espacio público digno de tal nombre que supere la polarización tóxica tan común en el debate político actual, y si es preciso algún tipo de regulación pública de las redes sociales en nombre de un bien mayor, la calidad de la información, clave para la salud de los sistemas democráticos.

Este somero repaso de algunos de los temas nos advierte que el debate que Sartori nos proponía sigue vigente. Los cambios profundos vividos por nuestras

sociedades en las últimas décadas afectan a nuestra disciplina, a sus objetivos, métodos y a su estatuto epistémico.

## 2. Una Ciencia Política para tiempos convulsos

Es difícil pensar la Ciencia Política al margen de la democracia. Precisamente, sus mayores potencialidades analíticas y propositivas son pensables en un entorno de libertad de pensamiento y de palabra, pero también de autonomía académica, de dotación suficiente de recursos y de respeto por el papel de la ciencia, en general y en la formación de una opinión pública libre. Todos estos aspectos están vinculados. Ya hemos visto, cómo mencionaba Easton, hasta qué punto el Macartismo contribuyó a favorecer una Ciencia Política «neutral» que, aceptando ese status, se enajenó del entorno que debería haber ayudado a interpretar. Como resultado de esta alienación académica, nuestra disciplina se vio incapaz de advertir del daño que estas prácticas de criminalización de la opinión disidente, de la estigmatización de la divergencia de opinión, de la delación social y de la centralidad del patriotismo tendrían para los sistemas democráticos.

Recordemos, para dar continuidad a esta relación entre Ciencia Política y democracia, que las Ciencias Sociales en general y la Ciencia Política en particular, sufrieron prohibición y persecución durante las dictaduras de los años 70 en el cono sur latinoamericano, particularmente en Argentina. Y cómo la redemocratización a partir de 1983 estimuló el interés por la democracia y los procesos de democratización. Un impulso particular a la Ciencia Política provino de la realización del Congreso de la *International Political Science Association* en 1991 en Buenos Aires.

El intelectual uruguayo Paulo Ravecca (2019) ha estudiado los casos de Chile y Uruguay durante la dictadura. En ambos casos, el objetivo es dar cuenta de la relación entre poder y Ciencia Política, el modo en que se alimentan y retroalimentan para, en esos casos, dar como resultado una Ciencia Social funcional al poder, acrítica y orientada a describir el funcionamiento del poder y mejorar su rendimiento. Esta evidencia lleva al autor a enfatizar la necesidad de una autorreflexión crítica por parte de la disciplina con el objetivo de desvelar las relaciones entre poder y Ciencia. Dice Ravecca: «Una de las premisas centrales del libro es que, dado que el conocimiento y el poder están imbricados, las dinámicas del poder han de ser aprendidas de forma profunda solo si analizamos los conocimientos “oficiales” que las reproducen a nivel de la *episteme*» (2019, p. 395). La conclusión de Ravecca, en debate con Ríos Sierra (2019), es que «*strictu sensu*, antes de la transición democrática no había Ciencia Política en el país» (2019 p. 397).

De hecho, a partir de los cambios democráticos ocurridos en Argentina y de la revalorización de la disciplina se desarrolló uno de los programas de investigación más creativo y fértil en la Ciencia Política contemporánea: el de transiciones democráticas desde gobiernos autoritarios, liderado por Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter y Lawrence Whitehead (Leiras, 2005).

Y es difícil evitar tener en consideración el impacto que décadas de políticas neoliberales han tenido para las ciencias sociales en el impulso de marcos interpretativos que devalúan, cuando menos, el papel de la ciencia en general, particularmente de las ciencias sociales. Recordemos la afirmación de Margaret Thatcher, que se convirtió en auténtico mantra neoliberal en general, de que «la sociedad no existe. Hay individuos, hombres y mujeres y hay familias», decía en 1987. Una afirmación de esas características, convertida en política de Estado, no podía

dejar de impactar en el modo en que nuestra ciencia aborda los grandes temas de nuestro tiempo.

En 2015-2016, el entonces primer ministro francés, Manuel Valls, acusaba a la sociología de promover una «cultura de la excusa» en relación con actividades delictivas, incluyendo el terrorismo, según la cual se exoneraba a los responsables de las acciones en función de una supuesta responsabilidad social por su situación (Paternotte, 2020).

Los cambios que el neoliberalismo ha impulsado y que, hasta el momento, forman parte de nuestra realidad se refieren a un conjunto amplio de factores referidos, en parte, por Przeworski en el libro referenciado. Pero hay otros temas que forman parte de nuestra realidad y que están reconfigurando nuestro mundo de un modo tal, que se ha alterado sustancialmente los fundamentos socio-políticos que dieron sentido a nuestras sociedades hasta finales de la década de los 70.

Todos ellos, aunque no de la misma manera, impactan en el modo en que podemos pensar la Ciencia Política y en el modo en que consideramos que ésta debería responder: hablamos de la emergencia de la extrema derecha; de la soberanía y de los cambios en su naturaleza, resultado tanto de la globalización como de la consolidación de instancias supranacionales, de las que la UE sería un ejemplo; del nuevo papel de la religión en la vida pública –no solo en el islam sino en el cristianismo integrista o el evangelismo fundamentalista, de tanta importancia en Estados Unidos y algunos países de América Latina–; de los nuevos poderes digitales y las consecuencias que la transición digital está teniendo ya para el mundo del trabajo y para la calidad del debate en el espacio público; de la transición energética y de los problemas relacionados con el calentamiento global y la pérdida de la biodiversidad; del impacto y consecuencia de tres décadas de financiarización de la economía; de los efectos devastadores del incremento de la desigualdad, etc.

Todas estas cuestiones, tomadas tanto por separado como procesos que ocurren simultáneamente están modificando de manera cualitativa el mundo de la «política»: las instituciones, la democracia misma, el papel del estado, los partidos políticos, los movimientos sociales, la opinión pública, la creación de legitimidad y otros. En particular, el neoliberalismo ha impulsado dos procesos simultáneos de privatización con una elevada influencia política en nuestras sociedades y convivencia.

En primer lugar, la privatización y el proceso de mercantilización a todos los niveles asociado a la expansión del neoliberalismo. En este punto comparto la aproximación que Wendy Brown defiende (2018, 2017) y que, siguiendo a Foucault, define el neoliberalismo como una nueva racionalidad dominante. Una racionalidad que genera diferentes tipos de sujetos, formas o conductas sociales y un orden con significado y valores asociados. Entre ellos una consideración libertaria y autoritaria de la «libertad» anclada en el mercado como institución y en el *homo economicus* como ontología.

Wendy Brown (2017: 96 y ss.) nos ofrece un brillante análisis de la sentencia de la Corte Suprema en Estados Unidos conocida como *Citizens United*<sup>4</sup>, que eliminó todas las restricciones impuestas al dinero de las corporaciones en el proceso electoral. Tal y como la autora enfatiza, la sentencia es abiertamente neoliberal en un sentido obvio: borra las barreras jurídicas entre las corporaciones y los individuos en

---

<sup>4</sup> Dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos, el 21 de junio de 2010. La sentencia íntegra puede consultarse aquí: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/08-205>



relación con la libertad de expresión y hace inviables los esfuerzos para intentar limitar la influencia de las grandes corporaciones en la política. Modifica, por cierto, un siglo de jurisprudencia que apenas había conseguido limitar esta influencia. La sentencia va más allá de esos aspectos más evidentes y supone un paso decisivo en la neoliberalización de la política, en el sentido de eliminar cualquier barrera entre política y mercados, de manera que permite a las grandes corporaciones reconstruir el conjunto de la vida social y política como si fueran mercados con las reglas del mercado. Dice Brown: «Refunde el homo politicus como homo economicus y sustituye las valencias políticas distintivas (y distintivamente frágiles) de los derechos, la igualdad, la libertad, el acceso, la autonomía, la equidad, el estado y lo público por las valencias económicas de estos términos» (2018, p. 97). La sentencia defendida por el juez Kennedy construye una versión de la Primera Enmienda que sitúa los derechos humanos y civiles al mismo nivel que los derechos del capital.

En este primer sentido, la privatización ha sido el proceso que ha desatado al mercado de los condicionantes a los que le sujetaba el estado del bienestar y el pacto social de postguerra. Esto es incluso válido para un país con un estado del bienestar tan débil como Estados Unidos. Una vez el mercado, y los actores que operan en él, se sintieron liberados de las constricciones impuestas por el contrato social de postguerra, se puso de manifiesto hasta qué punto el mercado desregulado generaba una dinámica creciente e imparable de concentración de la riqueza y del poder, y cambiaba la dinámica política e institucional en nuestras sociedades. Los resultados de este proceso no dejan lugar a dudas: desigualdad creciente, concentración de riqueza, ascensor social fuera de servicio, corrupción, acceso de los privilegiados al poder, etc. Estos elementos han modificado radicalmente los procesos de regulación política pertenecientes al viejo modelo democrático. Los efectos más conocidos de este tsunami han afectado a la representación política y a la democracia misma, poniendo a ambas en cuestión y abriendo espacios para el surgimiento de liderazgos autoritarios que proponen un nuevo modelo de representación y de relación entre las instituciones y el pueblo.

El segundo proceso de privatización es consecuencia del primero y afecta a la capacidad regulatoria del estado y a su relación con los individuos. En virtud de esa defensa libertaria y autoritaria de la libertad se ha cuestionado la capacidad de las instituciones democráticas para regular aspectos sustanciales de opciones privadas en el espacio público: particularmente en el ámbito educativo, familiar e identitario. En nombre de esa visión de la libertad (Brown, 2018, p. 19) se subvierte la democracia con una moral antidemocrática o de valores «familiares» antes que con valores específicamente de mercado<sup>5</sup>. Un nuevo *ethos* privado, homogéneo, exclusivo y anclado en la familia como fundamento de la nación, que sustituye al imaginario público, pluralista, secular, democrático y nacional propio de las democracias liberales construidas tras la II Guerra Mundial.

Es importante reseñar que garantizar este nuevo imaginario privado, homogéneo y exclusivo requiere un Estado fuerte y un enfoque securitario de la convivencia. Es importante no confundir la demanda de un Estado fuerte con la existencia de un Estado regulador al modo keynesiano. Un Estado fuerte puede ser un atributo al servicio de proyectos políticos muy diversos; un Estado con capacidades económicas reguladoras solo es posible en un contexto democrático.

---

<sup>5</sup> Los «valores familiares» entendidos dentro del patrón heteronormativo, con una atribución clásica de roles y con un cuestionamiento o represión de los derechos relacionados con otros modelos de sexualidad y de pareja.

En esta hiperbolización de una «identidad nacional auténtica», la cuestión migratoria y de género juegan un papel central (Rodrik, 2018; Kratsev, 2018). La cuestión migratoria porque sirve al propósito de generar antagonismos con fines políticos. Las personas migrantes serían, desde esta perspectiva: potenciales terroristas, vendrían a robar nuestro trabajo, son los responsables por las altas tasas de criminalidad, acosan a nuestras mujeres, etc.

Por lo que se refiere a las cuestiones de género, en primer lugar, todos aquellos modelos de relación que se salen del esquema heteronormativo son, en el mejor de los casos, tolerados y, en el peor, abiertamente reprimidos; y en todos ellos suelen considerarse ajenos o contrarios al «verdadero» espíritu nacional. En segundo lugar, la mujer ha dejado de ser sujeto de derechos para ver reconocida esta situación solo y a condición de ejercer adecuadamente su papel de madre y cuidadora en un modelo familiar con una asignación de roles patriarcal (Peto, 2017; Grzeblaska, 2018).

El impacto del neoliberalismo en la democracia ha dejado secuelas reconocibles en todos los países y ha preparado el terreno para la emergencia de partidos que, o bien proponen un modelo alternativo a la democracia liberal, o bien cuestionan abiertamente esta. La presencia de estas organizaciones políticas y su proyecto se ha convertido en un factor estable en nuestros sistemas políticos y ha tenido un notable impacto en la agenda política y en las políticas públicas.

Quiero detenerme ahora en intentar entender e interpretar este fenómeno con el fin de poner de manifiesto la nueva realidad que esta situación configura y que hace enormemente actual la frase que en 1835 afirmó Tocqueville: «Es necesaria una nueva ciencia política para un mundo completamente nuevo».

### 3. Las democracias iliberales y la Ciencia Política

Me gustaría poner un ejemplo del modo en que las democracias iliberales abordan un conflicto producido alrededor de un programa de estudios universitarios, con el fin de llamar la atención sobre esos condicionantes del poder a los que Ravecca hacía referencia, que condicionan y limitan las posibilidades de investigación libre en nuestras sociedades.

En 2017, la Universidad ELTE (*Eötvös Loránd Tudományegyetem*) de Budapest propone, por primera vez en Hungría (excluida la *Universidad Europea Central*), un Máster en estudios de género. La petición de acreditación había seguido su curso administrativo normal, lo que incluía la firma del ministro competente del ramo. Al final del período de inscripción se desata una intensa campaña contra el Máster, protagonizada por medios de comunicación y organizaciones relacionadas con el gobierno húngaro del primer ministro Orbán. Este caso coincidió con la apertura de un frente de ataque contra la Convención de Estambul (la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La Convención de Estambul fue firmada por el gobierno húngaro, pero no ha sido ratificada, procedimiento indispensable para su entrada en vigor. El gobierno del primer ministro Orbán ha hecho bandera de la no-ratificación afirmando que esta nunca se producirá mientras ellos estén en el gobierno. En 2018, el Fidesz (Unión Cívica Húngara, el partido de Orbán) hizo campaña electoral con este tema, afirmando que la victoria de la oposición significaría la ratificación de «la Convención de la ideología de género» (Kováts, 2019 y 2020).

En abril de 2017, el Parlamento húngaro votó la denominada Ley CEU (de la *Central European University*<sup>7</sup>, conocida como Universidad de Soros) que había sido puesta como ejemplo de intervención extranjera en los asuntos húngaros por parte del gobierno de Orbán. Un auténtico caso de legislación *ad hoc* que cumplió ampliamente sus objetivos. Aunque la justicia europea declaró ilegal la ley del gobierno Orbán, el daño ya estaba hecho, la CEU tuvo que trasladarse a Viena en 2018.

Casos similares han sido reportados en los últimos años en la Universidad de Zagreb, en Turquía o en la Universidad de San Petersburgo (Paternotte, 2020).

La sectarización, radicalización y división ideológica ha producido en los países de la Europa Central y Oriental una fisura que se está convirtiendo en un auténtico abismo social (Applebaum, 2020). Un fenómeno que quiebra una de las condiciones básicas para un funcionamiento saludable de los sistemas democráticos: el reconocimiento del otro/a como un igual, con los mismos derechos.

Probablemente, el uso del concepto gramsciano de «interregno» acuñado por el autor italiano alrededor de 1930 (Gramsci, 1971: 75) nos pueda ayudar a situar la dinámica de conflicto y perspectivas de la situación actual. En el concepto de interregno, como crisis de época y como período transitorio, encontramos dos ideas importantes cuya articulación ofrece una dinámica abierta de evolución de los acontecimientos: en primer lugar, la lucha entre lo nuevo y lo viejo se encuentra en una situación de *impasse*: lo nuevo aún no tiene la suficiente fuerza para imponerse y lo viejo no es tan débil como para desaparecer.

En segundo lugar, la idea de que estos procesos y situaciones hacen posible la emergencia de «monstruos», resultados improbables en la «antigua situación» pero que, sin embargo, se hacen visibles en este momento de transición y cambio. La consolidación de las llamadas «democracias iliberales», las nuevas «democracias electorales» cuya única condición democrática se reduce a la celebración de elecciones regulares y competitivas, daría cuenta de estos nuevos monstruos cuya presencia condiciona de manera importante tanto la evolución del período de transición como el modo en que se resolverá el conflicto entre lo nuevo y lo viejo.

El concepto de «democracia iliberal» fue utilizado por primera vez por el escritor y periodista Fareed Zakaria en 1997. El autor hacía referencia a la posibilidad de existencia de regímenes democráticos (elecciones libres y competitivas) sin constitucionalismo liberal (separación de poderes y libertades políticas y civiles). En este supuesto la evolución llevaría a estos regímenes a un importante deterioro de las libertades, altos niveles de centralización y conflicto social y civil (Zakaria, 1997).

Victor Orbán, el primer ministro húngaro, ha hecho suyo el concepto de democracia iliberal y lo ha convertido en una propuesta política. En un conocido discurso de 2014, Orbán propuso un «enfoque nacional» que sustituyera a la democracia liberal que, en su opinión, estaba agotada como propuesta histórica. El «enfoque nacional» se aleja de la separación de poderes, prima los valores comunitarios frente a derechos individuales y promueve la homogeneidad normativa frente a la diversidad o al pluralismo.

No obstante, el concepto de «democracia iliberal» es problemático y debería ser considerado, en sí mismo, un oxímoron (Sadurski, 2018: 9). Hablamos de

---

<sup>7</sup> Véase la noticia en: <https://es.euronews.com/2017/04/06/la-controvertida-ley-ceu-hungara-como-funciona>

instituciones huecas que mantienen su formato, pero han cambiado radicalmente su sustancia. Tal y como Sadurski menciona:

estos regímenes se comportan como si fueran democracias constitucionales, pero, de hecho, son regímenes mayoritarios antes que consensuales, populistas antes que elitistas, nacionalistas como oposición al cosmopolitismo o religiosos en lugar de seculares. Las instituciones y los procedimientos permanecen iguales pero su sustancia ha cambiado radicalmente por la práctica (2018, p. 4).

Hasta ahora, las investigaciones que defienden versiones reducidas y minimalistas<sup>8</sup> de la democracia ponen el acento en que lo sustancial es la capacidad para sustituir los gobiernos en funciones por otros a través de la participación electoral (Przeworski, 2019). Incluso en esta versión «básica» de los modelos democráticos, la condición de la sustitución pacífica de las personas que gobiernan a través del proceso electoral se hace problemática, como hemos visto en Estados Unidos. El propio Przeworski (2019, p. 7) reconoce que los cambios constitucionales tendentes a minimizar las posibilidades de perder las elecciones para los partidos en el poder y el desprecio a la opinión de los jueces en los litigios electorales hacen a estos modelos, simplemente, no democráticos.

El «iliberalismo» puede ser entendido como una respuesta en forma de nacionalismo mayoritario a la quiebra del modelo neoliberal global, modelo que ha formateado las relaciones entre individuo y Estado durante las últimas tres décadas (Grzebalska, 2017). El resultado es la combinación de elecciones competitivas y una sustantiva alteración de los procedimientos democráticos. Esta combinación, entre otras consecuencias, disminuye las opciones de la oposición y las perspectivas de un cambio democrático de gobierno (Kováts 2020, p. 79).

No estamos ante un fenómeno pasajero o transitorio cuya evolución natural hará que las cosas vuelvan al lugar en el que se encontraban antes de la irrupción de estos partidos. Los cambios producidos por tres décadas de políticas neoliberales son consistentes y han producido un cambio de escenario. Esta situación, interroga a la Ciencia Política sobre los cambios en la situación y sobre las perspectivas de evolución.

Defiendo la idea de que este fenómeno debe ser observado de manera global, al tiempo que no puede ser entendido sin las singularidades que el entorno geográfico, cultural y político les otorga.

Estamos ante un fenómeno global porque observamos situaciones similares de recomposición del sistema de partidos, crisis del modelo de representación política liberal y la emergencia de nuevos actores políticos y sociales que impugnan algunas de las consecuencias del modelo económico y social dominante, en una matriz de respuestas y propuestas políticas situadas en la extrema derecha del sistema de partidos vigente. Normalmente, la emergencia de estos nuevos actores viene impulsada por un liderazgo visible y carismático que se propone como «fuera del sistema de poder tradicional». Tal y como Brown señala (2018, p. 2) en relación con los liderazgos, se plantea el riesgo real de liderazgos antidemocráticos que erosionan elementos centrales de las sociedades liberal-democráticas: igualitarismo, pluralismo y prensa libre.

La situación actual es el resultado de diferentes variables coincidentes, pero lo que es relevante reseñar ahora es que la crisis de los sistemas políticos tiene que

---

<sup>8</sup> Para una magnífica crítica a las concepciones minimalistas de la democracia, ver la aportación de Ramón Maiz (2009, pp. 97-140).

ver con el asalto neoliberal a los sistemas democráticos. Y, en este sentido, la emergencia de la extrema derecha es una consecuencia de ese debilitamiento de los sistemas democráticos producido por el propio neoliberalismo.

Este asalto se reconoce en varias narrativas que han terminado por afectar a los fundamentos sustantivos de las democracias representativas: la división de poderes, la calidad de la representación, la confianza en la participación política como un factor de control público o cambio, la pérdida de calidad de las elecciones como mecanismo de creación de legitimidad entre los partidos elegidos, etc.

Junto a este hecho, es muy importante destacar tres cuestiones adicionales: la primera es el modo en el que la inmigración se ha constituido como un elemento central –en un contexto de incertidumbre–, que articula tanto el extrañamiento de una parte de la sociedad respecto al sistema político como el creciente temor a la pérdida de identidad de los grupos nacionales históricos y al abandono de los «modelos de vida». Por eso, entre otras razones, la apelación a la vida (idealizada) de un pasado «ordenado y previsible» goza de tanto predicamento.

La segunda cuestión es la politización de la desigualdad. La desigualdad es el fenómeno más reseñable de la crisis y la politización de la desigualdad ha servido para alimentar el rencor contra el sistema político en su conjunto.

La tercera son las cuestiones alrededor de la perspectiva de género, y cómo este asunto se ha convertido en «creadora de sentido» para esta derecha radical. Un elemento clave en el proyecto iliberal en la Europa central y oriental está siendo el familismo, una forma de biopolítica que propone la familia tradicional como fundadora de la nación y subordina la autodeterminación personal y los derechos reproductivos tanto al ideal normativo de la familia como a las demandas de reproducción de la nación (Grzebalska, 2017).

La nueva situación no puede entenderse solo ni fundamentalmente desde la «bronca de los desheredados». La coalición social del malestar es muy amplia y está formada, de manera fundamental, por las clases medias sometidas por la crisis a una situación de «privación social», una brecha entre expectativas y realidades en un contexto de desestructuración social creciente.

Algunos autores (Rodríguez-Pose, 2018; Dijkstra *et al.*, 2018) interpretan la revuelta como la respuesta a la globalización de los «lugares que no importan» y no de «la gente que no importa», dando valor al impacto del declive industrial y de los modos de vida asociados a las poblaciones. Es la suma del declive industrial, de bajos niveles de educación y de la falta de empleo y de oportunidades a nivel local. La novedad, y la sorpresa, es que la respuesta social ha venido de la mano de las papeletas electorales; ha sido una rebelión en y desde las urnas la que ha hecho visible el malestar y la reacción.

Compartimos la idea de que la emergencia de la extrema derecha no puede ser explicada desde la movilización de los sectores desfavorecidos o los famosos grupos «perdedores de la globalización». No se trata de un «voto de protesta» ni de la expresión de la desesperación de las clases populares, sino de un factor de politización a través del voto (Camus, 2015, p. 240). Esto significa que el voto de extrema derecha es, del lado de la demanda, la expresión de un nuevo marco de interpretación de la sociedad y sus conflictos. Del lado de la oferta política, los nuevos partidos de extrema derecha están proponiendo un nuevo contrato social articulado a través de varias propuestas: nacionalismo excluyente, conservadurismo social, rechazo del cosmopolitismo y papel central de la familia.



Mudde propone dejar de considerar estos fenómenos como si la derecha radical constituyera una patología en las sociedades occidentales y cuyo éxito sólo pudiera ser explicado a partir de la existencia de «condiciones extremas» (Mudde, 2010). Destaca el autor que las ideas de la derecha populista radical no son ajenas a las ideologías *mainstream* en los países occidentales ni a actitudes y comportamientos muy presentes en nuestras sociedades.

De hecho, si observamos las respuestas de los partidos de derecha *mainstream* podemos observar diferentes estrategias adaptativas a la irrupción de estos partidos: despreciativa, acomodaticia o confrontacional (Golder, 2016). Pues bien, un estudio sobre el cambio ideológico en los sistemas de partido en Europa occidental muestra la existencia «de fuertes evidencias de acomodación por parte de los partidos *mainstream* y escasa evidencia de moderación por parte de los partidos de la derecha radical» (Wagner, 2017).

La extrema derecha, en sus diferentes versiones, ha conseguido articular una amplia coalición social e ideológica. El caso de Trump es particularmente llamativo en este punto: en su victoria de 2016 participaron tanto sectores populares afectados por el derrumbe de la industria tradicional como conservadores ideologizados (votantes tradicionales de los Republicanos), neoliberales antiestado y anti-impuestos, así como sectores tradicionales de clase media, personas que votaban al Partido Demócrata y que se habían sentido concernidas por los llamados al conservadurismo moral que Trump pregona.

Su derrota en las pasadas elecciones se ha producido manteniendo, en lo esencial, esa coalición socio-política, lo que nos ayuda a entender que se trata de proyectos con vocación de continuidad y orientados a la conquista del poder. Quiero decir que hay una pretensión constituyente en el populismo de derechas. Es decir, una voluntad firme de reconstruir el sistema político en una perspectiva no liberal. En este sentido el «iliberalismo» que preconizan personajes como Trump, Orbán o Salvini es una impugnación de la democracia misma, no solo de la liberal, y un intento firme por reducir la pluralidad política y criminalizar el conflicto social y la discrepancia.

Prácticamente en todos los casos, la retórica de Trump, como ejemplo de otros fenómenos similares, se articula a partir de dos ejes centrales: en primer lugar, el desafío a la legítima autoridad del «*establishment*». Según esta perspectiva, las élites son las responsables de la situación en general y particularmente de la situación de las personas más desfavorecidas, que han sido «abandonadas» a su suerte por estas élites.

Los objetivos favoritos de esta retórica incluyen los medios de comunicación (traidores al pueblo); las elecciones (que son consideradas fraudulentas salvo que gane la persona o el partido que representa a la extrema derecha); la clase política (corrupta y vividores); los partidos políticos (disfuncionales); el funcionariado del sector público (expresión de la burocracia y del llamado «estado profundo»); la judicatura; los universitarios y la intelectualidad (arrogantes); el sector científico (¿para qué necesitamos personal experto?), etc.

Lo importante es que la descalificación de las élites no es funcional: no se les impugna por lo que hacen mal en el desempeño de su tarea, sino que se trata de una impugnación moral, lo sustantivo es que están equivocadas en su núcleo de valores y eso las inhabilita como representantes de la sociedad y del «pueblo». Es una despolitización del conflicto social al servicio de un liderazgo que daría seguridad a la

comunidad política frente a las amenazas externas e internas, inexistentes en la realidad, pero reales en la narrativa.

El segundo elemento compartido se refiere a que la única fuente legítima de autoridad moral y política proviene del pueblo. Entendido este de un modo muy poco definido y concreto. Por esta vía, nuevamente, se eliminan las «organizaciones de mediación», partidos, sindicatos, asociaciones, instituciones, etc., y se sobredimensiona el papel del liderazgo como articulador y defensor de los verdaderos valores del pueblo.

Habría que añadir que se ha enfatizado como elemento común el uso de las redes sociales y nuevos medios de comunicación *online* en el desarrollo y difusión de estas ideas, pero lo cierto es que nada de esto hubiera sido posible sin, por una parte, el desplazamiento hacia la extrema derecha de una parte de los partidos *mainstream*, que han «normalizado» los discursos confrontacionales y el lenguaje del odio; y, en segundo lugar, sin el papel jugado por algunos medios de comunicación tradicionales en ese desplazamiento del «sentido común» en el ámbito de la derecha.

Sin embargo, observamos una amplia gama de matices y de especificidades que responden a patrones culturales y políticos propios de cada país o región, o a situaciones históricas compartidas por varios países que producen similares tipos de respuesta. Estas singularidades ayudan a entender las diferencias entre las extremas derechas en Europa.

Por ejemplo, en la Europa central y oriental no podemos dejar de considerar los efectos de la transición económica y política tras el fin del socialismo real. En todos los casos se aplicaron dramáticas medidas económicas, encuadradas dentro de lo que se denominó «terapia de choque», esto es, un programa económico de reforma radical con el objetivo político de hacer irreversibles las reformas, introduciendo las normas de mercado competitivo sin transición y sin apenas medidas paliativas. Los efectos sociales de estas medidas (desempleo, pobreza) han sido ampliamente constatados y han jugado un papel muy relevante en la configuración de la respuesta política dada por estas sociedades y en la reestructuración de los sistemas políticos.

Una primera consecuencia ha sido la alta volatilidad de los sistemas de representación en estos países. El sistema de partidos ha cambiado prácticamente de elección a elección y las marcas de división entre la derecha y la izquierda se han ido difuminando. Un segundo elemento asociado al anterior es que el consenso sobre las transiciones económica y política tuvo un amplísimo respaldo político entre las fuerzas surgidas de las ruinas del viejo modelo de socialismo real. Esto quiere decir que el malestar y el desencanto por la situación y por la quiebra de expectativas se expresó, primero, como «abandono de las urnas». En estos países se dieron tasas de participación inusualmente bajas en los modelos democráticos.

La repolitización vino, por eso, de actores, discursos y propuestas que fueron, inicialmente, *outsiders* de la política. Y que articularon un programa que recogía la nostalgia por la pertenencia y sentido de comunidad propia de la tradición socialista en una versión abiertamente conservadora, con medidas sociales al servicio de una reinterpretación conservadora de la convivencia social (familista y natalista principalmente), un sentido patrimonial del Estado (la función pública para los leales) y un abierto desprecio por los equilibrios de poder propio de las democracias liberales. Mudde (2010) destaca que las tres características más importantes de la derecha radical son su nativismo, autoritarismo y populismo.

En algunos países la lucha contra la corrupción se convirtió en un importante catalizador de la movilización social y de la visibilización de partidos y movimientos minoritarios hasta ese momento.

Hay otros elementos históricos presentes en este espacio geográfico que ayudan, igualmente, a entender la centralidad del hecho nacional y que refuerzan la visión homogénea del Estado. Uno de estos elementos destacados es que, en países como Hungría, Polonia, Rumanía o Bulgaria, la construcción de la nación sigue siendo un factor político a considerar. En parte porque estos países cuentan con la presencia de importantes minorías en su territorio que movilizan los sentimientos de la nación mayoritaria en busca de una identidad reconocible.

Y no podemos dejar de señalar que, por razones migratorias, como consecuencia de los movimientos geopolíticos tras la II Guerra Mundial tras el fin del bloque socialista, algunos de estos países incluyen en su comunidad política importantes contingentes nacionales en el exterior. Este anhelo de «nación homogénea» establece importantes vasos comunicantes con otras reivindicaciones que se vinculan a la identidad nacional buscada, entre otros, el papel de la familia o la originalidad cultural del país, y todos ellos establecen límites a lo diverso y diferente.

El factor migratorio ha sido un elemento determinante para entender los cambios en esta zona de Europa (Kratsev, 2019). La enorme migración producida en esta región de Europa, posterior a 1989, despertó los miedos de la desaparición de la nación y explica, en parte, la abierta hostilidad frente a la crisis de refugiados de 2015-2016 en toda la región, incluso sabiendo que casi ningún refugiado se ha instalado en estos países. Este temor, junto a la existencia de un riesgo real de hundimiento demográfico, ayuda a entender que en sociedades envejecidas, de pequeño tamaño y étnicamente homogéneas, la repentina radicalización de los sentimientos nacionales (Kratsev, 2019, p. 65).

En este sentido, para las fuerzas iliberales de Varsovia o Budapest, la crisis migratoria ha sido la ocasión para valorizar su propia «marca» frente a una Europa que no funciona y que pretende colonizar y sustituir los modos de vida legítimos y autóctonos propios de estos países.

La articulación del tema migratorio con las propuestas programáticas antifeministas dibuja un mapa matizado en el ámbito de la extrema derecha, donde las constantes más persistentes hacen referencia a una idea homogénea de nación, la recreación de una comunidad donde los derechos individuales se subordinan a derechos colectivos. En una buena parte de las propuestas de extrema derecha la familia ocupa este lugar de ente político sujeto de derechos.

Algunas teóricas del feminismo de los países de la Europa del Este (Grzebalska, 2016; Kováts, 2018) subrayan la relación entre la lucha anti-género y otros elementos de la crisis social y política en la que los partidos de extrema derecha se inscriben. Estas autoras destacan que la democracia liberal actualmente existente tiene muy poco que ofrecer a la mayoría de la población. Mencionan el deterioro de las condiciones de vida y trabajo para una mayoría, la quiebra de las expectativas de las clases medias o, como antes mencionábamos, la evidencia de que hay lugares que han dejado de importar para los gobiernos y las élites económicas y políticas. Pero se trata también de una importante pérdida de sentido, de pertenencia y de confianza.

El incremento de la desigualdad económica ha quebrado la confianza en las reglas del juego. Tal y como señala Rodrik (2018), la confluencia de la globalización,

automatización y nuevas tecnologías digitales jugó un importante papel en la desindustrialización y en la distribución desigual de ingresos. Pero a diferencia de los otros procesos, la globalización en particular asociada a los tratados de libre comercio ha simbolizado el estigma de una competición trucada y la quiebra del contrato social de la posguerra.

Esa desconfianza creciente ha venido asociada a la evidencia de que los gobiernos nacionales se encuentran atrapados en constelaciones internacionales que limitan su capacidad de actuación. Además, la dimensión global de la economía se entiende solo a nivel mundial, con flujos financieros, económicos y comerciales que trascienden la capacidad de los estados para limitarlos, controlarlos o, siquiera sea, regularlos. De manera que la idea subyacente a los partidos mayoritarios de centro-izquierda-derecha de que «no hay alternativa a la política», que ha sido el pensamiento dominante en Europa desde finales de los 80 del pasado siglo, se ha terminado por volver contra la propia democracia liberal.

Pero tan importante como esta dimensión política de la desigualdad es la pérdida de sentido y de pertenencia que muchas sociedades han vivido y que está detrás de esta respuesta reaccionaria contra el liberalismo. El mundo dividido entre las *somewhere* (personas que pertenecen a algún lugar) y las *nowhere* (personas que no pertenecen a ningún lugar) (Goodhart, 2019); entre las que reclaman la pertenencia a un espacio geopolítico y a una identidad supuestamente asociada y aquellas que se sienten ciudadanas del mundo a través de las tecnologías de la información.

En este contexto, las autoras antes mencionadas relacionan esta reacción anti-género con otras formas de contestación y radicalización de la extrema derecha frente a la crisis de la democracia. En este sentido, el movimiento anti-género sería no tanto y no solo un problema para el feminismo, sino una amenaza para la democracia liberal, un auténtico caballo de Troya con la pretensión de producir profundas transformaciones en los sistemas políticos y sociales.

Las propuestas anti-género operan como un elemento con una poderosa capacidad de articular diferentes actores y propuestas bajo un mismo paraguas, con una pretensión abiertamente transformadora en relación con el orden actualmente existente. Esta capacidad se refiere tanto a la impugnación del orden cosmopolita neoliberal como a la pretensión de recrear una comunidad ideal en un entorno crecientemente alienante.

La impugnación de la democracia liberal, pero también de cualquier otro tipo de democracia en la que el Estado como institución reguladora pudiera jugar un papel relevante, se hace desde la defensa de un nuevo tipo de sujeto político dotado de derechos: la familia. Así, los derechos individuales solo han de ser protegidos por el estado de manera subordinada a los derechos de la familia, pues se considera que ésta tiene plenas capacidades para decidir sobre la vida de sus miembros. La impugnación del feminismo y la lucha anti-género toma este estandarte como bandera contra la «intervención del Estado» en los derechos de las familias y esto afecta a la regulación pública en la educación, en hospitales, en la justicia o casi en cualquier otro ámbito.

El género proporciona el teatro para luchar por la hegemonía en el sentido gramsciano de la expresión, facilita el encuentro de diferentes actores y permite enunciar la confrontación política en términos de ellos/nosotros. Pero es importante destacar que el género no es, necesariamente, el único y principal objetivo de estos movimientos y partidos políticos.

Diferentes estudios (Patternote, 2015; Corredor, 2019; Zacharenco, 2020) señalan a la Iglesia Católica en Europa como una institución clave para entender esta respuesta reaccionaria contra la modernidad. La Iglesia Católica ha jugado también un papel muy importante en la articulación social de un movimiento contra la llamada «ideología de género», que ha proporcionado propuestas programáticas y que ha tenido, además, una importante capacidad de articulación social.

La amplia coalición socio-política alrededor de estas propuestas ha permitido a las diferentes extremas derechas adquirir una importante notoriedad y relevancia. Esta visibilidad y capacidad de actuación política se reconoce en cuatro ámbitos que dan cuenta del modo en que las extremas derechas impactan en el proceso político.

En primer lugar, por el hecho de que introducen en el mismo nuevos tipos de actores y elementos de acción colectiva (en función de sus fortalezas y estrategias). En segundo lugar, porque incorporan nuevos procesos y vías de interacción entre los diferentes actores. En general, los partidos de extrema derecha han hecho particularmente notorio un estilo confrontacional abierto y sin complejos. En tercer lugar, porque, cuando les es posible, producen importantes cambios políticos con significación para el conjunto del régimen. En cuarto lugar, porque amplían la oferta electoral permitiendo al electorado utilizar su voto como una herramienta de intervención real en el plano político, dotando a estos partidos de un importante poder de negociación o de chantaje.

Un elemento a resaltar por lo que se refiere a la participación de las extremas derechas en el proceso político es la relación que establecen con otros actores políticos de su espacio de influencia, especialmente los partidos *mainstream* de extrema derecha.

En el estudio de Wagner y Meyer (2017), el proceso más común remite a la acomodación que los partidos de la derecha mayoritaria hacen respecto a las extremas derechas emergentes. La explicación de este desplazamiento se explica por la voluntad de los partidos mayoritarios de dificultar el desplazamiento del electorado a los nuevos partidos e impedir que sean partidos antidemocráticos los que representen algunas de las nuevas preocupaciones sociales. Pero lo cierto es que la experiencia dice que una vez los partidos de derecha mayoritarios incorporan algunas de las reivindicaciones más señaladas de la extrema derecha, no se observan diferencias respecto al contenido y modo en que estas se defienden. Y, además, se subvalora el desplazamiento hacia propuestas homogeneizadoras en todos los órdenes. De esta manera, los sistemas democráticos liberales terminan por parecerse enormemente a las democracias iliberales al estilo Orbán o Trump.

En suma, en las últimas décadas hemos asistido a una importante derechización de nuestras sociedades que se explica tanto por el lado de la demanda, los cambios tectónicos que ha vivido el conjunto del planeta; como por el lado de la oferta, la emergencia de nuevos actores políticos con capacidad para reformular los conflictos, re-politizarlos con nuevas propuestas e intentar cambiar, de este modo el sistema político en su conjunto.

En este contexto la emergencia de los partidos de extrema derecha es un fenómeno radicalmente nuevo respecto a su alcance, significación y perdurabilidad. En la consolidación de este nuevo fenómeno, la inmigración y la lucha contra la llamada «ideología de género» funciona como un poderoso aglutinante entre diferentes actores políticos y sociales. Y está contribuyendo a generar un paraguas interpretativo y programático desde el que reconstruir los sistemas políticos existentes. Las extremas derechas tienen una vocación de perdurar y condiciones



para hacerlo. En la medida en que esto sea así, necesitamos conocer mejor las razones de esa capacidad para haberse convertido en una parte significativa de la representación de la rabia contra el sistema neoliberal, pero también en un espacio de reclamación de pertenencia y sentido.

#### 4. Y a la Ciencia Política, ¿debería importarle todo esto?

El conjunto de los fenómenos descritos: globalización; emergencia y consolidación de partidos de extrema derecha como actores significativos en los sistemas de partidos; incremento de la desigualdad y sus efectos socio-políticos; crisis de la representación democrática y de la democracia misma, etc., está teniendo un enorme impacto social y produciendo cambios apreciables en nuestros sistemas constitucionales y en nuestros modelos de convivencia.

El resultado es que no podemos seguir estudiando los procesos políticos de la misma manera y con las mismas herramientas. Los cambios afectan a todos los ámbitos en los que la Ciencia Política puede pretender decir algo: el papel de la Constitución, de las instituciones, el equilibrio de poderes, la libertad de prensa, los sistemas electorales, el papel de los partidos políticos, los derechos de reunión y el derecho mismo a disentir. La cuestión de fondo, además, nos conduce a una cuestión de carácter normativo que no podemos eludir: la defensa de los sistemas democráticos.

Si la Ciencia Política vive a condición de que la salud de los sistemas democráticos esté garantizada, entonces tenemos razones sobradas para sentirnos preocupados por el futuro de nuestra disciplina.

Los últimos años han conocido un importante incremento de los estudios sobre estos fenómenos en un intento por explicarlos. A lo largo de este artículo hemos mencionado algunos de estos empeños y sus principales aportaciones. Quisiera destacar de estos estudios algunos elementos que me parecen significativos:

- a) El debate terminológico y conceptual: ¿cómo calificamos estas organizaciones y su ideología?
- b) ¿Cómo podemos explicar el éxito de estos partidos?
- c) Una cierta vocación multidisciplinar que intenta combinar aspectos económicos, institucionales, sociológicos y culturales.
- d) Propuestas para intentar abordar la crisis de legitimidad y representatividad de nuestros sistemas políticos.

Todas ellas son, no obstante, cuestiones de un importante calado teórico que precisa, también, de estudios cuantitativos que nos permitan conocer mejor las opiniones y el modo en que se construyen, de las personas que votan a partidos de extrema derecha; los sentimientos en relación con la pertenencia a una comunidad y las amenazas a esta convivencia; la evolución de la desconfianza hacia las instituciones; las razones para confiar en liderazgos autoritarios y confrontacionales.

Las sociedades se enfrentan a una situación excepcional y la versión liberal de la democracia se encuentra en crisis y cuestionada desde diferentes ámbitos. Pero, hasta ahora, la versión iliberal que surge como alternativa resulta irreconocible como democracia, a pesar de conservar algunos de sus rasgos. Si esta es la situación, la Ciencia Política no puede mantenerse al margen defendiendo una inexistente e incomprensible neutralidad. La vitalidad de la democracia es, también, la vitalidad de nuestra disciplina. En este sentido necesitamos que la Teoría Política recupere un

lugar de privilegio en nuestra disciplina con el propósito de volver a poner en valor los estudios teóricos con una vocación decidida de ofrecer herramientas para mejorar los sistemas democráticos y ayudar a limitar la consolidación de la democracia iliberal en sus distintas variantes.

Grzebalska y Peto (2017), dos de las autoras mencionadas en este trabajo, utilizan la metáfora del polípero, un tipo de hongo que ataca árboles enfermos hasta consumirlos, para referirse a la democracia iliberal. El parásito crece sobre la base de la descomposición de su anfitrión. Como el polípero, la democracia iliberal parasita la democracia existente y utiliza sus recursos para crecer. El polípero que agota las democracias y las convierte en irreconocibles ataca también a la Ciencia Política. Este es un buen momento para hacer lo posible por fortalecer ambas sobre la base de la mezcla metodológica, compromiso normativo con la democracia y la multidisciplinariedad.

## Bibliografía

- Applebaum, A. (2020). *Twilight of democracy. The failure of politics and the parting of friends*. New York: Allen Lane and Penguin Random House.
- Brown, W. (2017). Neoliberalism and the economization of rights. En P. Deutscher y C. Lafont (eds.), *Critical theory in critical times. Transforming the global political&economic order* (pp. 91-116). New York: Columbia University Press.
- Brown, W. (2018). Neoliberalism's Frankenstein. Authoritarian Freedom in Twenty-First Century Democracies. En W. Brown, P.E. Gordon, M. Pansky. *Authoritarianism. Three inquiries in critical Theory* (pp. 7-43). Chicago: The University of Chicago Press.
- Camus, J.Y. y Lebourg, N. (2015), *Les droits extrêmes en Europe*. Paris: Editions du Seuil.
- Chaves, P., De las Heras, S., Pardo, M. (2021). La extrema derecha y el antifeminismo en Europa. Informe de situación. *Espacio Público*. Recuperado de <https://espacio-publico.com/wp-content/uploads/2021/06/Informe-version-final.pdf>
- Costantino, G. (Abril, 2019). Leo Strauss y la nueva ciencia política. *Researchgate*. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/332607774\\_Leo\\_Strauss\\_y\\_la\\_nueva\\_ciencia\\_politica](https://www.researchgate.net/publication/332607774_Leo_Strauss_y_la_nueva_ciencia_politica).
- Dijkstra, L., Poelman, H. y Rodríguez-Pose, A. (2018). The geography of EU discontent. *Regional and Urban Policies Working Papers WP12/2018. Publications Office of the European Union, Luxembourg*. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/work/2018\\_02\\_geog\\_discontent.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/work/2018_02_geog_discontent.pdf)
- Duflo, E. y V. Banerjee A. (2020). *Économie utile pour des temps difficiles*. Editions Seuil, France.
- Golder, M. (2016). Far right parties in Europe. *The Annual Review of Political Science*, pp. 477-497.
- Goodhart, D. (2019). *Les deux clans. La nouvelle fracture mondiale*. Paris: Les Arenes.
- Gramsci, A. (1971). *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*. Londres: Lawrence & Wishart.
- Grzebalska, W. y Peto, A. (2018). The gendered modus operandi of the illiberal transformation in Hungary and Poland. *Women's Studies International Forum*. Volume 68, pp. 164-172. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539517300882>
- Kováts, E. (2020). Post-socialist conditions and the Orbán government's. *Gender*

- politics between 2010 and 2019 in Hungary. En G. Dietze y J. Roth (eds), *Right-wing populism and gender. European perspectives beyond 2020* (pp. 75-100). EEUU: Columbia University Press.
- Kratsev, I. y Holmes, S. (2018). *Le momen illiberal. Trump, Poutine, Xi Jinping: pourquoi l'occident a perdu la paix*. Paris: Fayard.
- Krizsan, A. y Roggeband, C. (2019). Mapping the gendered implications of democratic backsliding in the countries of the CEE Region. En A. Krizsan y C. Roggeband (eds), *Gendering Democratic Backsliding in Central and Eastern Europe. A comparative agenda* (pp. 4-30). Budapest: Central European University.
- Easton, D. (1985). Political Science in the United States: past and present. *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, 6(1), pp. 133-152.
- Laitín, D.D. (2005). ¿Adónde va la ciencia política? Reflexiones sobre la afirmación del profesor Sartori de que «la ciencia política estadounidense no va a ningún lado». *Revista Española de Ciencia Política*, 12, pp. 15-20.
- Leiras, M., Abal Medina, J. y D'Alessandro, M. (2005). La ciencia política en Argentina: el camino de la institucionalización dentro y fuera de las aulas universitarias. *Revista de Ciencia Política (Santiago de Chile)*, 25(1), pp. 76-91.
- Lewandosky, S., Ecker, U.K.H. y Cook, J. (2017). Beyond Misinformation: understanding and coping with the «post-truth» era. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 6, pp. 353-369.
- Maíz, R. (2015). Saliendo de la caverna. La Teoría Política entre *bios theoretikos* y *bios politikos*. En I. Wences (2015), *Tomando en serio la Teoría Política. Entre las herramientas del zorro y el ingenio del erizo* (pp. 97-142). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Paternotte, D. y Verloo, M. (2020). Political Science at risk in Europe. Frailness and study of power. En T. Boncour, I. Engeli y D. Garzia. (2020). *Political Science in Europe: achievements, challenges, prospects* (pp. 287-310). London: ECR Press y Rotwan & Littlefield.
- Peto, A., Köttig, M. y Bitzan, R. (eds.) (2017). *Gender and far right politics in Europe*. London: Palgrave MacMillan.
- Przeworski, Adam (2019), *Crises of democracy*. Cambridge University Press.
- Ravecca, P. (2019). Respuesta a Jerónimo Ríos Sierra y Diego Rossello. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 394-403. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5044>.
- Ríos Sierra, J. (2019). Política y Ciencia Política en América Latina o cuando el poder interfiere en la forma de producir conocimiento en la región. Comentario a Paulo Ravecca, The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 382-387. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5042>
- Ricci, D. M. (1987). *The Tragedy of Political Science: Politics, Scholarship, and Democracy*. London: Yale University Press.
- Rodríguez-Pose, A. (2018). The revenge of the places that don't matter (and what to do about it). *Cambridge Journal of Regions*, 2018/11, pp. 189-209.
- Rodrik, D. (2018). Populism and the economics of globalization. *Journal of International Business Policy*, 1(1-1), pp. 12-33.
- Rossello, D. (2019). Politizando la Ciencia Política: Paulo Ravecca y el “yo disciplinar” de la ciencia política latinoamericana. Comentario a Paulo Ravecca, The Politics of Political Science: Re-Writing Latin American Experiences. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 388-393. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5043>
- Sadurski, W. (2018), How democracies dies (in Poland): A case study of anti-constitutional backsliding. *University of Sidney. Legal Studies Research Paper n° 18/01*.
- Sartori, G. (2005). ¿Hacia donde va la Ciencia Política?. *Revista Española de Ciencia*

- Política*. 12, pp. 9-13.
- Wagner, M. y Meyer, T. M. (2017). The radical right as niche parties? The ideological landscape of Party Systems in Western Europe, 1980-2014. *Political Studies*, 65, pp. 84-107.
- Wences, I. (ed.) (2015). *Tomando en serio la Teoría Política. Entre las herramientas del zorro y el ingenio del erizo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Wences, I. (2015b). ¿Por qué debe importarnos la Teoría Política? En I. Wences, Isabel (ed.), *Tomando en serio la Teoría Política. Entre las herramientas del zorro y el ingenio del erizo* (pp. 17-62). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Zolo, D. (2007). La «tragedia» de la Ciencia Política. *Temas y debates*, 14(Dossier), pp. 51-69.

# La metamorfosis de la teoría económica bajo la hegemonía de la doctrina neoliberal: la influencia de la academia y sus consecuencias\*

The metamorphosis of economic theory under the hegemony of neoliberal doctrine: the influence of academia and its consequences

Iván González Sarro

*Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT)-Universidad de Alcalá*

ORCID ID 0000-0002-1296-4435

[ivan.gonzalezs@edu.uah.es](mailto:ivan.gonzalezs@edu.uah.es)

## Cita recomendada:

González Sarro, I. (2021). La metamorfosis de la teoría económica bajo la hegemonía de la doctrina neoliberal: la influencia de la academia y sus consecuencias. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 238-259

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6358>

Recibido / received: 05/04/2021  
Aceptado / accepted: 03/09/2021

## Resumen

En el texto se comenta el ajuste y acomodación a los fundamentos teóricos del «pensamiento único» que se ha venido produciendo en la disciplina económica, como ciencia social, durante la época de hegemonía de la doctrina neoliberal desde el año 1973. Se podría decir que los postulados del pensamiento neoliberal, de alguna manera, han colonizado a las ciencias sociales en general, y particularmente a la doctrina económica. Se explica cómo en este proceso la academia ha tenido un papel relevante, por cuanto la lógica neoliberal también de una manera progresiva se ha ido introduciendo y consolidando en el ámbito universitario –principal bastión de la academia–, adquiriendo una dimensión global. Se analizan las consecuencias de todo ello, vinculadas a la «mercantilización» de la educación superior, a la idea de la formación universitaria con una orientación meramente «profesional» y desprovista, por tanto, de cualquier inquietud

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (ON TRUST-CM)" "H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo".





transformadora, a la ausencia del pensamiento crítico y la exploración de «otros mundos posibles», entre otras.

### Palabras clave

Transformación teoría económica, doctrina neoliberal, mercantilización de la educación, pensamiento crítico, ciencias sociales.

### Abstract

*The text comments on the adjustment and accommodation to the theoretical foundations of the «single thought» that has been produced in the economic discipline, as a social science, during the hegemony of the neoliberal doctrine since 1973. It could be said that the postulates of neoliberal thought, in some way, have colonized the social sciences in general, and particularly the economic doctrine. It is explained how in this process the academy has had a relevant role, since neoliberal logic has also progressively been introduced and consolidated in the university environment –main bastion of the academy–, acquiring a global dimension. The consequences of all this are analyzed, linked to the «commodification» of higher education, to the idea of university education with a merely «professional» orientation and, therefore, devoid of any transformative concern, to the absence of critical thinking and the exploration of «other possible worlds», among others.*

### Keywords

*Transformation of economic theory, neoliberal doctrine, commercialization of education, critical thinking, social sciences*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La adaptación de la teoría económica en la era del neoliberalismo. 3. La influencia de la academia. Consecuencias. 4. Conclusiones.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

El propósito esencial de este texto es comentar el proceso de acomodación de la teoría económica a las propuestas económicas del pensamiento neoliberal, convertido en el «pensamiento único» y hegemónico después de la crisis global de 1973. Nuestra interpretación es que el paradigma del neoliberalismo contiene una concepción de las ciencias sociales, dentro de las cuales se encuadra la economía, y esta disciplina se ha ido amoldando a los planteamientos básicos neoliberales desde el año 1973. El giro ideológico que supusieron los postulados del neoliberalismo iba a tener su influencia en el ámbito de la disciplina económica. Asimismo, se tratará de explicar la influencia fundamental de la academia en este proceso, así como sus consecuencias.

Para acercarnos al tema, como antecedentes, conviene tener en cuenta que en el periodo que transcurre desde 1776, año en que el economista y filósofo escocés Adam Smith escribió su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza*

<sup>1</sup> «Buscar alternativas nunca será tarea fácil. Aún corriendo el riesgo de ser tildados como locos, retrógrados, románticos o incluso infantiles, desde situaciones precarias y de marginación, quienes todavía cuestionamos cómo las ciencias sociales pueden contribuir a construir democráticamente una sociedad democrática, ser factores para la paz sobre bases de igualdad y equidad, así como favorecer el reencuentro de los seres humanos con la Naturaleza, hemos asumido el reto» (Acosta, 2015, p. 9).

de las naciones para explicar las bases del mercado libre, y 1867, año en que Karl Marx escribió *El capital* para explicar el capitalismo como un proceso permanente, en el cual el dinero se acumula y reinvierte una y otra vez, los filósofos europeos conceptualizaron las bases de la economía moderna. Al desarrollo de la teoría económica contribuyeron, además y fundamentalmente, por una parte, Thomas Malthus con su *Ensayo Sobre el Principio de la Población*, publicado en 1798, y, por otra, David Ricardo con los *Principios de Economía Política y Tributación*, obra publicada en 1817. Estas contribuciones históricas a la economía —generadas por Smith, Ricardo, Marx y Malthus— explicaron el proceso material y el cambio social basados en la experiencia de los países europeos en la Revolución Industrial. Estos economistas clásicos son los primeros en construir un cuerpo analítico sólido para explicar el funcionamiento de la economía capitalista industrializada.

A estos cuatro filósofos se les considera como los padres de la economía moderna. Y a Adam Smith, además, se le atribuye ser el padre del liberalismo moderno por su teoría según la cual “los individuos sirven a los intereses colectivos precisamente porque se guían por sus propios intereses (*self-interest*)” (Jiménez, 2012, p. 18). Tal como explica Luis de Sebastián, el liberalismo suponía también el sometimiento de los mercados y de las relaciones económicas entre los agentes a unas leyes de funcionamiento, tan objetivas como las leyes físico-naturales, que delimitaban las posibilidades de lo que podía hacerse desde fuera con el sistema económico. Estas leyes tenían que ser conocidas como condicionantes de actuar, respetadas como normas y utilizadas para predecir los resultados de la actividad económica. Ellas ofrecían las líneas de movimiento más seguras para lograr que el sistema económico, es decir, el conjunto de mercados, productos y factores de producción, funcionase bien. Lo mejor que se podía hacer con la economía era dejar que las leyes objetivas y naturales que la regían funcionasen solas. De ahí que fuera necesario que las autoridades no impidieran, con su intervencionismo, que funcionase el mecanismo de auto-regulación del sistema económico, y la exigencia del *laissez faire, laissez passer* («dejar que las cosas sigan su curso natural») (De Sebastián, 1989, pp. 422-423). Ahora bien, conviene tener en cuenta que los principios y comportamientos económicos exaltados por Smith en *La riqueza de las Naciones* estaban enmarcados en los principios morales contenidos en su libro *Teoría de los sentimientos morales*, su otra gran obra publicada con anterioridad en 1759. Adam Smith sostenía que para que la gente pudiera vivir en sociedad, en calidad de individuos libres, debía existir un elemento perceptible de interés común, con el fin de hacer tolerable y posible la vida social (Acosta, 2015, p. 3). En realidad, podría decirse, de acuerdo con Samour, que Smith junto a estos pensadores clásicos tenían un ideal competitivo humanista «congruente con los ideales revolucionarios de la burguesía ascendente y con una concepción ética que se expresaba en la preocupación de los economistas clásicos por la suerte de las gentes o el problema social, que la revolución industrial estaba generando» (Samour, 1998, p. 603).

A finales del siglo XIX, entre los años 1873 y 1896, se produjo la primera gran crisis capitalista caracterizada por una larga depresión y deflación. Durante este periodo y hasta el estallido de la primera Guerra Mundial, en el contexto del imperialismo colonial y una economía mucho más desarrollada, surgió la teoría neoclásica. Con los neoclásicos el contenido de la economía cambió. Este ya no consistía en el análisis del comportamiento económico como un todo, sino en el estudio de los fundamentos microeconómicos de la formación de precios. A diferencia de los economistas clásicos, a los que les preocupaba «*the condition of the people*» y que no separaban la economía de la sociedad, viendo entre los dos una relación dinámica y conflictiva, con los economistas neoclásicos desapareció la preocupación por la contabilidad social de los flujos de producción, gastos e ingresos agregados, así como el análisis de los efectos de las políticas sobre estos flujos. Dicho de otro

modo, con la maduración de las ideas neoclásicas, la discusión sobre la ética en la economía, que se mantuvo a lo largo del tiempo, comenzó a debilitarse (Acosta, 2015, p. 3). Además, para los neoclásicos, a diferencia de los clásicos, el libre funcionamiento del mercado conducía al pleno empleo (Jiménez, 2012, pp. 19-20).

La segunda gran crisis del capitalismo estalló con el crac de 1929 y la ulterior Gran Depresión. Con esta grave crisis de los años treinta del siglo XX y con sus secuelas de quiebras de muchos negocios, desempleo y pobreza masiva, el panorama cambió mucho. El Estado tuvo que intervenir en la economía para impedir una catástrofe. Incluso en Estados Unidos, donde entre el final de la Gran Guerra (1919) y la crisis de 1929 la presencia del gobierno federal en la economía había sido mínima, este aumentó su papel para paliar los efectos de la crisis (De Sebastián, 1989, p. 431). En este período de crisis, en 1936, John Maynard Keynes publicó su obra *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Las ideas de Keynes eran radicalmente opuestas a las de los economistas neoclásicos. Como se ha dicho, para los neoclásicos, los mercados competitivos (en competencia perfecta) permitían una asignación óptima de los recursos; en consecuencia, no aceptaban la existencia de desempleo involuntario. El papel del Estado se veía reducido a corregir los «fallos» del mercado que se podían presentar en la economía. Para Keynes, por el contrario, la economía capitalista de libre mercado no tendía al pleno empleo. Por lo tanto, podía existir desempleo involuntario y competencia imperfecta. Para lograr un progreso económico estable y un aprovechamiento socialmente deseable o pleno de los recursos productivos, la economía capitalista debía y tenía que ser regulada por el Estado. Keynes proponía la participación activa del Estado en la consecución de objetivos nacionales, entre los que ocupaba un lugar central el pleno empleo de los trabajadores (Jiménez, 2012, p. 21).

Después de la Segunda Guerra Mundial, que, como se sabe, cambió para siempre el orden mundial, el equilibrio internacional, la vida social y económica, la política y, probablemente, la propia conciencia de la humanidad, podría decirse que se inauguró una nueva etapa del sistema planetario. Tras el triunfo aliado en 1945, la Depresión y el fascismo permanecieron en la mente de todos, de tal modo que el objetivo era cómo asegurar que la experiencia del período 1914-1945 no se repitiera nunca más. Por eso, tras la catástrofe que fueron las dos guerras mundiales, Estados Unidos y Europa llegaron a un consenso: el Estado podía y debía intervenir «para limitar la libertad del mercado en nombre del interés público». Los actores de tal consenso no eran gente que hoy consideraríamos progresista sino hombres de instinto conservador y elitista –como John Maynard Keynes, Clement Attlee, Franklin D. Roosevelt, Charles de Gaulle–, que habían sentido un genuino horror ante la inestabilidad social provocada por las guerras, y que comprendieron que el mejor modo de cancelar la posibilidad de un retorno a ese infierno era reducir la desigualdad, el desempleo y la inflación, al mismo tiempo que se mantenía un gran espacio para el mercado y las libertades públicas, todo ello bajo una estricta regulación estatal (Judt, 2010, pp. 55-56).

En este contexto, el capitalismo inició –para sorpresa de todos– la «edad de oro» –más matizadamente, se ha hablado de una «década de plata» en 1950 y una «década de oro» en 1960–, sin precedentes y tal vez anómala, de 1947-1973. Durante estos años de expansión y prosperidad, la teoría económica iba a estar dominada por *la síntesis neo-clásica*, enseñada entre otros por el premio Nobel de Economía de 1970 Paul A. Samuelson, quien introdujo al estudio de la economía a muchas generaciones de estudiantes en todo el mundo, como señala De Sebastián (1989, p. 431).

Lo cierto es que durante este periodo hubo un consenso en Occidente entre los pensadores y los responsables de tomar las decisiones, «sobre todo en los EE.UU., que marcaban la pauta de lo que los demás países del área no comunista podían hacer, o mejor dicho de lo que no podían hacer»; y ese consenso se mantuvo, teniendo todos una fe similar en el Estado activista. Por distintas razones, los políticos, los funcionarios e incluso muchos hombres de negocios occidentales estaban convencidos durante la posguerra de que la vuelta al *laissez-faire* era impensable. Determinados objetivos políticos –la contención del comunismo, el pleno empleo y la modernización de unas economías atrasadas o en decadencia– gozaban de prioridad absoluta y justificaban una intervención estatal de la máxima firmeza (Hobsbawm, 1998, pp. 275-276). Esta intervención gubernamental en la vida cotidiana parecía, pues, inevitable, quedando, por tanto, inhabilitado lo que quedaba del Estado del *laissez-faire* tras la Segunda Guerra Mundial. Las políticas presupuestarias y monetarias, basadas en la teoría económica keynesiana, por lo que generalmente se las llamó «keynesianas», fueron ampliamente aplicadas para amortiguar los ciclos económicos y asegurar un práctico pleno empleo. Por regla general, se defendía un «compromiso de clase» entre el capital y la fuerza de trabajo como garante fundamental de la paz y de la tranquilidad en el ámbito doméstico.

La fórmula de la intervención estatal funcionó, afirma Judt (2010, p. 59). Pero el consenso se rompió en el transcurso de una sola década, entre mediados de los años sesenta y mediados de los años setenta. Por un lado, como consecuencia de la brecha intergeneracional, para los jóvenes que habían nacido después de 1945, el Estado del Bienestar y sus instituciones no constituían una solución a los antiguos dilemas, simplemente eran las condiciones de vida normales. Los objetivos de la generación anterior, de reformadores, ya no eran de interés para sus sucesores; por el contrario, cada vez se percibían más como restricciones a la libertad de expresión del individuo. Se estaba en los aledaños del 68. Por otro lado, en el extremo opuesto del arco, una buena parte de la derecha conservadora –llevada por las ideas de los pensadores inmigrantes en la Escuela de Chicago desde Europa central: Ludwig von Mises (1881-1973), Friedrich von Hayek (1889-1992), Josep Schumpeter (1883-1950), Karl Popper (1902-1994) y Peter Drucker (1909-2005), que tras su experiencia con el nazismo y el comunismo consideraban, particularmente el austriaco Hayek, que la mejor manera de defender el liberalismo y una sociedad abierta era mantener al Estado alejado de la vida económica y que toda injerencia del Estado era una pendiente hacia el totalitarismo– vio en los subsidios una recompensa a la inactividad y en las empresas públicas un monumento a la ineficiencia. En definitiva, estos pensadores –estos guardianes de la fe, que creían en la ecuación «mercado libre = libertad del individuo» y, por lo tanto, condenaban toda desviación de la misma, que habían defendido la pureza del mercado durante la Gran Depresión, y siguieron condenando las políticas que hicieron de la «edad de oro» una época de prosperidad, a medida que el mundo se fue enriqueciendo y el capitalismo (más el liberalismo político) volvió a florecer a partir de la mezcla del mercado con la intervención gubernamental, y que se habían marginado a sí mismos en el próspero entorno occidental de la posguerra porque nadie les había hecho caso– se convirtieron en referencia fundamental para una generación posterior de neoliberales. Particularmente, el «hayekismo» –las proposiciones de Hayek recogidas en su clásico *Camino de servidumbre (The Road to Serfdom)*, escrito en 1944– se convirtió en una auténtica doctrina para los neoliberales. Ésta fue la grieta que dividiría la derecha entre conservadores y neoliberales.

El cambio de situación que provocó la «crisis del petróleo» iniciada en 1973 y sus consecuencias –el final de la «edad de oro» de las economías capitalistas y de los «Treinta Años Gloriosos» y la imposición de un nuevo modelo económico– hizo que las ideas neoliberales pasaran a ganar terreno.

Como se ha dicho, el objeto básico de este trabajo es comentar cómo la teoría económica, a partir de la crisis de 1973, se ha ido acomodando a los planteamientos básicos del neoliberalismo, hasta asumirlos como modelo hegemónico del capitalismo a escala global, y cómo en este proceso de adaptación la academia ha jugado un papel fundamental, analizándose las consecuencias de este proceso.

En coherencia con este planteamiento, el trabajo se organiza del siguiente modo. En el siguiente apartado, el segundo, se explica y comenta el proceso de adaptación y adopción de la doctrina económica de los postulados del neoliberalismo a partir de la crisis energética de los años setenta del siglo XX. La influencia de la academia en esta emergencia y mayor protagonismo de las ideas neoliberales en el ámbito económico es analizada en el apartado tercero, en el que, además, se comentan las consecuencias derivadas de este papel decisivo de la academia en la propagación y difusión de las ideas neoliberales, de las que también se ha imbuido la propia academia, provocando unos efectos que son analizados con cierto detalle, centrándolos en la transformación producida en las universidades así como en la educación superior. Finalmente, en el apartado cuarto de «Conclusiones» se condensan y reflejan algunas ideas concluyentes.

## 2. La adaptación de la teoría económica en la era del neoliberalismo

La crisis energética de los años setenta de siglo XX –la peor crisis económica a nivel mundial desde 1929– provocó la crisis del keynesianismo y del conjunto más o menos coherente de ideas que hacía aceptable a los diversos agentes sociales el papel que el Estado tenía en la economía, así como las medidas redistributivas y sociales (De Sebastián, 1989, p. 432).

Esta situación fue aprovechada por Milton Friedman y sus colegas monetaristas, que abogaban por desregular y someterse al libre juego de las fuerzas del mercado. Este economista impulsó una campaña ideológica conservadora de descalificación del nekeynesianismo en las altas esferas del poder en Washington y en muchos departamentos de economía de las universidades norteamericanas.

Ciertamente, al desencadenarse la crisis de 1973, las opiniones públicas y los gobiernos tardaron tiempo en aceptar el final de los «Treinta Años Gloriosos» en Europa y en Estados Unidos. Al enfrentarse con el cambio de tendencia, primero reaccionaron como si se tratara de una recesión transitoria y desarrollaron políticas de *stop and go* que no tuvieron los resultados esperados. Desestabilizados por indicadores contradictorios, los gobiernos decidieron adoptar políticas consideradas estructurales, imponiéndose la libertad del mercado, así como el monetarismo de Milton Friedman. De este modo, favorecida por la situación de crisis generalizada de los países capitalistas desarrollados consecuencia de los *shock* petrolíferos a partir de 1973 –con la aparición del fantasma de la «estanflación»– y la eclosión de la gran crisis del modelo económico de la posguerra, tras la caída del sistema de Bretton Woods, la teoría neoliberal, que había perdido terreno frente a las políticas keynesianas de redistribución del ingreso que legitimaron el intervencionismo estatal desde mediados de la década de los años treinta del siglo XX, encontró el momento y las condiciones oportunas para volver a escena, y paulatinamente ir imponiendo su dominio como la solución única para hacer frente a las crisis. Relata el historiador Tony Judt que

Con las crisis económicas de los principales países capitalistas industrializados de Occidente de los años setenta, la ideología neoliberal y los teóricos del libre mercado reaparecieron con muchísima fuerza, «vociferantes» y seguros de sí mismos, para echar la culpa de la endémica recesión económica y de sus consecuencias al «Estado



de grandes dimensiones» y al peso muerto que, mediante los impuestos y la planificación, depositaba sobre las energías y la iniciativa nacionales (2006, p. 776).

En efecto, la teoría (neo)liberal –que tras haber dominado una parte de la escena histórica del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, había conocido un período de eclipse desde mediados de la década de los años treinta, y que había aglutinado alrededor del filósofo político austríaco Friedrich von Hayek (1988-1992) y su Société du Mont-Pèlerin<sup>2</sup>, creada en 1947, a Ludwig von Mises (1881-1973), al economista Milton Friedman (1912-2006) e incluso, durante un tiempo, al filósofo Karl Popper (1902-1994), entre otros notables de la época– emergió con fuerza en los últimos años de la década de 1970, como se ha comentado, como «antídoto para las amenazas al orden social capitalista y como solución a los males del capitalismo» (Harvey, 2007, p. 25). Quizá convenga matizar, pues, que la ideología neoliberal no fue un producto de la crisis de los años setenta, sino que ya existía. Al concederse el premio Nobel de Economía, creado en el año 1969, a Friedrich von Hayek en el año 1974, se respaldó al neoliberalismo, e igualmente al otorgarlo, dos años después, a otro defensor militante del ultraliberalismo económico, Milton Friedman. Hay que tener en cuenta que, antes de 1974, este premio había sido concedido a personajes significativamente no asociados con la economía del *laissez-faire*. Sin duda, la teoría neoliberal ganó respetabilidad académica tras la concesión de los Premios Nobel de Economía a Hayek, Friedman y Allais, aunque estos premios fueran concedidos «bajo el férreo control de la élite bancaria sueca», según apunta Harvey (2007, p. 26). A partir de entonces, esta ideología neoliberal conquistó un espacio creciente, llegando a dominar ampliamente el pensamiento económico y político de las décadas siguientes.

De una manera general, podría decirse que la escuela neoliberal se apoyaba en un vasto y ecléctico cuerpo teórico que comprendía desde la teoría neoclásica –basada a su vez en la teoría cuantitativa de la moneda–, la Ley de Say, la teoría de la determinación de los precios por la interacción de la oferta y la demanda, la teoría de las ventajas comparativas, etc. La teoría neoliberal había encontrado su inspiración en las tesis económicas, políticas y filosóficas de David Hume (1711-1776), Adam Smith (1723-1790), Jean-Baptiste Say (1767-1823), e incluso a Immanuel Kant (1724-1804), como apunta Eric Toussaint (2012, p. 24). Aunque, como este mismo autor comenta y fundamenta, en los puntos esenciales, Adam Smith «se encontraba en las antípodas de aquellos que lo idolatran» (p. 27). Y es que, como explica Acosta, «la “mano invisible” fue para Smith, hombre de la Ilustración, una metáfora –la metáfora más importante de la historia económica según John Kenneth Galbraith–, no un dogma. El mercado fue un medio, no un fin teológico como lo entienden los neoliberales. A Smith le interesaba la libertad de los individuos, no de las empresas; libertad enmarcada en relaciones sociales, no en un mercado caracterizado por relaciones abstractas; cuando bien sabemos que, en realidad, es siempre una relación concreta entre personas dentro de una comunidad o entre comunidades» (Acosta, 2015, p. 3).

---

<sup>2</sup> Recuérdese que esta sociedad se fundó tras el encuentro celebrado en abril de 1947 en el *Hôtel du Parc* de la localidad de Mont-Pèlerin, cerca de Vevey, Suiza. En dicho encuentro participaron 36 economistas y filósofos de derecha de diferentes “escuelas de pensamiento”. Este encuentro fue financiado por banqueros y patronos de la industria suiza, enviando delegados tres importantes publicaciones de EE.UU. (*Fortune*, *Newsweek* y *The Reader’s Digest*). Al finalizar este encuentro se fundó la Sociedad de Mont-Pèlerin, «una especie de francmasonería neoliberal, bien organizada y consagrada a la divulgación de las tesis neoliberales, con reuniones internacionales regulares» (Anderson, 2008, p. 2). La Sociedad de Mont-Pèlerin se constituiría en un *think tank* de la contraofensiva neoliberal. Muchos de sus miembros obtuvieron el Premio Nobel de Economía (Hayek en 1974, Friedman en 1976 y Maurice Allais en 1988) (Toussaint, 2009).

Efectivamente, el liberalismo fue un producto de la Ilustración y el predicamento de las virtudes de racionalidad en libertad que impulsaron Francia, la primera potencia europea todavía en el siglo XVIII, y Gran Bretaña, que le sucedería en esta posición. El pensar y actuar por cuenta propia constituían el núcleo central de estas ideas. Y este ideal político de la dignidad y de la libertad individual –conceptos poderosos y atrayentes por sí mismos– fueron el sustrato ideológico que los teóricos del pensamiento neoliberal tomaron como pilar fundamental, considerándolos «los valores centrales de la civilización», que, en su opinión, se estaban viendo amenazados por todas las formas de intervención estatal que sustituían con valoraciones colectivas la libertad de elección de los individuos. Es decir, el factor que los ideólogos y políticos neoliberales de los años setenta y ochenta movilizaron para seducir a una base social amplia de las ventajas de un orden económico y político neoliberal fue la vieja causa de las libertades individuales. Tal vez en este punto conviene detenerse a analizar que, lógicamente, no puede criticarse al liberalismo por las libertades que propone, sino porque determinadas formas, especialmente en el ámbito económico, cercenan esta libertad que dicen defender y, sobre todo, porque impiden que llegue a la mayoría. Por eso, al definir la justicia como la participación de todos en las mismas libertades –el primer principio de la justicia dice «Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás»–, John Rawls califica al liberalismo como injusto (1971, pp. 67-68).

En suma, aunque el liberalismo surgiera en el entramado de libertades que propugnó la Ilustración, y que constituyen, bajo nuestro punto de vista, un patrimonio irrenunciable, no basta este origen para justificar los efectos negativos de su aplicación práctica y ulterior desarrollo. Y, en todo caso, se debe tener en cuenta que el liberalismo es un modelo, una construcción teórica, coherente que, como tal, puede servir para interpretar la realidad y modularla, pero que no debe confundirse con ella. Lo que sí resulta evidente, a nuestro parecer, es que en la historia de Occidente, la idea de la libertad individual se solapa de tal modo con el desarrollo del capitalismo que se llega a constituir una conexión necesaria con este orden para el sentido común. Sin duda, el neoliberalismo hizo un uso estratégico de esa conexión. Así, un programa que fuese capaz de afianzar el consenso alrededor de los valores de la libertad individual podía cubrir con una pátina de validez moral indiscutible la restauración del poder de clase en países como Gran Bretaña y Estados Unidos y aplicarse eficazmente después en otros países, como así fue.

En la vertiente más puramente económica, el planteamiento neoliberal se basó en lo que algunos llamaron el «fundamentalismo de mercado», que se apoyaba en tres pilares básicos: el mercado era infalible y no necesitaba que el Estado interfiriera con él, salvo para promoverlo; el desempleo no podía reducirse por debajo de su tasa natural; y la inflación era un fenómeno exclusivamente monetario. De este modo, se produce en estos años la vuelta triunfal de las «antiguas» teorías adaptadas a los gustos del momento. Así, el «cuantitativismo», que databa del siglo XVI, reaparece con visos de monetarismo; el liberalismo de Smith es caricaturizado considerando que cualquier acción del Estado es ilegítima; el mercado, único medio de hacer realidad la armonía entre los individuos, está adornado con todas las cualidades, pues el *laissez-faire* da paso a un orden social espontáneo o «cataláctico»<sup>3</sup>, basado en la competencia. A la práctica keynesiana basada en la demanda y el consumo, los nuevos conservadores prefieren el ahorro y la oferta que crea su propia demanda. A la inversión creadora de riqueza, oponen el beneficio, condición *sine qua non* de la salida de la crisis. Mientras Adam Smith preconizaba la asunción de las actividades

<sup>3</sup> Así es el tipo de sociedad –cataláctica–, que se organiza sobre el intercambio y que se concreta en una economía de libre mercado, según Von Hayek.

sociales cuya explotación no fuera rentable –la instrucción, la construcción de infraestructuras, etc.–, los neoliberales desconfían de los poderes públicos. Rechazando el Estado keynesiano que había instaurado las rentas de transferencia para socorrer a los más desfavorecidos, los «reaganautas», los «thatcherianos» y los «neoliberales» abogan por un Estado reducido a su mínima expresión. La frase de Henry Owen y Charles L. Schultze, principales asesores económicos del presidente Carter, «hace diez años, el Estado era considerado, en general, como un instrumento para resolver problemas, hoy, para numerosas personas, el problema es el Estado en sí mismo» («*Ten years ago government was widely viewed as an instrument to solve problems; today government is widely viewed as the problem*») (Owen y Schultze, 1976) refleja muy bien el contexto del renacimiento de las ideas liberales. Su bestia negra es el Estado providencia. Pierre Rosanvallon lo dice muy claro, «lo que está en juego es la filosofía que subyace en el Estado providencia» (1995a, p. 213).

Con el resurgimiento del neoliberalismo, se estableció una pugna entre los keynesianos y los neoliberales, ya que, como señala Rosanvallon, «retorno del liberalismo y crisis del keynesianismo son dos caras complementarias de un mismo movimiento» (1995b, p. 69). Esta confrontación no fue simplemente entre economistas profesionales, ni una búsqueda de maneras de abordar nuevos y preocupantes problemas económicos –como la «estanflación», esa combinación de estancamiento económico y aumento rápido de precios, hasta entonces desconocida–. Se trataba de una guerra entre ideologías incompatibles. Ambos bandos esgrimían argumentos económicos: los keynesianos afirmaban que los salarios altos, el pleno empleo y el Estado del Bienestar creaban la demanda del consumidor que alentaba la expansión, y que bombear más demanda en la economía era la mejor manera de afrontar las depresiones económicas. Los neoliberales aducían que la economía y la política de la «edad de oro» dificultaban –tanto al gobierno como a las empresas privadas– el control de la inflación y el recorte de los costes, que habían de hacer posible el aumento de los beneficios, que era el auténtico motor del crecimiento en una economía capitalista. En cualquier caso, sostenían, la «mano invisible»<sup>4</sup> del libre mercado de Adam Smith produciría con certeza un mayor crecimiento de la «riqueza de las naciones» y una mejor distribución posible de la riqueza y las rentas. Quizás el neoliberalismo logró imponerse porque ofreció un diagnóstico verosímil de la crisis y propuso recetas simples y terminantes en un contexto donde todo era incertidumbre.

Pero, en ambos casos, la economía racionalizaba un compromiso ideológico, una visión *a priori* de la sociedad humana, como resalta Hobsbawm (1998, p. 409). Debe tenerse en cuenta, en este contexto, que, como destaca Harvey, pese a que el neoliberalismo se presentase estrictamente como una doctrina que buscaba orientar las prácticas políticas y económicas hacia un escenario de derechos de propiedad privada indiscutibles, mercados libres y libertad individual y de comercio, sólo pudo prosperar por medio de «la construcción de una cultura populista neoliberal» y que, en este sentido

se demostró más que compatible con el impulso central llamado ‘posmodernidad’<sup>5</sup> que durante largo tiempo había permanecido latente batiendo sus alas pero que ahora

<sup>4</sup> Resulta curioso que se haya retenido comúnmente la alegoría de «la mano invisible» del mercado de Adam Smith, cuando sólo la menciona tres veces en su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776) (Visto en: Toussaint, 2012, p. 34).

<sup>5</sup> Recuérdese que fue François Lyotard con su obra *La condition postmoderne*, escrita en 1979, quien dio mayor difusión al concepto de posmodernismo, tan amplio y difícil de definir. Según él, se tiene por «postmoderna» la incredulidad con respecto a los «metarrelatos», es decir de las grandes interpretaciones generales como el socialismo, el cristianismo, la ideología del progreso, etc. En líneas generales, la calificación de “posmoderno” iba a cubrir todas las propuestas de rechazo de la tradición

podía alzar su vuelo plenamente consumado como un referente dominante tanto en el plano intelectual como cultural (2007, p. 49).

Por otro lado, parece obvio que, tal como ya se ha dicho, el neoliberalismo debió de construir su aceptación sobre la destrucción de los consensos sociales y económicos anteriores y, en particular, socavando la idea según la cual el desarrollo económico y el social debían ir aparejados. Quizás resulte útil volver a recordar que estos consensos sociales después de la Segunda Guerra Mundial supusieron la puesta en práctica durante décadas, desde el final de la Guerra hasta los primeros años de 1970, de políticas netamente alejadas del *laissez-faire*, con el compromiso entre las instituciones que dominaban el movimiento obrero (partidos y sindicatos) y la clase capitalista, expresados en acuerdos de «paz social».

Así, frente al desarrollo del Estado del Bienestar, los planteamientos neoliberales ponían énfasis en dos «virtudes» del mercado: por medio de los precios se transmitía una información valiosa a los agentes económicos, facilitando así una asignación óptima de recursos escasos. Si se dejara al mercado actuar en libertad, la mayor parte de la población en menos tiempo alcanzaría un mayor bienestar, salvo una pequeña minoría, incapaz de salir adelante por sus propias fuerzas, pero que, según von Hayek, siempre contaría con la ayuda solidaria de las personas y de las fundaciones privadas. En definitiva, para un rápido crecimiento, lo esencial era expulsar al Estado de los ámbitos económicos y sociales que no le competían. Según los apologistas del neoliberalismo, toda la economía debía quedar a cargo del omnipotente libre mercado, cuya autorregulación permitía el crecimiento de la economía, asignaba racionalmente los recursos y evitaba las crisis. Con ello, la economía dejaba de ser política y la acumulación del capital debía sujetarse a las leyes del mercado y respetar su lógica de funcionamiento. Para los panegiristas del neoliberalismo, el capitalismo de libre mercado era la expresión más elevada de la racionalidad y organización económica. Y, además era inamovible, en tanto representaba el «fin de la historia», es decir, una vez establecido el capitalismo neoliberal en todo el mundo no existía razón alguna para su desaparición. Tal como diría Francis Fukuyama, «la democracia liberal es la única aspiración política coherente que abarca las diferentes culturas y regiones del planeta» (1992, p. 26).

El principal presupuesto teórico de este sistema neoliberal se asentaba en la creencia de que si había una mínima intervención del Estado y una máxima libertad de los agentes que intervenían en la actividad económica, irremediamente se produciría el crecimiento de la economía y, a través del tiempo, esto se traduciría en el bienestar general para toda la población (Fair, 2010, p. 132). Efectivamente, una de las ideas centrales de la propuesta neoliberal era que el capitalismo desregulado constituía el mejor régimen posible por su estabilidad y eficacia, frente al intervencionismo estatal que generaba ineficiencia (Bell y López, 2007, p. 1). El Estado era «la personificación de todo lo ineficiente e ineficaz, del despilfarro, la mala calidad y la corrupción que obstaculizaban el funcionamiento equilibrado del mercado», como señala Jaime Ornelas (2012, p. 114). Por ello, el Estado debía abstenerse de intervenir en la vida económica; ante cualquier intento de hacerlo, los mercados mundiales responderían con medidas punitivas inmediatas. Y, por otro lado, según los técnicos de los organismos multilaterales y las grandes potencias mundiales, si los países menos desarrollados aplicaban sus «recetas», esto es, si privatizaban las empresas estatales, desregulaban totalmente los mercados, reducían el gasto público, equilibraban las cuentas fiscales y flexibilizaban el empleo, lograrían la llegada masiva de inversiones. Esto permitiría a sus países «insertarse en el

---

cultural progresista del siglo XX, lo que implicaba abandonar también su trasfondo de compromiso político (Lyotard, 1987).

mundo», acceder al crecimiento de sus economías y, mediante un efecto «derrame» o «cascada» –*tricking down effect*– basado en la «mano invisible» del mercado, generar un «desarrollo sustentable» que se distribuiría a todos los habitantes del planeta (Fair, 2008, p. 4).

Hay que considerar, de otra parte, que el «pensamiento económico único» se había erigido como predominante hacia mediados de los años ochenta, constituyéndose como la corriente de mayor consenso entre los sectores e instituciones financieras internacionales más influyentes. Ya en 1982

las economías keynesianas habían sido purgadas de los pasillos del FMI y del Banco Mundial y a finales de la década, la mayoría de los departamentos de economía de las universidades estadounidenses dedicadas a la investigación, que contribuyeron a formar muchos de los economistas del mundo, se habían alineado adhiriéndose en términos generales a la agenda neoliberal, que ponía el énfasis en el control de la inflación y en unas finanzas públicas saneadas, en lugar de en el pleno empleo y en las protecciones sociales, como principales objetivos de la política económica», según Harvey (2007, p. 101).

El capitalismo neoliberal se instaló entonces como la única alternativa viable, como apunta Mariana Calvento (2006, p.42); de ahí que se le bautizara con el nombre de «pensamiento único»<sup>6</sup>. Esta visión neoliberal de la realidad –este «pensamiento único»– se alzó como la única interpretación que permitía entender el mundo y la única que podía aspirar a dirigir políticamente su destino. Tal como explica Pedro Brieger, «la repetición constante del paradigma neoliberal durante este período tomó el equivalente a la demostración –aún antes de su comprobación fáctica–; con la apreciable participación de los medios masivos de difusión se fue consolidando un consenso ideológico aplastante» (2002, p. 342).

La espectacular consolidación del neoliberalismo, como una nueva ortodoxia económica reguladora de la política pública a nivel estatal en el mundo del capitalismo avanzado, se produjo en Estados Unidos y en Gran Bretaña en 1979. Ciertamente, estas nuevas ideas –esta auténtica revolución conservadora– son las que llevan al poder a Margaret Thatcher, Ronald Reagan y los liberales en Europa a partir de la década de los años ochenta. Según Eric Toussaint, «si Ronald Reagan se inspiró en Friedman, Margaret Thatcher reivindicaba la influencia de Von Hayek» (2012, p. 46). «Reaganbunismo», «Thatcherismo» ... los neologismos florecen por doquier durante este período. A uno y otro lado del Atlántico, los objetivos son idénticos: volver a la grandeza de antaño, liberar al mercado paralizado por las reglamentaciones, combatir la herencia keynesiana. Con Margaret Thatcher y Ronald Reagan, el poder se personaliza hasta el límite. Saben seducir al pueblo con sus fórmulas —«*America is back*», decía el lema de Reagan— y no dudan en neutralizar las instancias representativas. Su populismo, a menudo demagógico, oculta un monetarismo que tranquiliza a los medios económicos y financieros. La desinflación competitiva, el

<sup>6</sup> Recuérdese que el término «pensamiento único» fue acuñado por Ignacio Ramonet, director de *Le Monde Diplomatique*, (Ramonet, 1995) y «trata de construir una ideología cerrada; no remite exclusivamente a la economía sino a la representación global de una realidad que afirma, en sustancia, que el mercado es el que gobierna y el Gobierno quien administra lo que dicta el mercado» (Estefanía, 1997, p. 26) o, dicho en palabras de Ramonet, es «la traducción en términos ideológicos de pretensión universal de los intereses de un conjunto de fuerzas económicas, especialmente los del capital internacional». Lógicamente, este «pensamiento único» impone la visión del mundo de Estados Unidos y condiciona como *alteridad* cualquier otra perspectiva. Por ello, su esencia no requiere de ningún componente ideológico, pero sí de la negación de cualquier otra ideología o alternativa vital, social, cultural, política...; de ahí surge la necesidad de proferir el fin de las ideologías y el fin de la Historia (Fukuyama).



equilibrio presupuestario, la revalorización de la moneda en los mercados de cambios son sus prioridades, como explica Marc Nouschi (1996, p. 373).

Dado que, según Hayek y sus compañeros neoliberales, las raíces de la crisis estaban localizadas en el poder excesivo y nefasto de los sindicatos y, de manera más general, del movimiento obrero, que había socavado las bases de la acumulación privada con sus presiones reivindicativas sobre los salarios y con su presión parasitaria para que el Estado aumentase cada vez más los gastos sociales, el remedio, entonces, era claro: mantener un Estado fuerte en su capacidad de quebrar el poder de los sindicatos y en el control del dinero, pero limitado en lo referido a los gastos sociales y a las intervenciones económicas. La estabilidad monetaria debería ser la meta suprema de cualquier gobierno. Para eso era necesaria una disciplina presupuestaria, con la contención de gasto social y la restauración de una tasa «natural de desempleo», o sea, la creación de un ejército industrial de reserva para quebrar a los sindicatos. Además, eran imprescindibles reformas fiscales para incentivar a los agentes económicos. En otras palabras, esto significaba reducciones de impuestos sobre las ganancias más altas y sobre las rentas. De esta forma, una nueva y saludable desigualdad volvería a dinamizar las economías avanzadas, entonces afectadas por la *estagflación*, es decir estancamiento económico unido a inflación. El crecimiento retornaría cuando la estabilidad monetaria y los incentivos esenciales hubiesen sido restituidos (Anderson, 2003, pp. 11-18).

En suma, podría decirse que se inicia una nueva era en la disciplina económica, la del llamado «fundamentalismo de mercado», una «ideología eminentemente reaccionaria. Una ideología que –apoyada en la teoría económica neoclásica de las expectativas racionales, en el nuevo institucionalismo y en las versiones más radicales de la escuela de la elección racional– montó un verdadero asalto político y teórico contra el Estado y los mercados regulados», tal como señala Bresser-Pereira (2009, p. 87). Y, además, el neoliberalismo trascendió a la pura disciplina económica, convirtiéndose en un auténtico programa intelectual y político bien definido que ha prevalecido hasta nuestros días. Los planteamientos neoliberales han aterrizado e invadido instituciones, políticas públicas y formas de concebir la vida. Tal como apunta Boron, «el triunfo ideológico del neoliberalismo es el de una concepción holista de la sociedad, de su naturaleza, de sus leyes de movimiento [...] y de un modelo normativo de organización social» (2006, p. 46).

### 3. La influencia de la academia. Consecuencias

Esta emergencia de la teoría neoliberal, que supuso una transformación intelectual para Judit (2010, p.108), es enmarcada en un contexto más amplio de «contrarrevolución cultural» por Fontana (2011, p. 605). En efecto, para este historiador, este giro ideológico había venido anunciado por el memorándum –*The Powell Memo*– que Lewis Powell presentó el 23 de agosto de 1971 ante la Cámara de Comercio de Estados Unidos, donde Powell llamaba la atención acerca del riesgo que implicaba el avance de ideas contrarias al «sistema de libre empresa», proponiendo combatirlas sobre todo en el terreno de la educación, ya que, según él,

*The most disquieting voices joining the chorus of criticism come from perfectly respectable elements of society: from the college campus, the pulpit, the media, the intellectual and literary journals, the arts and sciences, and from politicians [...] political power is necessary that such power must be assiduously (sic) cultivated; and that when necessary, it must be used aggressively and with determination [...]*<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> El texto completo del memorándum de Lewis Powell «Confidential memorandum: attack on the American free enterprise system» está disponible en: [http://reclaimdemocracy.org/powell\\_memo\\_lewis/](http://reclaimdemocracy.org/powell_memo_lewis/).

Aunque este memorándum de Powell no fue la única influencia, la Cámara y los activistas corporativos tomaron su consejo en serio y comenzaron a construir un poderoso conjunto de instituciones para cambiar las actitudes y creencias a lo largo de años y décadas, y esta implicación de los empresarios y de sus organizaciones en la política se tradujo en un intento de anular todas las concesiones sociales hechas desde los años del *New Deal*. Los empresarios eran conscientes de la importancia que tenía, a largo plazo, ganar la batalla de las ideas, con el fin de legitimar su triunfo en su «asalto al poder» (Fontana, 2011, p. 606).

Por ello, en ese momento comenzaron a crearse fundaciones privadas, financiadas con donaciones con las que los empresarios mecenas conseguían, además, descuentos en sus impuestos. Estas fundaciones, que actuaban sobre todo a través de los *think tanks* que financiaban y de los periódicos, revistas, radios y televisiones que poseían o subvencionaban, se convirtieron en el arma más poderosa para difundir no sólo los principios de un liberalismo económico favorable a los intereses empresariales, sino todo un trasfondo de ideología conservadora. De esta manera, el grupo de Mont Pèlerin recabó apoyos financieros y políticos, comenzando a adquirir protagonismo las ideas neoliberales, particularmente en Estados Unidos. y Gran Bretaña, con la ayuda de varios *think-thanks* generosamente financiados –ramificaciones de la *Société du Mont-Pèlerin*, como el *Institute of Economic Affairs* en Londres y la *Heritage Foundation* en Washington– así como también, a través de su creciente influencia dentro de la Universidad, donde financiaban cátedras y proyectos de investigación, en particular en la Universidad de Chicago, donde ejercía Milton Friedman. Con el mismo propósito de defensa de las ideas neoliberales surgió la *Fondation Saint-Simon* en Francia.

En síntesis, después de las crisis energéticas, en la década de los años 80 del siglo XX, se produjo un punto de inflexión en el que el sistema económico global empezó un importante proceso de liberalización tanto de los mercados de bienes y de trabajo como financiero, apoyado por políticas económicas que requerían ser respaldadas por una justificación intelectual. La Escuela de Chicago, cuna de la escuela neoclásica, ofreció dicha justificación intelectual.

Como destaca Agengo-Calderón, en las siguientes décadas, el núcleo duro de la economía se fue desplazando a un universo cada vez más desconectado, no ya de la economía llamada real, sino incluso de la propia economía abstracta o teórica, sin llegar a resolver los problemas económicos de fondo (2020, p. 20)<sup>8</sup>. Ello provocó la práctica invisibilización de las corrientes heterodoxas de la economía, como la postkeynesiana, marxista, institucionalista, feminista o ecológica, tanto en el currículo de las facultades de Economía, como en las principales revistas de Economía. Por otro lado, los consejos y herramientas difundidas por la economía neoclásica se iban a incrustar en los procesos económicos de la vida real. Al mismo tiempo, esta visión iba a influir ampliamente en la conformación del sentido común de la sociedad, a partir

---

consulta realizada el 10 de febrero de 2021. La traducción del texto sería: «Las voces más inquietantes que unen al coro de las críticas provienen de elementos perfectamente respetables de la sociedad, desde el campus universitario, los profesores, los medios de comunicación, las revistas intelectuales y literarias, las artes y las ciencias, y los políticos, [...] el poder político debe ser asiduamente cultivado y, cuando sea necesario, debe ser utilizado agresivamente y con determinación [...]».

<sup>8</sup> Debe resaltarse, no obstante, la propuesta metodológica de Albert Hirschman, como apunta Valencia (2012), más cercana a los métodos cualitativos de las ciencias sociales que la cuantitativa de la ciencia económica, y que vendría caracterizada, entre otros rasgos, por partir de problemas reales para proponer soluciones reales (2012, p. 228). Como el propio Hirschman apuntó en sus escritos autobiográficos, el interés por los temas metodológicos le vino desde muy temprana. Ya desde sus primeros años de formación profesional, en la década de 1930, en la *École des Hautes Études Commerciales* (HEC) de París le «ayudaron a desarrollar un punto de vista propio cuando, mucho más tarde, me enfrenté a los problemas del desarrollo económico y la industrialización en Latinoamérica» (Hirschman, 1996, p. 143).

de un relato legitimador bien construido –y financiado– de ideas y significados que determinaban lo que es bueno para la economía y, por tanto, para el conjunto de la población (interpretada, además, como un todo) (Agenjo-Calderón, 2019, pp. 17-21).

Así pues, puede decirse que, sin duda, la influencia de la academia ha sido decisiva en la difusión de los planteamientos neoliberales. Y también resulta incuestionable que la propia academia se ha imbuido de los mismos.

Como influjo de este proceso, se han producido varios efectos con consecuencias graves, bajo nuestro punto de vista. Por una parte, y en primer lugar, hay que hablar de las transformaciones estructurales que se han producido, a nivel de organización, en las universidades –auténtico y principal bastión de la academia– así como en la educación superior. Entre los efectos, apunta Gill, «se incluye la importación a la vida universitaria de modelos de gestión empresarial; la reformulación de la naturaleza misma de la educación, conectada instrumentalmente con la economía y los negocios; la transformación de las y los estudiantes en consumidores y la degradación de las condiciones laborales y los salarios del personal académico». Habla Gill de una «universidad corporativa» y de «capitalismo académico» y considera que «el control de la educación superior ha sido tomado por la lógica del mercado» (2015, pp. 47-48). Señala esta autora que el neoliberalismo encontró un terreno fértil en los académicos, cuya predisposición a «trabajar duro» y «hacerlo bien» encajan perfectamente con «las exigencias neoliberales de contar con sujetos autónomos, automotivados y responsables» (p. 56).

Es decir, la academia no solo ha contribuido a propagar las ideas neoliberales, sino que también se ha imbuido de la filosofía neoliberal. Algunos llegan a plantear la expresión «la venta de la academia», puesta de manifiesto en «la organización curricular de las humanidades, que, como conjunto de disciplinas tienden cada vez más hacia el pragmatismo. El objetivo final pasa por la conversión del alumnado en consumidor, pues de ello depende que la universidad, como empresa, sea rentable». Se parte de la certeza de

una universidad que ya no sirve a los ciudadanos públicamente, sino que se configura como empresa y se rige por los principios empresariales de un sistema económico neoliberal globalizado. A grandes rasgos, se trata de una academia caracterizada por cuatro rasgos clave: la competitividad como criterio de regulación de la universidad-empresa, la flexibilidad y la responsabilidad como características intrínsecas a la «gestión» del profesor, la institucionalización de la diversidad y la atomización del trabajo, que dificulta la posibilidad de trabajar en conjunto y luchar por lo común. Esto tiene un efecto obvio en todas las disciplinas, pero especialmente en las humanidades, por los siguientes motivos: son disciplinas que van en contra de las formas de producción neoliberales (son «lentas» y autotélicas) y su desempeño es considerado no como trabajo sino como devoción por amor al arte. Esto lleva hacia la desigual recompensa de la labor humanística, a la subsecuente banalización del pensamiento crítico y al descrédito general de las humanidades, siempre dentro del pensamiento neoliberal y pese a que (o quizá debido a que) son estas las disciplinas en las que se concentra una mayor diversidad de alumnado y donde la capacidad crítica contra el sistema que las integra es más patente<sup>9</sup>.

Parece evidente, a juicio de otros, que

la concepción neoliberal de la vida humana ha penetrado en las sociedades contemporáneas, privatizando muchas de sus esferas e imponiendo su lenguaje en el

<sup>9</sup> <http://www.alcesxxi.org/home/la-venta-de-la-academia-el-neoliberalismo-contra-la-educacion-visto-a-traves-del-ambito-del-hispanismo-seminario-organizado-por-seminario-propuesto-por-irene-domingo-sancho-y-almudena-marin-cobos/>, consultado el 15 de febrero de 2021.

sentido común [...]. Se ha privatizado nuestra concepción de la educación. No se trata solamente del obvio intento de transformar la escuela pública en escuela privada, sino sobre todo de entender en automático a la educación como una «inversión» en tanto que su objetivo primordial es formar individuos para tener éxito en el mercado (Hernández, 2016, p. 425-426).

En el caso concreto de la universidad española, algunos relevantes trabajos (Pomares y Álvarez, 2020; Beloso, 2017; Gómez y Jódar, 2013) destacan el proceso de transformación producido en la universidad española, sobre todo a partir de la creación del *Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)*, asociado a la introducción y progresiva consolidación de políticas de carácter neoliberal. Estas políticas «difieren en sus formas de articulación local, pero reflejan un conjunto de tendencias dirigidas a la mercantilización del espacio público presentes en contextos y ámbitos diversos y que, por ello, han adquirido una dimensión global» (Gómez y Jódar, 2013, p. 82). Resalta Beloso, cómo

la santificación de la tecnología y el utilitarismo está favoreciendo un cambio en las universidades, tanto en orden a minusvalorar los estudios humanistas como a implantar un sistema de gestión burocrática, basado en agencias de calidad y ranking que a veces, si no se cuida debidamente el uso objetivo de los indicadores, favorece que la búsqueda del modelo universitario de excelencia se lleve a cabo dando mayor relevancia a actividades que poco tienen que ver con aquello que debería ser la misión de la universidad humanista en el siglo XXI: la formación integral del ser humano (2017, p. 17).

Particularmente relevantes, desde una posición crítica con el proceso de reforma de la universidad española, experimentada con el Plan Bolonia de adaptación al EEES, son los trabajos de Fernández y Serrano, 2009; Ferreiro, 2010; Fuentes, 2005 y 2007; Galcerán, 2003 y 2010; y Sevilla, 2010. Coinciden estos autores en su diagnóstico sobre el proceso de “reconversión empresarial” de la universidad pública española y la “mercantilización” de la enseñanza tras la implantación del EEES y el Plan Bolonia. Subrayan cómo, en efecto, el proceso de construcción del EEES ha provocado profundas transformaciones que afectan a la organización de la universidad, en el funcionamiento de la universidad y a la misión que la sociedad le encomienda en cada momento. Así, la denominada «universidad de masas», que fue construyéndose bajo el modelo de acumulación capitalista después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido sustituida, primero paulatinamente y después de la crisis de 2007-2008 a marchas forzadas, por otra en la que la rentabilidad económica de las enseñanzas universitarias, la comercialización de los resultados de la actividad investigadora y, en general, el aprovechamiento empresarial del conocimiento han pasado a detentar un protagonismo hasta ahora desconocido. En suma, coinciden estos análisis en percibir estas transformaciones como una auténtica “reconversión” de las universidades en empresas al servicio del mercado. Esta “reconversión” compromete, entre otros aspectos, el carácter público y universal de la educación, la autonomía universitaria, el pensamiento crítico y la producción desinteresada de conocimientos. Como consecuencia, la institución universitaria se desvincula cada vez más de la reflexión científica, social, humanística y ética, advierten, para priorizar los saberes que generen beneficios económicos.

De este modo, las lógicas neoliberales se han trasladado al campo universitario, generando una «tensión que toma la forma de una oposición entre un sistema universitario considerado burocrático, rígido, homogeneizador frente a una universidad supuestamente «modernizada», flexible, innovadora y competitiva» (Gómez y Jódar, 2013, p. 83). Todo ello «encarna un cambio de paradigma de perfil empresarial en doble dirección: el estudiante como cliente y la figura burocratizada del docente-dador de clases» y lleva a la «idea de una Universidad entendida como

una mera «formación profesional» despojada de cualquier inquietud transformadora del mundo» (Pomares y Álvarez, 2020, p. 185) y a «un modelo que aplica a la Universidad pública, a la enseñanza universitaria, un filtro mercantilista bajo el eje prioritario de la “rentabilidad” de un servicio público esencial» (*Ibidem*, p. 190).

Entre otros aspectos, esto ha afectado al estatus del profesorado, —el docente se ha convertido en «docente-investigador-gestor-burócrata»— a la evaluación de la investigación, etc. En este sentido, analizan Gómez y Jódar cómo el célebre sexenio de investigación, que, como se sabe, constituye un procedimiento de evaluación voluntaria del profesorado de su actividad investigadora, ha contribuido a que los profesores «se identifiquen con un juego y con unas reglas de juego», asumiéndolas como propias (Gómez y Jódar, 2013, p. 83). El *sexenio* supone una mejora en la retribución del profesor cuya evaluación resulte positiva, pero, además, *tener tramos de investigación reconocidos* se ha convertido en un requisito imprescindible para múltiples situaciones, de acuerdo con las normativas internas de diferentes universidades, como formar parte de las comisiones de valoración en los concursos de acceso a plazas del profesorado, para dirigir tesis doctorales o participar en tribunales de tesis. También supone un mérito que se valora a la hora de solicitar o formar parte de un programa de Doctorado o solicitar un proyecto de investigación. Por ello, afecta al reconocimiento y a la reputación de los profesores. Y, además, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, se establece que la actividad docente a desarrollar por el profesorado universitario se gradúa en atención a la «intensidad y excelencia» de la actividad investigadora reconocida, creándose, de este modo, un procedimiento desigual de reconocimiento y estatus entre la actividad docente y la actividad investigadora, que tiene el efecto de jerarquizar al profesorado en función del número de sexenios acumulados (Gómez y Jódar, 2013, pp. 83-84). Esto supone en la práctica que la «redefinición y valoración del profesor/a como investigador comprometido es paralela a la desacreditación del docente tradicional» y, por otro lado que «el rendimiento de cada uno/a es visibilizado y evaluado, de forma continua, como producto medible en un escenario jerarquizador y competitivo donde lo que se pone en juego es la propia imagen», produciéndose, por otra parte, «una competición generalizada dentro de los departamentos, entre departamentos, centros, institutos, universidades donde los *tramos de investigación* reconocidos son un *resultado* más que poder exhibir y con el que contar» (*Ibidem*, pp. 88-89).

Esta competición dentro de cada universidad a su vez es producto de la necesidad de las universidades de competir entre ellas a nivel nacional, europeo y global, por intentar obtener fondos para investigación y para el propio desarrollo institucional, por atraer más estudiantes y por llegar a alianzas con empresas privadas. Hay que tener en cuenta el contexto de reducción de la financiación de la Educación Superior pública, se insta a las universidades a evolucionar hacia la «sostenibilidad» con criterios de productividad donde la investigación es clave. La Comisión Europea lo dice claramente: «las universidades deben financiarse más por lo que hacen que por lo que son, centrando la financiación más en los resultados pertinentes que en los insumos, y adaptándola a la diversidad de perfiles institucionales» (Comisión Europea, 2006, pp. 8-9).

Tal vez resulte pertinente recordar aquí el planteamiento de Milton y Rose Friedman, dos de los promotores más conspicuos del neoliberalismo sobre la competencia a la que deben someterse las «empresas» educativas, pues es el único camino que permite depurar el mercado educativo haciendo que de manera permanente todas ellas se esmeren por ofrecer servicios de calidad para atraer y dejar satisfechos a sus «clientes». De ahí, que



Muchas escuelas se crearán por iniciativa de grupos no lucrativos. Otras serían montadas para conseguir beneficios. No hay modo de predecir la composición definitiva de la industria educativa: la determinará la competencia. La única previsión que puede hacerse es que sólo sobrevivirán las escuelas que satisfagan a sus clientes; del mismo modo que sólo continúan los restaurantes y bares que agradan a sus clientes. La competencia se ocuparía de ello (Friedman, 1983, pp. 235-236).

Retomando nuestro argumento, para responder a la necesidad de competir, de rendir cuentas y conseguir acreditación —ya sea individual o institucional—, la producción de conocimiento se somete a regulaciones, clasificaciones y jerarquías donde priman los indicadores de producción que tienen valor en circuitos legitimados. De ahí que se incentive la productividad investigadora, pero es necesario tener en cuenta una cuestión clave, y es que la investigación se encauza de acuerdo con determinadas lógicas. Así, la evaluación de las investigaciones no se centra en la calidad de los trabajos, sino en la de las publicaciones en que se difunden, que se avala, sobre todo, por el número de citas que acumula. Las distintas convocatorias competitivas que otorgan financiación apoyan y avalan determinadas cuestiones o temas, mientras que marginan o excluyen otros (Gómez y Jódar, 2013, p. 90). Esto provoca que muchos profesores reaccionen dando importancia a lo que se considera clave en la evaluación, eligiendo temáticas de investigación que permitan superar evaluación y tener visibilidad a la vez que reconocimiento. Dicho de otro modo, la elección de temas se somete a la lógica de la oportunidad, respondiendo a lo que demanda la investigación financiada o aquellas revistas que puedan certificar que el trabajo tiene «calidad». Todos aquellos temas que no resulten rentables desde este punto de vista se van abandonando progresivamente o se descuidan, tal es el caso de los libros, pero también determinadas formas de pensamiento y escritura más críticos, más incisivos. Señala Acosta, en este sentido, cómo

Se alientan investigaciones sin compromiso, muchas veces anodinas y hasta tautológicas. El cumplimiento de metas «académicas», medidas por las publicaciones en revistas indexadas, que no tiene que ver con la vivencia social y que inclusive pueden estar influenciadas por poderosos grupos transnacionales, por ejemplo, termina por aislar aún más a los centros universitarios de la realidad y a los mismos profesores e investigadores universitarios entre sí (Acosta, 2015, p. 7).

Debe tenerse en cuenta, además, que los temas de investigación suelen estar, por otro lado, controlados ideológicamente por los comités editoriales de los *journals* y publicaciones especializadas, quienes, en última instancia dictaminan si un artículo se publica o no.

Quizás por todo lo que se acaba de comentar, resulte muy difícil lograr que jóvenes brillantes y llenos de vocación se incorporen a la Universidad pública, y ello por una importante razón apuntada por Pomares y Álvarez: «la institución no es capaz de ofrecerles un futuro que siquiera se asemeje lejanamente, en condiciones y perspectivas, al que puede brindar una institución pública digna de serlo» (2020, p. 209).

En segundo lugar, además de esta transformación estructural comentada que se ha producido en las universidades, otra consecuencia trascendental del influjo de la academia en el proceso de difusión y adopción de las lógicas neoliberales está relacionada con la exclusión del pensamiento crítico. En este sentido, sin duda, y también es nuestra visión, como apunta Boron, «la academia —es decir, las universidades y los centros de investigación regidos por el código de la academia— ha sufrido un proceso involutivo que la ha tornado sumamente refractaria a todo

pensamiento crítico, a toda heterodoxia<sup>10</sup>) (Borón, 2006, p. 67). Y este «verdadero asalto contra el pensamiento crítico» (*ibídem*, p. 50) se traduce en un doble sentido. Por una parte, la academia parece que rechaza al intelectual, cuyo papel es el de ser la conciencia crítica de su tiempo, frente al académico, cuyo papel, en cambio, es publicar en las revistas especializadas de su área de conocimiento, reproduciendo el paradigma teórico-metodológico convencional. Para que se entienda lo que pretendemos señalar, Zygmunt Bauman y Jean Paul Sartre fueron intelectuales; Noam Chomsky es un intelectual. Samuel Huntington y Milton Friedman fueron académicos. Por otro lado, se ha eliminado de las aulas el modelo del saber, el de cuestionar y plantear alternativas. Y ello debido fundamentalmente a que la función de la docencia ha quedado reducida a la de «educar-sin cuestionar», sustrayendo a los estudiantes de sus potenciales capacidades, una de ellas sin duda la «curiosidad», además de la capacidad de construir y sistematizar pensamientos abstractos, así como el deseo de «querer saber» más allá del aprendizaje funcional de mercado, incluso de poder pensar (reflexionar). Parece que el objetivo fuera

formar tecnócratas –de perfil «bajo» de contenidos genéricos– tras el eje de la meritocracia de cariz mercantil, una suerte de molde de fábrica recortado en serie. Una concepción funcionalista de la Universidad, que educa para mantener los objetivos y el sistema del mercado que discurre estructuralmente por líneas de precariedad en todos los órdenes». Sin embargo, entendemos que la Universidad debería ser mucho más y distinto que la tarea de «educar». «Aprender/enseñar «cuestionando» es la forma de acceder al conocimiento, bajo el enriquecimiento de perspectivas que analizan realidades; es la manera de aprehender capacidades y aptitudes críticas, adoptar un espíritu crítico (Pomares y Álvarez, 2020, p. 194).

En esta situación resulta difícil pensar que se pueda estar formando en las universidades a los grandes historiadores, pensadores, filósofos, economistas, juristas, etc. del futuro. Y ello todavía resulta más grave desde el convencimiento de que el «pensamiento», y de una manera más precisa el «pensamiento crítico» es el motor de los cambios, de las transformaciones sociales y el eje del progreso. Por eso no podemos aceptar la idea de que la Universidad se conciba para adaptarse al modelo de mercado.

#### 4. Conclusiones

Con base en lo expuesto en los apartados anteriores, cabe apuntar algunas ideas-síntesis concluyentes.

Ha quedado constatado cómo la teoría económica –que fue construyéndose a partir de los planteamientos del liberalismo clásico de A. Smith y las aportaciones de los otros padres de la economía en el siglo XVIII– se ha ido transformando, ajustando y adaptando a la lógica y los postulados del neoliberalismo, que puede considerarse como la corriente económica teórica específica del capitalismo en su fase actual, desde 1973, iniciándose una nueva era en la disciplina económica, la del llamado «fundamentalismo de mercado», una ideología eminentemente reaccionaria.

El neoliberalismo no es solo una teoría económica, sino que puede considerarse todo un programa intelectual y político claramente definido, que ha impregnado y aterrizado en instituciones, políticas públicas y hasta en la forma de

<sup>10</sup> Quizás convenga matizar que, tal como indica Boron, «las persecuciones de los heterodoxos, de quienes pensaban diferente, son parte integral de la historia de las universidades. Desde Tomás de Aquino, Giordano Bruno, Copérnico, Galileo, hasta Hobbes, cuyos libros fueron quemados en el atrio de la Universidad de Oxford, el itinerario está sembrado de grandes pensadores críticos que fueron arrojados o expulsados de, o que jamás pudieron poner un pie en una universidad, como Nietzsche, Engels o Marx» (2006, pp. 71-72).

concebir la propia existencia. En el campo más concreto de las ciencias sociales, entre las cuales se engloba la economía, el impacto del neoliberalismo se ha puesto de manifiesto en el influjo de los aspectos económicos en todo el conjunto de aspectos sociales, llegándose hasta la auténtica exaltación de las cuestiones económicas. Podría decirse que los supuestos del pensamiento neoliberal que vertebran la teoría económica neoclásica han colonizado buena parte de las ciencias sociales.

En este proceso, la academia ha tenido un papel muy relevante difundiendo los principios y supuestos neoliberales a través de *think tanks* así como también, mediante su creciente influencia dentro de la Universidad, financiándose cátedras y proyectos de investigación.

La academia –es decir, las universidades y los centros de investigación regidos por el código de la academia– no solo ha contribuido a propagar las ideas neoliberales, sino que también se ha imbuido de la filosofía neoliberal. De este modo, las lógicas neoliberales se han trasladado al sistema universitario.

Las consecuencias de todo ello han estado vinculadas a la transformación de la universidad a la «racionalidad» neoliberal, a la privatización y la creciente «mercantilización» del conocimiento y de la educación pública, de una parte, y a la exclusión del pensamiento crítico, de otra.

En el caso concreto de España, tal como se ha analizado, nos encontramos con una concepción de la Universidad pública gestionada como una empresa y que también ha mercantilizado la producción científica del docente-investigador. Así, la valoración de la actividad investigadora, que se reclama «al peso», ha sido sometida a una pesada burocracia, bajo la idea de la «meritocracia mercantil» en el acceso a las figuras docentes; la unidad de medida de la calidad de la producción científica se basa en el lenguaje de «percentiles» o «cuartiles» de la revista en la que se publica y el grado de «impacto», sin entrar a valorar, por parte de las agencias evaluadoras, la calidad del contenido de lo que se publica, a lo que se une la necesidad de sufragar el coste de las propias publicaciones en muchos casos (Pomares y Álvarez, 2020, p. 193).

En cuanto a la otra consecuencia trascendental del influjo de la academia en el proceso de difusión y adopción de las lógicas neoliberales, relacionada con la exclusión del pensamiento crítico, consideramos que ampliamente analizada en el texto, abogamos por un pensamiento crítico, incisivo y radical, como el que en estos momentos tan excepcionales se requiere. Un pensamiento con una capacidad de transformar y de provocar que algo ocurra; un pensamiento que sea el eje del cambio social y el motor del desarrollo y bienestar general.

Todo ello ha provocado, según nuestro punto de vista, que la racionalidad instrumental se imponga a la racionalidad liberadora que debería inspirar la concepción de la educación superior, con todas sus implicaciones en la generación del conocimiento y en la formación de las nuevas generaciones de universitarios. El camino recorrido pone claramente de manifiesto, además del cambio en el modelo de gestión de la universidad, la transformación de las funciones que históricamente se ha atribuido a la universidad de ser la principal institución generadora, depositaria y transmisora del saber, quedando reducidas a un espacio para la enseñanza de habilidades instrumentales y la producción del conocimiento orientado a las necesidades del mercado.

Una última reflexión final: ante este estado de cosas, tal vez haya llegado el momento de volver a «repensar» o «impensar» las ciencias sociales, en palabras de Immanuel Wallerstein (1995).

## Bibliografía

- Acosta, A. (2015). Las ciencias sociales en el laberinto de la economía. *Polis* [En línea], 41, pp. 1-18.
- Agénjo-Calderón, A. (coord.) (2020). *Investigación-diagnóstico sobre la situación de la enseñanza de la Economía en el Sistema Universitario público español*. Madrid, España: Economistas sin Fronteras.
- Anderson, P. (2003). Capítulo I-Neoliberalismo un balance provisorio. En E. Sader y P. Gentili (comps.), *La trama del neoliberalismo. Mercado, crisis y exclusión social* (2ª ed.) (pp. 11-18). Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Anderson, P. (2008). Historia y lecciones del neoliberalismo, *Deslinde*, Universidad de California, Los Ángeles. Recuperado de: <https://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/08/25-7.pdf>
- Bell, J. y López, D. L. (2007). La cosecha del neoliberalismo en América Latina. *Revista electrónica FLACSO*, 2(1).
- Belloso, N. (2017). De las universidades humanísticas a las universidades modelo de excelencia. Los desafíos de una educación humanista en el siglo XXI. En F. Puy Muñoz (coord.), *La Universidad humanista en un mundo globalizado* (pp. 17-37). Madrid, España: Reus Editorial.
- Boron, A. (2006). Las ciencias sociales en la era neoliberal: entre la academia y el pensamiento crítico. *Tareas*, 122, pp. 45-73.
- Bresser-Pereira, L. C. (2009). El asalto al Estado y al mercado: neoliberalismo y teoría económica. *Nueva Sociedad*, 221, pp. 83-99.
- Brieger, P. (2002). De la década perdida a la década del mito neoliberal. En J.C. Gambina (comp.), *La globalización económico-financiera. Su impacto en América Latina* (pp. 341-355). Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Calvento, M. (2006). Fundamentos teóricos del neoliberalismo: su vinculación con las temáticas sociales y sus efectos en América Latina. *Convergencia*, 13(041), pp. 41-59.
- Comisión Europea (2006). *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Cumplir la agenda de modernización para las universidades: educación, investigación e innovación* (COM 208), 10.05.2006. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0208:FIN:es:PDF>
- De Sebastian, L. (1989). El neo-liberalismo una negación del liberalismo. *Realidad: Revista De Ciencias Sociales Y Humanidades*, 11, pp. 419-436.
- Díaz, A. F. (2008). La economía: su origen, sus motivos y la institucionalización de la enseñanza a nivel internacional, nacional y local. Siglos XVII-XX. *Rhec*, 11, pp. 73-92.
- Estefanía, J. (1997). *Contra el pensamiento único*. Madrid, España: Taurus.
- Fair, H. (2008). La globalización neoliberal: Transformaciones y efectos de un discurso hegemónico. *Kairós, Revista de Temas Sociales*, 12(21), pp. 1-18.
- Fair, H. (2010). Hacia una epistemología del neoliberalismo. *Pensar. Epistemología y Ciencias Sociales*, 5, pp. 131-150.
- Fernández, C. y Serrano, C. (2009). *El Plan Bolonia*. Madrid, España: Libros de la Catarata.
- Ferreiro, X. (2010). Mercantilización y precarización del conocimiento: el proceso de Bolonia. En VV.AA., *La Universidad en conflicto. Capturas y fugas en el mercado global del saber* (pp. 113-142). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Fontana, J. (2011). *Por el bien del Imperio. Una historia del mundo desde 1945*. Barcelona, España: Pasado y Presente.

- Friedman, M. y Friedman, R. (1983). *Libertad de elegir*. Barcelona, España: Ediciones Orbis, Biblioteca de Economía, N° 2.
- Fuentes, J. B. (2005). El espacio europeo de educación superior, o la siniestra necesidad del caos. *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, 38, pp. 303-335.
- Fuentes, J. B. (2007). Para una crítica de la idea de «flexibilidad profesional». La relación entre la historia de la psicología y de las ciencias humanas y los saberes humanísticos. *Revista de Historia de la Psicología*, 28(1), pp. 19-42.
- Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona, España: Editorial Planeta.
- Galcerán, M. (2003). El discurso oficial sobre la Universidad. *Logos. Anales del seminario de metafísica*, 36, pp. 11-32.
- Galcerán, M. (2010). La mercantilización de la universidad. *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 32(13, 2), pp. 89-106. Recuperado de: <http://www.aufop.com/aufop/revistas/indice/digital/147>.
- Gill, R. (2015). Las heridas ocultas de la universidad neoliberal. *ArXius*, 32, pp. 45-58.
- Gómez, L. y Jódar, F. (2013). Ética y política en la universidad española: la evaluación de la investigación como tecnología de la subjetividad, *Athenea Digital*, 13(1), pp. 81-98.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España: Akal.
- Hernández, L. R. (2016). Trayectoria del neoliberalismo: De la academia al espacio público, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 61(227), pp. 423-428.
- Hirschman, A. (1996). *Tendencias autosubversivas*. México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Argentina: Crítica (Grijalbo Mondadori, S.A.).
- Jiménez, F. (2012). Elementos de teoría y políticas macroeconómicas para una economía abierta. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Judt, T. (2006). *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*. Madrid, España: Taurus.
- Judt, T. (2010). *Algo va mal*. Madrid, España: Taurus.
- Liotard, J.-F. (1987). *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid, España: Ediciones Cátedra.
- Nouschi, M. (1996). *Historia del siglo XX. Todos los mundos, el mundo*. Madrid, España: Cátedra.
- Ornelas, J. (2012). Crisis general capitalista: ¿Crisis final del neoliberalismo? En Castillo, D. y Gandássegui, A., hijo, *Estados Unidos. Más allá de la crisis* (pp. 112-136). México, D.F., México: Siglo XXI Editores, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UAEM.
- Owen, H. y Schultze, Ch. L. (1976). *Setting National Priorities: The Next Ten Years*. Washington, D.C., Estados Unidos: The Brookings Institution.
- Pomares, E. y Álvarez, F. J. (2020). La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 184-213.
- Ramonet, I. (1995). El pensamiento único y los nuevos amos del mundo. En Chomsky, N. y Ramonet, I. *Cómo nos venden la moto* (pp. 55-98). Barcelona, España: Icaria.
- Rosanvallon, P. (1995a). *La Noevelle question social. Repenser l'État providence*, París, Francia: Le Seuil.
- Rosanvallon, P. (1995b). *La crisis del Estado providencia*, Madrid, España: Editorial Civitas.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Samour, H. (1998). Aspectos ideológicos del paradigma neoliberal. *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 66, pp. 603-617.



- Sevilla, C. (2010). *La fábrica del conocimiento. La Universidad-empresa en la producción flexible*. Madrid, España: El Viejo Topo.
- Toussaint, E. (11 de junio, 2009). Révolution keynésienne et contre-révolution néolibérale. *Mondialisation.ca*. Recuperado de <http://www.cadtm.org/Revolution-keynesienne-et-contre>
- Toussaint, E. (2012). *Neoliberalismo. Breve historia del infierno*. Buenos Aires, Argentina: Capital Intelectual.
- Valencia, G. D. (2012). La cuestión metodológica en Albert Hirschman. *Ensayos de Economía EdeE*, 42, pp. 223-238.
- Wallerstein, I. (1995). *Abrir las ciencias sociales*. Social Science Research Council de Nueva York. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/234805686.pdf>

# Compliance

## Compliance

Silvina Bacigalupo  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 ORCID ID 0000-0001-9619-947X  
[silvina.bacigalupo@uam.es](mailto:silvina.bacigalupo@uam.es)

### Cita recomendada:

Bacigalupo, S. (2021). Compliance. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 260-276  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6348>

Recibido / received: 15/10/2020  
 Aceptado / accepted: 20/07/2021

### Resumen

*Compliance* surge en la discusión jurídica española a partir de la incorporación al Código penal de la responsabilidad de las personas jurídicas en 2010. En 2015, además, se introduce la posibilidad de que los programas de *compliance* puedan ser una causa de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El término proviene del mundo jurídico anglosajón y se desarrolló en el marco de la autorregulación de las corporaciones privadas. Tras los escándalos políticos y financieros de los años 80' y 90', que dieron lugar a leyes que exigen a las empresas una mayor transparencia y rendición de cuentas, se consolida como herramienta de prevención de sobornos a funcionarios y políticos –caso *Watergate*–. En la actualidad, sin embargo, ha adquirido una dimensión mayor destinada no solo a la prevención de sobornos, sino a la prevención de los riesgos de la actividad empresarial y delitos que puedan ser cometidos en el marco de la actividad empresarial. Desde una perspectiva integral los programas de *compliance* son expresión de la cultura empresarial y de una cultura de la legalidad. Tras analizar los distintos aspectos jurídicos inherentes al *compliance*, se concluye que la cultura empresarial no puede existir sin tener como punto de partida el cumplimiento del Derecho.

### Palabras clave

*Compliance*, cultura empresarial, responsabilidad penal de las personas jurídicas, modelos de *compliance*, *compliance officer*, prevención de delitos, prevención de la corrupción, *compliance* en administraciones públicas.

### Abstract

*Compliance* originated in the Spanish legal discourse as result of an amendment to the Spanish Criminal Code that introduced the criminal liability of legal persons and corporations in 2010. Furthermore, in 2015, the possibility of compliance programs being caused by an exemption of the criminal liability of legal persons and corporations was introduced. The term comes from Anglo-Saxon law: Following the political and financial scandals of the 80's and 90's, laws were passed that demand more efficacy of private corporations as agencies of prevention of bribes of officials and politicians –see *Watergate*– could be detected. Currently, however, compliance has assumed a greater dimension destined not only to the prevention of bribes, but also to all crimes that could be committed in the realm of corporate activities in general and as a program of corporate culture and culture of legality. This essay analyzes different legal aspects of



*compliance and arrives at the conclusion that there cannot be any such thing as a corporate culture if not based on the adherence to the law.*

### **Keywords**

*Compliance, corporate culture, compliance and criminal liability of corporations, compliance program, compliance officer, prevention of crimes, prevention of corruption, compliance in the public sector.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Antecedentes y significado del término *compliance*. 3. *Compliance* y cultura empresarial. 4. *Criminal Compliance: Compliance* y responsabilidad de las personas jurídicas. 5. Función y elementos de un modelo o programa de *compliance*. 6. El deber de implementación de los programas de *compliance* en la empresa. 7. Función y responsabilidad del *Compliance Officer*. 8. *Compliance* y Administraciones Públicas. 9. Conclusiones y resumen.

## **1. Introducción**

El concepto *compliance* irrumpe en la discusión científico-penal española a partir de 2010 con la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal (art. 31 bis, introducido por la LO 5/2010). Sin embargo, no es hasta la reforma del Código penal español (LO 1/2015), en que la materia de *compliance* forma parte de las discusiones académicas y de debate en todos los foros especializados. En este sentido, se ha asentado como una materia inherente a la prevención de delitos en el seno de la actividad empresarial. De ahí que en la actualidad se suela precisar: «*compliance* penal». La reforma de 2015 incorporó como «causa de exención de la responsabilidad penal» de las personas jurídicas los «modelos de organización y gestión de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» (arts. 31 bis 2 y 5 CP). A pesar del término utilizado por el legislador, la terminología que se ha acuñado en la práctica es la del derecho anglosajón y se refiere a ellos como modelos o programas de *compliance*. Los *programas de cumplimiento normativo* constituyen el sistema interno de control y supervisión de la actividad empresarial mediante el cual las empresas y sus órganos se organizan para operar armónicamente con el Derecho vigente (Hauschka et al., 2010; Rotsch, 2012, p. 2). Se trata de un ámbito de exclusiva autorregulación de normas internas de prevención y disminución de riesgos penales de la actividad empresarial.

Más recientemente, también se ha comenzado a hablar incluso de «*compliance* en las Administraciones Públicas», entendiendo *compliance* como una «herramienta» para la prevención de la corrupción en la contratación pública (*vid. sobre este tema, infra* 8) (Queralt, 2016, p. 1 y ss.).

Antes de centrarnos en qué significa o qué implica el concepto *compliance* en particular para la gobernanza empresarial y el Derecho penal en la actualidad, es necesario hacer una breve recapitulación de cómo y en qué contexto aparece inicialmente la noción de *compliance*, cómo se ha llegado a instaurar el *compliance* en el marco de la actividad empresarial, cómo se encuentra recogido y qué función cumple en el Código penal y los distintos efectos que tiene en la actualidad en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## 2. Antecedentes y significado del término *compliance*

El término «*compliance*» proviene, como ya se ha dicho, del *derecho anglosajón* y significa «cumplimiento», «obediencia», «respeto», entre los primeros significados del término. En el ámbito jurídico se identifica con el «cumplimiento normativo» y desde el punto de vista de la estructura empresarial se refiere de forma más extensa a la «organización de las empresas para el desarrollo de la actividad empresarial conforme a derecho». Por regla general, se refiere de forma específica al cumplimiento de normas legales, pero también a normativa o políticas internas y estándares de buenas prácticas o de *soft law*. También encontraremos, en este contexto, el uso del término «*compliance regulatorio*» (*regulatory compliance*) (Lin, 2017, p. 159). En este sentido, *compliance* surge y se utiliza en el contexto del «marco de autorregulación» y de la libertad para decidir la organización interna de las sociedades mercantiles de Derecho privado orientada a la prevención de los riesgos provenientes de su actividad empresarial.

En sus comienzos, no obstante, no hay que dejar de tener en cuenta que el origen de *compliance* moderno se forja a inicios del siglo XX en EE.UU. con la creación de las primeras «agencias públicas de regulación». En particular, con la creación de las «Agencias Públicas de Seguridad en Estados Unidos» –p.ej. *Food and Drug Administration*, 1906, FDA<sup>1</sup>–. Es decir, surge en el ámbito del «derecho regulatorio de los primeros sistemas de supervisión pública regulada».

En el marco de la actividad empresarial en EE.UU. el término *compliance* surge vinculado al marco de las «normas de *soft law*» y, en particular, a «recomendaciones de buenas prácticas» basadas en el principio «*complain or explain*» («cumplir o explicar»). Se trata de normas o recomendaciones de «cumplimiento voluntario» que son establecidas por organismos u organizaciones gubernamentales y no gubernamentales con la finalidad de que, en el ámbito del sector privado, las empresas incorporen las recomendaciones establecidas o, en caso de no hacerlo, expliquen la razón o razones que las lleva a no seguir dichas recomendaciones. En este ámbito se trataba de la incorporación de «recomendaciones de buena gobernanza, de rendición de cuentas y de responsabilidad social corporativa (RSC)».

En los años '70 y '80 las normas de *compliance* de la actividad empresarial evolucionan en otro escenario: los sonados escándalos de corrupción política, sobornos y financiación de los partidos políticos que afectaron a importantes compañías y que alcanzaron su máxima expresión con el caso *Watergate*. Como consecuencia de aquel escándalo, se dictó en EE.UU. la *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), que incorporó requerimientos y prohibiciones para las empresas y el sector privado en materia de sobornos, libros y registros, así como, por primera vez, la figura de *compliance*, obligando a la transparencia de las cuentas anuales y prevención de la corrupción de funcionarios.

En los años '90 se evidencian nuevos riesgos de la actividad empresarial vinculados a los escándalos financieros –los casos *Enron*, *Tyco International*, *WorldCom*, *Siemens*– que dieron lugar, a su vez, a la *Sarbanes-Oxley-Act* (2002), por la que se establecen nuevas obligaciones en materia contable y se reforman las exigencias de contabilidad pública de las empresas y protección del inversionista.

<sup>1</sup> La Food and Drug Act (FDA) fue la primera norma que regulaba y establecía estándares para la protección de los consumidores, cuyo incumplimiento conllevaba sanciones y la supervisión estaba atribuida a una agencia pública de supervisión.

Los sobornos en las transacciones económicas transnacionales de las empresas y los escándalos financieros acotaron un primer escenario para el *compliance* de la actividad empresarial: corrupción y soborno de funcionarios, financiación de la política, maquillajes de la contabilidad y falta de transparencia.

Conscientes de este escenario los organismos internacionales –OCDE, UN– y supranacionales –UE– comienzan a elaborar convenios para la prevención de la corrupción. Se desarrollan el Convenio para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (OCDE 1997)<sup>2</sup>, el Convenio penal contra la corrupción (Convenio nº 173 del Consejo de Europa) (1999)<sup>3</sup>, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2004)<sup>4</sup>. En este mismo contexto, se impulsa también la *UK Bribery Act* (2010) que introduce, a su vez, la responsabilidad penal de las empresas y de sus directivos por sobornos a funcionarios extranjeros y exigencias de órganos de supervisión y control. Todas estas normas imponen a los Estados el compromiso de establecer normas para la prevención y supervisión de los riesgos de corrupción en la actividad empresarial que dieron lugar a importantes cambios legislativos en el ámbito del mercantil, administrativo y penal de la actividad empresarial.

Se puede ver como la evolución del término «*compliance*» evoluciona en relación a la actividad empresarial y la cultura jurídica de corte anglosajón con la finalidad principal dirigida al establecimiento de «mecanismos internos de control y supervisión» vinculada, inicialmente, a la prevención de la corrupción, los sobornos a funcionarios públicos y la financiación ilegal de partidos políticos.

Paralelamente, a mediados de los '90 los casos mencionados de empresas vinculadas a los escándalos contables y la crisis financiera ponen de manifiesto el escaso control que existe de los procesos de adopción de decisiones por parte de los órganos de administración de la empresa. La organización de los órganos de administración estaba regulada de forma extraordinariamente amplia, dejando un marco de autoorganización de la gestión empresarial con todo el poder de decisión y ausencia de control y supervisión de las actuaciones del mismo<sup>5</sup>. Se abre así otra exigencia: transparencia en la «gobernanza corporativa» (*corporate governance*). Ello da lugar a una importante revisión del derecho de las sociedades mercantiles y, en particular, a la incorporación de *estándares de buenas prácticas* a través de los «Códigos de buenas prácticas o Códigos de Buen Gobierno Corporativo» para las sociedades cotizadas. Es aquí donde surgen de forma patente las primeras recomendaciones de organización, supervisión y control de la actividad empresarial que, en última instancia, forma parte también de un programa de *compliance*. Los primeros informes que advertían en España esta problemática y estudiaron las medidas de buen gobierno necesarias en el marco de las sociedades cotizadas fueron los Informe de la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades (Comisión Olivencia, 1998) y el Informe de la comisión especial para la transparencia y la seguridad de los mercados financieros y

<sup>2</sup> Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados, recuperado de [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)

<sup>3</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, recuperado de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135).

<sup>4</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Viena, 2004, recuperada de [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)

<sup>5</sup> Basta hacer un repaso desde la vieja Ley de Sociedades Anónimas hasta la actual Ley de Sociedades de Capital para ver la progresiva delimitación de los deberes y obligaciones de los órganos de administración.



sociedades cotizadas (Comisión Aldama, 2003)<sup>6</sup>. En 2006 la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) incorporó el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (el llamado, Código Conthe, 2006) y, actualmente, el vigente Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2013, 2015, 2020). El CBG contiene las recomendaciones exigibles a las sociedades cotizadas, así como la exigencia de presentación de un Informe Anual de Buen gobierno –propuesto por el Informe Aldama–. Finalmente, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en 2014 convirtió en obligación legal muchas de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno, en particular, en relación a la organización del gobierno corporativo –estructura del consejo de administración, comisiones delegadas, distinción de los deberes de supervisión, etc., arts. 212 ss. LSC–, los deberes de administradores –deberes de lealtad, diligencia, secreto, etc., arts. 225 y ss. LSC– y, sobre todo, para las cotizadas los deberes indelegables del Consejo de administración, entre los que se incluye la determinación de la política de control y gestión de riesgos (art. 529 ter b) LSC) o la política de responsabilidad social corporativa (art. 529 ter a) LSC).

Finalmente, en el ordenamiento jurídico español se introduce o, mejor dicho, se menciona de forma expresa, como hemos señalado, a partir de la reforma del Código penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) al incluirlo el legislador como una «causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas». El Código penal se refiere a los programas de *compliance* con la denominación de «modelos de organización y gestión de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» (art. 31 bis 2, 1º, y 5 CP). Es decir, los programas de cumplimiento se introducen de forma expresa en un ámbito muy concreto y delimitado referido a «medidas de prevención de delitos en el ámbito de las empresas y otras personas jurídicas» (de acuerdo con el art. 35 Código civil, entre otras, asociaciones, fundaciones, partidos políticos y sindicatos). Sin embargo, con anterioridad ya existía normativa sectorial –en el ámbito del sector financiero, bancario y del mercado de valores– que establecían normas expresas de organización para la supervisión de riesgos de la actividad empresarial en relación con una determinada actividad de negocio<sup>7</sup> (*vid. infra*).

En la actualidad, se puede decir que la institución de la figura de *compliance* ha sido consecuencia, al menos, de dos causas: en primer lugar, de la ausencia o escasa existencia de normas reguladoras de la organización interna de las corporaciones privadas y, en segundo lugar, también de la insuficiencia de recursos gubernamentales para un adecuado modelo de supervisión pública de los riesgos de la actividad empresarial centralizada. Como consecuencia de ello los «modelos de supervisión» se han visto «privatizados», en el sentido, de trasladar a los particulares y a las empresas un «deber de autorregulación» de la supervisión y control del

<sup>6</sup> Véase toda la documentación, referencias legislativas e Informes de Buen Gobierno, en: [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) y <https://www.cnmv.es/portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx>

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Circular CNMV nº 6/2009, de 9 diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectivas y sociedades de inversión, Circular CNMV nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de entidades que prestan servicios de inversión, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, 24 febrero 2015, Principio 21: «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del Consejo de administración», RD 304/2014, de 5 de mayo, Reglamento de la Ley 10/2010 de Prevención de blanqueo de capitales (Cap. IV: procedimientos de control, análisis de riesgos, contenido mínimo del Manual de prevención, órganos y medidas de control, obligaciones de formación de empleados y directivos), o la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

cumplimiento normativo y prevención de incumplimiento, llevando el cumplimiento normativo más allá del ámbito de la propia función de la supervisión pública<sup>8</sup>.

Todo este recorrido permite ver, en primer lugar, que la noción de *compliance* surge en el contexto de sociedades mercantiles de «derecho privado imponiendo», en el marco de su libertad de autorregulación, exigencias de «control y supervisión de los riesgos derivados de su actividad»; y, en segundo lugar, surge como consecuencia de la necesidad de exigir a las sociedades mercantiles «mayores estándares de organización interna» de los órganos de administración y adopción de decisiones para poder detectar eventuales riesgos de corrupción y lograr una mayor transparencia de la gestión –caso *Watergate*–. En tercer lugar, las exigencias de *compliance* se refuerzan como consecuencia de los fraudes financieros y la crisis económica y financiera –casos *Enron*, *Parmalat*, *Tyco International*, *WorldCom*, *Siemens*, *Lehman Brothers*, *Subprime* etc.– y pasa de ser, en una primera instancia, un conjunto de normas de *soft law* de buen gobierno corporativo –Códigos de Buen gobierno corporativo– para convertirse rápidamente en «normas legales de obligado cumplimiento» para la gobernanza de las sociedades, deberes legales de supervisión y controles internos de riesgos en el marco de la actividad empresarial que abarcan en la actualidad deberes y riesgos desde el Derecho mercantil, Derecho tributario, Derecho laboral, Derecho administrativo hasta llegar al Derecho penal.

Es escenario de riesgos de la actividad empresarial y la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas coloca al *compliance* y a la «cultura empresarial de los negocios» como pilares esenciales de la organización y de la gobernanza corporativa (Bacigalupo, 2011, pp. 17 y ss.)<sup>9</sup>.

### 3. *Compliance* y cultura empresarial

El ámbito de *compliance* no solo debe circunscribirse al cumplimiento normativo para la prevención de riesgos de gobernanza y de delitos, como actualmente se ha consolidado. Teniendo en cuenta el complejo escenario normativo de *soft* y *hard law*, *compliance* debe ser entendido de forma integral y transversal como un «paraguas» de la organización empresarial: constituye el marco de referencia de la «cultura de valores» de una empresa –cultura empresarial– (Schein, 1986, pp. 677 y ss.). En este sentido, resulta evidente que no hay ninguna cultura que pueda fundamentarse en el incumplimiento legal, por lo que el «cumplimiento normativo debe ser la base de toda cultura empresarial».

En la literatura anglosajona se define «cultura empresarial» de forma amplia como «un activo intangible cuya función es facilitar la gestión de las contingencias imprevistas» (Kreps, 1990, pp. 90 y ss.) e incluye «las asunciones, valores y creencias comunes a los que forman la empresa y que ayudan a los empleados a saber qué tienen que hacer» (Schein, 1986, pp. 677 y ss.) cuando dichas contingencias imprevistas acaecen.

La cultura empresarial se constituye, en definitiva, sobre los valores con los que una empresa se relaciona con el mundo circundante, por un lado, con sus

<sup>8</sup> En este sentido, un claro ejemplo son las normas de prevención del blanqueo de capitales que han trasladado a los particulares (a entidades bancarias, a los abogados, a los notarios, a los intermediarios financieros, etc.) el control y la supervisión de actividades sospechosas de blanqueo de capitales; dichos sujetos obligados son los que deben hacer la primera supervisión y trasladar a las autoridades públicas actividades sospechosas.

<sup>9</sup> Cfr. Alfaro (2016).

*stakeholders* (Grennan, 2019), pero, sobre todo, supone la «definición de la empresa como sujeto y su relación con la sociedad en su conjunto»<sup>10</sup>.

Se puede apreciar cómo no es solo una cuestión de «cultura, principios o valores», sino que ha de traducirse en pautas de actuación que puedan guiar el correcto proceder en la actividad empresarial. De aquí que podamos extraer al menos dos consecuencias: a) desde un punto de vista legal, *compliance* no solo es prevención de riesgos penales, sino cumplimiento y prevención de todas las normas civiles, administrativas y sectoriales que rigen la actividad empresarial y de obligado cumplimiento según la actividad de cada empresa, y b) desde un punto de vista de cultura empresarial la empresa podrá incorporar cuantas normas de *soft law* considere parte determinar «sus valores de actuación»: aquí entrarían todo el conjunto de recomendaciones de organismos gubernamentales y no gubernamentales, organismos internacionales, etc. –recomendaciones de UN, OCDE, *Transparency International*, etc.–

En este sentido, el cumplimiento del Derecho es el marco y el techo de las exigencias legales y, por tanto, no pueden existir más consecuencias sancionadoras que las dispuestas en las normas jurídicas y que se deriven del incumplimiento de las mismas (art. 25 CE). El incumplimiento de normas de *soft law*, autoimpuestas como cultura empresarial, solo podrá tener las consecuencias que se les depare en un «código de conducta» –o código ético– de forma expresa y enmarcadas, en todo caso, en el ámbito de las sanciones posibles que permita el Derecho laboral. Sin duda que el incumplimiento de las normas autoimpuestas tendrá repercusiones reputacionales en el mercado y en los inversores. Dicho con otras palabras, a los efectos normativos los valores de la cultura empresarial deben ser traducidos a «normas de conducta» concretas recogidas en el código de conducta/ético, como norma fundamental de la actividad empresarial basada en valores y las sanciones por su incumplimiento solo podrá estar enmarcado en el contexto de las sanciones posibles de las infracciones al derecho laboral –fundamentalmente, infracción del deber de buena fe contractual–. En este sentido, el código de conducta o código ético de una empresa es el instrumento normativo en el que se plasma la cultura empresarial basada en valores y los principios rectores de la empresa como sujeto.

En este sentido, las empresas tienden a incorporar a sus códigos de conducta los más altos estándares de buenas prácticas estableciendo severas exigencias que de no estar formuladas con precisión, dejando claro la conducta exigida a los destinatarios de las normas, pueden llegar a dificultar el correcto cumplimiento del comportamiento empresarial esperado. Incluso, se puede apreciar que cuanto más alto sea el estándar de diligencia que se fije la propia empresa, ésta podría llegar a incurrir en autorregularse en riesgos penales (Kuhlen, 2009, p. 11 y pp. 26 y ss.; Hauschka y Greeve, 2007, p. 165).

Una cultura empresarial basada en el cumplimiento normativo cumple con los valores de una sociedad, pues implican el respeto de las normas constitucionales, de las normas que limitan los comportamientos que la sociedad no tolera –es decir, las conductas previstas como delitos en el Código penal–, de las normas que rigen el mercado y la libre competencia en el mercado, de las normas que protegen a los trabajadores y a los consumidores, y así podríamos seguir con todas las normas legítimamente emanadas de las instituciones que en definitiva son el marco de los

<sup>10</sup> Confr. extensamente sobre la configuración del sujeto Bacigalupo, S. (1998, pp. 103 y ss. [Capítulo II: «La idea de sociedad y el concepto del sujeto en la sociología y la ética material como fundamento de la dogmática»]; Luhmann, 1995, pp. 124 y ss.).

valores de una sociedad en la que impera el Estado de Derecho (Bacigalupo, 2011, pp. 18 y ss.).

En resumen, «cultura empresarial es o debe ser, ante todo, cultura de la legalidad».

Desde esta perspectiva un «programa de cumplimiento normativo» debe incluir el respeto de las normas jurídicas y la definición de los valores de la actividad empresarial que pueden incorporar el amplio elenco existente de normas de voluntario cumplimiento como compromiso de una actividad empresarial basada en los máximos estándares de buen gobierno corporativo.

#### 4. *Criminal Compliance: Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como hemos adelantado en la introducción, tras la reforma del Código penal (LO 1/2015, de marzo), se incorporan los «modelos de organización y gestión» inspirados en los modelos de *compliance* estadounidenses como una «causa de exención de la responsabilidad penal» –véase, regulación general de las causas que eximen de la responsabilidad criminal, Libro I, Capítulo II, arts. 19-20 CP–. De acuerdo con lo dispuesto en el Código penal, los «modelos de organización y gestión» para poder ser una causa eximente de la responsabilidad penal deben incluir «medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (art. 31 bis 2. 1ª CP) y deben establecer un «órgano en la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención» (art. 31 bis 2. 2ª CP). Por último, señala el Código penal que éstos podrán tener el efecto eximente «siempre que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano» (art. 31 bis 2. 4ª) o los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención (art. 31 bis 2, 3ª CP).

Es preciso señalar y dejar claro que el Código penal no impone a las empresas una obligación legal de implementar un modelo de prevención de delitos. Solo establece las condiciones bajo las cuales, llegado el caso, las personas jurídicas podrían quedar exentas de responsabilidad penal. Por lo tanto, no establece ninguna posición de garante de los miembros del consejo de administración para implementar estos modelos de prevención de delitos. Por el contrario, los deberes de los miembros de un consejo de administración se encuentran dispuestos en los arts. 225 y ss. de la LSC. Son estos deberes de los administradores dispuestos en la LSC los que configuran la «posición garante» del órgano de administración y, por tanto, pudieran dar lugar a la responsabilidad de los administradores por omisión de la implementación de los programas de *compliance* si llegara a producirse algún delito en el marco de la actividad empresarial (art. 11 CP) (Bacigalupo, 2011, pp. 45 y ss.; Ruiz de Lara et al., 2018, pp. 22 y ss.). Por lo tanto, la eventual falta de implementación de los modelos de prevención de riesgos por parte del Consejo de administración podría llegar a producir un delito de administración desleal (art. 252 CP) si, como consecuencia de un delito imputable a la empresa, se derivara algún perjuicio para el patrimonio social. Dicho con otras palabras: el Código penal no establece el deber de implementación de estos modelos, pero si su falta de implementación llegara a producir un perjuicio económico a la sociedad no habría que excluir que el órgano de administración pudiera haber cometido un delito de administración desleal. Por lo tanto, en aras al cumplimiento del deber de diligencia (art. 225 LSC) y la posición de garante que éste genera para todo administrador de velar por la evitación de riesgos

a la sociedad, una actuación diligente de los administradores es adoptar los modelos de prevención de riesgos penales (*vid.* más extensamente *infra*, 7).

Los modelos de prevención del art. 31 bis del CP solo están contemplados como causa eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que como tal no eximen de responsabilidad a la persona física que actuó. Se trata de poder constar hasta qué punto un programa de organización y control de riesgos ha sido capaz de «reducir» la concreción de los riesgos penales y ello pueda servir de causa de exención o reducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica (Bock, 2009, pp. 68 y ss.).

En este contexto, *compliance* adquiere una dimensión y peculiaridades específicas que permite, sin duda, concretar su sentido y contenido conceptual como *Criminal Compliance* (Rotsch, 2012, p. 2). No obstante, aún son escasos los trabajos académicos que han abordado de forma pormenorizada qué supone el fenómeno del *compliance* desde un punto de vista político-criminal y dogmático (Bock, 2011).

## 5. Función y elementos de un modelo/programa de *compliance*

Un programa de *compliance* o modelo de gestión y prevención de riesgos penales, como su propio nombre indica, tiene la finalidad de prevenir y disminuir de forma considerable la posibilidad de comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial.

Para poder cumplir con dicho objetivo un programa de cumplimiento consta de cuatro elementos esenciales a las que el Código penal hace referencia en su art. 31 bis 5: medidas de prevención, medidas de detección, medidas de reacción y medidas de seguimiento. A su vez, cada una de estas fases se componen de diversos «elementos» (Bacigalupo, 2011, *passim*; Kuhlen et al., 2013, *passim*; de forma extensa, Aguilera Gordillo, 2018, pp. 257 y ss.):

Fase 1: Prevención. Poder prevenir los riesgos de la actividad empresarial requiere conocer los riesgos de la propia actividad empresarial. Por ello, se requiere como primera actividad la necesaria elaboración de un «mapa de riesgos» (art. 31 bis 5. 1ª CP). La identificación y el análisis de los riesgos penales de la actividad empresarial permitirá establecer las medidas necesarias y previsibles que pudieran eliminar o disminuir considerablemente dichos riesgos. El establecimiento de las medidas tendentes a la reducción de los riesgos penales, se deben establecer por escrito en los llamados «protocolos internos» o políticas internas que determinen en la estructura empresarial los distintos roles –o puestos–, las distintas funciones y mecanismos de toma de decisiones, los deberes de control, supervisión e información, etc. (art. 31 bis 5. 2ª). Estos son los dos elementos principales de la una estructura de prevención –análisis de riesgos y medidas de prevención–, pero para ser eficaces requieren ser conocidas por todos los empleados, que éstos hayan recibido la correcta formación para saber detectar los riesgos y cumplir de forma adecuada con los deberes de control y supervisión.

En resumidas cuentas, la fase de prevención consta de: mapa de riesgos –matriz de riesgos– de la actividad empresarial, protocolos internos –código de conducta, protocolos de políticas internas y procedimientos–, integración de los procesos, centralización de la función del *compliance officer* –supervisión y control–.

Fase 2: Detección. La fase de detección es la fase en que se deben llevar a cabo los deberes de control y supervisión del correcto funcionamiento de los protocolos internos. Para poder realizar la esta función es necesario disponer de



adecuados canales de comunicación entre el *compliance officer* y los demás empleados en la empresa. Entre otros medios, se entiende que es necesario contar con los denominados «canales de denuncias internas» –*whistleblower* (Bacigalupo, 2021, p. 163 y ss.)– a fin de facilitar el conocimiento por parte del *compliance officer* de las eventuales infracciones de los protocolos que se puedan cometer por los empleados y directivos. Asimismo, para la prevención de determinados delitos, como, por ejemplo, los de corrupción en los negocios, se considera que es esencial contar un canal de denuncias externo. Se discute en la actualidad si las denuncias deben ser anónimas o si es suficiente con que éstas sean confidenciales. La denuncia anónima tiene un principal problema práctico a efectos del eventual procedimiento penal que pudiera dar lugar un incumplimiento, la ausencia de un testigo principal. Por otro lado, las denuncias anónimas pueden ser un medio que propicie denuncias falsas o basadas en sospechas no acreditables. La virtud fundamental que ven los partidarios de las denuncias anónimas basadas en el modelo anglosajón es la posibilidad que brinda el anonimato para proteger a los denunciantes de eventuales represalias internas en el lugar de trabajo. La denuncia confidencial, en principio, debería poder garantizar el anonimato inicial del denunciante, si se establecen adecuadamente los mecanismos de protección. La doctrina mayoritaria y las propuestas legislativas, tanto a nivel nacional como europeo e internacional, así como las recomendaciones de las organizaciones internacionales, abogan por las denuncias anónimas basadas en el modelo anglosajón. En todo caso, es preciso señalar que la recepción de una denuncia, aún en un modelo de denuncias confidenciales, no implica que ésta no se pueda investigar. Al contrario, sería suficiente como *notitia criminis* y permitiría, de ser verosímil, iniciar al menos unas primeras diligencias de investigación. Sean anónimas o confidenciales las denuncias internas, en todo caso, la empresa debe garantizarse la no existencia de represalia alguna como consecuencia de que un trabajador haya interpuesto una denuncia.

Fase 3: Reacción. Una vez detectado un incumplimiento o infracción del código de conducta o de los protocolos internos o recibida una denuncia, el departamento de *compliance* debe iniciar una investigación interna a fin de valorar y resolver la infracción. Como toda investigación de una infracción, también las investigaciones internas, están sometidas al cumplimiento de los derechos de los trabajadores, a las garantías constitucionales de todo procedimiento sancionador –a la presunción de inocencia, derecho de defensa, procedimiento contradictorio, principio de culpabilidad e *in dubio pro reo*, etc.–. Una vez concluida la investigación interna y en caso de poderse afirmar la existencia de una infracción, es necesario que tal infracción conlleve una consecuencia disciplinaria. El sistema disciplinario en las relaciones laborales está expresamente previsto en la legislación laboral –Estatuto de los Trabajadores, convenios colectivos, etc.–. Por lo tanto, en este contexto no se trata de que cada empresa tenga un sistema disciplinario autónomo, sino que haga aplicar las normas sancionadoras previstas en la legislación. En esta misma fase muchas veces pudiera aflorar que los controles de prevención establecidos no han sido suficiente y/o deberían ser reforzados. Por lo tanto, permite revisar y actualizar las medidas de prevención.

Fase 4: Seguimiento. Por último, el cuarto y último pilar de un programa de *compliance* es el seguimiento, verificación y actualización del programa de prevención. Un programa de cumplimiento no es estático, sino que requiere de actualización permanente. El Código penal ofrece los «criterios esenciales para la verificación» periódica y/o eventual modificación de los procesos de control (art. 31 bis 5. 6º CP): cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de las disposiciones del programa, cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada. El hecho de que no se hayan puesto de manifiesto casos de infracción no debe llevar a la errónea conclusión de

que el programa funciona. Puede ser que los controles no sean lo suficientemente rigurosos y, por ello, no permitan detectar fallos. De ahí que la revisión y seguimiento es un proceso constante. La Circular de la FGE 1/2016, incluso, indica que lo razonable es una revisión experta externa cada mínimo dos años. Tomo como referencia las normas de auditorías.

Por último, conviene tener presente que un «programa de *compliance*» no es ni puede ser un programa estándar, ni siquiera en cuanto a una misma actividad –así también, lo señalan correctamente las Circulares de la FGE 1/2010 y 1/2016–. Lo único estándar –al menos de momento y con el estado de conocimiento actual– es la «metodología» –es decir, las cuatro fases: prevención, detección, reacción, seguimiento– y los «indicadores de riesgos generales de carácter sectorial» recogidos en la legislación sectorial, como, por ejemplo, la referente a la prevención del blanqueo de capitales. A partir de ahí, el modelo de prevención de riesgos depende esencialmente de la actividad empresarial concreta que desarrolle en el sector, del tamaño de la corporación, de su estructura orgánica, de los distintos procesos internos, entre otros. Ello implica, además, que no se trate una mera labor de auditoría de procesos internos de la empresa, sino de un diseño jurídico –con especial énfasis en los aspectos jurídico-penales en cuanto a los mecanismos de prevención de delitos– de distribución de posiciones de garante –obligaciones de supervisión y control– en los distintos niveles de toma de decisiones internas, hasta de las más esenciales, para poder determinar los procesos de formación de decisiones.

## 6. El deber de implementación de los programas de *compliance* en la empresa

En la empresa la administración de la sociedad reside en los administradores y sus deberes y obligaciones están dispuestos en la Ley de Sociedades de Capital –R-DL 1/2010, de 2 de julio, Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Título VI, arts. 209 y ss.–. En particular, el art. 225 LSC establece el «deber de diligencia», como deber principal, de los administradores. Se trata de una conceptualización y desarrollo del viejo conocido «deber del ordenado empresario», al que aún hace referencia el actual art. 225 LSC. El deber de diligencia se complementa además con funciones indelegables del consejo de administración –art. 249 bis LSC; y, con más funciones indelegables, art. 528 ter si se trata de sociedades cotizadas–. Se trata de funciones –deberes jurídicos– que atribuyen a los administradores la posición de garante de la cual pueden derivarse las eventuales responsabilidades jurídicas por incumplimiento normativo.

Es de esta posición de garante basada en el deber de diligencia que surge la obligación, en el marco de una correcta gestión, el deber de implementación de los programas de *compliance* en el marco de la sociedad (Bacigalupo, 2011, pp. 79 y ss.; Silva Sánchez, 2013, pp. 71 y ss.). Como ya hemos señalado, el Código penal no establece la obligación de implementación de los programas de *compliance* –en el proyecto de reforma de 2014 se recogía esta figura como delito de omisión de la implementación de los modelos de organización y control, art. 286 bis, castigado con una pena muy leve, que finalmente no fue implementado–. El Código penal solo establece que, en caso de un delito que fuera imputable a la empresa, ésta podría llegar a quedar exenta de responsabilidad si hubiese tenido con anterioridad a la comisión del delito un programa de *compliance* que hubiese podido evitar o disminuir el riesgo (art. 31 bis CP). No hay responsabilidad penal de los administradores por la no implementación de programas de *compliance*. Por tanto, dicho deber jurídico solo puede surgir del «deber general de diligencia» que implica cumplir con la diligencia de un ordenado empresario. En este sentido, como ya hemos señalado, un sector minoritario en la doctrina sostiene que los perjuicios patrimoniales que la falta de

existencia de un programa de *compliance* pudiera acarrear a la sociedad, pudieran dar lugar a un delito de administración desleal (art. 252 CP).

Sin embargo, es preciso no olvidar que existen exigencias de implementación de figuras especiales como la del *compliance officer* previamente en el marco de «normativa sectorial específica», como en la Circular CNMV nº 6/2009, de 9 diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectivas y sociedades de inversión, Circular CNMV nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de entidades que prestan servicios de inversión, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, 24 febrero 2015, Principio 21: «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del Consejo de administración», RD 304/2014, de 5 de mayo, Reglamento de la Ley 10/2010 de Prevención de blanqueo de capitales –Cap. IV: procedimientos de control, análisis de riesgos, contenido mínimo del Manual de prevención, órganos y medidas de control, obligaciones de formación de empleados y directivos–, Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

## 7. Función y responsabilidad del *Compliance Officer*

La función del *compliance officer* u «oficial de cumplimiento» es velar por el cumplimiento de la legalidad, por el cumplimiento de las normas internas y del ordenamiento jurídico en el marco de la actividad empresarial (Bacigalupo, 2020; Turienzo Fernández, 2021, *passim*). Dicho con otras palabras, su «función es de control y supervisión», es una actividad que incluye tanto funciones de intervención –control jurídico–, como de auditoría –supervisión de procesos–, de consulta previa para evitar la vulneración de protocolos internos, de formación de los empleados en el correcto conocimiento del programa y las políticas internas, etc.

En este contexto, se discute si el *compliance officer* tiene que ser un profesional con formación jurídica o puede tener cualquier otro tipo de formación superior –economista, auditor, ingeniero, etc.–. En la medida en que se trata de una función de control y supervisión de cumplimiento «normativo» parece necesario que quien desempeñe dicha función tenga conocimientos jurídicos. Existen, no obstante, muchas opiniones que difieren de esta y consideran que puede ser una persona con cualquier otro tipo de formación. Resulta difícil imaginar que para la construcción de un puente se contratara a un ingeniero. Lo que es claro, es que en la función que debe desempeñar un departamento de *compliance* sería recomendable que fuera transversal y se pudiera tener un auditor, un ingeniero informático y un jurista.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-penal el *compliance officer* se encuentra en posición de garante como cualquier otra persona en la empresa (art. 11 CP) y puede responder también penalmente por omisión: por ausencia de control o control insuficiente, o bien también por no investigar cuando detecta un incumplimiento. El *compliance officer* puede responder por todas las categorías de imputación del Código penal –autoría, coautoría, cómplice o, incluso, como autor de un delito de encubrimiento (art. 451 ss. CP)–.

En la medida en que el «deber general de diligencia» (art. 209 LSC) reside en el Consejo de administración, desde un punto de vista estrictamente societario, el *compliance officer* vendría a ocupar una «función delegada del Consejo de administración» (art. 529 *terdecies* LSC) en la «prevención, control y supervisión de cumplimiento normativo» en toda la empresa. Esta función no está expresamente

prevista en la legislación mercantil, como, por el contrario, sí lo está la comisión de auditoría (art. 529 *quaterdecies* LSC). De existir un lugar en el cual habría que regular las funciones del *compliance officer* esta sería en el marco de las comisiones delegadas o funciones delegadas del órgano de administración.

Aunque aún no se ha discutido en profundidad, un tema que en la práctica está adquiriendo cierta relevancia es si las funciones del *compliance officer* abarcan también el control y supervisión de las acciones del consejo. En mi opinión, no. Velar porque las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conforme a los estatutos del consejo y demás normativa aplicable, es decir, sean conforme a derecho, es una de las funciones del secretario del consejo de administración (art. 529 *octies* LSC). Dicho con otras palabras: el *compliance officer* de cumplimiento normativo del consejo de administración es el secretario del consejo.

## 8. *Compliance* y Administraciones Públicas

En la actualidad, se ha abierto un nuevo ámbito de debate sobre la posibilidad de trasladar la idea de *compliance* a las Administraciones públicas como mecanismo tendente a la prevención de la comisión de delitos vinculados a los casos de corrupción en la contratación pública. Se ha planteado por parte de algún sector doctrinal (Queralt, 2016, pp. 1 y ss.) la idea de incorporar la idea de *public compliance* y la figura de un *public compliance officer* en las Administraciones públicas.

A diferencia lo de expuesto en relación con las empresas o cualquier otra persona jurídica de derecho privado –asociaciones, sindicatos, partidos políticos–, por el contrario, el escenario del control y supervisión en el marco de las administraciones públicas es un proceso regulado, no de autorregulación. Es un proceso de estricta regulación legal. De ahí también que, correctamente, el legislador penal haya dejado fuera de la responsabilidad penal al Estado y a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, a las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y a todas aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administración. Está claro la causa por la que el legislador las excluye como sujetos del Derecho penal: precisamente, porque su actuación está determinada por el «ejercicio de funciones públicas de soberanía o administración» (art. 31 *quinquies* CP).

De ahí que resulte, cuando menos extraño que se plantee en la idea de *compliance* –entendido como «autorregulación» de la organización empresarial para la prevención, supervisión y control de riesgos penales– en las administraciones públicas. En la Administración pública todos los mecanismos de control y supervisión de la actividad se encuentran regulados por los procesos establecidos en la ley (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), así como los concretos pasos y procesos de la contratación pública (Ley 39/2015, de Contratos del Sector Público). No cabe hablar en este contexto de «autorregulación». La Administración del Estado y las administraciones públicas son regulación en el más estricto sentido.

Si lo que se trata es de prevenir la corrupción en la contratación pública, habrá que revisar y, en su caso, reformar las normas que establecen las «funciones de control y supervisión», los «conflictos de intereses», entre otros, en dicho proceso de contratación.

La reforma de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público, por la que se incorporó a la legislación española las Directivas 2014/23/UE y

2014/24/UE, ha llevado a cabo una importante revisión de nuestra legislación en esta materia. Como señala la propia Exposición de Motivos los objetivos que inspiran la regulación contenida en la nueva Ley son, en primer lugar, lograr una mayor «transparencia en la contratación pública» –rendición de cuentas–, y, en segundo lugar, conseguir una «mejor relación calidad-precio» –libre competencia–. Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato. Estas medidas, son sin duda medidas para mejorar la contratación pública, pero además son medidas de prevención y, en este sentido, es *compliance*.

Se puede decir que la Ley ya preveía y prevé ahora de forma mejorada muchas «funciones de compliance», si con ello nos queremos referir a las funciones de control y supervisión que implican funciones de garante. Si aún resultan deficientes para la prevención de la corrupción, deberán ser reformadas.

Si nos fijamos de forma muy resumida en un proceso de contratación de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro o de servicios, se puede decir que el esquema general responde a tres pasos importantes a efectos de las funciones de control: a) elaboración de los pliegos de prescripciones generales y técnicas (PSA/PPT), b) valoración de la mesa de contratación y c) recepción del servicio o mercancía en conformidad por parte del órgano de contratación. En estas tres fases es donde habrá que revisar muy especialmente si están previstas todas las medidas necesarias de prevención de la corrupción. Tanto en el momento en que el órgano de contratación define los términos del contrato y requisitos, así como los requisitos de solvencia del prestatario, el elemento esencial de control es determinar la «necesidad» del servicio e idoneidad del contrato (art. 28 LCSP). Los pliegos pueden, según los casos, requerir un informe previo de la asesoría jurídica que puede ser o no preceptivo. Pero en todo caso, si hay un elemento importante a valorar por la asesoría jurídica es la concurrencia de la «necesidad y eficiencia» de la contratación propuesta. Por otro lado, en el momento en que la mesa de contratación valora las ofertas y el cumplimiento de los requisitos, valora si las propuestas se ajustan a los criterios de valoración, es un segundo momento de especial importancia. No hay que olvidar que en la mesa de contratación hay tanto un miembro de la intervención, como de la asesoría jurídica. Estas dos deben velar por el cumplimiento legal y, por tanto, son «funciones de compliance». También se lleva a cabo una «función de compliance» cuando el órgano de contratación recibe en conformidad el servicio o mercancía. Por último, la fiscalización del gasto por parte de la intervención es también otro escalón de control y supervisión. Dicho con otras palabras: todo control y supervisión de la legalidad son momentos en los que se están llevando a cabo «funciones de compliance». Estas funciones son realizadas por las diversas instituciones que ostentan las funciones de supervisión o de control, así, la Intervención General del Estado, la asesoría jurídica/Abogacía del Estado, el Tribunal de Cuentas.

Además de las funciones y deberes de control y supervisión en estas tres fases se presenta, desde un punto de vista de la prevención de la corrupción, un aspecto esencial: es una cuestión nuclear que estén correcta y expresamente regulados los supuestos de conflictos de intereses, en los que puedan incurrir las personas que deban cumplir con estas funciones. Es, sin duda, el aspecto más espinoso en el ámbito de la prevención de la corrupción en la contratación pública.

Todas las «funciones de control y supervisión», por otro lado, definen no solo las competencias de los respectivos órganos, sino también las posiciones de garante



que, a efectos de la eventual responsabilidad penal de los funcionarios, son funciones que definen la posición de garante de los funcionarios (art. 11 CP). Es decir, el incumplimiento de los deberes legales de control y supervisión pueden dar lugar a la comisión de delitos de prevaricación –administrativa– y/o malversación, delito de tráfico de influencias, de fraudes y exacciones ilegales, de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, entre otros delitos de funcionarios.

En conclusión, la idea de una nueva figura de un *public compliance officer* (Queralt, 2016, pp. 9 y ss.) en la Administración pública resulta no solo complejo, sino difícil de conciliar con los deberes propios de la Administración y, sobre todo, casi imposible de diferenciar de las funciones propias que por ley ejercen la Intervención General y control financiero y la asesoría jurídica en el marco de los órganos de la contratación pública.

En este sentido, no parece que se trata tanto de la necesidad de introducir la nueva figura del *compliance officer* –pensada para el ámbito de la autorregulación en el sector privado–, sino de definir adecuadamente los «deberes de control y supervisión» en el desarrollo del proceso de contratación. En esta revisión de los procesos de contratación, los «programas de compliance» –que reposan sobre cuatro pilares esenciales: prevención, detección, reacción, seguimiento– pueden ofrecer un «método» o un «modelo» muy apropiado para revisar la legislación existente y revisar los riesgos existentes<sup>11</sup>. La Ley de Contratación del Sector Público (Ley 9/2017) ha llevado a cabo ya una importante revisión de estos procesos, pero aún es una tarea inconclusa.

Cuestión distinta, son las «sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general». El Código penal dispone en su art. 31 quinquies 2, que son penalmente responsables –como toda empresa privada en el sentido de lo dispuesto en el art. 31 bis y ss.– pero establece una «limitación» en cuanto a las penas que se les puede aplicar: solo pueden ser sancionadas con la pena de multa (art. 33.7 a) CP) o con la pena de intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores (art. 33.7 g) CP). Esta limitación tiene plena justificación: sería impensable imponer las penas de prohibición de actividades o disolución, por ejemplo, en empresas públicas que ejecutan políticas públicas y/o prestan servicios de interés económico general. En este sentido, no cabe duda alguna en la doctrina jurídico penal que las sociedades mercantiles empresariales responden en el mismo sentido que cualquier otra sociedad mercantil y les es, por tanto, aplicable todo lo dicho al respecto. Las sociedades mercantiles públicas están sometidas a regulación especial en cuanto a ciertos controles y supervisión de su actividad, así como en relación con la composición de su órgano de administración, pero en su actividad empresarial los contratos de prestación de servicios se rigen por el derecho privado.

## 9. Conclusiones y resumen

*Compliance* representa hoy en día, sin duda, un ámbito de estudio jurídico nuevo que se refiere a la prevención de riesgos de la actividad empresarial que van desde los propios del Derecho mercantil y del Derecho privado hasta los del Derecho penal, pasando por los del Derecho administrativo. Desde esta perspectiva es un objeto de estudio transversal.

<sup>11</sup> Queralt, J. J. (2016, p. 5 y ss.) hace una propuesta de definición de las funciones nucleares de un *public compliance officer*. Véase extensamente Turienzo Fernández, A. (2021, pp. 43 y ss.).

En la práctica ha adquirido una mayor importancia el *compliance penal*, como mecanismo para la prevención de riesgos de delitos previstos para las personas jurídicas. En este sentido, constituye un ámbito específico y a la vez limitado propio del Derecho penal económico. Se podría decir que al igual que el Derecho penal representa el máxima grado de responsabilidad que le puede ser atribuido a un sujeto, el *compliance penal* representa la prevención y reducción los riesgos más graves de la actividad empresarial regulados en el ordenamiento jurídico.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se han dictado importantes sentencias en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a los criterios de imputación, pero aún no se han dictado sentencias que hayan evaluado el efectivo funcionamiento de un «programa de compliance».

Quedan aún muchas cuestiones jurídicas abiertas y de estudio en torno al significado y alcance del *compliance*. Es un ámbito que se encuentra en evolución, pero al menos se puede decir que es una pieza esencial de la organización empresarial para la prevención y disminución de los riesgos inherentes a la actividad empresarial y para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## Bibliografía

- Aguilera Gordillo, R. (2018). *Compliance Penal en España*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Alfaro, J. (26 abril, 2016). Cultura empresarial y gobierno corporativo. Recuperado 5 de septiembre de 2021, de <https://almacendederecho.org/cultura-empresarial-y-gobierno-corporativo>.
- Bacigalupo, E. (2011). *Compliance y Derecho penal*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Bacigalupo, S. (2021). La protección de los alertadores desde la perspectiva jurídico-penal. Breves reflexiones sobre la transposición de la Directiva 2019/1937. En J. Ponce Solé, M. Villoria Mendieta, y O. Capdeferro Villagrasa (eds.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación ABGCR/2020* (1.a ed., pp. 163–181). Madrid, España: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Bacigalupo, S. (2020). Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario. *Diario La Ley*, 9632.
- Bacigalupo, S. (1998). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Barcelona, España: Bosch.
- Bock, D. (2011). *Criminal Compliance*. Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Bock, D. (2009). Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2(2009), pp. 68-81.
- Grennan, J. (2019). A Corporate Culture Channel: How Increased Shareholder Governance Reduces Firm Value. SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2345384>.
- Hauschka, C., Moosmayer, K., y Lösler, T. (Eds.). (2010). *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen* (2.a ed.). Munich, Alemania: C.H.Beck.
- Hauschka, C., y Greeve, G. (2007). Compliance in der Korruptionsprävention was müssen, was sollen, was können die Unternehmen tun? *Betriebs-Berater (BB)*, 62(4), pp. 165-173.
- Kreps, D. (1990). Corporate Culture and Economic Theory. *Perspectives on Positive Political Economy*. Cambridge University Press, pp. 90-142. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511571657.006>.
- Kuhlen, L., Kudlich, H., y Ortiz De Urbina, I. (eds.) (2013). *Compliance und Strafrecht*. Heidelberg, Alemania: Verlagsgruppe Huthig Jehle Rehm.

- Kuhlen, L. (2009). Strafrechtliche Haftung von Führungskräften. En F. Maschmann (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht* (1.a ed., pp. 11–30). Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft. <https://doi.org/10.5771/9783845218816-11>.
- Lin, T. (2017). Compliance, Technology, and Modern Finance. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial y Commercial Law*, 11, pp. 159-182.
- Luhmann, N. (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Alemania: Suhrkamp Verlag.
- Queralt, J. J. (2016). Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (R.I.T.I)*, 2, pp. 1-11.
- Rotsch, T. (2012). Criminal Compliance. *InDret*, 1(2012), pp. 1-11.
- Ruiz De Lara, M., Gollonet Teruel, L. A., Pérez-Piaya Moreno, C., y Serrano Zaragoza, O. (eds.). (2018). *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores* (1.a ed.). Barcelona, España: Bosch.
- Schein, E. H. (1986). Organizational Culture and Leadership. *The Academy of Management Review*, 11(3), pp. 677–680. <https://doi.org/10.2307/258322>.
- Turienzo Fernández, A. (2021). *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid, España: Marcial Pons.

# Trata de seres humanos\*

## Human trafficking

Rut Bermejo Casado  
Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0003-2453-312X  
[rut.bermejo@urjc.es](mailto:rut.bermejo@urjc.es)

### Cita recomendada:

Bermejo Casado, R. (2021). Trata de seres humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 277-293.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6349>

Recibido / received: 04/12/2020  
Aceptado / accepted: 04/06/2021

### Resumen

El presente trabajo aborda la definición del execrable problema de la trata de seres humanos. Comienza con el análisis del concepto de trata de seres humanos y sus elementos a través de la normativa internacional y europea del siglo XXI. A continuación, aborda las similitudes, diferencias y conexiones con el tráfico de personas. Además, se revisan los problemas para su medición y los datos que, en diversos ámbitos, se manejan para observar su evolución. Por último, se apuntan los cambios y retos que la era digital, y, también, la pandemia de COVID-19 plantean a la respuesta y lucha contra la trata de seres humanos.

### Palabras clave

Trata de seres humanos, tráfico de personas, fines de la trata, prevención, protección de las víctimas, persecución.

### Abstract

*This paper addresses the definition of the heinous problem of trafficking in human beings. It starts with an analysis of the concept of trafficking in human beings and its elements through 21st century international and European regulations. It then discusses the similarities, differences, and connections with human trafficking. In addition, it reviews the problems of measurement and the data that are used in various fields to observe its evolution. Finally, it points out the changes and challenges that the digital era, and also the COVID-19 pandemic, pose to the response and fight against human trafficking.*

### Keywords

*Trafficking in human beings, human smuggling, data and measurement, challenges.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto ON Trust-CM (H2019/HUM-5699), Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad, dirigido por José María Sauca Cano (UC3M). Agradezco el generoso trabajo de los evaluadores anónimos, cuyos valiosos comentarios han permitido mejorar la propuesta inicial. Una versión inicial fue presentada en el VII Workshop en Cultura de la Legalidad, celebrado online, los días 15 y 16 de junio de 2020.



SUMARIO. 1. Concepto de trata de personas. Definiciones a través de diferentes perspectivas e instrumentos jurídicos en el siglo XXI. 2. Delimitación de la trata frente al tráfico de personas. ¿Fenómenos y delitos diferentes o similares y conexos? 3. Un fenómeno mundial que evoluciona incrementalmente a pesar de las dificultades para su conocimiento y medición. 4. Conclusiones.

## 1. Concepto de trata de personas. Definiciones a través de diferentes perspectivas e instrumentos jurídicos en el siglo XXI

En la definición de la voz, trata de seres humanos, este trabajo se centra en tres puntos importantes que nos permiten avanzar en su conocimiento. En primer lugar, se trabaja el concepto a través de las perspectivas e instrumentos jurídicos adoptados durante el siglo XXI. Instrumentos y perspectivas que se han mostrado esenciales para conocer el fenómeno y luchar contra él en la actualidad. A continuación, se abordan los problemas de diferenciación y conexión con otros delitos y fenómenos, especialmente el tráfico de personas. El tercer apartado analiza los problemas para su medición, dichos problemas impiden tener una comprensión y conocimiento preciso de su dimensión actual. En esta última parte, se apuntan dos de los cambios y factores que en la actualidad afectan a la trata: la era digital y la pandemia producida por la COVID-19.

Aunque la trata de seres humanos es un fenómeno complejo en el que diversas perspectivas teóricas (derecho penal, administrativo, derechos humanos, relaciones internacionales o sociología) aportan su visión especializada, dos de esas áreas han pugnado de manera preponderante en la definición del concepto de trata de seres humanos; son el derecho penal y los derechos humanos.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, se busca establecer el centro de la definición de la trata en la violación de derechos humanos que ésta conlleva y las implicaciones políticas, jurídicas y prácticas de esa consideración<sup>2</sup>. En esta óptica, la trata de personas o seres humanos supone la supervivencia de la práctica y la ideología de esclavitud. Frente a la esclavitud, que fue prohibida formalmente en todo el mundo a mediados del siglo XIX, la trata de personas se identifica como la nueva esclavitud o moderna esclavitud; una práctica surgida en el último tercio del siglo XX<sup>3</sup> (Bales y Soodalter, 2009; Brysk y Choi-Fitzpatrick, 2012). Desde esta perspectiva, dos instrumentos internacionales han otorgado el carácter de vulneración de derechos humanos a la trata: la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1948 y, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado dos años más tarde<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Para un análisis detallado de la definición desde una «aproximación basada en los derechos humanos», sus elementos constitutivos y requisitos, véase (Milano, 2020).

<sup>3</sup> En relación a la utilización de trata de seres humanos o trata de personas debe resaltarse que, en el ámbito de Naciones Unidas (NNUU), se consideran ambos términos como términos intercambiables. Las Naciones Unidas adoptaron el término trata de personas cuando se aprobó el Protocolo (de Palermo) de las NNUU para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que más adelante se analiza, mientras que en el Consejo de Europa utiliza con mayor frecuencia el término trata de seres humanos (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, 2019, p. 5)

<sup>4</sup> Gallagher (2010, pp.1-20) hace una revisión de los instrumentos en el ámbito de Naciones Unidas que han sido referencia a la definición del siglo XXI: el Acuerdo internacional para la Supresión de la Trata de Blancas que entró en vigor en 1910, el Convenio Internacional del 11 de octubre de 1933 para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena que entró en vigor en 1951, el Pacto Internacional



Ambos dedican su artículo 4 a la prohibición de la esclavitud; el primero añade también la prohibición de la trata de esclavos en todas sus formas, y el segundo incorpora, además de la esclavitud, el trabajo forzado.

Sin embargo, para otros autores, estos Convenios no definen la trata de seres humanos tal y como se concibe en la actualidad. Por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos define el concepto de trabajo forzado, pero no de trata, y hay que esperar hasta el siguiente siglo para encontrar una definición internacional de esta lacra. Por tanto, el siglo XXI pasa a ser el siglo de la concienciación acerca de este delito y el reconocimiento de su existencia y de los primeros esfuerzos para definirla de manera colectiva en el ámbito internacional. Esta definición se realiza desde la perspectiva del derecho penal, también llamada de orden público (*law enforcement*) (Milano, 2020, p. 28) al definirse en relación a la criminalidad organizada internacional y no en un convenio de derechos humanos.

### 1.1. La definición de trata de seres humanos en el ámbito de Naciones Unidas

En este sentido, una de las primeras y más conocidas, aunque también criticada por su parcialidad y enfoque, definiciones de la trata de seres humanos en el siglo XXI se plasma en un instrumento acordado en el ámbito de Naciones Unidas. El año 2000<sup>5</sup> es testigo de la Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>6</sup>. En el Protocolo de las NNUU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (en adelante Protocolo de Palermo contra la trata), la trata de seres humanos se define como:

Artículo 3. Se entenderá por trata de personas la captación, el transporte, el traslado o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (Protocolo de Palermo contra la trata).

A partir de la literalidad de este artículo, diversos trabajos han analizado los elementos definitorios del concepto contenido en este Protocolo de Palermo contra la trata. Por ejemplo, González Morán indica que la definición que acuña puede desglosarse en tres elementos: la acción (captación, transporte, embarque o recepción de personas), los medios empleados (amenaza, fuerza, engaño, abuso de

---

de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor en 1976, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que entró en vigor en 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>5</sup> Este año 2000 es también el de la aprobación de la Ley para la Protección de las Víctimas de Trata (*Trafficking Victims Protection Act*) en Estados Unidos. Para Estados Unidos la trata de personas comienza a ser un asunto de preocupación pública en la década de los noventa, en parte por la caída de la Unión Soviética y el crecimiento de las organizaciones criminales transnacionales (Departamento de Estado, 2020, p. 3).

<sup>6</sup> El reciente *Trafficking in persons report* hace una revisión de la evolución de los países firmantes para mostrar que, en estas dos décadas, se ha más que duplicado el número de países que se han adherido. En el año 2001 se comienza con 82, en 2003 ya son 116, 131 en 2004, 154 en 2008 y 173 en 2009 (Departamento de Estado, 2020). En 2020 un total de 176 Estados han ratificado la Convención y su protocolo contra la trata. En este ámbito internacional, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) es la responsable de la aplicación del Protocolo y para ello ofrece ayuda a los Estados en la redacción de las leyes y en la creación estrategias nacionales anti-trata, y les asiste con recursos para implementar estas estrategias. En 2015 debe destacarse la Declaración de Doha que habla del fenómeno de la trata de personas para abogar por un conjunto de principios, acciones y orientaciones claramente omnicomprensivas.

poder, vulnerabilidad, pago o remuneración a alguien que ejerza un control sobre la víctima) –también denominados medios coercitivos (Mestre i Mestre, 2020)– y la finalidad o propósito (de explotación tanto de tipo sexual como mediante trabajos forzados, esclavitud y prácticas similares o extracción de órganos) (González Morán, 2016, p. 23). A continuación se presentan ejemplos de la finalidad y los medios, mientras que el elemento de la acción se aborda en el siguiente epígrafe al diferenciar trata y tráfico de personas.

El elemento de la finalidad o propósito de la trata ha servido para establecer una tipología de delitos de trata, convirtiéndose dicho fin en uno de los elementos clave que permiten definir a la trata de seres humanos. Sin duda, las dos finalidades principales asociadas a la trata son la explotación sexual y el trabajo forzado, como se observará en los datos que se presentan más adelante. Junto a estos dos fines, diferentes instituciones y autores destacan también otros posibles. Por ejemplo, Interpol identifica una tercera finalidad: la trata que tiene por objeto la obtención de tejidos, células u órganos (Interpol, 2016). Por su parte, Lusk y Lucas amplían la visión occidental de la trata de seres humanos, y sus trabajos hablan de las muy variadas formas, instituciones, costumbres y dinámicas que toma la trata en todo el mundo. Algunas de ellas acercan la situación de las víctimas a la esclavitud institucional, por ejemplo, la denominada servidumbre por deudas, que es aquella en la que las personas utilizan esencialmente su capacidad para trabajar como garantía para un préstamo de dinero. Para eliminar la deuda, la persona debe trabajar en régimen de servidumbre. En este grupo se incluye por lo tanto el trabajo forzado, pero también el trabajo sexual o prostitución. La esclavitud, en este caso, se produce porque los términos de estos vínculos suelen ser abiertos, y la decisión de considerar una deuda pagada queda a discreción del prestamista, además mientras la persona trabaja para pagar la deuda, se le pueden cobrar cantidades excesivas por la vivienda, comida y ropa que pueden contribuir al aumento de la deuda con el tiempo. Además, la deuda de una persona puede ser transmitida a la siguiente generación<sup>7</sup> (Lusk y Lucas, 2009, p. 50 y ss.).

Estos mismos autores también analizan el segundo de los elementos, los medios empleados en la trata de seres humanos. Entre esos medios se incluyen los falsos contratos, mediante los que se hace una aparente oferta de trabajo legítimo, pero apoyado por un contrato falso. El contrato fraudulento se utiliza para atraer a la gente a la esclavitud. Una vez alejada de la seguridad, la persona es encarcelada y coaccionada a trabajar. Ejemplos de este tipo de prácticas las sitúan por ejemplo en Tailandia, donde a las familias pobres se les ofrecen contratos de 200 a 2.000 dólares con el entendimiento de que las hijas devolverán el dinero trabajando en restaurantes o fábricas en las ciudades del sur. Las familias no saben que las mujeres y las niñas son llevadas a las ciudades del sur y a los centros turísticos para su explotación sexual.

Otra forma de atraer a personas a la trata es la denominada esclavitud mobiliaria o relaciones de pertenencia. En este caso la persona ha sido capturada, nacida o vendida en servidumbre permanente. Es la forma menos común de esclavitud y la que más se parece a la esclavitud institucionalizada. La esclavitud mobiliaria se ha practicado durante generaciones, por ejemplo, en Mauritania. Por último, estos autores mencionan la esclavitud de guerra mediante la inscripción forzosa. Esta última ha crecido a medida que las guerras regionales erosionan las redes de apoyo social y la infraestructura de las comunidades. En estos casos, los

---

<sup>7</sup> Estos autores indican que, a principios del siglo XXI, se estimaba que este tipo de explotación laboral o sexual incluía alrededor de 15 a 20 millones de personas en la India, Pakistán, Bangladesh y Nepal (Lusk y Lucas, 2009, p. 50 y ss.).

niños pueden ser atraídos, o las familias pobres pueden empujar a sus hijos a los grupos paramilitares a cambio de protección o alimentos, incluso, comúnmente, los niños son secuestrados y golpeados o drogados hasta la sumisión. Estos niños son amenazados de muerte de miembros de la familia o forzados a cometer atrocidades como una forma de romper sus espíritus y para ganar su cooperación. En algunos países, un tercio de los niños soldados son niñas. Además de sirviendo como vigías o participando en el combate, los niños soldados pueden trabajar como cocineros, portadores o esclavos sexuales (Lusk y Lucas, 2009, p. 50 y ss.).

Así, la Convención de NNUU y el Protocolo de Palermo contra la trata han sido claves no solo para definir e identificar los elementos de la trata de seres humanos sino también para visibilizarla de nuevo en el siglo XXI. Esto es así a pesar de haber recibido numerosas críticas por su enfoque criminológico o penal de la trata, es decir, por su enfoque limitado y deficiente desde la perspectiva de los derechos humanos (Milano, 2020, p. 26), derivado de centrarse en castigar la acción (de captar) y no en la explotación (Mestre i Mestre, 2020) o por la falta de un mecanismo de seguimiento de su implementación (Gallagher, 2015, p. 14). Sin duda, y sin minimizar sus deficiencias, entre sus virtudes está su mérito como propiciador de la entrada del tema en la agenda política internacional, y también nacional, ya que algunos países han basado sus regulaciones internas en ellos. También se cuentan entre sus logros el haber consensuado una definición global de la trata de seres humanos y significar el comienzo de esfuerzos internacionales que, para algunos autores, ha ido, en estos años transcurridos desde su adopción y entrada en vigor, más allá de la voluntad de los firmantes, especialmente en aspectos como el abuso de la posición de vulnerabilidad o el principio de la irrelevancia del consentimiento (Gallagher, 2015).

## 1.2. Europa ante la trata de seres humanos

El Consejo de Europa sigue la línea fijada a nivel global desde Naciones Unidas, recogiendo la definición de trata, en términos muy similares, en el artículo 4 de la Convención de Acción en Contra de la Trata de Personas de Varsovia, de 16 de mayo de 2005 (en adelante, Convenio de Varsovia)<sup>8</sup>. Además, este Convenio, que destaca por dedicarse específicamente a la trata de seres humanos, amplía el ámbito de aplicación del Protocolo de Palermo. En ese sentido, estos delitos ya no serán únicamente delitos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, sino que el Consejo de Europa extiende su ámbito de aplicación a:

Artículo 4. Todas las formas de trata de seres humanos: ya sea nacional o transnacional, estén o no relacionadas con la delincuencia organizada. Cualquiera que sea la naturaleza de la víctima: mujeres, hombres o niños. Cualquiera que sea la forma de explotación: explotación sexual, trabajos o servicios forzados, etc. (Convenio de Varsovia).

En consecuencia, este Convenio de Varsovia puede considerarse un nuevo avance en la definición de la trata de seres humanos, al permitir que las acciones de trata desborden los límites de la criminalidad organizada internacional establecidos en el Protocolo de Palermo contra la trata. En este ámbito, cabe resaltar también la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha dictado sentencias muy relevantes para la lucha contra la trata de personas, llevando

---

<sup>8</sup> Fue abierta para sesiones y fue firmada por 43 Estados miembros del Consejo Europeo. La Convención estableció un Grupo de Expertos sobre Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA) que monitorea la implementación de la Convención en los países traficantes. Una protección complementaria es asegurada a través del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote, 25 de octubre de 2007).

a considerar la trata como violación de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y asimilándola por tanto a la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado contenida en su artículo 4, ahondando en la línea de definir la trata como una violación de los derechos humanos y no solo del derecho penal y administrativo. Los casos paradigmáticos de estos avances han sido Siliadin v. Francia (demanda n.º 73316/01, de 26 de julio de 2005), ejemplo de explotación, y Rantsev v. Chipre y Rusia (demanda n.º 25965/04, decisión de 7 de enero de 2010) en el que se reconoce expresamente la existencia de trata como violación del artículo 4 del CEDH (Mestre i Mestre, 2020).

La Unión Europea (UE) en su regulación de la trata de seres humanos ha combinado ambas perspectivas: la consideración como un delito y como una vulneración de derechos humanos de las víctimas. Así, la trata de seres humanos está prohibida por el artículo 5.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y está considerada un delito en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, un «euro-crime». Pieza clave en el tratamiento de este delito fue la Directiva 2011/36/EU sobre prevención y combate del tráfico de seres humanos y protección de sus víctimas (conocida también como Directiva Europea Anti-trata) que enunció los estándares comunes mínimos de la definición de este delito y las penas aplicables, así como medidas de protección, asistencia y apoyo, y prevención del delito. Esta Directiva Europea Anti-trata añade algunos aspectos relevantes a la definición: se trata de un acto intencional y el consentimiento de la víctima de explotación es irrelevante al haberse empleado alguno de los medios indicados para obtener dicho favor. En línea con este instrumento se diseñó la primera Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos 2012-2016 (COM (2012) 286 final, 19.6.2012), que ha sido recientemente sustituida por la Estrategia de la UE de lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025 (COM (2021) 171 final, 14.4.2021). A través de estas estrategias se puede ver que Europa entiende la trata como un delito que se produce tanto de manera transnacional como dentro de su territorio<sup>9</sup>.

Un análisis de esta nueva estrategia permite identificar 4 áreas prioritarias de acción para la lucha, que no la erradicación de la trata como se indicaba en la anterior estrategia<sup>10</sup>. En primer lugar, se sigue considerando como línea de acción prioritaria (1) la reducción de la demanda que estimula la trata, para lo que la Comisión se compromete a estudiar la posibilidad de establecer normas mínimas de la UE que tipifiquen como delito el uso de los servicios derivados de la explotación de víctimas de la trata de seres humanos y organizará, en colaboración con las autoridades nacionales y las organizaciones de la sociedad civil, una campaña de prevención dirigida a sectores de alto riesgo. La Comisión también estudiará reforzar la Directiva sobre sanciones a los empleadores, propondrá legislación sobre gobernanza empresarial para aclarar las responsabilidades de las empresas y facilitará orientaciones sobre la diligencia debida a fin de contribuir a prevenir el trabajo forzoso. A continuación, destaca la importancia de luchar contra las organizaciones criminales buscando (2) desarticular el modelo de negocio de los traficantes, tanto en el ámbito de internet como fuera de él. Así indica que la Comisión mantendrá un diálogo con las empresas de internet y de tecnología para reducir el uso de plataformas en línea a efectos de captación y explotación de víctimas. También fomentará la formación sistemática de los cuerpos y fuerzas de seguridad y de los profesionales de la justicia sobre la detección y la lucha contra la trata de seres humanos. En tercer lugar, sitúa a las víctimas y sus acciones para (3) protegerlas, apoyarlas y empoderarlas,

<sup>9</sup> De hecho, en el período 2017-2018, el 41% de las víctimas registradas en la UE-28 eran ciudadanos de la UE, y el 56% eran ciudadanos de fuera de la UE. Entre las víctimas con ciudadanía de la UE, la gran mayoría (94%) eran de 10 Estados miembros de la UE (Comisión Europea, 2020a, p. 25).

<sup>10</sup> El objetivo de «erradicar la trata» era a todas luces excesivamente ambicioso e inalcanzable.

especialmente a mujeres y menores. En este sentido, la estrategia pretende mejorar la detección temprana de las víctimas y su remisión para una mayor asistencia y protección, reforzar los programas de empoderamiento de las víctimas y facilitar la reintegración. La Comisión también financiará formación específica con perspectiva de género y basada en los derechos del niño para profesionales para ayudar a la policía, los trabajadores sociales, los guardias de fronteras o el personal sanitario a detectar a las víctimas. La cuarta línea de acción consiste en (4) promover la cooperación internacional o en el ámbito exterior. Esta línea es sin duda primordial también ya que de acuerdo con los datos de su informe (Comisión Europea 2020a), el 56% de las víctimas registradas son nacionales de países terceros. Para lograrlo, la UE utilizará una serie de instrumentos de política exterior y cooperación operativa para contribuir a la lucha contra la trata de seres humanos en los países de origen y de tránsito, en particular mediante diálogos específicos sobre derechos humanos y seguridad, una cooperación reforzada con el Consejo de Europa y una comunicación, actuación e intercambio de información periódicos y específicos con las Delegaciones de la UE en los países socios.

## 2. Delimitación de la trata frente al tráfico de personas. ¿Fenómenos y delitos diferentes o similares y conexos?

En esta estrategia se afirma también que el próximo Plan de Acción contra el Tráfico Ilícito de Migrantes contribuirá a acabar con el negocio de los traficantes consistente en el traslado de las víctimas para su explotación en Europa. Esta afirmación es sólo una muestra del discurso que liga trata y tráfico en el imaginario europeo. Sin embargo, igual que hay puntos de semejanza, existen puntos de diferencia importantes, como se analiza a continuación. Antes de eso, conviene, aunque sea brevemente, definir el tráfico de personas. La más sencilla de las definiciones de tráfico de inmigrantes –personas o seres humanos, según la fórmula que se elija en cada caso– incluye solo tres palabras: facilitación de migración irregular. Por lo tanto, traficar con personas sería la acción de facilitar la migración de un lugar a otro de manera irregular.

El Protocolo de las Naciones Unidas, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo contra el tráfico) del año 2004, en su artículo 4, limita el ámbito de aplicación a aquellos casos en que concurren dos requisitos: en primer lugar, que la conducta tenga carácter transnacional y, en segundo lugar, que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado (Moreno, 2014), lo que también se indicaba en el Protocolo de Palermo contra la trata. La definición del tráfico se recoge en el artículo anterior, y es la siguiente:

Artículo 3. Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material (Protocolo de Palermo contra el tráfico)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> El artículo no deja meridianamente claro que la facilitación deba ser realizada por una organización criminal, de ahí los procesos penales que se han abierto incluso a personas que trataban de rescatar a migrantes de las embarcaciones. En el caso español, el artículo 318. bis 1 del Código Penal deja bien claro que este tipo de ayuda no es punible: «El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».



En base a estos Protocolos, los requerimientos del mercado de la migración irregular parecen haber atraído a las organizaciones criminales hacia el tráfico de personas, donde han encontrado un campo de actividad lucrativa. Desde entonces tráfico y trata de seres humanos aparecen relacionados en muchas ocasiones. A continuación, se analizan las dos posiciones teóricas que coexisten en relación a la caracterización de estos fenómenos como más similares o más diferentes.

## 2.1. La trata y el tráfico como fenómenos y delitos diferentes

Por un lado, los partidarios de caracterizarlos como fenómenos más diferentes que similares aducen que la trata y el tráfico, como fenómenos claramente diferenciados, deben ser analizados y tratados de forma distinta<sup>12</sup>. Tres diferencias son destacadas para inclinar la balanza en este sentido: (1) la consideración jurídica (administrativa y penal) de los sujetos objeto de estos tráficos, (2) los derechos afectados por estas actividades y (3) el carácter nacional o transnacional de la actividad.

Con relación al primero de esos aspectos, se puede indicar que las diferentes consideraciones jurídicas –administrativa vs. penal– de los sujetos objeto de trata y tráfico pueden destacarse como una diferencia esencial. En este sentido, la trata no discute el carácter de víctimas de las personas que han sido objeto de ese tipo de acciones, frente al tráfico, que no es tan claro en la condición de los sujetos e incluso plantea la posibilidad de persecución. A pensar en un tratamiento similar ha llevado la redacción de algunas normas como, por ejemplo, la Directiva 2004/81/EC que, en el año 2004, regulaba el otorgamiento del permiso de residencia a los nacionales de terceros países que hubiesen sido víctimas de trata o de tráfico que cooperasen con las autoridades competentes. Sin embargo, este tipo de legislación, que equipara a las víctimas de ambos tipos de acciones delictivas, ha ido desapareciendo y han ido perfilándose como dos fenómenos diferentes con respuestas específicas para cada uno en el ámbito jurídico administrativo y penal. En este sentido, mientras que las víctimas de la trata se caracterizan como víctimas de una vulneración de derechos humanos, en el caso del tráfico de personas las personas han dejado, muchas veces en el discurso, de ser víctimas para considerarse que recurren a él voluntariamente ante la ausencia de canales legales de migración y que contratan (activa y conscientemente) los servicios de los traficantes para lograr sus deseos y evitar o vulnerar así las legislaciones de los países que prohíben su entrada. Desde esta concepción dejan de ser víctimas y se convierten en parte activa –agentes– en la comisión del delito de tráfico<sup>13</sup> o cruce irregular de fronteras.

Esta diferenciación está directamente relacionada con la segunda, los derechos afectados por las actividades, ya que en esa diferente concepción jurídico-administrativa y penal que se otorga a las víctimas de tráfico y trata se sustenta el otorgamiento de los diversos derechos a las personas sujetas a ellos. De acuerdo con Moreno, y siguiendo la discusión inicial de este trabajo, la trata de personas es analizada desde el prisma de los derechos humanos, como violación de estos, y el tráfico es sólo observado y regulado desde el prisma de la inmigración irregular

<sup>12</sup> Parece percibirse actualmente esta tendencia a la separación entre ambas figuras en Europa, al contrario de lo que se hacía en la primera década del año 2000, y de lo que se hace en países como Estados Unidos. La Ley para la Reforma de la Inteligencia y la Prevención del Terrorismo de 2004 estableció el Centro sobre Tráfico y Trata de Personas (*Human Smuggling and Trafficking Centre*) para mejorar la eficacia del Gobierno en la lucha y respuesta ante estos «*separate but related issues of alien smuggling, trafficking in persons, and criminal support of clandestine terrorist travel*». Información sobre el centro disponible en: <http://www.state.gov/m/ds/hstcenter/>

<sup>13</sup> Esta posición teórica ha influido la concepción de la ayuda humanitaria a los migrantes en peligro. Esos migrantes en peligro, por ejemplo, al cruzar el mar Mediterráneo y quedarse sin víveres, ya no podrían ser víctimas a rescatar, sino que son entendidos como partícipes de un delito. De aquí se deriva una nueva discusión en torno a las sanciones a aquellos que les ayudan o socorren.

(Moreno, 2014) como una infracción penal. En este sentido, la trata de personas entronca con la idea de cultura de la legalidad que Pérez define como «aquellos valores y principios del ordenamiento jurídico internacional que tratan de concebirlo y conformarlo como un sistema en el que el respeto de los derechos humanos, *rule of law* y *accountability* constituyen el centro de gravedad» (Pérez, 2013, p. 169).

El tercer elemento diferenciador es el carácter del fenómeno: mientras que la trata puede tener un carácter nacional, el tráfico necesita de un elemento transnacional. En este sentido, Pérez hablaba del requisito del cruce de fronteras como requisito *sine qua non* para el tráfico, pero no para la trata. Esta autora mencionaba además otras diferencias relevantes como el consentimiento (presente en el caso del tráfico, pero no de la trata) y la duración de la relación entre el inmigrante traficado, u objeto de tráfico, y el traficante que, en el caso del tráfico, finaliza con el viaje (Pérez, 2014, p. 76).

## 2.2. La trata y el tráfico como fenómenos y delitos similares y conexos

Sin embargo, en la literatura y análisis sobre las diferencias y similitudes entre los delitos de tráfico y trata, también encontramos argumentos que los asimilan y destacan la existencia de importantes similitudes y solapamientos en su concepción, regulación y, sobre todo, en su realidad. En el colectivo de autores, países y organismos que consideran la trata y el tráfico de seres humanos como «fenómenos más similares que diferentes» debemos incluir al Centro contra el Contrabando y la Trata de Personas (HSTC) en Estados Unidos e Interpol. Ambos organismos los consideran como fenómenos conexos y similares en base a los aspectos que les son comunes: tipo de organizaciones involucradas, personas objeto o sujetas a estas acciones –esto es, personas vulnerables–, tipos de medidas destinadas a afrontarlos, principales actores encargados de la lucha contra ellos...; las semejanzas serían, por tanto, más relevantes que las diferencias. En esta línea, Interpol asegura que fuertemente relacionada con la trata de seres humanos está la cuestión del tráfico de personas<sup>14</sup>. A continuación, se abordan más detalladamente las tres similitudes más relevantes: el consentimiento, el carácter transnacional y la respuesta.

Un elemento que parece estar ganando peso como aspecto común es el de los medios coercitivos empleados –y la falta de consentimiento–, o la existencia de un consentimiento inicial y voluntariedad, que puede darse tanto en la trata como en el tráfico, al menos al inicio del viaje, pero que después desaparece. A este respecto, Interpol aborda la distinción conceptual entre las figuras de tráfico y trata de personas afirmando que «en general, los individuos que pagan a un traficante para entrar ilegalmente en un país lo hacen voluntariamente, y la relación termina con la llegada a dicho país. Las personas objeto de trata son explotadas a la llegada y frecuentemente están presentes elementos de fraude, fuerza o coerción. Son delitos complejos y es importante reconocer el potencial de solapamiento» (Interpol, 2016, p. 1). En este mismo sentido, el informe de esta organización, junto con Europol, afirma que «los migrantes que viajan a la UE son potencialmente vulnerables a la explotación laboral o sexual para pagar las deudas de los traficantes y se espera que estos tipos de explotación crezcan en los próximos años» (Europol e Interpol, 2016, p. 4).

A favor del argumento de que la trata y el tráfico están interconectados de manera esencial en la actualidad, y en relación al Informe de Amnistía Internacional titulado *¿Hogar dulce hogar? ‘Si me quedo, me matan’*, de octubre de 2016, cabe

<sup>14</sup> En este sentido, la presentación de los delitos y acciones por esta organización. Ver: <https://www.interpol.int/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/Types-of-human-trafficking>

destacar las palabras de una de sus realizadoras, Claudia Interiano, que afirmaba<sup>15</sup> que, en el contexto de la frontera México-Estados Unidos, comienza a observarse la existencia de organizaciones que piden una «cuota humana» para cruzar a un grupo de personas a través de esa frontera, dichas cuotas pueden ser alguna mujer para la explotación sexual, o un hombre que haga de mula para el tráfico de drogas. De un grupo de 20 o 25 pueden querer unas 5 personas.

En relación al carácter transnacional, debe resaltarse que, recientemente, la Unión Europea (UE) sigue tratándolos juntos en relación al «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» en su dimensión externa; serían similares en cuanto que comparten carácter transnacional. En dicho Enfoque Global se pone de manifiesto la gran necesidad de cooperar con terceros países de origen, tránsito y destino para reducir la inmigración irregular y la trata de seres humanos, ya que ese carácter transnacional es compartido en más de la mitad de los casos de trata. Esto es así, a pesar de que, como se ha indicado, la trata de personas no conlleva necesariamente esa dimensión transnacional.

En esta misma línea, otra similitud está en la respuesta. Así, Ortega Gómez afirma que el artículo 79 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) presenta la trata y el tráfico como dos fenómenos unidos frente a los cuales el legislador europeo propone ofrecer la misma respuesta: prevención y lucha reforzada (Ortega Gómez, 2015, p. 183). Desligar ambos y diferenciarlos de otros delitos conexos se reconoce como una tarea ardua, si no imposible, en un contexto que evoluciona rápidamente. Desde diversas instituciones europeas se reconoce que el *modus operandi* de los traficantes está en constante cambio, lo que hace necesario tomar en cuenta los vínculos del delito de trata de seres humanos con otros delitos, incluyendo en esa lista no sólo el tráfico de seres humanos sino también terrorismo, tráfico de drogas, corrupción, cibercriminalidad, explotación sexual online, producción de material que incluye el abuso sexual a niños (pedofilia), los delitos financieros y el fraude documental o de tarjetas de crédito<sup>16</sup>. Cabe por último destacarse, en relación a la respuesta, que la respuesta política e institucional a esta lacra ha recibido y sigue recibiendo numerosas críticas. Milano, por ejemplo, recoge diferentes informes que llevan a calificar la respuesta de la comunidad internacional como «en gran medida ineficaz», permitiendo que la trata florezca como una actividad criminal de poco riesgo, pero grandes beneficios (Milano, 2020, p. 25).

En suma, se hace difícil optar por una de las dos posibilidades: fenómenos más bien similares o fenómenos más bien diferentes, ya que dependiendo de a qué características y dimensiones de la trata de seres humanos se preste atención y la perspectiva, disciplina o área de especialización desde la que nos acerquemos a ellos podemos desequilibrar la balanza hacia uno u otro lado.

### 3. Un fenómeno mundial que evoluciona incrementalmente a pesar de las dificultades para su conocimiento y medición

#### 3.1. Dificultades de medición y conocimiento de su magnitud global

A continuación, se aborda la situación y evolución de la trata de seres humanos en el ámbito mundial y europeo. El análisis pretende ir más allá de una mera descripción

<sup>15</sup> Presentación realizada para alumnos de la Universidad Rey Juan Carlos, charla-coloquio «Crisis de personas refugiadas: Honduras, Guatemala y el Salvador», Claudia Interiano, Abogada de la Fundación para la Justicia de El Salvador, 20 de octubre de 2016, campus de Vicálvaro.

<sup>16</sup> COM(2016) 267 final; COM(2017) 195 final; *Europol's Internet Organised Crime Threat Assessment* (IOCTA) 2016, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment* (SOCTA) 2017, y *Situation Report, Trafficking in Human Beings in the EU* (2016).

de los datos disponibles atendiendo a algunas fuentes de datos relevantes, para señalar las limitaciones de su medición y los problemas para el conocimiento de la magnitud de la trata. Estas deficiencias no están primordialmente ligadas a los problemas de operacionalización del concepto o a los vínculos de la trata con otros fenómenos delictivos, expuestos en el apartado anterior, sino al carácter ilícito de la trata. Como toda actividad ilícita, la medición de la magnitud de la trata de seres humanos no es fácil. En este caso la dificultad se acrecienta por tres motivos principales que se exponen a continuación. El primero es el papel de las víctimas en la visibilización y medición, al tener las víctimas un papel primordial en la denuncia y la investigación de la trata. En este sentido, se sabe que un número significativo de víctimas no denuncian ni se hacen visibles en las estadísticas oficiales.

En segundo lugar, existe un escaso desarrollo de metodologías e instrumentos de medida. A pesar de la dificultad, en este siglo XXI se está buscando el avance en el diseño de metodologías e instrumentos que permitan conocer mejor la dimensión del fenómeno. Así, especialmente desde el año 2010, la Unión Europea busca mejorar la medición de la magnitud de la trata de seres humanos. Esta intención se muestra en distintos documentos, como la Directiva 2011/36/EU, sobre prevención y combate del tráfico de seres humanos y protección de sus víctimas, en la que se hace hincapié en que la Unión debería continuar en «su propósito de desarrollar metodologías y métodos de recopilación de datos para producir estadísticas comparables [entre los Estados miembros] sobre la trata de seres humanos»<sup>17</sup>.

En tercer lugar, por la falta de datos actualizados, los informes tanto de organizaciones internacionales como supranacionales y nacionales suelen incluir datos que se corresponden con la realidad de dos o tres años antes. Esto, en un fenómeno que cambia tan rápidamente, hace que casi puedan considerarse anticuados al ser publicados.

A pesar de estas limitaciones, referentes tanto a la complejidad del fenómeno como a los instrumentos de medida, en relación al contexto global, Martin y Callaway afirmaban en 2012 que la trata de seres humanos se había convertido en los últimos años en una de las áreas de actividad criminal que ha crecido más rápido y, por lo tanto, objeto de creciente preocupación de la comunidad internacional (Martin y Callaway, 2012, p. 224). Aunque no es fácil encontrar una cifra del número de personas sometidas a trata en el mundo, los informes de distintas organizaciones internacionales hablan de una tendencia incremental de esta actividad criminal. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2017) estimaba que, en 2016, 40,3 millones de personas estaban sujetas a esclavitud moderna, este dato incluía casi 25 millones de personas sujetas a trabajo forzado, casi 15 millones y medio sometidas a matrimonios forzados y 4,8 millones de personas forzadas y explotadas sexualmente.

El quinto informe global de seguimiento del Plan Global de Acción para Combatir la Trata de Personas aporta luz sobre la situación actual. Este informe indica que, de cada 10 víctimas detectadas, 5 son mujeres adultas y 2 niñas (UNODC, 2020,

---

<sup>17</sup> Aparte de este desarrollo europeo, un instrumento de referencia para ese propósito de medición es sin duda el TIP (*Trafficking in Persons Report*) que es publicado por Departamento de Estado de los Estados Unidos desde el año 2001. En el año 2020 se ha cumplido su publicación número 20, y en la introducción de este informe especial se afirma que a lo largo de los dos últimos decenios se ha ido disponiendo de mejor y mayor información sobre la trata de seres humanos. Esto ha permitido que el citado informe haya mejorado en amplitud y profundidad sus análisis, documentando los esfuerzos de un número cada vez mayor de gobiernos para enjuiciar a los traficantes, proteger a las víctimas y prevenir los delitos de trata de personas. En el informe se han señalado las tendencias y las cuestiones emergentes, las prácticas prometedoras, y se ha realizado un seguimiento de la legislación contra la trata de personas y de las mejoras en las actividades de identificación de las víctimas.

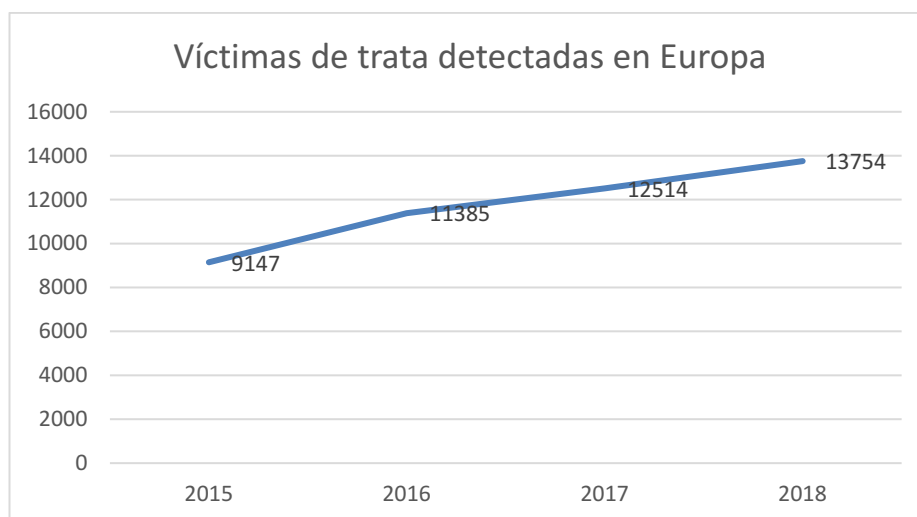
p. 4) viniendo a confirmar que las mujeres y las niñas se ven afectadas de manera desproporcionada por el trabajo forzado y, especialmente, por la industria comercial sexual en la que suponen el 99% del total (OIT, 2017). Dicho informe de Naciones Unidas también identifica la vulnerabilidad de niños y niñas, ya que globalmente 1 de cada 3 víctimas es menor de edad, «pero en los países de bajos ingresos, las niñas y niños son la mitad de las víctimas detectadas, la mayoría de ellos objeto de trata para el trabajo forzado» (UNODC, 2020, p. 4). Respecto al número de víctimas identificadas, en 2018 ascendió a 49.032 (UNODC, 2020)<sup>18</sup>.

### 3.2. La trata en Europa

Los datos publicados en el ámbito europeo representan solo una parte de esta lacra global en base a los indicadores de trata disponibles. En Europa, el año 2013 es el año en que Eurostat comienza su recogida de datos acerca de la trata de seres humanos; datos que son facilitados por los países miembros. Se trata del número de personas, sujetas a trata, que han entrado en contacto con instituciones o autoridades de dichos países, ya sean organizaciones no gubernamentales, agentes de policía, autoridades migratorias o cualquier otro tipo de organización, bien denunciando su situación o bien por la desarticulación del grupo que los/las sometía.

La información es actualizada cada dos años en los Informes de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. A continuación, se presentan los datos del tercer informe, de 2020 (COM 2020, 661 final, de 20.10.2020) sobre la base de la Compilación de datos sobre la trata de seres humanos en la UE (*Data collection on trafficking in human beings in the EU*) (Comisión Europea, 2018; Comisión Europea, 2020a)<sup>19</sup>.

Tabla 1: Víctimas de trata detectadas en Europa entre 2015 y 2018



Fuente: Comisión Europea (2018). *Data collection on trafficking in human beings in the EU*. Comisión Europea (2020a). *Data collection on trafficking in human beings in the EU*, septiembre.

<sup>18</sup> Bien es cierto que el incremento en la detección puede deberse no al incremento de la trata como tal sino a la mayor eficacia de las políticas.

<sup>19</sup> Conviene recordar que los datos registrados por las autoridades muestran una visión parcial del fenómeno que necesita de ulterior investigación. En este sentido, es necesario conocer los mecanismos causales que conducen a las cifras existentes. Por ejemplo, es importante conocer si el incremento total de víctimas registradas se debe a un incremento de la actividad de trata o por el contrario a una mayor eficacia policial en la desarticulación de redes o a un mayor número de denuncias de las víctimas al haberse mejorado las medidas de protección.



La tabla 1 presenta una evolución de las víctimas detectadas en Europa durante los cuatro últimos años de los que se tiene información, aunque está claro que no es una visión de toda la actividad de trata. En los años 2015-2016, los 5 países que registraban un mayor número de víctimas eran Reino Unido (7.071), Países Bajos (2.442), Italia (1.660), Rumanía (1.636) y Francia (1.516) (Comisión Europea, 2018, p. 14). Dos años más tarde (2017-2018), el Reino Unido seguía ocupando el primer lugar con un registro de 12.123 víctimas, seguido de Francia (2.846), Italia (1.988), Países Bajos (1.624) y entra en este grupo, ocupando el lugar de Rumanía que pasa a la sexta posición, Alemania, que registró un total de 1.159 víctimas en el periodo indicado (Comisión Europea, 2020, p. 10 y p. 35).

La recopilación estadística, basada en la información facilitada por los Estados miembros, también recoge información sobre los traficantes y su situación, desagregando los datos en aquellos que entran en contacto con las fuerzas y cuerpos de seguridad o el sistema judicial en calidad de sospechosos, arrestados o sujetos a medidas cautelares. Estos ascendían a 7.503 en el periodo 2015-2016 y han pasado a ser 11.788 en el periodo 2017-2018.

En los mismos periodos (2015-2016 y 2017-2018), el número de enjuiciamientos ha subido de 5.979 a 6.404, pero el número de sentencias condenatorias ha disminuido, de 2.927 (2015-2016) a 2.483 (2017-2018). En el periodo 2015-2016 alrededor de tres cuartas partes de todos los que están en esas situaciones (sospechosos, enjuiciados y condenados) lo estaban por traficar para la explotación sexual (78%, 75% y 72%, respectivamente), en el periodo 2017-2018 esos porcentajes han pasado a ser 77%, 58% y 54%, respectivamente, habiendo disminuido los porcentajes de enjuiciados y condenados por traficar para la explotación sexual en favor de la explotación laboral. Por primera vez, se incluyen datos sobre condenas a los usuarios de servicios prestados en condiciones de explotación por víctimas de trata.

Estos informes recogen también datos de las víctimas registradas y sus características sociodemográficas (nacionalidad, países, formas de explotación, género y edad). Los datos más recientes, del informe de 2020, nos hablan de un 62% de mujeres en 2017 y un 55% en 2018. En el periodo 2017-2018, esos datos se cruzan por la variable edad (medida como adultos frente a menores); puede decirse que las mujeres son el 42%, los hombres el 22%, las niñas el 16% y los niños el 16% del total de víctimas registradas por trata de seres humanos. Una alarmante tendencia es que el porcentaje de menores víctimas de trata en Europa va en ascenso ya que en 2015 eran un 16% del total (Eurostat, 2015, pp. 10 y 11), en el periodo 2015-2016, un 23% (Comisión Europea, 2018) y en el periodo 2017-2018, un 32% (Comisión Europea, 2020a).

Los datos de las víctimas analizados según las diferentes formas de explotación indican que en 2015 la mayoría (69%) eran dirigidas a la explotación sexual, 19% a la explotación laboral y el 12% para otro tipo de actividades criminales como la extracción de órganos o la venta de niños. Los datos de 2015 y 2016 nos hablan de la explotación sexual como finalidad más frecuente en este delito, el 56% de los casos (Comisión Europea, 2018), siendo en el periodo de 2017 a 2018 un 49% vinculadas a la explotación sexual y un 21% al trabajo forzado (Comisión Europea, 2020a).

### 3.3. Problemas recientes pero acuciantes: la era digital y la pandemia de COVID-19

La era digital ha supuesto una nueva ventana de oportunidad para la actividad delictiva global, incluida la trata de seres humanos, y, en ese contexto, se ha producido la pandemia que comenzó en el año 2020 con la enfermedad COVID-19/el virus SARS-CoV-2. Ambos fenómenos son, por separado, un reto para la respuesta a la trata, pero también en combinación, como de hecho se reconoce en los recientes documentos publicados tanto en el ámbito de Naciones Unidas como europeo.

Un reciente informe de Europol, en el que se exponen los retos de la lucha contra la trata de seres humanos en la era digital, afirma que «el tráfico de seres humanos se ha transformado en un nuevo modelo de negocio, en el que el componente online es una parte esencial del *modus operandi* de los criminales» (Europol, 2020), y se hace un repaso por las ventajas que para este negocio ha supuesto los avances tecnológicos (mayor población a engañar, mayor movilidad geográfica, control de las víctimas a distancia) y cómo han transformado esta actividad criminal (reclutamiento activo o *hunting* y pasivo o *fishing* por internet, extorsión online, geolocalización de las víctimas), dificultando la situación de las víctimas. El reciente informe de Naciones Unidas sobre trata también incluye un capítulo completo acerca del uso de internet que hacen los tratantes, llegando a hablar de «ciber-tratantes» (UNODC, 2020, p. 126).

Ese nuevo modelo de negocio digital, por continuar con la terminología de Europol, en el que los tratantes realizan la captación y explotación en línea de las víctimas, dificulta aún más la respuesta por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad y la respuesta del poder judicial.

El citado informe de Europol también analiza las consecuencias de la pandemia de COVID-19 y prevé un futuro difícil por las dificultades económicas a que se van a enfrentar las personas, y que empeorarán las condiciones de vulnerabilidad (Europol, 2020). En este sentido, se afirma que los traficantes eligen a sus víctimas entre los marginados y empobrecidos principalmente, por lo que la recesión vinculada a la pandemia «pone a más mujeres, hombres y niños en peligro de ser objeto de trata» (UNODC, 2020, p. 4). La reciente estrategia de la UE de lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025 también se centra en la pandemia indicando que:

A pesar de los progresos realizados, la trata de seres humanos continúa siendo una amenaza grave en la Unión Europea y pone en peligro a miles de personas cada año, especialmente a mujeres y niños. Los tratantes se aprovechan de las desigualdades sociales, así como de la vulnerabilidad económica y social de las personas, situaciones que se han visto agravadas a causa de la pandemia de COVID-19 y han contribuido a que los autores encuentren víctimas más fácilmente (Comisión Europea, 2021).

Pero la pandemia, por sí sola, también se relaciona con otras consecuencias nocivas en términos de acceso de las víctimas a la justicia, la asistencia y el apoyo, que se ha visto dificultada, y con la ralentización de la respuesta de la justicia penal frente al delito.

## 4. Conclusiones

Se puede afirmar que el siglo XIX fue el de la prohibición de la esclavitud institucionalizada, el siglo XX el del origen de la esclavitud moderna y el siglo XXI el de la concienciación y respuesta a este delito, según el derecho internacional. Esta

respuesta pivota entre dos ejes: los derechos humanos y el derecho penal. Dicha respuesta se enmarca, además, en la interconexión entre la trata y el tráfico de seres humanos ya que existen diferencias relevantes, pero también similitudes importantes como actividades criminales ilícitas. La trata y el tráfico de personas parecen utilizar los mismos canales (mafias u organizaciones de crimen organizado) y las personas que son objeto de tráfico y trata no son muy distintas.

En el ámbito internacional, la definición viene enmarcada por la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del año 2000, y su Protocolo de Palermo sobre la trata. Veinte años después de este hito, no cabe duda de su existencia y de la preocupación que este fenómeno delictivo e inhumano despierta. Además, en estas dos décadas, la vinculación con otras actividades criminales, es decir, su conversión en una actividad más en el mundo de los tráficos ilícitos a los que se dedican las organizaciones de crimen organizado, y los retos de la era digital han despertado nuevas alarmas.

En el ámbito europeo, debe resaltarse el papel del Consejo de Europa, pero también los esfuerzos, más o menos exitosos y más o menos parciales, de la Comisión Europea, que acaba de publicar su nueva Estrategia de lucha contra la trata de seres humanos.

La evolución del fenómeno puede resumirse en tres palabras: su extensión, intensidad e invisibilidad. La extensión alcanza a todas las zonas del planeta. Cabe recordar que la trata no implica necesariamente que una persona sea captada durante el proceso migratorio o como pago por el traslado de otros. Las víctimas de trata pueden ser compradas, secuestradas o extorsionadas en sus casas y ser trasladadas y forzadas a desplazarse a otros lugares dentro de su propio país. Intensidad e invisibilidad van de la mano. Los instrumentos de medida son deficientes y se basan en las víctimas detectadas, posiblemente una ínfima parte de las existentes. Además, las consecuencias de la pandemia mundial y el incremento de las vulnerabilidades hacen prever el crecimiento de la trata de seres humanos. Su invisibilidad tiene relación con la deficiente medición y la falta de protección de las víctimas, pero también parece estar creciendo con la utilización de internet.

## Bibliografía

- Bales, K. y Soodalter, R. (2009). *The Slave next door. Human trafficking and slavery in America today*. Berkeley, Estados Unidos: University of California Press.
- Brysk, A. y Choi-Fitzpatrick, A. (Eds.) (2012). *From Human Trafficking to Human Rights. Reframing Contemporary Slavery*. Philadelphia, Estados Unidos: University of Pennsylvania Press.
- Comisión Europea. (2018). *Data collection on trafficking in human beings in the EU*. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204\\_data-collection-study.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204_data-collection-study.pdf)
- Comisión Europea. (2020a). *Data collection on trafficking in human beings in the EU*. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/study\\_on\\_data\\_collection\\_on\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings\\_in\\_the\\_eu.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/study_on_data_collection_on_trafficking_in_human_beings_in_the_eu.pdf)
- Comisión Europea. (2020b). *Tercer informe acerca del progreso realizado en la lucha contra la trata de seres humanos (2020) como requiere el artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE sobre prevención y combate de la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas*.
- Comisión Europea. (2021). *Comunicación de la Comisión sobre la estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025*, COM/2021/171 final,

- 14.4.2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0171&from=ES>
- Decisión Ranstev v. Chipre y Rusia de 7 de enero de 2010, demanda n.º 25965/04.
- Decisión Siliadin v. Francia de 26 de Julio de 2005, demanda n.º 73316/01.
- Departamento de Estado. (2020). *Trafficking in persons report*, 20th edition. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>
- Europol e Interpol. (2016). *Redes de tráfico de migrantes*. [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/ep-ip\\_report\\_executive\\_summary.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/ep-ip_report_executive_summary.pdf)
- Europol. (2020). *The challenges of countering human trafficking in the digital era*. <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/challenges-of-countering-human-trafficking-in-digital-era>
- Gallagher, A. T. (2010). *The international law of Human Trafficking*. New York: Cambridge University Press.
- Gallagher, A. T. (2015). Two Cheers for the Trafficking Protocol. *Anti-Trafficking Review*, 4, pp. 14-32. <https://doi.org/10.14197/atr.20121542>
- González Enriquez, C. (2006). The fight against illegal immigration, smuggling and trafficking in human beings in Spain: ambiguities and rhetoric. En E. Guild, y P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union* (pp. 325-343). Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- González Morán, J. Á. (2016). *Las organizaciones criminales nigerianas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual en España* [Trabajo Fin de Máster, IEP-URJC].
- Interpol. (2016). *People smuggling: questions and answers*. <https://www.interpol.int/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/Types-of-human-trafficking>
- Lusk, M. y Lucas, F. (2009). The challenge of human trafficking and contemporary slavery. *Journal of Comparative Social Welfare*, 25(1), pp. 49-57. <https://doi.org/10.1080/17486830802514049>
- Martin, S. y Callaway, A. (2012). Human trafficking and smuggling. En A. Betts (ed.), *Global Migration Governance* (pp. 224-241). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Mestre i Mestre, R. M. (2020). La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. *RELIES, Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, pp. 208-226. <https://doi.org/10.46661/relies.5187>
- Milano, V. (2020). *The Human Rights-based approach to Human Trafficking in International Law: an analysis from a victim's protection perspective*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Ministerio del Interior. (2016). *Balance de prevención y lucha contra la trata de seres humanos en España*, presentado el 24 de febrero de 2016 por el Ministro del Interior. [http://www.interior.gob.es/documents/10180/5559091/bal\\_TSH\\_sexual\\_laboral\\_delitos\\_odio\\_2015.pdf/bb67e5cc-a51a-4ce5-ae7a-0dcd396ec70d](http://www.interior.gob.es/documents/10180/5559091/bal_TSH_sexual_laboral_delitos_odio_2015.pdf/bb67e5cc-a51a-4ce5-ae7a-0dcd396ec70d)
- Moreno Urpí, A. (2014). La Directiva 2011/36/UE, un nuevo enfoque de la trata de seres humanos en el seno de la Unión Europea. ¿Ha mejorado el régimen de protección de las víctimas de trata? *Quaderns de Recerca (Bellaterra)*, 32. Barcelona, España: Institut Universitari d'Estudis Europeus.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2019). *Educación para la justicia. Serie de módulos universitarios. Trata de personas. Definición del concepto de trata de personas*. [https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module\\_6\\_-\\_E4J\\_TIP\\_ES\\_FINAL.pdf](https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf)
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2020). *Global report on*

- trafficking in persons*. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)
- Pérez González, C. (2013). Seguridad Humana. *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, 3, pp. 167-173. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2128/1059>
- Pérez González, C. (2014). La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 35, pp. 67-80. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.37>



# Responsabilidad civil (concepto)

## Tort law (concept)

Diego M. Papayannis\*  
Universidad de Girona  
ORCID ID 0000-0002-0857-0580  
[diegomartin.papayannis@udg.edu](mailto:diegomartin.papayannis@udg.edu)

### Cita recomendada:

Papayannis, D. M. (2021). Responsabilidad civil (concepto). *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 294-312.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6350>

Recibido / received: 02/06/2021  
Aceptado / accepted: 10/09/2021

### Resumen

En este breve escrito presento una concepción de la responsabilidad civil entendida como una forma de responsabilidad interpersonal. En primer lugar, intento brindar una caracterización de la práctica, identificando el problema que aborda la responsabilidad civil, examinando en qué se diferencia de otras formas de responsabilidad y cuál es su modo típico de operar. En segundo lugar, me centro en su estructura, a fin de analizar las normas que son distintivas de la práctica, cómo están relacionadas entre sí y con otras normas que, sin ser distintivas, son necesarias para su funcionamiento.

### Palabras clave

responsabilidad civil, responsabilidad interpersonal, estructura normativa, normas distintivas, daño, culpa, responsabilidad objetiva, causalidad

### Abstract

*In this brief essay I present a view of tort law as a form of interpersonal responsibility. First, I attempt to provide a characterization of the practice, identifying the problem addressed by tort law, explaining how it differs from other forms of liability and describing the way it typically works. Then, I focus on its structure, in order to analyze the norms that are distinctive of the practice and examine how they relate to each other and to other norms that, without being distinctive, are necessary for its operation.*

### Keywords

*tort law, interpersonal responsibility, normative structure, distinctive norms, harm, fault, strict liability, causation*

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Húnter, Universidad de Girona (España). Con apoyo del proyecto "Los errores en la producción y en la aplicación del derecho" (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Reglas distintivas de la práctica: los presupuestos de la responsabilidad civil. 2.1. El daño. 2.2. Factor de atribución. 2.3. Causalidad. 2.4. El remedio bilateral. 3. Otras normas necesarias que inciden en la operatividad de la responsabilidad civil. 3.1. Estándares de diligencia. 3.2 Determinación del alcance de la responsabilidad. 3.3. Asignación de responsabilidad entre una pluralidad de intervinientes. 3.4. Cuantificación.

## 1. Introducción

Expresado en una línea, la responsabilidad civil regula las interacciones entre particulares. Tal vez lo que más ha llamado la atención de los teóricos es la regulación de las interacciones *dañosas*, aquellas en las cuáles una persona perjudica los intereses de otra obrando de manera contraria a los términos que el derecho establece para sus relaciones mutuas. Ante la producción del daño, el derecho pone a disposición de la víctima un remedio indemnizatorio<sup>1</sup>. Pese a la prominencia de este remedio en el tratamiento doctrinal, la responsabilidad civil no es solo una institución remedial o reparadora. En otros trabajos he argumentado que la responsabilidad civil tiene un aspecto regulador y otro reparador. En su aspecto regulador, prescribe a las partes el respeto de los términos equitativos de interacción. Para ello, la responsabilidad civil se nutre de normas que no provienen exclusivamente del derecho privado. Así, las normas sobre producción y comercialización de bienes y servicios, que incluyen algunas de origen administrativo, pueden ser relevantes si como consecuencia de su inobservancia se causa un daño a un consumidor. Lo más habitual será que la responsabilidad civil incorpore en el análisis normas de diversa índole, en la medida en que sean relevantes para conformar el marco de interacción que rige a las partes. Ahora bien, cuando falla este aspecto regulador, interviene la responsabilidad como respuesta, para ofrecer un mecanismo subsanador del incumplimiento previo (Sheinman, 2003, pp. 68-69).

Esto también es claro en el caso de los intercambios contractuales. A diferencia de la responsabilidad extracontractual, el marco de interacción es definido en buena medida por las partes, haciendo uso de las reglas del derecho de contratos que les confiere la potestad de dictarse sus propias normas. Naturalmente, las reglas establecidas en el contrato se integran con otras de orden público. Ello implica que la única diferencia con la responsabilidad extracontractual es que en las relaciones contractuales aquello que cuenta como «interacción injusta» –o «daño injusto»– está definido mayormente, mas no de manera exclusiva, por el acuerdo al que hayan llegado las partes. Una vez definido el marco de interacción, es decir, los derechos y deberes recíprocos que rige su relación, la responsabilidad civil orienta a las partes a respetarlos y, con carácter subsidiario, dispone un remedio para el caso en que los derechos sean vulnerados y, por correlación, los deberes infringidos.

El remedio, no obstante, evidencia un primer fracaso de la ordenación civil, ya que la interacción social óptima es aquella pacífica, productiva, en la que los derechos

---

<sup>1</sup> Más adelante me referiré a ello, pero algunos ordenamientos incluyen remedios variados, como los daños punitivos, las disculpas u otro tipo de actos simbólicos. De momento, conviene centrarse en el remedio más característico que es la indemnización.

y deberes de las partes son respetados, y no la que requiere la intervención de los mecanismos jurídicos para reparar aquello que hubiese sido mejor que nunca resultase perjudicado<sup>2</sup>. Un segundo fracaso sistémico se produce cuando la instancia remedial, aquella en la cual una parte exige a la otra una adecuada compensación de los daños sufridos, por alguna razón, no logra concretarse.

Es interesante observar que no todo perjuicio que una parte cause a otra constituye una injusticia interpersonal que merezca una respuesta del derecho. Solo son injustas las interacciones que se producen en violación de los términos establecidos. Por lo tanto, lo que cuenta como daño injusto o interacción injusta en la responsabilidad civil tiene un carácter contingente y desmoralizado. Así, es probable que romper una promesa de fidelidad constituya una incorrección moral, al menos en ciertos casos, pero no todo lo que es moralmente incorrecto satisface los méritos para ser exigible jurídicamente. Cuando hablo de «términos *equitativos* de interacción», entonces, no me comprometo con que todos los términos establecidos por el derecho sean ideales o justos, pero sí con que lo son desde el punto de vista jurídico (Raz, 1979, pp. 139 y ss.; Shapiro, 2011, pp. 184 y ss.). Es decir, el ordenamiento jurídico expresa una visión sobre lo que cuenta como una interacción justa, correcta, deseable o provechosa, y qué tipo de interacciones son injustas, incorrectas, indeseables o perniciosas.

Otra cuestión que merece atención es la forma en que la responsabilidad civil reacciona ante el injusto. Lo hace, como ya se ha dicho, ofreciendo un remedio indemnizatorio. Sin embargo, en sentido estricto, el remedio es una acción –no directamente una indemnización compulsiva– a favor de la víctima de la interacción injusta (Smith, 2012, pp. 1741 y ss.). El remedio permite a la víctima reclamar un resarcimiento al agente dañador, si así lo desea (Goldberg & Zipursky, 2020, pp. 37-38). A diferencia de otras responsabilidades como la penal, la aplicación del remedio no es imperativa. La víctima está facultada a sujetar a la otra parte a responsabilidad; no está obligada a hacerlo, ni puede el Estado instar acción compensatoria alguna si la víctima no lo desea. Esto significa que la víctima cuenta con el apoyo del poder coercitivo del Estado a fin de procurarse una reparación por el daño que le ha sido injustamente infligido. En cambio, en el derecho penal, la acción es normalmente pública, independiente de la voluntad de la víctima<sup>3</sup>. Ese contraste se explica porque el derecho penal, al menos idealmente, se centra en conductas que afectan intereses que, de manera evidente, desbordan el interés individual de la persona dañada. Los casos más notables son aquellos en que todos los ciudadanos pueden ser considerados víctimas. Un delito de corrupción, por ejemplo, no tiene necesariamente un afectado en concreto que esté legitimado para iniciar la acción. Por ello, el impulso de la acción es responsabilidad del Ministerio Público. El interés que se intenta proteger es público de manera paradigmática.

---

<sup>2</sup> Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el mundo normativamente ideal es aquel en el cual no se produce el daño. El mundo en el cual se reparan los daños que ocurren es subóptimo y, por último, el mundo en el cual no se reparan los daños injustos es normativamente defectuoso (Papayannis, 2014b, pp. 39 y ss.; Papayannis, 2016, pp. 74 y ss.).

<sup>3</sup> A pesar de ello, suelen establecerse excepciones en lo que hace a ciertos delitos que en algunos sistemas se califica como de «acción privada». Estos son típicamente delitos en los cuáles el interés público en su represión es menor. También existen otros delitos que son de acción pública pero que están condicionados a un primer impulso privado. Por lo general, se trata de delitos en los que la apertura del proceso podría implicar un riesgo de revictimización o alguna otra consecuencia adversa para los intereses de las víctimas. Qué delitos son de acción pública, acción privada o acción pública dependiente de instancia privada es una cuestión de pura política jurídica. Existen en diversos países categorías diferentes de las mencionadas que permiten una mayor o menor participación de la víctima durante todo el proceso. Sobre esto, véase: Binder (1999, pp. 218 y ss.) y De la Rúa & Tarditti (2014, pp. 419-428).

Esto, sin embargo, no debe conducir a equívocos. No existe una distinción conceptual entre el tipo de actos que es apropiado sujetar al derecho penal y aquellos que son más convenientemente regulados por el derecho civil en exclusiva. El robo, el daño, las lesiones culposas o la estafa, por mencionar algunos delitos, son tipos de acciones perjudiciales sobre las que sin duda existe un interés público en que sean disuadidas, castigadas o, dicho en general, reprimidas; pero de manera patente afectan los intereses particulares de una persona en concreto.

Aun así, adviértase que lo que podríamos llamar injusticias relacionales o injustos privados (Goldberg & Zipursky, 2020, pp. 28; Ripstein, 2016, p. 1) no son objeto exclusivo del derecho de la responsabilidad civil. También los delitos penales recién mencionados tienen la misma estructura que los injustos relacionales, puesto que en cada uno de ellos es verdad que un individuo (A) tiene el deber de no hacer algo ( $\phi$ ) a otro individuo (B) y lo hace. La diferencia está en el tratamiento que cada área del derecho da a estos injustos relacionales y las razones que hay detrás de ese tratamiento diferenciado. En la medida en que la afectación del interés tenga una trascendencia pública significativa, el derecho penal estará legitimado para intervenir e intentar reprimir la conducta en cuestión. El daño que A causa a B es una injusticia porque A tenía el deber de no causar ese daño a B. Pero es incluido como delito si, y solo si, es una clase de injusticia que legítimamente preocupa al sujeto público, con independencia de que nadie más que B resulte perjudicado. Así, el hecho de que A incumpla un contrato con B parece ser algo que solo concierne a A y B, y un tratamiento civil de la cuestión resulta apropiado. En cambio, el hecho de que A maltrate psicológicamente a B en su relación de pareja no es algo que solo concierne a A y B. Tenemos un interés público en que esas conductas no sean realizadas. Ello justifica la intervención pública, tal vez mediante el derecho penal (Duff, 2007, pp. 49-55, en especial, p. 52). Al derecho civil le interesa más conferir a la víctima la potestad de reclamar un resarcimiento, a fin de que no quede desamparada luego de la injusticia. Si la víctima decide no reclamar, el eventual perjuicio social que de esta inacción se derive no preocupa al derecho privado. Ello indica que el foco del derecho privado está en la justicia entre las partes, como algo independiente de las consecuencias sociales que sus relaciones generen, mientras que el foco del derecho público se sitúa en la relación del sujeto infractor y la comunidad en su conjunto. Por consiguiente, tanto en el derecho civil como en el derecho penal la relación de responsabilidad puede ser concebida de modo triádico. En el derecho civil, A es responsable ante B por haber realizado  $\phi$ ; en el derecho penal A es responsable ante la comunidad por haber realizado  $\phi$  a B (Duff, 2007, pp. 23, 55-56).

Finalmente, quisiera hacer alguna precisión sobre el vínculo entre el incumplimiento de los términos de interacción y el remedio indemnizatorio. Una vez que la víctima reclama un resarcimiento, cumpliendo con todos los extremos procesales del caso, la justificación para conceder el remedio indemnizatorio yace en la propia injusticia de la interacción. Es el hecho de que el agente dañador, ahora demandado, infringió sus deberes respecto de la víctima lo que justifica que el juez le imponga el deber de reparar el daño causado, a fin de restablecer tanto como sea posible el *status quo ante*<sup>4</sup>. El juicio de responsabilidad, en este sentido, es netamente retrospectivo. Desde el punto de vista interno a la práctica, es decir, tomando como parámetro el modo en que es comprendida por los operadores jurídicos, no es que la interacción es injusta porque el sistema reacciona ante ella, sino que el sistema impone el deber de indemnizar porque la interacción es injusta (véase, Weinrib, 2012, p. 81)<sup>5</sup>. Se observa la historia que llevó a la producción del daño y se indaga si en esa

<sup>4</sup> Sobre la diversidad de acciones y sus fines, véase Barros Bourie (2020, pp. 224 y ss.).

<sup>5</sup> En este punto, ceñirse a esquemas realistas como el de Kelsen (Kelsen, 1960, pp. 123 y ss.) distorsionan la reconstrucción del discurso jurídico, al menos si hemos de interpretarlo tal como nos viene

historia el *iter* causal constituye una violación de los términos de interacción. Ello ocurre si, y solo si, el demandado causa un daño que tenía el deber de no causar, lo que equivale a afirmar que la víctima sufre un daño que tenía derecho a no sufrir.

En otros trabajos me referí a esto mismo con la denominación «derechos y deberes de indemnidad» (Papayannis, 2012). Estos son derechos a no sufrir cierta clase de daños y deberes correlativos de no causarlos. La interacción injusta, entonces, es aquella en la cual la víctima sufre una vulneración de sus derechos de indemnidad, correlativa con la infracción por parte del agente de sus deberes de indemnidad. En este esquema, afirmar que la víctima sufrió un daño injusto es analíticamente equivalente a afirmar que el agente causó un daño injusto. Los derechos y deberes de indemnidad son el pivote de la responsabilidad civil, puesto que a su alrededor giran el resto de conceptos, reglas y principios que alumbran todas las formas de responsabilidad por daños incluidas en esta área del derecho, aun cuando algunas de ellas, como la responsabilidad por hechos ajenos, parezcan más alejadas del supuesto de la relación directa entre víctima y agente dañador que he tomado como descripción central (Papayannis, 2014a, pp. 332 y ss.).

Luego de esta explicación preliminar, presentaré una descripción de las reglas más habituales que integran los sistemas de responsabilidad civil y la forma en que están relacionadas. Comenzaré por los presupuestos básicos de la obligación de reparar y el remedio indemnizatorio que, en conjunto, constituyen el rasgo distintivo de la práctica. Como se verá, el análisis de los tres presupuestos básicos de la responsabilidad —el daño, el factor de atribución y la causalidad— se ajusta con perfecta coherencia a la noción de interacción injusta, definida por la vulneración, y correlativa infracción, de los derechos y deberes de indemnidad. Solo en la medida en que una parte haya causado a la otra un daño en las condiciones establecidas por los factores de atribución, la interacción es injusta y procede imponer el deber de reparar, si así lo solicita la víctima. Por ello se afirma que la responsabilidad civil unifica los fundamentos de la responsabilidad y los fundamentos del derecho a la indemnización. Ello en tanto las condiciones en las cuáles el agente es considerado responsable son las mismas en las cuales se confiere a esta última la potestad de exigir del agente una indemnización (Coleman, 1992, pp. 291-292).

Además de las normas distintivas, trataré otro conjunto de normas que son necesarias para el funcionamiento de la responsabilidad civil, aun cuando no sean distintivas o definitorias de ella. Estas son las que definen estándares de diligencia, determinan el alcance de la responsabilidad, distribuyen responsabilidades entre varios intervinientes y aquellas que regulan la cuantificación. Por último, también existe otro grupo de normas que suele estar presente en algunos ordenamientos y propuestas de armonización modernas de manera contingente. Entre ellas pueden destacarse las normas sobre acciones preventivas, daños punitivos, incertidumbre causal, exoneración de responsabilidad y las reglas de responsabilidad y reducción de la indemnización por razones de equidad. Estas normas tienen un gran interés por su actualidad y los debates que suscitan, aunque no son estrictamente necesarias para el funcionamiento de la responsabilidad civil y, por esta razón, quedarán fuera de este breve escrito introductorio.

## 2. Reglas distintivas de la práctica: los presupuestos de la responsabilidad civil

Los presupuestos necesarios para que nazca la obligación de resarcir son: 1) el sufrimiento de un daño jurídicamente relevante por parte de la víctima; 2) un factor de

---

dado. Esto, sin embargo, no implica negar que la manera en que detectamos muchas veces qué actos son jurídicamente incorrectos es observando el tipo de reacción jurídica ante su producción.





atribución que señale que la acción, actividad, riesgo u otra condición que incumbe al demandado está sujeta a responsabilidad; y 3) una relación de causalidad entre la acción, actividad, riesgo o condición que conforme con el derecho incumbe al demandado y el daño. Los tres presupuestos son necesarios, aunque, dependiendo del sistema jurídico del que se trate, podrían no ser suficientes para la obligación de reparar<sup>6</sup>. Veamos cada uno por separado.

## 2.1. El daño

El daño es el gran protagonista de la responsabilidad civil moderna (Llamas Pombo, 2007, p. 447). La doctrina ha evidenciado una preocupación central por los crecientes riesgos a los que la producción y comercialización masiva de bienes y servicio nos ha sujetado y, por ello, se ha generado un creciente interés por estudiar este presupuesto y extenderlo por vía jurisprudencial cada vez más, al punto que alguna doctrina lo encuentra irritante (López Mesa, 2019, p. 67). Lo cierto es que hay diversas formas de tratar la definición del daño. Algunos ordenamientos como el alemán, por ejemplo, establecen un catálogo de daños reparables<sup>7</sup>. Si la lesión sufrida por la víctima no se ajusta a algunos de los supuestos previstos por el legislador, pues entonces se tratará de un daño que la víctima debe tolerar. Otros ordenamientos, en cambio, no contemplan un catálogo cerrado, sino que la apreciación de qué daños son resarcibles o dignos de tutela jurídica queda totalmente abierta a la determinación judicial. Así puede explicarse cómo en la historia de la responsabilidad civil los rubros indemnizatorios se han ido extendiendo con el paso del tiempo simplemente a partir de las consideraciones realizadas por la comunidad de operadores jurídicos en relación a qué perjuicios merecían una respuesta resarcitoria y cuáles no. Los sistemas abiertos, naturalmente, definen el daño de modo amplio a partir de la pérdida o la disminución que sufre la víctima en sus bienes u otros intereses no reñidos con la ley (Alessandri Rodríguez, 2005, p. 153).

Las tendencias modernas se encuentran a mitad de camino, aunque establecen fórmulas más bien flexibles. Así, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil –conocidos como PETL por sus siglas en inglés– disponen en su art. 2:101 que el daño es un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido; luego en su art. 2:102 menciona expresamente «la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad», a los que otorga la protección más amplia. En segundo lugar, se confiere una amplia protección a la propiedad privada; y, finalmente, se establecen pautas para graduar la intensidad de la protección según el valor en abstracto del bien protegido o que el daño sea culposo o doloso, entre otras cosas.

## 2.2. Factor de atribución

Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad, riesgo u otra condición perteneciente a la esfera del demandado que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré «factores de atribución»<sup>8</sup>. Los factores pueden ser objetivos o subjetivos. El factor de atribución objetivo más difundido es el riesgo de

<sup>6</sup> No son suficientes en tanto podrían ser derrotados por alguna causal de exoneración.

<sup>7</sup> El Código Civil alemán (§ 823.1) es conocido en este aspecto.

<sup>8</sup> En la literatura también se usan expresiones como «fundamentos de la responsabilidad», «fundamentos de imputación» o «factores de imputación» para referir a la misma idea.

las cosas o la actividad realizada, aunque también es prominente la responsabilidad basada en el factor garantía<sup>9</sup>.

Algunos sistemas, como el mexicano o el argentino, cuentan con cláusulas generales de riesgo, que hacen responsable al agente por los peligros que derivan, entre otros supuestos, de las cosas de que se sirve<sup>10</sup>. En otros, el desarrollo de la responsabilidad objetiva se canaliza mediante la sanción de leyes especiales, como las que regulan los accidentes causados en el contexto de la circulación de vehículos<sup>11</sup>. La responsabilidad objetiva, conviene aclarar, regula acciones típicamente lícitas, incluso a veces fomentadas por el Estado, que no deseamos que las personas dejen de realizar. No es el propósito de la responsabilidad objetiva de los conductores de automóviles que ellos dejen de conducir. Más bien, se trata de que asuman –por ellos mismos o bien mediante mecanismos como el seguro– las indemnizaciones necesarias para que la repartición entre los costes de una actividad y sus beneficios no sea inequitativa entre los miembros de la sociedad (Papayannis, 2014a, pp. 70-71).

El factor garantía, a su vez, tiene un amplio rango de aplicación<sup>12</sup>; una de las más conocidas es la llamada obligación tácita de indemnidad, que se entiende accesoria a todo contrato o relación de consumo. En particular, el oferente de cualquier bien o servicio tiene el deber de procurar que el consumidor no sea dañado en la relación de consumo. El incumplimiento del deber de indemnidad genera una responsabilidad objetiva (Gherzi, 1997, pp. 206-207).

Por otra parte, los factores subjetivos son el dolo y la culpa. Según la comprensión más habitual, el dolo consiste en obrar con intención de causar daño a la víctima o con una manifiesta indiferencia respecto de sus intereses o bienestar<sup>13</sup>. Se obra con culpa, en cambio, cuando se verifica un apartamiento del estándar de conducta jurídicamente exigible «a efectos de que no se produzcan cierto tipo de daños a otros». Los deberes de diligencia se vinculan con el nivel de seguridad que el potencial agente dañador debe garantizar a las personas con quienes interactúa (Papayannis, 2020a, pp. 11 y ss.).

Los factores de atribución son esenciales para definir el contenido de los derechos y deberes de indemnidad. Cuando una situación está regulada por factores subjetivos, por ejemplo, la potencial víctima tiene derecho a no ser dañada con culpa o dolo, y el potencial agente dañador tiene el deber correlativo de no causar daño de esa misma forma. En cambio, con esta regulación, la víctima no tendría derecho a no ser dañada por actividades que alcanzan el estándar de diligencia exigible, por lo que debería soportar todas las pérdidas que sufra. Solo puede reclamar una indemnización por los daños que pueden ser atribuidos al demandado a título de culpa o dolo.

Por otra parte, si una situación está regulada por un factor de atribución objetivo, como el riesgo o vicio de las cosas de las que el agente se sirve, la víctima tiene derecho a no ser dañada por esa clase de riesgos o vicios, con independencia de que el agente haya obrado con culpa. Evidentemente, la protección que otorga

<sup>9</sup> Una explicación completa de los factores objetivos puede consultarse en Pizarro (2015, pp. 164 y ss.).

<sup>10</sup> Véase el art. 1757 del Código Civil y Comercial argentino y el art. 1913 del Código Civil Federal de México.

<sup>11</sup> Sobre esto, puede consultarse Martín Casals & Ribot (2003, pp. 829 y ss.).

<sup>12</sup> Potencialmente, el factor garantía puede cubrir cualquier situación en que una persona es convertida en garante de indemnidad frente a otra por daños de un determinado tipo. Así, además de la obligación tácita de indemnidad mencionada en el texto principal, también podría incluirse en este factor la responsabilidad por hechos ajenos. Véase Pizarro (2015, pp. 18 y 166).

<sup>13</sup> Véase la definición del art. 1724 del Código Civil y Comercial argentino (2015).

esta regla es mucho más amplia y conveniente para la víctima, que la que resulta de factores subjetivos. El establecimiento de los factores de atribución para cada situación depende de la política legislativa. Lo habitual es considerar que, salvo estipulación expresa, el factor aplicable es el subjetivo, y luego mediante reglas genéricas referidas a ámbitos concretos –como el uso de maquinarias en la producción, la conducción de automóviles, etc.– establecer factores objetivos. Es decir, la culpa, entendida en sentido lato como abarcativa de todo el factor subjetivo, es la regla general y supletoria en los sistemas de responsabilidad civil<sup>14</sup>. Una solución contraria, conforme con la cual la regla es que se responde objetivamente por todos los daños, salvo que el legislador haya limitado la responsabilidad mediante factores subjetivos en una situación concreta, supondría una expansión inusitada y socialmente inviable de la responsabilidad por daños.

### 2.3. Causalidad

Hay dos aspectos en el estudio del requisito de causalidad que la doctrina en los últimos 30 o 40 años ha distinguido de manera coincidente en los ordenamientos sofisticados. Así, se ha sostenido que una parte del análisis es fáctico y otro normativo (Pantaleón, 1990; Wright, 1985).

Por una parte, la indagación causal consiste en determinar la mecánica de los eventos que llevaron al daño. Esta es la denominada causalidad fáctica –*cause in fact*, en la doctrina anglosajona– y el test más comúnmente empleado es la *conditio sine qua non* –*but-for test*–. En este sentido, un evento A es la causa de un daño D si, y solo si, D no se hubiese producido de no haberse producido A. Este test reviste gran utilidad en la medida en que conduce a resultados intuitivos en la mayoría de los casos, pero a la vez puede resultar demasiado rudimentario. Enfrentado a los supuestos de sobredeterminación o de anticipación causal –*preemption*– el test arroja resultados implausibles<sup>15</sup>. Por esta razón se ha recomendado la utilización del test NESS –*necessary element of a sufficient set*–, de acuerdo con el cual es causa todo elemento necesario de un conjunto de condiciones que fue suficiente para la producción del resultado<sup>16</sup>.

El segundo aspecto del requisito de causalidad, que en realidad no forma parte de una indagación genuinamente causal, está dado por lo que algunos han llamado «criterios de imputación». Así, no todas las condiciones antecedentes son igualmente relevantes en el plano jurídico, ni todas las consecuencias de las causas jurídicamente relevantes son reparables. Tener esto claro es de la mayor importancia. El derecho interviene en la selección de condiciones –mediante los factores de atribución, ya mencionados– y también en la selección de consecuencias por las cuales los agentes deben responder. Un ordenamiento que no establezca estos criterios para acotar la relevancia jurídica del conjunto de condiciones y consecuencias daría lugar a un mundo en el cual la responsabilidad sin cortapisas sofocaría la libertad de acción. Las normas referidas a las consecuencias indemnizables se engloban en lo que normalmente se denomina «extensión de la responsabilidad» –*scope of liability*–.

<sup>14</sup> Una buena discusión al respecto puede leerse en Barros Bourie (2008, p. 320) y Rosenkrantz (2008, pp. 290-292).

<sup>15</sup> El caso más sencillo es el de sobredeterminación. Si una persona ingiere sistemáticamente los alimentos A y B, y tanto A como B son consumidos en una cantidad independientemente suficiente para causar la patología P, entonces, ni A ni B pueden ser consideradas causa del daño, pues ninguna satisface el requisito de ser una condición necesaria para su producción.

<sup>16</sup> Nótese que con el test NESS tanto el alimento A como el B, mencionados en la nota anterior, son causa del daño, puesto que A es un elemento necesario de un conjunto de condiciones que incluye, por ejemplo, la falta de ejercicio, la edad de la persona, etc., pero que no incluye B, y ese conjunto es suficiente para el daño P. Lo mismo vale para B respecto de un conjunto de condiciones que no incluye A.

Dentro de estos criterios, que son múltiples y tienen sus matices en cada ordenamiento, el más común es la previsibilidad del daño (véase Goldenberg, 2000, pp 65 y ss.; Dobbs, Hayden, & Bublick, 2016, pp. 354 y ss.). Volveré sobre esto en el apartado 3.2.

#### 2.4. El remedio bilateral

En lo que hace a los remedios, la responsabilidad civil se caracteriza por facultar a la víctima a exigir una indemnización por parte del agente dañador. La indemnización es el remedio más habitual y extendido en los distintos ordenamientos jurídicos. Existen, por supuesto, otros remedios que surgen como respuesta al daño injusto, entre ellos, algunos cercanos a la idea de indemnización, como las disculpas u otros actos con fuerte carga simbólica, y otros que parecen más alejados, como los daños punitivos o las garantías de no repetición. Son, de momento, pocos los sistemas que incorporan una variedad tan amplia de remedios alternativos. Las disculpas y las garantías de no repetición ocupan un lugar central, por ejemplo, en la práctica colombiana, como parte natural del proceso de justicia transicional, en el que el resarcimiento de las pérdidas económicas sufridas por las víctimas del terrorismo es solo una parte necesaria, pero no suficiente, del objetivo último que es la reconciliación y el restablecimiento del tejido social dañado por un prolongado conflicto armado interno<sup>17</sup>.

Más allá de esto, el remedio característico y distintivo de la responsabilidad civil es el indemnizatorio. Con cierta cautela, el análisis puede extenderse a otros remedios como las disculpas y algunas versiones de los daños punitivos –no todas–. Cuando A daña a B, la norma que le imponía el deber de no dañar ya deja de ser directamente aplicable. Para poder cumplir con el deber de no dañar, por razones lógicas, es imprescindible que el daño no se haya producido aún<sup>18</sup>. Si el daño ya se produjo, el imperativo «no dañes» parece que provee escasa guía normativa. Sin embargo, tiene sentido pensar que las razones que justificaban ese deber de no dañar, sea cuales fueren, todavía pueden ser honradas de alguna manera –aunque de modo imperfecto– si A indemniza a B el daño que le causó. Al indemnizar, A se conforma tardía e imperfectamente a las razones que recomendaban no dañar en primer lugar (Gardner, 2011, p. 33). En eso consiste subsanar una injusticia previa, en aproximarse tanto como sea posible al mundo ideal en el cual la norma en cuestión es respetada. El mundo ideal es aquel en el que A no daña a B. Ocurrido el daño, la única subsanación al alcance humano tiene que ver con reparar las consecuencias de la interacción injusta, tanto como sea posible. En otras palabras, el deber de indemnizar existe por las mismas razones que existía el deber de no dañar. Ese vínculo profundo entre los deberes de no dañar y los deberes de reparar o indemnizar es el característico de la responsabilidad civil.

La responsabilidad penal, en contraste, no obedece a una estructura similar. El castigo penal para quien cometió el delito no tiene que ver con subsanar el incumplimiento pasado respecto de la víctima. Entre una pena de prisión y el robo no existe la misma relación que entre una indemnización y el robo. La indemnización apunta a deshacer los efectos del robo. La pena de prisión, sea cual fuere la justificación del derecho penal, no puede ser entendida en los mismos términos.

<sup>17</sup> Sobre estos temas, puede verse Vargas Tinoco (2020b, pp. 60 y ss.), Pino Emhart (2020, pp. 1410 y ss.).

<sup>18</sup> Así como que la puerta esté cerrada es condición de posibilidad de cumplir con la orden de cerrarla, que el daño no se haya producido es condición de posibilidad de cumplir con el deber de no causarlo. Véase von Wright (1963, pp. 73-74).

Por su parte, los remedios no tradicionales, como las disculpas o los daños punitivos, pueden tener un encaje cómodo en la responsabilidad civil bajo esta misma interpretación. Las disculpas son a veces reparadoras de las secuelas inmateriales de la interacción injusta (Vargas Tinoco, 2020b, p. 96). Lo mismo ocurre con los daños punitivos cuando son interpretados como un modo de reivindicar y reconocer el sufrimiento injusto de la víctima que ha sido especialmente agravada por el demandado, es decir, en aquellos casos en los cuales el tipo de daño o su forma de causación evidencian un profundo desprecio por el bienestar, los intereses o los derechos de las víctimas (Martínez Alles, 2020, pp. 124 y ss.; Pino Emhart, 2018, p. 373). Esto significa que las versiones puramente sancionatorias –que no incluyen esta vertiente reparadora– o las puramente disuasorias, que apuntan a desalentar este tipo de conductas en el futuro, no se ajustan al patrón distintivo de la responsabilidad civil. Con esto no quiere decirse que sean totalmente inadecuadas, sino simplemente que podrían perseguirse por otros medios, como el derecho administrativo o el derecho penal, sin ninguna pérdida para el derecho civil. En cambio, si las disculpas y una versión particular de los daños punitivos pueden contribuir a la justicia interpersonal, prescindir de ellos podría resultar en desmedro de la responsabilidad civil.

En lo que hace a las garantías de no repetición, su talante prospectivo –y no retrospectivo– dificulta la justificación de su presencia en el esquema de la responsabilidad civil. Sin embargo, algunas de ellas pueden ser vistas como una forma de restablecer la situación precedente que ha sido injustamente alterada. Piénsese en los casos de *bullying* escolar. Si la escuela es obligada a tomar medidas que garanticen que esas conductas de acoso no volverán a producirse, seguramente habrá reconstituido el contexto en el cual la persona puede volver a relacionarse con otros en condiciones de respeto o dignidad. La garantía de no repetición tiene un efecto reparador en un sentido no trivial.

Finalmente, por razones de política jurídica, los ordenamientos jurídicos pueden ampliar o reducir el contenido del remedio indemnizatorio. Podrían acordar que el daño moral fuese reparable, pero solo en dinero, excluyendo las disculpas; o, alternativamente, podrían incluirlas a la vez que excluyen otra clase de actos simbólicos como el reconocimiento público o la colocación de placas conmemorativas o monumentos, entre otras posibilidades (Vargas Tinoco, 2020a, pp. 188 y ss.). Es decir, qué remedios están disponibles es una cuestión ligeramente distinta, aunque fuertemente vinculada, con el problema de definir qué cuenta como daño injusto – véase el apartado 2.1.–.

### 3. Otras normas necesarias que inciden en la operatividad de la responsabilidad civil

En un segundo grupo de normas, encontramos aquellas que no forman parte de lo distintivo de la responsabilidad civil, pero son de todas formas necesarias para que esta pueda operar con eficacia. Repasémoslas brevemente.

#### 3.1. Estándares de diligencia

La responsabilidad subjetiva condiciona el deber de reparar a que el demandado haya incumplido un estándar de comportamiento exigible. Por ello, a fin de hacer efectiva la responsabilidad se requieren normas que definan cuál es ese comportamiento. En muchas actividades, como la conducción de automóviles, la práctica de la medicina o la producción de alimentos, existen infinidad de normas específicas respecto de cómo debe procederse en diversas circunstancias. No obstante, las circunstancias en las que una persona debe actuar y que luego son objeto de litigio exceden las capacidades de previsión exhaustiva por parte del legislador. De ahí que todos los ordenamientos cuentan con un estándar genérico de diligencia que funciona como



una regla de clausura para todos los casos no expresamente regulados, conforme con la cual son exigibles las precauciones que sería razonable que adoptase una persona de nivel medio a fin no causar daños a otros. Los sistemas de tradición continental expresan esto al prescribir que la diligencia que ha de prestarse es la que correspondería a un buen padre de familia, o al buen hombre de negocios, entre otras formulaciones<sup>19</sup>. En el *common law* son equivalentes las referencias a la persona razonable<sup>20</sup>.

Esta remisión a un estándar de conducta, pese a su notoria vaguedad, es imprescindible para poder evaluar en un caso concreto si alguien incumplió su deber de no dañar con culpa y, por lo tanto, corresponde que se le imponga la obligación de indemnizar. Los estándares de comportamiento no son distintivos de la responsabilidad civil, pues ellos también están presentes en el derecho administrativo y en el derecho penal. Pese a ello, reitero, son necesarios para la operación del factor subjetivo, por razones lógicas: no es posible determinar si alguien se apartó del comportamiento debido sin contar con una norma que defina cuál es ese comportamiento. Asimismo, sin definir un estándar no es posible juzgar si son procedentes los daños punitivos, en aquellos ordenamientos que los contemplan. Sin un parámetro de conducta que sirva como referencia no es posible afirmar que alguien se comportó con un serio desprecio por los derechos de la víctima. Ese serio desprecio solo puede apreciarse cuando se produce un alejamiento muy significativo del comportamiento debido.

Por otra parte, también es necesario, ya no por razones lógicas, sino pragmáticas, contar con más de un estándar genérico. De lo contrario, todas las actividades serían juzgadas con el mismo estándar de la persona razonable, y no parece conveniente sujetar a las mismas exigencias a un profano y a un profesional o a una persona que tiene una evidente incapacidad física y a una que no la tiene<sup>21</sup>. De ahí que la jurisprudencia suele realizar distinciones, y es bastante pacífico que un médico, en el ámbito de su incumbencia, está sujeto a una exigencia más alta que una persona ordinaria, un médico especialista a una más elevada que un médico generalista y así sucesivamente<sup>22</sup>. Esto no es más que la plasmación de un principio conforme con el cual mientras mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, lo cual depende normalmente del rol que desempeña el agente en relación con la víctima, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias<sup>23</sup>.

Ahora bien, dentro de cada categoría de personas el estándar es objetivo y no depende de las condiciones personales del demandado (Beever, 2007, pp. 79 y ss.). Un estándar subjetivo, que funcione como un traje a medida, sería de poca utilidad no solo para coordinar el comportamiento en sociedad de múltiples agentes sino para juzgar apartamientos de la conducta debida. En un sentido, un estándar subjetivo nos llevaría al absurdo de que nunca serían exigibles acciones que exceden lo que el individuo en concreto era capaz de realizar en sus circunstancias. Por lo tanto, salvo dolo, sería imposible incumplir con un estándar subjetivo. La razón es sencilla: si el

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, el art. 1104 del Código Civil español.

<sup>20</sup> Para una antigua referencia al hombre razonable en el *Common Law*, véase Holmes, 1881, p. 107; para una referencia moderna, véase el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 3 (2010).

<sup>21</sup> Los PETL establecen un estándar genérico en el numeral 1 del art. 4:102, pero a continuación, en el numeral 2, disponen que este estándar «(...) puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla».

<sup>22</sup> Véase un excelente análisis, con referencias al derecho comparado, en Solé Feliu (2020, pp. 672 y ss.).

<sup>23</sup> El Código Civil y Comercial argentino lo expresa en estos términos en el art. 1725.

individuo no pudo adecuarse a lo que se esperaba de él en el caso concreto, entonces, no debía adecuarse. Esto confunde fatalmente dos preguntas diferentes. La primera es cuál es el comportamiento debido. La segunda es si el agente es moralmente reprochable por no adecuarse a lo que le era exigible. A la responsabilidad civil solo interesa la primera cuestión, no la segunda (Stevens, 2007 p. 97; Weinrib, 1995, p. 178).

### 3.2. Determinación del alcance de la responsabilidad

Como se mencionó en el apartado 2.3., incluso cuando se satisfacen los factores de atribución, existe una necesidad pragmática de limitar el ámbito de la responsabilidad. De ahí que no todas las causas o antecedentes del daño son jurídicamente relevantes, ni todas las consecuencias del ilícito extracontractual son responsabilidad del demandado que lo causó. Hay consecuencias que se consideran demasiado remotas como para poder ser atribuidas a título de responsabilidad. Ellas incluyen, entre otras y en principio, las que resultan imprevisibles para una persona con habilidades y conocimientos medios. Esto último se asemeja a una apelación a la persona razonable propia del análisis de la culpa, lo que ha generado algunas incomodidades en la doctrina, puesto que el requisito de previsibilidad parecería replicar el juicio que se realiza para afirmar que el agente fue culpable o que la actividad es riesgosa, pero ahora en sede de la mal llamada «causalidad jurídica» (Goldenberg, 2000, pp. 28, 29 y 66). Veamos por qué.

En lo que hace a la culpa, la evaluación crítica de una acción sobre la base de consecuencias que no podían conocerse empleando la debida diligencia carece de sentido. Ahora bien, que alguien de hecho no haya previsto una determinada consecuencia dañosa no lo exime de responsabilidad porque la persona diligente debe prever lo que es posible prever. Se trata de un componente normativo, no fáctico. En otras palabras, no haber previsto en el caso lo que era previsible coloca al sujeto por debajo del estándar de la persona razonable y, por ello, es culpable. Podría ocurrir también lo contrario: que alguien haya sido capaz de prever lo que es imposible de prever para la mayoría de las personas de la comunidad. De esta manera, si el demandado hubiese contado con información privilegiada y en virtud de ella hubiese sido capaz de prever las consecuencias dañosas aun cuando no fuesen objetivamente previsibles para una persona razonable, será responsable a título de culpa por esas consecuencias.

De manera similar, cuando se trata de apreciar si una actividad es riesgosa a efectos de aplicar una cláusula genérica de responsabilidad objetiva, la previsibilidad está inevitablemente presente en el análisis, ya que hace a la «*naturaleza del riesgo mismo*». Tiene sentido considerar que una actividad  $x$  es *riesgosa* si podemos asociar su realización con las clases de consecuencias  $\phi$ , que juzgamos disvaliosas. En este esquema, si  $x$  luego causa un tipo de consecuencias  $\gamma$ , que no eran previsibles dado nuestro conocimiento del mundo, entonces, no podremos afirmar que  $x$  era una actividad riesgosa *en razón* de que es previsible que su realización cause  $\gamma$ . Descubierta esta nueva causalidad, es posible que consideremos a futuro que  $x$  es una actividad riesgosa porque es previsible que cause tanto  $\phi$  como  $\gamma$ .

En este sentido, el criterio más utilizado para limitar la extensión de la responsabilidad, la previsibilidad, es redundante con un buen análisis de los factores de atribución (Díez-Picazo, 1999. p. 336). Esto, sin embargo, no muestra que no haya normas que realmente regulen el alcance de la responsabilidad más allá de los factores de atribución. Por razones de política jurídica puede tomarse en consideración, por ejemplo, que el agente obró con dolo o que el bien jurídico afectado

goza de una especial protección –como la vida o la integridad física– a fin de extender la responsabilidad del demandado más allá de lo estrictamente previsible<sup>24</sup>.

En definitiva, los ordenamientos jurídicos pueden regular el alcance de la responsabilidad atendiendo a criterios como la importancia del bien jurídico protegido y el título de imputación de responsabilidad –subjetivo u objetivo–, entre otros<sup>25</sup>, lo que revela una preocupación tanto por el interés compensatorio de la víctima como por la responsabilización del agente dañador. Cualquier juicio sobre el alcance de la responsabilidad afecta el contenido de los derechos y deberes de indemnidad. Por ello, a este respecto debe procurarse un análisis escrupuloso y ofrecerse una argumentación muy sólida. En su defecto, la práctica judicial podría terminar por socavar ciertas protecciones que la ley concede *prima facie* a las personas, generándose una responsabilidad demasiado leve o, por el contrario, una demasiado estricta. Ninguna de las alternativas es aceptable. En el primer caso, la mayoría de las personas desearíamos un poco menos de libertad –es decir, mayor responsabilidad– a cambio de mayor seguridad; en el segundo, preferiríamos un poco menos de seguridad a cambio de algo más de libertad. La clave está en reconocer que las personas necesitamos ambas cosas y para ello las instituciones deben alcanzar un buen equilibrio entre ellas (Calnan, 1997, pp. 82-98).

### 3.3. Asignación de responsabilidad entre una pluralidad de intervinientes

Muchas veces, el accidente se debe a la actuación conjunta de varias personas a las que el derecho asigna como responsables por satisfacer algunos de los factores de atribución ya reseñados, como la culpa o el riesgo de la actividad. Ello, va de suyo, puede incluir a la propia víctima. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad de los agentes dañadores, que supone una sujeción a la potestad de la víctima de exigirle esa responsabilidad, la responsabilidad de la víctima consiste simplemente en negarle esas potestades. Cuando se afirma que la víctima es responsable –total o parcialmente– de su propio daño, ello significa meramente que le toca asumirlo, que no puede endilgárselo a nadie más, en definitiva, que carece del respaldo de la coerción estatal a fin de trasladar –total o parcialmente, según el caso– su pérdida a otra persona. Es responsable, en este sentido tan peculiar, casi figurado, en tanto debe tolerar esas pérdidas pues, respecto de ellas, carece de fundamentos jurídicos para reclamar un resarcimiento<sup>26</sup>.

El resultado típico en estos casos es una repartición proporcional del daño entre los intervinientes. El 100% del daño se divide entre todos los involucrados con algún criterio que sirve de base comparativa. En este contexto de pluralidad de causas, hay dos cuestiones importantes para decidir. La primera es cómo debería articularse la relación entre los múltiples agentes y la víctima. La segunda es cuál debería ser el criterio para definir las cuotas de responsabilidad entre todos los intervinientes (Wright, 1987, p. 1141).

Respecto de la primera cuestión, si la víctima fue culpable, es evidente que la indemnización del resto de los agentes que contribuyeron al daño debería ser reducida proporcionalmente. Luego, respecto del daño remanente, una alternativa es que los demandados sean solidariamente responsables o, en cambio, que sus responsabilidades se limiten a la parte del daño que les sea atribuida en la distribución

<sup>24</sup> El art. 3:201 de los PETL permite ponderar distintos elementos, además de la previsibilidad, para definir el alcance de la responsabilidad.

<sup>25</sup> En la doctrina, puede consultarse también los criterios de Pantaleón (1990, pp. 1566 y ss.).

<sup>26</sup> De este modo, se añade un quinto sentido a la conocida clasificación de Hart (2008, p. 212): a) responsabilidad como función; b) responsabilidad causal; c) responsabilidad como vulnerabilidad o sujeción normativa; y d) responsabilidad como capacidad.

judicial. La responsabilidad solidaria, con la posibilidad de incoar acciones de repetición o de regreso entre los propios deudores, parece ser la más razonable a fin de proteger los intereses de la víctima<sup>27</sup>. Ello no solo le evita tener que demandar y probar su caso contra cada uno de los múltiples demandados, lo que conlleva altos costes y menos probabilidades de obtener una compensación plena, sino que esta regla también traslada los riesgos de insolvencia a los demandados<sup>28</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, el método para calcular la cuota que corresponderá asumir a cada participante, una primera intuición es atribuir responsabilidad sobre la base del grado de participación causal o, en su caso, la gravedad relativa de la culpa (Reglero Campos y Medina Alcoz, 2014, p. 953)<sup>29</sup>. Esto, no obstante, es de poca ayuda por dos razones. En primer lugar, la causalidad no es de grados. Afirmar que A y C causaron el daño de V es afirmar que la acción de A y la acción de C son necesarias para la suficiencia del conjunto de condiciones fácticas que llevaron al daño. En este sentido, la acción de A es tan importante como la de C, pues sin la acción de A –o sin la acción de C– el resultado no se hubiese producido. En la indagación empírica sobre la producción de un resultado dañoso no cabe predicar una mayor magnitud, incidencia o grado de una de las causas en comparación con las otras. La conceptualización de una condición como causa es de todo o nada. La acción de A y la acción de C son causas del daño o no lo son; y si lo son, lo son en la misma medida (Wright, 1987, p. 1146)<sup>30</sup>.

En segundo lugar, centrarse en la gravedad relativa de la culpa tampoco resulta de demasiada utilidad en los ordenamientos contemporáneos que combinan factores de atribución subjetivos con objetivos. A veces, un agente es cocausante de un daño y el factor de atribución que fundamenta su responsabilidad es el riesgo de la actividad. ¿Qué utilidad comporta un criterio que requiere comparar la gravedad del incumplimiento de las normas de diligencia de ambas partes, si una de ellas no es llamada a responder por haber sido culpable sino por la concreción de un riesgo que tenía permitido introducir en la sociedad? Dicho de otro modo, cuando no todos los responsables lo son en virtud de haber obrado con culpa, este factor no puede servir como criterio para definir las cuotas de cada uno.

Por estas razones, las propuestas más modernas entienden que el juzgador debe atender a un conjunto de pautas para establecer la distribución del daño entre los intervinientes (Rogers, 2008, p. 197). Existe discreción, pero no arbitrariedad, en tanto debe argumentarse de qué modo estas pautas favorecen una u otra solución en el caso en concreto. En este sentido, la previsibilidad, la razonabilidad de la conducta, la magnitud del riesgo creado, el conocimiento que de hecho tenía el demandado de ese riesgo, el carácter remoto de las consecuencias, entre otros factores, son importantes para definir las cuotas (Wright, 1987, pp. 1144-1145). No escapará al lector que estos criterios coinciden parcialmente con los mencionados en el apartado

<sup>27</sup> Esta es la solución adoptada en varios sistemas, como el alemán (§ 830, BGB) o el argentino (art. 1752 del Código Civil y Comercial).

<sup>28</sup> Si A, C y D dañan a V, siendo todos solidariamente responsables, el riesgo de que A sea insolvente recae sobre C y D, en lugar de V. Esto es así porque V podrá cobrar el total de la deuda de responsabilidad a C y/o D y ellos, por su parte, serán incapaces de repetir de A, que es insolvente, lo pagado a V. En cambio, si la norma fuese de responsabilidad mancomunada, entonces, V podría solo cobrar una parte del daño a C y D, pero no obtendrá nada de A. Véase Rogers (2008, p. 195).

<sup>29</sup> En lo que hace a la concurrencia de culpa de la víctima, el § 254 del BGB hace expresa mención de la «medida en que el daño haya sido causado principalmente por una u otra parte».

<sup>30</sup> Para una opinión contraria muy persuasiva, pero en última instancia basada en un concepto probabilístico de la causalidad que es inapropiado para la responsabilidad civil, véase Kaiserman (2017). Las razones por las cuales la causalidad probabilística es inapropiada las he tratado en Papayannis (2014c).

anterior y que son utilizados para precisar el alcance de la responsabilidad<sup>31</sup>. Pese a todo, el esquema no es redundante, ya que una cosa es determinar qué consecuencias están fuera del alcance de la responsabilidad civil y otra es qué consecuencias –de aquellas incluidas en el ámbito de la responsabilidad civil– deben ser atribuidas a cada interviniente.

De esta manera, cuando hay varios intervinientes entre los cuales debe repartirse el daño, los criterios de repartición definen el alcance de la responsabilidad entre ellos. En efecto, si V sufre un daño en una interacción con A, en la cual ambos satisfacen algún factor de atribución –supongamos que V fue culpable y A es objetivamente responsable por los daños que causa a V–, un juicio de responsabilidad parcial de V es un juicio de no responsabilidad total de A. Lo mismo ocurre cuando son dos agentes causales que dañan por acciones independientes a la víctima. El primer paso es definir la responsabilidad de la víctima, lo que reduce la responsabilidad del conjunto de demandados. En el segundo paso, los juicios respecto del alcance de la responsabilidad de cada uno sobre el daño remanente, es decir, la parte por la cual la víctima tiene derecho a ser resarcida, se compensan mutuamente. Extender la responsabilidad de A, es limitar la de C y viceversa. Cualquier decisión que limite el alcance de la responsabilidad para uno, la extiende para los demás.

### 3.4. Cuantificación

Una última cuestión que debe resolverse para el buen funcionamiento de la responsabilidad civil es el establecimiento de criterios de cuantificación. Incluso en los daños sobre bienes materiales, respecto de los cuales la compensación parece poco problemática, debe adoptarse –explícita o implícitamente– una norma que establezca que ellos han de ser cuantificados atendiendo al valor de mercado. Tal vez nos parezca indiscutible que ello deba ser así, pero conceptualmente nada impide que un sistema no tome como parámetro el valor de mercado sino algún otro criterio establecido por la regulación administrativa, sobre todo en contextos de escasez.

En todo caso, normalmente cuando los bienes tienen un valor de mercado, ese es el valor que se toma como referencia. Lo mismo cuando los bienes dañados no tienen valor de mercado, como la salud, pero la adecuada reparación sí lo tiene, como ocurre con los gastos médicos. Si una víctima requiere de cierto tratamiento para poder rehabilitarse completamente luego del accidente, la indemnización debe fijarse atendiendo al coste que esos tratamientos tienen en el mercado.

En ocasiones, los sistemas pueden optar por mecanismos que limiten puntualmente las indemnizaciones, no ya con criterios cualitativos como los mencionados en el apartado 3.2., relativos al alcance de la responsabilidad, sino cuantitativos<sup>32</sup>. No es poco frecuente de todas maneras que para ciertos accidentes se establezcan mecanismos especiales de cuantificación, limitando los montos respecto de lo que podría obtenerse conforme con el régimen general<sup>33</sup>. También pueden establecerse topes genéricos, como pretendió hacer el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 en la Argentina (art. 1634) en los casos de responsabilidad objetiva.

<sup>31</sup> De hecho, el análisis de Solé Feliú (1997, p. 884) es esclarecedor en este sentido, pues al estudiar la multiplicidad de criterios que se hallan en la jurisprudencia concluye que el encuadre correcto es en sede de imputación.

<sup>32</sup> Sobre esto puede consultarse Alterini (1997, pp. 47 y ss.).

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, en argentina el Código Aeronáutico Argentino (Ley 17.285) y la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557).



Las normas sobre cuantificación son esenciales para escapar a la arbitrariedad sistemática que emerge de la actuación judicial descoordinada en temas como la valoración del daño corporal y del daño moral grave. Si, aun existiendo pautas comunes en otras áreas menos sensibles, los sistemas suelen incurrir en inconsistencias derivadas de criterios interpretativos y apreciaciones dispares en lo que hace a los montos indemnizatorios, cuánto más delicado es el problema cuando la determinación del monto queda en manos de la absoluta discreción judicial. Existen varias formas de encontrar criterios coincidentes, tendencialmente unificadores. En mi opinión, la mejor manera consiste en establecer un baremo de origen legislativo, como el existente, por ejemplo, en el derecho español<sup>34</sup>.

Este baremo no debería tener en miras la ilusión de una indemnización que vuelva las cosas al estado anterior, porque por hipótesis no hay en los daños corporales y morales graves un equivalente monetario capaz de alcanzar esos efectos. Se trata más bien de contar con normas de cuantificación que permitan una previsibilidad suficiente para que la compensación pueda recaer sobre el sistema de seguros, lo cual logra satisfacer los intereses de las víctimas, siempre que las cantidades concedidas supongan una dotación significativa que refleje la gravedad del daño sufrido y tengan la entidad suficiente como para servir a la persona en el rediseño de su nueva vida. La mirada retrospectiva de la responsabilidad podría ser cuestionada cuando se trata de daños graves irreparables, en tanto la compensación no parece ser una manera de conformarse a las razones que el agente tenía para no devastar a vida de la víctima. Sin embargo, el remedio todavía intenta que el demandado haga algo por la víctima, por atender a su situación y preocuparse por su bienestar aun en las desafortunadas circunstancias en las cuales el pasado queda irrevocablemente alterado (Papayannis, 2020b, p. 186). Se trata de un problema social importante, cuya solución está fuera del alcance de los jueces. En la medida en que el poder legislativo no impulse leyes de este tipo, la jurisprudencia estará indefectiblemente condenada a ser inconsistente y arbitraria en su conjunto.

Por último, también se requieren normas para cuantificar los daños punitivos, allí donde los hubiera. El criterio de cuantificación depende esencialmente de la función que se le asigne a esta figura. En Argentina, algunos tribunales han adherido a la postura que entiende que los daños punitivos han de servir para disuadir a los agentes dañadores en el futuro<sup>35</sup>. Siguiendo el consejo de la doctrina que más ha trabajado sobre el tema, han adoptado una fórmula matemática a fin de realizar el cálculo (Irigoyen Testa, 2011, p. 14). La fórmula puede ser cuestionable y, en efecto, creo que lo es. Sin embargo, debe coincidir en que una fórmula explícita todos los elementos del razonamiento judicial y permite controlarlo y objetar aquello con lo que se desacuerda (Acciarri & Irigoyen Testa, 2014, pp. 529 y ss.). El método de la discreción, que la mayoría de las veces decanta en una arbitrariedad, no permite ninguna revisión racional de la decisión adoptada.

---

<sup>34</sup> Véase la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Véase Martín Casals, 2015; Martín Casals, 2021.

<sup>35</sup> Véase «Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico», Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Bahía Blanca, 28/08/2014.

## Bibliografía

- Acciarri, H. A., y Irigoyen Testa, M. (2014). Utilización de fórmulas matemáticas y baremos. En F. A. Trigo Represas y M. I. Benavente (Eds.), *Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales* (pp. 521-553). Buenos Aires: La Ley.
- Alessandri Rodríguez, A. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alterini, A. A. (1997). *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Barros Bourie, E. (2008). La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de responsabilidad extracontractua. *Estudios Públicos*, 112, pp. 309-338.
- Barros Bourie, E. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Beever, A. (2007). *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Calnan, A. (1997). *Justice and Tort Law*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- De la Rúa, J., & Tarditti, A. (2014). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Ammurabi.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T., & Bublick, E. M. (2016). *Hornbook on Torts*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Duff, A. (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Gardner, J. (2011). What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice. *Law and Philosophy*, 30(1), pp. 1-50.
- Gherzi, C. A. (1997). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea.
- Goldberg, J. C. P., & Zipursky, B. C. (2020). *Recognizing Wrongs*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Goldenberg, I. H. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Holmes, O. W. (1881). *The Common Law*. Boston: Little, Brown, and Co.
- Irigoyen Testa, M. (2011). *Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*. XV Annual Conference-ALACDE, Latin American and Iberian Law and Economics Association, Berkeley Program in Law & Economics.
- Kaiserman, A. (2017). Partial liability. *Legal Theory*, 23, pp. 1-26.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Llamas Pombo, E. (2007). Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. En J. A. Moreno Martínez (ed.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 445-478). Madrid: Dykinson.
- López Mesa, M. J. (2019). *La responsabilidad civil: sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: B de F.
- Martín Casals, M. (2015). A new Spanish compensation scheme for death and personal injury resulting from road traffic accidents. En J. Potgieter, J. Knobel, y R.-M. Jansen (eds.), *Essays in Honour of Johann Neethling* (pp. 301-322). Durban: Lexis Nexis.
- Martín Casals, M. (2021). La triple racionalización del nuevo sistema español de valoración del daño corporal o baremo. En A. Gonçalo Dias Pereira, F. M. Albuquerque Matos, J. Barceló Domenech, y N. Rosenvald (eds.),

- Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o doutor Gorge Sinde Monteiro* (pp. 365-385). Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Martín Casals, M. y Ribot, J. (2003). La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general. En S. Cámara Lapuente (ed.), *Derecho privado europeo* (pp. 827-856). Madrid: Colex.
- Martínez Alles, M. G. (2020). La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (p.p 107-131). Lima: Palestra Editores.
- Pantaleón, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En A. d. P. d. D. Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (pp. 1561-1591). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres.
- Papayannis, D. M. (2012). Derechos y deberes de indemnidad. *Doxa*, 35, pp. 691-716.
- Papayannis, D. M. (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2014b). La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, 41, pp. 19-68.
- Papayannis, D. M. (2014c). Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments. *Legal Theory*, 20(3), pp. 210-252.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2020a). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. Réplica. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1(1), pp. 9-38.
- Papayannis, D. M. (2020b). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 133-195). Lima: Palestra Editores.
- Pino Emhart, A. (2018). Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual. En D. M. Papayannis & E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 359-375). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Pino Emhart, A. (2020). The Value of Apologies in Law and Morality. *REI. Revista Estudos Institucionais*, 6(3), pp. 1396-1416.
- Pizarro, R. D. (2015). *Tratado de la responsabilidad objetiva*. Buenos Aires: La Ley.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Reglero Campos, L. F. y Medina Alcoz, L. (2014). El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago (eds.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 768-970). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Ripstein, A. (2016). *Private wrongs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Rogers, W. V. (2008). Pluralidad de causantes. En M. Martín Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario* (283). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Rosenkrantz, C. F. (2008). En defensa de la responsabilidad estricta: una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual, de Enrique Barros Bourie. *Estudios Públicos*, 112, pp. 285-308.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.-London: Belknap Press of Harvard University Press.
- Sheinman, H. (2003). Tort Law and Corrective Justice. *Law and Philosophy*. 22(1), pp. 21-73.
- Smith, S. A. (2012). Duties, Liabilities, and Damages. *Harvard Law Review*, 125(7), pp. 1727-1756.

- Solé Feliu, J. (2020). Lex artis y estándar de diligencia en la profesión médica. En M. P. García Rubio, J. J. Moreso, & I. Varela Castro (eds.), *Conceptos multidimensionales del derecho* (pp. 667-692). Barcelona: Reus.
- Solé Feliú, J. (1997). La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Anuario de derecho civil*, 50(2), pp. 865-902.
- Stevens, R. (2007). *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Vargas Tinoco, A. (2020a). *Más allá de una indemnización: autonomía y respeto en la responsabilidad civil*. Universidad de Girona, Girona.
- Vargas Tinoco, A. (2020b). Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 57-106). Lima: Palestra Editores.
- von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan.
- Weinrib, E. J. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass-London: Harvard University Press.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Wright, R. W. (1985). Causation in Tort Law. *California Law Review*, 73(6), pp. 1735-1828.
- Wright, R. W. (1987). Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure. *University of California, Davis Law Review*, 21, pp. 1141-1211.

# Tratados de libre comercio (aspectos políticos)\*

## Free Trade Agreements (political aspects)

Clara Navarro Ruiz\*\*  
 Universidad Complutense de Madrid  
 ORCID ID 0000-0003-4597-3634  
[claranavarro@ucm.es](mailto:claranavarro@ucm.es)

Cita recomendada:

Navarro Ruiz, C. (2021). Tratados de libre comercio (aspectos políticos). *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 313-329.

doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2021.6351>

Recibido / received: 23/06/2020  
 Aceptado / accepted: 07/01/2021

### Resumen

Los Tratados de Libre Comercio (TLCs) son el signo definitorio del comercio mundial del presente siglo y su proliferación ha sido muy notoria en los últimos años. Tal aumento es consecuencia de un aparato jurídico de lenguaje indeterminado, así como del cambio de signo en las relaciones comerciales, viradas del multilateralismo al bilateralismo. Las nuevas características de los TLCs y el cambio en la política de dos de los grandes actores de la economía mundial, EE.UU. y la UE, ofrecen otras de las señales de cambio que permiten evaluar su posible desarrollo en el futuro.

### Palabras clave

Tratados de Libre Comercio (TLCs), multilateralismo, bilateralismo, globalización, acuerdos megarregionales, OMC+, OMC-x.

### Abstract

*Free Trade Agreements (FTAs) constitute a remarkable sign of world trade in the current century and its proliferation has been a noticeable phenomenon in the past years. Its propagation might be read as a consequence of a flawed, lacking-in-concreteness juridical system; as well as a sign of the change in trade relations, which have moved from multilateralism to bilateralism. The features of modern FTAs as well as the changes in USA*

\* Este artículo se enmarca dentro del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "PRECARITYLAB: Precariedad Laboral, Cuerpo y Vida Dañada. Una investigación de filosofía social" (PID2019-105803GB-I00), así como del Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (H2019-HUM-5699), financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.

\*\* Investigadora postdoctoral UCM en el Departamento de Filosofía y Sociedad de la Facultad de Filosofía. Este escrito ha sido redactado durante las últimas semanas de mayo de 2020, siendo corregido posteriormente durante el mes de Enero de 2021 en virtud de las aportaciones de las personas que revisaron este escrito. Desde aquí me gustaría agradecer cordialmente sus comentarios, que han mejorado sustancialmente estas líneas.





and EU policies are some other signals of the changes to come, which might allow us to evaluate and predict future developments.

### Keywords

Free Trade Agreements (FTAs), multilateralism, bilatellarism, globalization, mega-regional trade agreements, OMC+, OMC-x.

SUMARIO. 1. Introducción: señales de cambio en el comercio internacional. 2. Tratados de Libre Comercio como instrumento de política comercial. 2.1. Respaldo jurídico general. 2.2. Aspectos político-económicos de la estrategia de firma de TLCs. 3. Evolución y examen de políticas comerciales. 3.1. El caso de Estados Unidos. Comercio como *ars politica*. 3.2. La estrategia comercial de la Unión Europea: PCC y Tratado de Lisboa. 3.3. Prácticas comerciales de la Unión Europea, región a región. 4. Conclusiones. Acerca de la necesidad de una reforma del multilateralismo

## 1. Introducción: señales de cambio en el comercio internacional

El trabajo teórico centrado en asuntos relacionados con el comercio tiene siempre un cierto carácter provisional, dada su intensa vertebración con las decisiones políticas y acontecimientos de toda índole. El actual contexto de incertidumbre económica generado por la crisis sanitaria del Coronavirus intensifica con mayor motivo la provisionalidad de algunos de los rasgos y movimientos que se van a detallar en las siguientes líneas. El mencionado panorama de irresolución ha sido certificado por el propio análisis de la OCDE, cuya previsión para el 2021 –tras una caída del PIB del 4,2% a escala mundial– augura una recuperación de igual porcentaje siempre que, por supuesto, el proceso de vacunación se lleve a cabo sin excesivos contratiempos<sup>1</sup>. No cabe duda de que solo cabe afirmar que pisamos terreno inseguro, pero a pesar de todo, la labor que se realiza en este escrito no es fútil. Muy al contrario, en las situaciones de extrema imprevisibilidad es cuando más sentido posee ser plenamente conscientes de las condiciones y *statu quo* de todo elemento que tiene alta probabilidad de verse modificado por las circunstancias. Solo de esta manera, es decir, en base a la experiencia anterior, somos capaces de evaluar correctamente los peligros y beneficios de las diferentes decisiones que puedan ser tomadas.

El comercio mundial, además, lleva algún tiempo dando ciertas señales de cambio. El proceso de globalización, cuya constante aceleración no hace mucho tiempo nadie se hubiera atrevido a poner en cuestión, parece estar ralentizándose –situación definida por *The Economist* con el término *slowbalisation* (The Economist 2019)– algo que podría estar augurando un final o, cuanto menos, una modificación sustancial de la tendencia en el comercio internacional. En el tipo de discursos que ahora se están dando acerca de este fenómeno no se trata, como antaño, de valorar los aspectos beneficios y/o lesivos de la globalización, ya sea la denuncia del excesivo poder de las empresas multinacionales (Martí, 2018) o bien la instauración de un régimen jurídico de *lex mercatoria* que, de facto, las descarga de responsabilidad a través de conceptos de *soft law* como la noción de Responsabilidad Social Corporativa (RCS) (Hernández Zubizarreta, 2008, Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015). Antes bien, el pronóstico es que ciertas transformaciones económicas están

<sup>1</sup> OCDE Economic Outlook de Junio de 2020, recuperado de <https://www.oecd.org/economic-outlook/>.

dando lugar a cambios estructurales que podrían desembocar en una reversión del proceso de globalización en constante alza desde finales de los años noventa.

Volveremos sobre estas cuestiones generales brevemente al final de estas líneas. No obstante, para comprender las transformaciones que están teniendo lugar actualmente, resulta imperativo comprender los fundamentos del fenómeno de la globalización y su evolución. Lo más útil es, sin duda, ceñirse a un concepto concreto que actúe cual prisma, que ilumine de manera penetrante el panorama. Es nuestro objetivo aquí y por ello, dedicamos las siguientes líneas a uno de los elementos fundamentales que acompaña a dicho fenómeno: los Tratados de Libre Comercio (TLCs). Estos constituyen uno de los instrumentos fundamentales de la política comercial que tienen a su alcance los Estados y su uso se ha intensificado ostensiblemente en los últimos años. Ambos motivos nos inducen a sostener que su estudio permite observar de manera sinóptica el avance de la globalización desde una perspectiva híbrida, aunando simultáneamente aspectos políticos y económicos con una valoración de sus concreciones en las políticas efectivas de los Estados.

Así pues, en las siguientes líneas intentaremos dar forma a nuestro deseo poniendo de manifiesto en primer lugar las características de los Tratados de Libre Comercio, así como su estructuración jurídica básica. Tras ello, daremos paso a un recorrido descriptivo de la deriva de la política comercial en las últimas décadas, subrayando el cambio de estrategia en las relaciones comerciales concretado en el viraje del multilateralismo al bilateralismo. A continuación y a fin de profundizar en la evolución de la firma de tratados, nos centraremos en los casos particulares de dos de las grandes potencias económicas de la actualidad, Estados Unidos y la Unión Europea, cuya trayectoria se estudiará de manera separada. Por último, terminaremos exponiendo la necesidad de reformar en la arquitectura orgánica de la gobernanza global para mantener con salud al sistema multilateral, incidiendo en el organismo de la OMC, concluyendo pues con una serie de consideraciones generales sobre el cambio en la política comercial.

## 2. Tratados de Libre Comercio como instrumento de política comercial

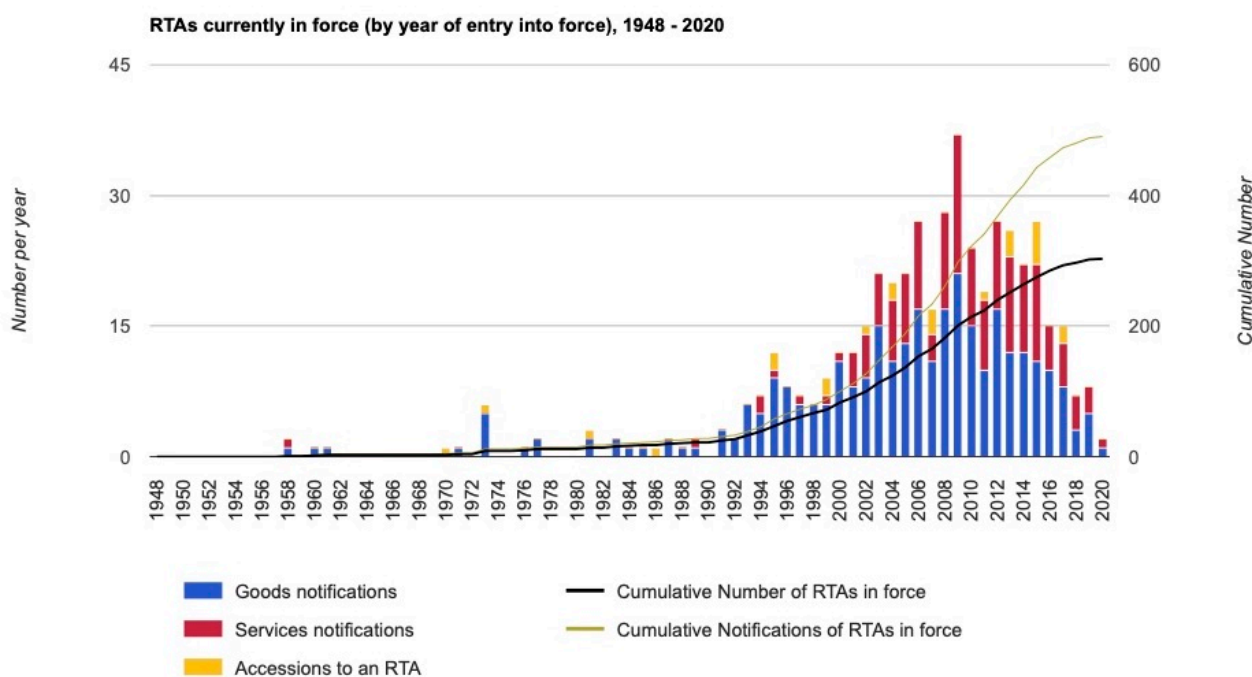
### 2.1. Respaldo jurídico general

De manera algo inexacta, los TLCs pueden definirse (González y de la Vega, 2009, p. 615) como aquel acuerdo por el cual se constituyen zonas de libre comercio (ZLC), uniones aduaneras o zonas de integración regional entre sus miembros, en los que además, se suele realizar una armonización de las políticas comerciales con respecto a terceros países. Ejemplos célebres son, entre otros, el CETA o el TTP. Su historia reciente y su respaldo jurídico esencial (Manero, 2014, p. 157 y ss.) está vinculado al artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) instituido ya en 1947, así como sus disposiciones relacionadas: el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y la Cláusula de Habilitación de 1979, que permite un trato diferenciado más favorable a los países en vías de desarrollo. De manera adicional, ha de tenerse presente que el gobierno y política de las relaciones comerciales internacionales ha venido a ser reforzado por medio de la institución de la OMC, constituida en 1995 tras las negociaciones de la Ronda Uruguay (1986-1994) entre diferentes miembros del GATT.

Para concretar más exactamente el respaldo jurídico de este tipo de acuerdos, centrémonos en el artículo XXIV al que se ha hecho referencia. De entrada, debe decirse que el mencionado artículo destaca por la ambigüedad de su redacción. Teniendo en cuenta que los TLCs suponen una excepción al principio de no discriminación sobre el que se basa el GATT (González y de la Vega, 2009, p. 620),

puede resultar algo sorprendente que en el mencionado artículo se especifique de manera algo general que las diversas uniones aduaneras o ZLCs no hayan de ser, simplemente, «de una incidencia general más elevada» con respecto a aquellas otras partes «que no formen parte de tal unión o acuerdo» (5.a), que todo acuerdo ha de poseer un plan y programa para su establecimiento «en un plazo razonable» (5.b) y que la unión aduanera se delimite apelando a que tanto los derechos de aduana y el resto de regulaciones comerciales restrictivas entre los miembros «sean eliminados con respecto a lo esencial» (párrafo 8). Las interpretaciones jurídicas respecto de esta última disposición han oscilado entre criterios cuantitativos y cualitativos para su aplicación. En cualquier caso, la indeterminación en el lenguaje resulta llamativa y precisamente, la falta de una interpretación autorizada de sus términos ha llevado a una situación de desgobierno que, si bien se intentó solucionar a partir de la Ronda de Doha de la OMC en 2001, no ha conseguido alcanzar los resultados esperados (Manero, 2014, pp. 159-161; 2018, p. 44 y ss.).

A la ausencia de fiscalización desde el plano de gobernanza multilateral se une una realidad comercial de signo cada vez más acelerado. Únicamente entre los meses de Julio a Diciembre de 2019 han sido notificados a la OMC 8 acuerdos regionales de comercio de diferente tipo, que hacen un número total de 301. El siguiente gráfico habla por sí solo:



Acuerdos de comercio regional firmados entre 1948 y 2020. Fuente: Secretaría de la OMC. Recuperado de [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/region\\_e.htm#facts](https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#facts) (Consultado el 21 de Mayo de 2020).

En la búsqueda de una respuesta a este impresionante incremento, diversos expertos llevan algún tiempo hablando de que la inflación de TLCs es señal de un cambio más profundo en la política comercial mundial (Costa, 2013; García-Durán, 2016; Márquez de la Rubia, 2018). Esta habría virado desde un régimen multilateral, que dominó el globo desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta las postrimerías del siglo XX, a un bilateralismo en vigencia que tiene entre sus grandes valedores, entre otros, a Estados Unidos. Los cambios se dan en lo político y en lo económico, con claro reflejo en las propias características de los TLCs que

actualmente se están poniendo en marcha. Veamos más concretamente todos estos puntos.

## 2.2. Aspectos político-económicos de la estrategia de firma de TLCs

Desde el plano de lo político, no se duda en calificar lo que está sucediendo a nivel comercial como la simple constatación de una crisis del régimen multilateral. Este ha de ser definido (Zambrano, 2013, p. 47) como aquel modo de toma de decisiones en materia política que implica la coordinación de tres o más estados que además, conservan algunos principios de relación entre sí. De manera ulterior, ha de clarificarse que el régimen multilateral está vinculado con la constitución de una serie de instituciones de carácter global (ONU, FMI, BM), fundados todos ellos tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y que tienen la figura de EE.UU. como actor hegemónico de esta época.

Los cambios que ha traído el desarrollo del siglo XX han hecho que este sistema encuentre cada vez mayores dificultades para su implementación. Entre las transformaciones más patentes (Costa, 2013, p. 8 y ss.) se encuentran, en primer lugar, las alteraciones en las estructuras de poder, circunstancia que promueve la puesta en cuestión de la arquitectura institucional heredada. Las potencias económicas y tecnológicas de mayor importancia hoy (China, Corea del Sur, etc.), no fueron parte en la constitución del sistema multilateral. En segundo lugar, se ha de hablar de un cambio en la relación entre lo global y lo regional, en la que con cada vez mayor preponderancia, las dinámicas regionales (tanto en los aspectos positivos como en los negativos) no pueden ser puestas de lado para la concepción de la práctica política. Consecuencia de este segundo punto ha sido también una ampliación de las agendas gubernamentales. Por último y en tercer lugar, se ha de destacar que han adquirido gran importancia las diferentes redes de normativas de carácter transgubernamental. Estas han dado lugar a numerosas convergencias entre países, modificando la concepción e implementación de políticas públicas, algo que, como veremos más adelante, tiene su reflejo en las características de los nuevos TLCs. Entre las consecuencias más lamentables de esta serie de cambios se encuentra, sin duda alguna (Zambrano, 2013, p. 56; Manero, 2014, p. 164 ss.), el favorecimiento de foros de diálogo político de mejorable legitimidad, como el G-8 o el G-20, que si bien ganan en eficacia, son cuestionables por su mecanismo de inclusión –por cooptación– así como por una menor representatividad y participación de países.

El aspecto económico del cambio del multilateralismo al bilateralismo, por su parte, muestra claramente que la actual interrelación e integración del sistema productivo tiene pocas posibilidades de ser gobernada de manera justa a través del solo mecanismo soberano. El cambio más transformador que ha habido en la estructura económica durante los últimos años –por lo menos, desde los años 80 en adelante– es la creciente interdependencia de los procesos productivos a través de la creación de cadenas globales de valor (CGV). Este concepto (Gandoy y Díaz-Mora, 2017, p. 43) se refiere a la ubicación fragmentada de los diferentes procesos productivos como consecuencia de los avances tecnológicos y comunicativos, así como de la búsqueda de una mayor eficiencia y optimización de la producción a través de la reducción de costes. Sus principales consecuencias son una mayor división del trabajo y un aumento de los vínculos de los procesos productivos a escala internacional. A pesar de que los estudios económicos (Gandoy y Díaz-Mora, 2017, p. 45) muestren que las CGVs no tienen por qué dar lugar a la pérdida de empleo en términos globales, ha de admitirse que todo proceso de segmentación y deslocalización conlleva la creación de «perdedores» y «ganadores» globales por el movimiento de las estructuras productivas.

Partiendo de este contexto político-económico y, precisamente como estrategia para sobreponerse a las posibles dificultades, en los últimos años se ha venido constatando un cambio de agenda en la política comercial a escala internacional. Según Baldwin (2014, p. 3) la noción de comercio se ha visto extendida, pues las cadenas globales de valor han transformado tanto el proceso productivo como el comercio. De este modo, dada la creciente complejidad de este último, ha tenido lugar el desarrollo de una política comercial donde se incluye la concepción de nuevos TLCs que, yendo más allá de las concesiones tarifarias, están mejor adecuados a la nueva realidad.

De manera algo general, puede decirse que la política comercial del anterior siglo respondía a un mundo en el que la producción de bienes se realizaba en un único lugar, siendo su posterior proceso de distribución y venta lo que se realizaba a escala transfronteriza. Por el contrario, en el siglo XXI –justamente en virtud de las CGVs– nos encontramos ante un proceso de producción que, en sí mismo, se encuentra segmentado por diferentes regiones a lo ancho y largo del globo. Esta diferencia, aparentemente baladí, hace que los TLCs estén incluyendo, cada vez con mayor intensidad, reglamentaciones no solo en torno a la venta, sino también en torno a la producción de bienes. Se trata de una regulación que busca integrar el comercio de manera positiva (Laursen y Roederer-Rynning, 2017, p. 765) teniendo en cuenta más factores además de las limitaciones en frontera. Por ello, tiende a centrarse en la convergencia de normativas y, sin olvidar la eliminación de restricciones, busca favorecer una estrecha vinculación entre comercio, inversiones y servicios. El objetivo último al que apunta esta nueva agenda es permitir el movimiento permanente y sin impedimentos de los diferentes componentes intermedios que conforman las diferentes CVGs (Zelikovitch, 2016, p. 89-92). Como es evidente, esta aproximación tiene múltiples consecuencias para todas las áreas implicadas en el comercio, esto es, empresas, servicios, capital y derechos de propiedad intelectual.

Por todo lo anteriormente mencionado (Horn, Petros y Sapir, 2009, p. 3), encontramos que los nuevos acuerdos poseen ciertas características que los antiguos no poseían. Los acuerdos firmados hasta mediados de los años 90 del pasado siglo se centraban únicamente en el comercio de bienes, materializándose preeminentemente en la creación de zonas de libre comercio (FTZs por sus siglas en inglés) o bien uniones aduaneras. No obstante, desde la creación de la OMC, así como desde la paulatina extensión de los acuerdos al sector servicios y a áreas de la propiedad intelectual relacionadas con el sector comercial, ha sido posible observar que los TLCs firmados bilateralmente han alcanzado aspectos regulatorios del comercio. En la mayoría de ocasiones, los compromisos alcanzados por los países van más allá de los propios acuerdos establecidos en el marco multilateral de la OMC.

Justamente en orden a clasificar e identificar correctamente las novedades de los nuevos tratados en relación con el antiguo marco, se han acuñado los conceptos OMC+ y OMC-x (Horn, Petros y Sapir, 2009, p. 4). La primera de las categorías hace referencia a aquellas disposiciones presentes en los TLCs bilaterales que, aunque se encuentran recogidos por el actual acuerdo de la OMC, van más allá de los compromisos marcados, esto es, poseen una mayor profundidad. Por su parte, la categoría OMC-x hace referencia a aquellas disposiciones acordadas bilateralmente que van más allá de los acuerdos alcanzados en la OMC, que alcanzan una mayor extensión. En otros términos (García Durán, 2016, p. 25), los temas y aspectos OMC+ están relacionados con mayores facilidades en el acceso al mercado de bienes y servicios, pudiendo incluir compromisos para hacer más sencilla la convergencia regulatoria en otras áreas (técnica, sanitaria, etc.); mientras que lo recogido por la categoría OMC-x implica avances en los que se han declarado asuntos centrales para la agencia comercial del siglo XXI (Zelikovich, 2016, p. 89): movimientos de capital,



propiedad intelectual, políticas de competencia e inversiones. En este último grupo también se pueden encontrar disposiciones en torno a la legislación laboral y la regulación de la protección del medioambiente.

Un aspecto adicional resultado de estas transformaciones tiene que ver con las consecuencias políticas de esta nueva perspectiva (Laursen y Roederer-Ryning, 2017, pp. 764-765). Dado que la praxis comercial del siglo XXI afecta de manera directa a la política pública y prácticas legislativas de cada uno de los países miembro de los acuerdos comerciales, se ha constatado ya una mayor movilización de diferentes sectores sociales. Estos encuentran en los TLCs motivos para la preocupación por el riesgo que corren tanto sus derechos adquiridos, como los compromisos gubernamentales en diversas materias (medidas sanitarias, medioambientales, etc.). Esto último pudo observarse con claridad en la anterior campaña contra la firma del fallido TTIP por parte de organizaciones de la sociedad civil (De Ville y Siles-Brügge, 2017) incluyendo a ONGs (Eberhardt, 2016). Más generalmente, los TLCs son tema desde hace tiempo para la literatura socio-económica de carácter crítico (Fernández Ortiz de Zárate, 2018).

Antes de pasar a explicar algunas de las líneas políticas principales en torno a la firma de tratados, cabe preguntarse si la nueva estrategia de negociaciones bilateral entre países favorece el marco multilateral de la OMC o si tiende a debilitarlo. También debemos preguntarnos si esta estrategia comercial fomenta y sirve al objetivo autoproclamado de toda política comercial, que es aumentar la fluidez, facilidad y seguridad de las relaciones comerciales entre países. En cuanto a la primera de las preguntas y, a pesar de que la estrategia comercial de la Unión Europea expresada en su documento rector *Trade for All* (Comisión Europea, 2014, pp. 27-29) insista en que el fortalecimiento del bilateralismo comercial conduce a un refuerzo de las estructuras multilaterales, tal resultado no es inmediatamente claro (García Durán, 2016, p. 25). La afirmación más certera que puede hacerse al respecto (García Durán, 2016, p. 28) es que la coexistencia de dicha estrategia y estructura puede ser más o menos armoniosa dependiendo de la dificultad de las negociaciones a nivel multilateral. Esto es, cuanto más complicadas sean las negociaciones a nivel multilateral, cuyas dificultades actuales señalábamos más arriba, mayores son las probabilidades de que cada uno de los países negocie de manera bilateral sus propios acuerdos, bien como estrategia para facilitar el acuerdo a nivel multilateral, bien como respaldo ante un posible fracaso de las negociaciones en dicho ámbito. Por lo que respecta a la segunda de las preguntas, parece que hay cierto consenso generalizado (Márquez de la Rubia, 2018; Chafer, Gil-Pareja y Llorca-Vivero, 2017) en que el marco multilateral es el que asegura una mayor fluidez en las relaciones comerciales, algo que se ha querido demostrar a la luz de las recientes decisiones del presidente estadounidense Donald Trump en torno a la política arancelaria.

Bien, por último, es pertinente que examinemos *in concreto* en qué acuerdos particulares se han materializado los cambios en política comercial que se han venido comentando y, para ello, nos centraremos exclusivamente en el recorrido realizado por EE.UU. y la Unión Europea. A pesar de que con nuestra elección no obtenemos un panorama completo de las relaciones comerciales, ha de valorarse que el peso de sus economías en el comercio mundial es lo suficientemente significativo como para dar una imagen de conjunto no excesivamente alejada de la realidad. Al fin y al cabo, según datos del Eurostat actualizados a fecha de octubre de 2018<sup>2</sup>, Europa y Estados Unidos, junto a China, son los tres grandes operadores comerciales a nivel mundial, alcanzando en 2017 una cifra prácticamente idéntica en el nivel total de comercio de

<sup>2</sup> Eurostat, "Comercio internacional de mercancías". Recuperado de: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=internacional\\_trade\\_goods/es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=internacional_trade_goods/es)

mercancías (3.738.000 millones de euros en el caso de Europa, 3.635.000 en el caso de China y 3.499.000 en el caso de EE.UU., incluyendo exportaciones e importaciones). El liderazgo político de ambas potencias es además indiscutible.

### 3. Evolución y examen de políticas comerciales

#### 3.1. El caso de Estados Unidos. Comercio como *ars politica*.

Comencemos por el comportamiento de Estados Unidos. Lo más destacado del país americano, que cuenta con 14 TLCs en vigor a fecha de 2018 de diverso carácter (tanto bilaterales como plurilaterales), es la estrecha vinculación de su política económica con sus intereses en política exterior (Manero, 2018, p. 61). Con ello, busca fortalecer las relaciones con sus aliados tradicionales y aumentar las conexiones con regiones de su interés. De esta manera, no es de extrañar que su primer TLC fuera con un aliado político de tanta importancia como Israel (1985), la firma de un tratado con Australia (2004), así como el establecimiento del TLCAN (1994), que une el comercio de México, Canadá y Estados Unidos. Los mismos motivos llevan a explicar el foco de la política comercial estadounidense en la región de Oriente Medio, donde los TLCs con Bahrein (2004) y Omán (2009) se deben, adicionalmente, al objetivo político de combatir el terrorismo por medio del comercio, una finalidad que fue de importancia ya para la administración Bush.

Por lo que respecta a la región latinoamericana y tras el fracaso de la implementación del ALCA acaecido en 2005 (Pérez Orozco, 2017), Estados Unidos ha decidido llevar a cabo una táctica de negociación de país a país, lo que ha conducido a la firma y entrada en vigor de, entre otros, el CAFTA-DR. Una mirada atenta a la estrategia seguida en esta parte del mundo revela que (Tole, 2013, pp. 260-261) la constitución de TLCs es un instrumento para alcanzar acuerdos que requieren un alto grado de compromiso bordeando las complejidades de los marcos de negociación plurilateral o multilateral (OMC). El objetivo que persigue el gigante norteamericano en estos países es de carácter doble, político y económico (Tole, 2013, pp. 261-263). Como meta política, la estrategia de implementación de TLCs buscaba servir como elemento de presión para algunos de los países latinoamericanos, como Venezuela o Brasil, que en el contexto de la ronda de conversaciones del ALCA, pretendían vincular los avances en la negociación a los progresos en el marco multilateral. Asimismo y en concordancia con la táctica seguida en otras regiones, este modelo de política comercial se vinculaba también a razones de seguridad nacional, como herramienta, pues, en contra del avance del terrorismo. Por otro lado, el fin económico que se buscaba fomentar con la implementación de acuerdos comerciales bi- o plurilaterales era el de la apertura de las diferentes economías a los diferentes servicios, productos y empresas de origen estadounidense, todo ello bajo la idea de que la liberalización es un camino directo a una mayor agilidad en las relaciones comerciales. En lo referente al contenido interno de estos tratados, es posible observar que el modelo estadounidense de TLC apuesta por una perspectiva minimalista en lo institucional, es decir, que otorga únicamente aquellas potestades estrictamente necesarias para el fortalecimiento de los vínculos económicos. En este último sentido, se aleja del modelo seguido por la Unión Europea, que ha buscado implementar planes de coordinación más ambiciosos.

Si bien rápidamente, es necesario por último decir algunas palabras sobre el fallido Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TTP) y la política que el presidente Trump –al menos, durante los dos pasados años, el carácter voluble del mandatario complica asignarle un rumbo definido– estaba marcando a la estrategia comercial de los Estados Unidos. En cuanto al TTP (Manero, 2018, p. 112), nos encontrábamos ante un acuerdo que, de haber sido firmado, hubiese cambiado

sustancialmente el panorama comercial, por el alcance de regiones afectadas y la extensión y profundidad de los asuntos concernidos. El TTP suponía la fusión de los aspectos más significativos de las agendas comerciales del siglo XX y XXI explicadas *supra*, así como una ambiciosa aproximación a nuevos temas comerciales como energía, medio ambiente o políticas laborales. El fracaso de su implementación, incluso cuando pueda ser leído en clave positiva, no se ha debido a la contestación y movilización de los sectores críticos de las sociedades afectadas. Antes bien, está relacionado con el giro político asumido por la administración Trump, que ha asumido una visión reduccionista de las relaciones económicas internacionales (Márquez de la Rubia, 2018, p. 15) que sin pensar en las repercusiones, parece usar el aumento de la tensión como táctica negociadora, tal como se ha hecho notar con lo acaecido en relación con China y la Unión Europea. Ciertamente, no hay ámbito que necesite de mayores certidumbres que la economía de mercado de signo capitalista, donde las certezas se instituyen en ocasiones al precio del sufrimiento de los eslabones más débiles de la estructura económica. Por cuestionable que nos parezca su dinámica constitutiva, que el dirigente de la región más rica de la historia haya decidido emprender una práctica política que utiliza como principales elementos de negociación el riesgo y la generación de tensión –por otro lado, fijadas unilateralmente al servicio de lo que considera su exclusivo beneficio, al margen de todo marco de diálogo plural– no puede ser considerada una buena noticia.

### 3.2. La estrategia comercial de la Unión Europea: PCC y Tratado de Lisboa

Continuemos ahora con el caso de la Unión Europea. Desde una perspectiva estrictamente jurídica (Manero, 2018, p. 131 y ss.), hemos de considerar la base para todo acuerdo comercial lo establecido en su Política Comercial Común (PCC), que sufrió transformaciones de importancia tras la firma del Tratado de Lisboa en 2007 (Manero, 2018, p. 136; Roederer-Rynning y Kallestrup, 2017, pp. 812-813) y cuyo funcionamiento específico está regulado y descrito en el artículo 207 del TFUE. De manera general, lo fundamental del contenido de este Tratado es la centralización y extensión de la PCC, otorgando un mayor poder y competencia a la UE en detrimento de la actuación aislada e individual de cada uno de los estados miembros (EE.MM.), característica que estableció la necesidad y desafío de alcanzar un punto intermedio entre la necesidad de la protección de las inversiones y la potestad regulatoria de cada uno de ellos (López Rodríguez, 2017, pp. 39). El largo proceso de negociación que se hizo necesario para su establecimiento se desarrolló en sus diferentes facetas durante la década transcurrida entre 1999 y 2009. Como resultado del acuerdo, además del comercio de mercancías, pasó a ser asunto de la PCC el comercio de servicios, así como los derechos de propiedad intelectual y las inversiones.

Aun cuando ha de admitirse que tal aumento de las competencias de la UE no fue recibido siempre con la mayor de las simpatías por los estados miembros (algo que valoraremos algo más abajo), debe considerarse positivamente que el Tratado de Lisboa otorgó un mayor poder de acción al Parlamento Europeo. El procedimiento que se había realizado hasta el momento implicaba que la PCC se desarrollara de acuerdo a un proceso mediante el cual la Comisión Europea realizaba las proposiciones y negociaciones de los diferentes acuerdos con terceros países. De este modo, las propuestas obedecían siempre al mandato que se había realizado desde el Consejo Europeo, obliterando todo rol a los parlamentos (europeos y nacionales). Con el Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo adquiere un mayor acceso a la información y mayor capacidad de co-decisión, así como una posición central en el proceso de ratificación.

Inciendo algo más en las características de la política comercial europea, debe apuntarse que el carácter fundacional del tratado lisboeta firmado en 2007 se

trasluce principalmente en el interés por impulsar una nueva política comercial, centrada en el comienzo de la firma de tratados significativamente diferentes a los implementados hasta el momento: los acuerdos megarregionales (Manero, 2018, p. 142 y ss.; Iuretagoiena, 2018a, p. 185) –entre los que podemos incluir también al estadounidense TLCAN– cuya implementación no ha sido ni está siendo sencilla. Estos son TLCs cuyo peso político viene marcado por el carácter global de los asuntos que tratan (incluyen un amplio rango de sectores, clásicos y propios de la agenda del XXI), así como su profundidad (pues aspiran a armonizar los mercados en virtud de la cooperación normativa). Ambos caracteres, por el acentuado cambio que suponen en términos legales, han despertado el interés por su estudio en relación con la propia noción de la inversión extranjera directa –incluida ahora en la PCC– (Hinojosa, 2015) y, en definitiva, la articulación de las estructuras jurídicas comunitarias y las propias de los Estados miembros. Económicamente, ha de subrayarse igualmente la importancia económica de las regiones que vinculan: efectivamente, la nueva serie de acuerdos que está llevando adelante la UE suelen tener como contraparte a países desarrollados (Japón, Canadá [CETA]), sin excluir otras economías (Singapur, Chile). Esta nueva perspectiva, de carácter general, se concreta y materializa en el anteriormente mencionado *Trade for All* (Comisión Europea, 2014).

En lo que referente a los ya mentados aspectos jurídicos, ha de realizarse un pequeño inciso para dar cuenta de las sentencias 2/15 y 1/17 del TJUE, que han venido a delimitar los ámbitos de competencia de la Unión y los Estados miembros y la compatibilidad de los mecanismos de resolución de diferencias con sus derechos respectivos. Muy resumidamente, la sentencia 2/15, referida al acuerdo establecido entre EU y Singapur, estableció el alcance de las competencias exclusivas y compartidas en el nuevo ámbito de la PCC. Tal como antes comentábamos, el aumento de las competencias de la UE establecidas por la nueva PCC del Tratado de Lisboa despertó ciertos recelos entre los EE.MM., que temían ver socavadas sus competencias propias en materia de inversiones extranjeras directas (Iuretagoiena, 2018a, p. 185). Mediante dicha sentencia, el TJUE aclara sus límites estableciendo los criterios para la calificación de los acuerdos como comerciales o mixtos, en virtud de las competencias abarcadas (Berenguer, 2019, p. 13): si los aspectos abarcados en un TLC van más allá de los aspectos incluidos en la PCC, el acuerdo será calificado como mixto. Dicha distinción es de importancia, pues la denominación de un acuerdo como “mixto” implica que todos los EE.MM. deben firmar y aprobar dicho tratado. Dicho proceso algo más complejo tiene como consecuencia (Gordillo, 2017, p. 337) una serie de dificultades en la delimitación, negociación y determinación de responsabilidades de los diferentes órganos y, de manera adicional, complica la ratificación de TLCs. Por ello, la conciencia de las dificultades ha propiciado la propuesta de mecanismos para agilizar dichos procesos (Werquin, 2018, pp. 163 y ss.).

De otro lado, la reciente sentencia 1/17 del 30 de abril de 2019 está referida a los mecanismos de solución de diferencias producidas en la relación comercial Inversor/Estados. Solicitada por Bélgica en relación al tribunal de inversión articulado en el TLC acordado con Canadá, esta resolución confirma su compatibilidad con el Derecho de la UE: basándose en el principio de autonomía de la TJUE, confirma que dichos tribunales no adquieren competencias de interpretación del Derecho europeo, más allá de lo estrictamente establecido en el tratado de inversiones. De este modo, la resolución, enmarcada en la discusión tradicional en torno a los mecanismos de solución de diferencias –que ya tuvo un episodio en los tratados *intra*-UE con el caso *Achmea* (Manero, 2018, p. 282y ss.)– supone un capítulo más en el debate generado y, al mismo tiempo, parece abrir la puerta de manera definitiva a la propuesta europea del Sistema de Tribunales de Inversión. Habrá de examinarse qué ocurre finalmente, pues según pone de manifiesto la literatura especializada, este no habría logrado

desasirse de manera completa de las herramientas y dinámicas del arbitraje de inversiones, algo que ha despertado numerosas críticas en el pasado (Iuretagoiena, 2018a, pp. 163-164; 2018b).

Explicadas estas cuestiones de carácter general y en orden a analizar en sus elementos fácticos la praxis comercial de la UE en los últimos años, creemos que puede ser interesante mencionar algunos de los acuerdos establecidos con diferentes regiones del mundo, algo a lo que dedicaremos la siguiente sección. Desgraciadamente, resulta inevitable hacer una selección, pues su número es tal que impide que tratemos todos individualmente. En cualquier caso, los TLCs descritos son suficientemente significativos para hacerse una composición general del contexto comercial.

### 3.3. Prácticas comerciales de la Unión Europea, región a región

Sin mayores preámbulos, comencemos por la estrategia seguida para los países ACP. Según el propio Libro Verde de la UE acerca de la política para el siglo XXI con estas regiones (Manero, 2018, p. 155 ss.), el intento de mejora de la situación económica y de desarrollo de dichos países se ha de fomentar, según la Unión, desde el marco de asociación propio de los TLCs. Se abandona así el marco de la no-reciprocidad perteneciente a instrumentos como el Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG)<sup>3</sup>, que había sido desarrollado pensando en regiones de esta naturaleza. Como no podía ser de otro modo, consecuencia de este principio rector ha sido la apertura de negociaciones para la instauración de acuerdos de partenariado económico (EPAs) en diversas regiones africanas, así como en el Caribe y el Pacífico. El contenido de los mismos nos revela la tónica general de la política comercial seguida (Manero, 2018, p. 191 y ss.), mostrando que, a pesar del diferente contenido de los EPAs, todos ellos se centran en la liberalización comercial como objetivo rector. Aunque las consecuencias variarán según el estado y constitución de cada una de las economías afectadas en el momento que entren en vigor (2023), parece previsible que del lado de los países ACP habrá disminuciones económicas por las pérdidas en aduana, mientras que, para la UE, las expectativas de beneficios se prometen sustanciosas. La posible ganancia de los inversores de origen europeo no esconde que este es un modelo de política comercial basado en el fundamento jurídico del artículo XXIV del GATT, que habiendo fragmentado profundamente las negociaciones, no ha sido capaz de observar otras opciones políticas más allá de un marco recíproco que no favorece a las economías de menor desarrollo.

De otra parte, en el caso de América Latina, encontramos una serie de relaciones caracterizadas por su asimetría. Los acuerdos comerciales, que hasta finales de los años 70 se firmaban en un marco de acuerdo de no-reciprocidad, se han convertido ahora en TLCs que sitúan en pie de igualdad pequeñas economías con gigantes económicos (Manero, 2018, p. 257). Por lo que respecta al contenido de los acuerdos, encontramos ya en el caso del Tratado firmado con México (1997), cuyo contenido es de carácter marcadamente OMC+, del mismo modo que el acuerdo con Chile (2002). El gran último acuerdo alcanzado es el que une a la Unión Europea con el MERCOSUR, cuyas cifras (abarca un mercado de 780 millones de consumidores y la rebaja de aranceles tendrá un valor de 4000 millones de euros únicamente para los exportadores europeos) lo convierten en el acuerdo de mayor importancia alcanzado

<sup>3</sup> El Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) es un instrumento de política comercial de la UE dentro de la política de ayuda al desarrollo. Se introduce en 1971 tras una resolución de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Para mayor información institucional, véase la siguiente URL: [https://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-arancelarias/Paginas/sistema-de-preferencias-generalizadas-SPG.aspx#\\_DESCRIPCION%20Y\\_OBJETIVOS](https://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-arancelarias/Paginas/sistema-de-preferencias-generalizadas-SPG.aspx#_DESCRIPCION%20Y_OBJETIVOS)



hasta la fecha (Malamud y Steinberg, 2019), convirtiéndolo en un acuerdo de carácter megarregional.

Otra parte del mundo que ha de ser mencionada es Asia, donde se han ratificado TLCs con Corea del Sur (2015), Singapur (2018) y Vietnam (2020). En el caso de estos tres países encontramos una agenda comercial muy propia del siglo XXI, pues los acuerdos contienen cláusulas de mercado carácter OMC-x. Del mismo modo, el acuerdo megarregional con Japón (cuyas negociaciones concluyeron en 2019) implica una extensa eliminación de aranceles y de barreras técnicas al comercio de la UE (Comisión Europea, 2018). Para concluir, si bien fuera del continente asiático, destaca la firma del TLC con Canadá, CETA, que no pasó desapercibido para los sectores sociales más críticos. Este acuerdo, que por su importancia puede considerarse de carácter megarregional, se considera novedoso en el capítulo dedicado a las inversiones (Manero, 2018, p. 280) y se incluyen disposiciones sobre contratación pública, profundizando en los compromisos que se habían alcanzado hasta el momento.

#### 4. Conclusiones. Acerca de la necesidad de una reforma del multilateralismo

El rápido recorrido realizado en estas líneas ha buscado poner de manifiesto en qué sentido los TLCs, como instrumento básico de la política comercial mundial, nos permite entrever las características de la evolución de la política comercial y el fenómeno de la globalización de manera resumida. Los TLCs promueven e intensifican la integración e interrelación de los sistemas productivo y regulatorio, modificando enérgicamente nuestra realidad económica y legislativa y mostrando los caracteres concretos del modo de gobierno imperante a escala internacional. Precisamente, la interrelación del plano económico y jurídico puede ser considerado como una característica esencial del neoliberalismo, definible como «una tendencia históricamente específica, pautada, híbrida y desarrollada desigualmente de reestructuración regulatoria sujeta a la disciplina de mercado» (Brenner, Peck y Theodore, 2011, p. 24); objetivo este que, sin duda alguna, se ha podido ver que los TLCs persiguen. Analizar las concreciones de dicha tendencia, realizar la crítica de los elementos que en cada caso pudiéramos considerar lesivos, resulta imperativo para garantizar una mejor salud de nuestras democracias. Con mayor motivo cuando el horizonte se presenta cargado de incertidumbre como el actual.

Además, como hemos marcado al comienzo de estas líneas, el fenómeno de la globalización y, de manera más general, la política comercial mundial, lleva algún tiempo mostrando señales de profundo cambio, a los que se unen las más que previsibles perturbaciones por la incidencia de la crisis sanitaria. En lo concerniente a esta última, se espera (Steinberg, 2020) que las redes de suministro global sufran cierto repliegue, al tiempo que las CGVs se modifiquen a consecuencia de la repatriación de algunas cadenas de producción y de la reconsideración de los sectores estratégicos, llevando a una tendencia a la regionalización que se encontraba ya en cierta medida algo latente en el ámbito económico (Altman y Bastian, 2019, pp. 20-22). Más allá de estos cambios circunstanciales, como acabamos de mencionar, resulta patente desde hace tiempo un cierto proceso de desglobalización, un cierto freno en la expansión comercial internacional. Los motivos son múltiples, siendo el primero a nombrar una cierta desaceleración económica (Fanjul, 2020) que venía amenazando a potencias como la alemana desde antes de cualquier otro tipo de peligro; algo que incidía especialmente sobre el flujo de inversiones de capital internacional, particularmente, la inversión extranjera directa (Altan y Bastian, 2019, p. 7). De manera ulterior, las CVGs se encontraban ya en un proceso de transformación que las aleja del modelo clásico que hemos explicado líneas más arriba (Lund *et al.*, 2019). Los factores por los que se constituyen no

estriban ahora tanto en facetas relacionadas con la reducción de costes (como los salarios de los trabajadores), sino que se vinculan a aspectos referidos al conocimiento especializado. Por otro lado, ha de añadirse que el comercio de servicios está adquiriendo un papel mucho más relevante que el comercio de bienes –algo de especial relevancia para el estudio del impacto de la robotización sobre el trabajo– y que, en general, las CGVs son ahora un factor de menor incidencia en el comercio internacional. Esto último es consecuencia del desarrollo de las economías emergentes, que actualmente en mayor medida lo que producen.

Otro aspecto de importancia en este proceso, mencionado de manera incidental en la segunda sección de este escrito, es el relacionado con la imperativa reforma de la OMC. Esta lleva algún tiempo siendo reivindicada por numerosos actores políticos y, a un tiempo, es buen indicativo del estado de la situación geopolítica actual. Entre los motivos que han incentivado el deseo de su reforma se encuentran el declive del régimen multilateral anteriormente mencionado, las prácticas de negociación de carácter reducido y poco transparente o la fáctica desconexión de la OMC con ciertos sectores de la sociedad civil. Todas ellas son cuestiones que en conjunto apremian sin duda a acometer una transformación en profundidad de esta estructura (Zelicovich, 2020, p. 48).

No obstante, adicionalmente, estos problemas –por sí suficientemente preocupantes– se han agravado con la actual actitud de Estados Unidos respecto a este organismo (situación que está, a su vez, relacionada con su conflicto comercial con China). Sin menoscabo de las posibles diferencias que pudieran promover la reciente victoria de Biden en las elecciones presidenciales de Estados Unidos, a día de hoy (Martínez, 2020, p. 63 y ss.) el gobierno norteamericano ha optado por un enfoque de carácter unilateral en lo económico, situando en el centro de algunas de sus críticas a la OMC. Según su consideración, este organismo no estaría actuando correctamente ante las políticas de no-mercado que está poniendo en funcionamiento el país asiático (que pasan, entre otros asuntos, por la transferencia de tecnología forzada de las empresas que busquen instalarse en dicho país o sus sistemas de empresa pública y subvenciones). De esta manera, en correspondencia con su posicionamiento, Estados Unidos defiende que la OMC ha de reformarse en ciertos aspectos fundamentales (Zelicovich, 2020, p. 49) entre los que incluyen el mecanismo de solución de diferencias o el fortalecimiento de las herramientas de *enforcement*. Estas demandas, por su parte y bajo una perspectiva propia, son hasta cierto punto compartidas por la UE, que ya desde el 2018 ha buscado instalar en la agenda internacional una reforma de la OMC en la que proponía la necesidad de acabar con la parálisis del mecanismo de solución de diferencias y, más en general, aumentar la transparencia de la organización en su conjunto. La posición europea, en todo caso, ha buscado siempre definirse como valedora del proyecto multilateral y modernizar las herramientas de la OMC para adaptarla a la evolución económica, afrontando provechosamente los retos de la incorporación de China a dicha estructura (Serrano, 2020, p. 134).

Únicamente el tiempo y las consecuencias económico-políticas de la situación actual de crisis avanzarán en qué sentido avanza dicha situación. No obstante, parece haber cierto consenso general en la necesidad de reformar algunos aspectos fundamentales de dicha organización (Zelicovich, 2020, pp. 54-56). A las puertas de la segunda década del siglo XXI, resulta perentorio que el organismo internacional por excelencia dedicado al comercio refleje de manera más correcta y eficiente la evolución de las diferentes economías en desarrollo o la incidencia del factor tecnológico en el comercio, amén de revisar sus propios asuntos internos. Algo de mayor importancia en tanto sea cual sea la resolución de las diferencias, la OMC seguirá siendo considerada como un instrumento fundamental para la gobernanza

mundial, pues avanza a pesar de las dificultades: lo demuestra su recorrido la pasada década a través de sus mejoras en la comunicación con otros organismos internacionales (FMI, OCDE) o el Acuerdo de Facilitación de Comercio (Ávila y Díaz, 2017, p. 15 y ss.).

\*\*\*

Tras este recorrido sobre los aspectos político-económicos que implican los TLCs y a pesar de que la mirada retrospectiva pueda inducirnos a pensar lo contrario, hemos comprobado que la realidad económica se ha movido tradicionalmente en el terreno de lo contingente. Esto desmiente un posible carácter permanente de las diferentes estrategias comerciales: al fin y al cabo, la proliferación de los TLCs o el propio proceso de globalización no son otra cosa que instrumentos para su modulación y por ello, examinarlos arroja una visión panorámica de las mismas. De igual modo, esperamos haber hecho ver la fuerte interrelación de política y economía en cualquier aspecto comercial, la importancia de su análisis en múltiples áreas de conocimiento y su trascendencia a nivel social. Efectivamente, a pesar de las transformaciones generales del comercio, se ha de garantizar que las vacilaciones del mismo no supongan un impedimento para el bienestar de las mayorías en el Norte y Sur, algo que corresponde como tarea a las instituciones políticas con que nos dotamos. A un tiempo, el acometimiento de dicha tarea por nuestros organismos institucionales se ha de ver acompañado de una sociedad civil consciente de los retos de su tiempo, algo que no es siempre sencillo tratándose de asuntos tan aparentemente alejados de los intereses cotidianos de la ciudadanía. Nada hay más lejos de la realidad, tal como esperamos haber mostrado en estas líneas.

## Bibliografía

- Altman, S. A. y Bastian, P. (2019). *DHL Global Connectedness Index. Mapping the Current State of Global Flows. 2019 Update*. Bonn, Alemania: Deutsche Post DHL Group, Headquarters.
- Ávila Álvarez, A.M., Díaz Mier, M.A. (2017). La evolución de la OMC en la década de 2010. *Boletín Económico de Información Comercial Española, BICE*, 3094, pp. 13-24.
- Berenguer Asensi, R. (2019). La política comercial de la Unión Europea. Los mecanismos de resolución de controversias relativas a inversiones. Trabajo de Fin de Grado presentado en la Universidad de Alicante, dirigido por el Dr. Jaume Ferrer Lloret.
- Baldwin, R. (21 febrero, 2014). Multilateralising 21-st century regionalism. *Vox. CEPR Policy Portal*. Recuperado de <https://voxeu.org/article/multilateralising-21st-century-regionalism>.
- Brenner, N. Peck, J. y Theodore, N. (2011). ¿Y después de la neoliberalización? Estrategias metodológicas para la investigación de las transformaciones regulatorias contemporáneas, *Urban*, 1, pp. 21-40.
- Chafer, C., Gil-Pareja, S. y Llorca-Vivero, R. (2017). El impacto de los acuerdos comerciales: bilateralismo frente a plurilateralismo, *Información Comercial Española, ICE*, Revista de Economía, 896, mayo-junio, pp. 59-72.
- Costa Fernández, O. (2013). Introducción: El multilateralismo en crisis, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 101, pp. 7-25.
- Comisión Europea (2014). *Trade for All. Towards a more responsible trade and investment policy*. Luxemburgo, Bélgica: Publications Office of the European Union.
- Comisión Europea (18 de abril, 2018). Elementos clave del acuerdo de Asociación

- Económica UE-Japón, Nota informativa de la Comisión Europea. Recuperado de [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO\\_18\\_3326](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_18_3326).
- De Ville, F. y Siles-Brügge, G. (2017). Why TTIP is a game-changer and its critics have a point, *Journal of European Public Policy*, 24:10, pp. 1491-1505, DOI: <https://doi.org/10.1080/13501763.2016.1254273>.
- Eberhardt, P. (2016). *El ISDS zombi. Renombrado como ICS, el derecho de las multinacionales para demandar a los Estados se niega a morir*. Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO), Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, Campact, ClientEarth, Ecologistas en Acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Transnational Institute (TNI), Umanotera, Védegylet, Vrijsschrift, War on Want, 11.11.11. Recuperado de <https://www.noalttip.org/el-isds-zombie/>.
- Fanjul, E. (12 de marzo, 2020). El coronavirus, ¿nuevo impulso a la desglobalización? *Real Instituto Elcano*, Recuperado de <https://blog.realinstitutoelcano.org/el-coronavirus-nuevo-impulso-a-la-desglobalizacion/>.
- Fernández Ortiz de Zárate, G. (2018). *Mercado o democracia. Los tratados comerciales en el capitalismo del siglo XXI*. Barcelona, España: Icaria.
- Gandoy Juste, R. y Díaz-Mora, C. (2017). Cadenas globales de valor: En el punto de mira de la política comercial proteccionista, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, 896, mayo-junio, pp. 43-58.
- García-Durán, Patricia, (2016). The bilateralism/multilateralism debate and EU trade policy. En Millet, M. y García-Durán, P., *Different glances at EU Trade Policy* (pp. 22-31), CIDOB.
- González Laya, A. y de la Vega Justribó, B. (2009). Los tratados de libre comercio. En Castillo Freyre, M. (ed.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, (pp. 609-636). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Gordillo Pérez, L.I. (2017). El TJUE y el Derecho internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9, 2, pp. 330-354. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3876>
- Hernández Zubizarreta, J. (2008). La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de empresa a las relaciones de poder, *Lan Harremanak*, 19, II, pp. 17-49.
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2015). *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales*. Barcelona, España: Icaria.
- Hinojosa Martínez, L.M. (2015). El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, septiembre-diciembre, pp. 871-907. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.02>.
- Horn, H., Petros, M. C., Sapir, A. (2009). Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements, *Bruegel Blueprint Series*, Volumen VII, Bruselas, Bélgica: Bruegel.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Í. (2018a). La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos. En *Cursos de Derecho internacional y de relaciones internacionales de Victoria-Gasteiz 2017* (pp. 113-187). Madrid, España: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Í. (2018b). Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, pp. 219-262. DOI : <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.59.06>.
- Laursen, F. y Roederer-Rynning, C. (2017). Introduction: the new EU FTAs as contentious market regulation, *Journal of European Integration*, 39: 7, pp. 763-779. DOI: <https://doi.org/10.1080/07036337.2017.1372430>.



- López Rodríguez, A.M. (2017). El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 57, pp. 29-68. DOI: <https://doi.org/10.18543/ced-57-2017pp29-68>
- Lund, S., Manyika, J., Woetzel, J., Bughin, J., Krishnan, M., Seong, J., Muir, M. (2019). *Globalization in Transition: The Future of Trade and Value Chains*. MacKinsey Global Institute. Recuperado de <https://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains>.
- Malamud, C. y Steinberg, F. (1 de julio, 2019). El acuerdo UE-Mercosur: ¿quién gana, quién pierde y qué significa el acuerdo?, *Real Instituto Elcano*, Recuperado de [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari78-2019-malamud-steinberg-acuerdo-ue-mercosur-quien-gana-quien-pierde-que-significa-el-acuerdo](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari78-2019-malamud-steinberg-acuerdo-ue-mercosur-quien-gana-quien-pierde-que-significa-el-acuerdo).
- Manero Salvador, A. (2014). ¿Gobernanza o desgobierno en las relaciones económicas internacionales?, *Revista Española de Derecho Internacional*, Julio-diciembre, pp. 155-170.
- Manero Salvador, A. (2018). *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*. Barcelona, España: Bosch Editor.
- Márquez de la Rubia, F. (2018). Bilateralismo comercial en la era Trump: TTP, TLCAN (UMSCA), *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Análisis 39, pp. 95-110.
- Martí, J. (2018). A vueltas con el trilema: Estado, democracia, globalización. *Dossieres EsF*, 28, Invierno, pp. 26-30.
- Martínez Serrano, J.A. (2020). COVID-19: globalización contra pandemia. *Cuadernos de información económica*, 276, pp. 59-67. Recuperado de <https://www.funcas.es/revista/terapeutica-de-urgencias-frente-al-gran-confinamiento-mayo-2020/>.
- Pérez Orozco, A. (2017). *Aprendizajes de las resistencias feministas latinoamericanas a los tratados de comercio e inversión. Del no al ALCA al cuestionamiento del capitalismo patriarcal*. Paz con Dignidad, OMAL.
- Roederer-Rynning, C. y Kallestrup, M. (2017). National parliaments and the new contentiousness of trade, *Journal of European Integration*, 39: 7, pp. 811-825, DOI: <https://doi.org/10.1080/07036337.2017.1371710>.
- Serrano Leal, C. (2020). Las relaciones económicas de España y la política comercial de la Unión Europea, *Colegio de Economistas de Madrid*, 166, pp. 129-146. Recuperado de <https://privado.cemad.es/revistas/online/Revistas/ECONOMISTAS-Num-166-WEB.pdf/171>.
- Steinberg, F. (21 de mayo, 2020). El futuro de la globalización, *Real Instituto Elcano*, Recuperado de [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/comentario-steinberg-el-futuro-de-la-globalizacion](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-steinberg-el-futuro-de-la-globalizacion).
- The Economist (24 de enero, 2019). The Steam Has Gone Out Of Globalisation, *The Economist*. Recuperado de <https://www.economist.com/leaders/2019/01/24/the-steam-has-gone-out-of-globalisation>.
- Tole, J. J. (2013). Los TLC de Estados Unidos con países latinoamericanos: un modelo de integración económica “superficial” para el continente americano, *Revista Derecho del Estado*, 30, Enero-Junio, pp. 251-300.
- Werquin, J.B. (2018). Los acuerdos mixtos celebrados por la Unión Europea: problemas y soluciones en cuanto a la participación de los Estados miembros en acuerdos de libre comercio, *Ars Juris Salmanticensis*, 6, Junio, pp. 139-167.
- Zambrano Jáuregui, C. (2016). El multilateralismo actual: crisis y desafíos, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 8:1, enero-junio, pp. 45-60.
- Zelikovich, J. (2016). El régimen multilateral de comercio en los tiempos del



- “regionalismo del siglo XXI”: cinco escenarios para la agenda emergente, *Confines*, 12: 23, agosto-diciembre, pp. 85-103.
- Zelikovich, J. (2020). Hacia una nueva reforma de la Organización Mundial de Comercio: análisis de su proceso de posicionamiento en la agenda internacional reciente (2017-2019), *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 15 (1) pp. 43-60. DOI: <https://doi.org/10.18359/ries.4014>.

# Innovaciones democráticas\*

## Democratic innovations

Cristina Herranz  
 Universidad Autónoma de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0003-3763-9281>  
[cristina.herranz@uam.es](mailto:cristina.herranz@uam.es)

Cita recomendada:

Herranz, C. (2021). Innovaciones democráticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 330-348.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6352>

Recibido / received: 13/01/2021  
 Aceptado / accepted: 29/03/2021

### Resumen

El concepto de innovaciones democráticas ha ido ganando relevancia en la última década. En general, se refiere a un interés renovado por involucrar a la ciudadanía en los asuntos públicos, buscando incluirles en el proceso de toma de decisiones políticas. Este trabajo tiene un doble objetivo. Por un lado, busca ahondar en el desarrollo y evolución del concepto en la literatura especializada, mostrando cuáles son sus antecedentes teóricos, definiciones y conceptos con los que se relaciona. Por otro, este análisis se complementa con un estudio de tendencias generales en una de las bases de datos que recoge mayor número de experiencias innovadoras.

### Palabras clave

Innovaciones democráticas; participación ciudadana; tipologías de innovación; modelos de democracia; teorías de la democracia.

### Abstract

*The concept of democratic innovations has been gaining relevance in the last decade. In general, it refers to a renewed interest in involving citizens in public issues, seeking to include them in the political decision-making process. The purpose of this work is twofold. On the one hand, it seeks to delve into the development and evolution of the concept in the specialized literature, showing its theoretical background, definitions, and related concepts. On the other hand, this analysis is completed with a study of general trends in one of the most popular international databases of innovative experiences.*

### Keywords

*Democratic innovations; citizen participation; innovation typologies; models of democracy; theories of democracy.*

\* 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.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Innovaciones democráticas, un concepto en desarrollo. 3. Modelos de democracia y tipologías de innovaciones democráticas. 4. Evolución de las innovaciones democráticas. 5. Discusión y conclusiones. 6. Referencias.

## 1. Introducción

En las últimas décadas, las democracias contemporáneas se han encontrado en un contexto de constante transformación impulsada por dos vectores muy relevantes. Por un lado, el desarrollo y evolución de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han ocasionado cambios profundos en todas las organizaciones (tanto públicas como privadas) debido a los procesos de digitalización (Mergel *et al.*, 2019). Por otro lado, los crecientes problemas de desencanto ciudadano, desafección y desconfianza en las instituciones (Geissel, 2012; Aström *et al.*, 2017), que han promovido que los gobiernos traten de complementar las formas de participación tradicional (p.ej., la elección de representantes) con prácticas más innovadoras.

En relación con las transformaciones derivadas de la digitalización, es importante tener en cuenta que (además de los cambios en los procesos propios de la administración e instituciones públicas) el acceso y uso de Internet ha transformado el modo en que los ciudadanos se desenvuelven política y socialmente en un mundo cada vez más interconectado (Anduiza *et al.*, 2012, Castells, 2015). El proceso de voto o peticiones en línea, el boicot a productos, la participación en jurados populares, las donaciones monetarias a partidos políticos (crowdfunding) e incluso la utilización de redes sociales, son diferentes mecanismos de participación que están surgiendo y que se transforman y crecen muy rápidamente. En este sentido, se ha visto que el desarrollo de nuevos mecanismos de participación política (a través de las TIC) podrían abrir nuevas vías para la innovación y la solución colectiva de problemas públicos (Noveck, 2015).

Por su parte, la búsqueda de nuevos espacios de participación ha motivado una amplia discusión sobre las posibles ventanas de oportunidad para involucrar a los ciudadanos en los procesos democráticos. Estas nuevas prácticas, además, han impulsado también los intentos de los gobiernos de todas partes del mundo para que la comunicación entre la administración y el ciudadano sea más fluida, más directa y menos costosa (Vicente y Novo, 2014). Así, las democracias contemporáneas están presenciando una creciente expansión tanto de nuevas formas y prácticas de participación y colaboración como del interés por aumentar el compromiso ciudadano en los asuntos públicos en las últimas décadas (Font, Della Porta y Sintomer, 2014; Fung y Wright, 2001; Newton y Geissel, 2012; Pateman, 2012).

A este conjunto de nuevas prácticas participativas se le ha dado el nombre genérico en la última década de innovaciones democráticas (Smith, 2009), y ha devenido un área de estudio encaminada a replantear, entre otros, los clásicos debates acerca de los modelos de democracia, los límites y oportunidades que pueden ofrecernos las TIC en el desarrollo de nuevas iniciativas de colaboración y la existencia de ventanas de oportunidad para la mejora del compromiso político de los ciudadanos y el *policy-making*.

Este contexto ha impulsado el interés de la comunidad académica por las innovaciones democráticas y las nuevas formas de participación, el estudio del compromiso ciudadano con los asuntos públicos, la identificación de las desigualdades tecnológicas y en el desarrollo de alternativas innovadoras para responder a las demandas ciudadanas de participación para mejorar la legitimidad y la confianza que tienen los ciudadanos en sus instituciones políticas. Todas estas dimensiones responden además al deseo de fortalecimiento democrático y de cultura de la legalidad y buscan reforzar el consentimiento y la aceptación de los ciudadanos del propio sistema y sus instituciones (Wences *et al.*, 2014). Dado que se trata de una serie de fenómenos relativamente recientes, existen todavía numerosos interrogantes aún en desarrollo. Por ejemplo, ¿cuáles son las tendencias actuales en el uso e implementación de estas innovaciones y a qué retos se enfrentan actualmente? ¿Qué grupos o tipologías de innovaciones democráticas podemos identificar en la literatura y cuál es su adecuación para el análisis y estudio de las nuevas prácticas y experiencias? ¿Es posible estimar su impacto y repercusión en los sistemas políticos y definir modelos comunes?

Partiendo de estas preguntas, este trabajo persigue dos objetivos generales. Por una parte, analizar desde un enfoque teórico la comprensión y el desarrollo del concepto de innovaciones democráticas. Por otro lado, analizar, en términos generales, las tendencias o patrones comunes entre las experiencias innovadoras implementadas en las últimas décadas. Con ello, se busca ofrecer una serie de contribuciones que, combinando enfoques teóricos y empíricos, ayuden en el avance del debate acerca de las perspectivas y retos futuros para la innovación en los sistemas democráticos. La Figura 1 resume el planteamiento del trabajo, distinguiendo los diferentes objetivos específicos y los enfoques y métodos seguidos para alcanzarlos.

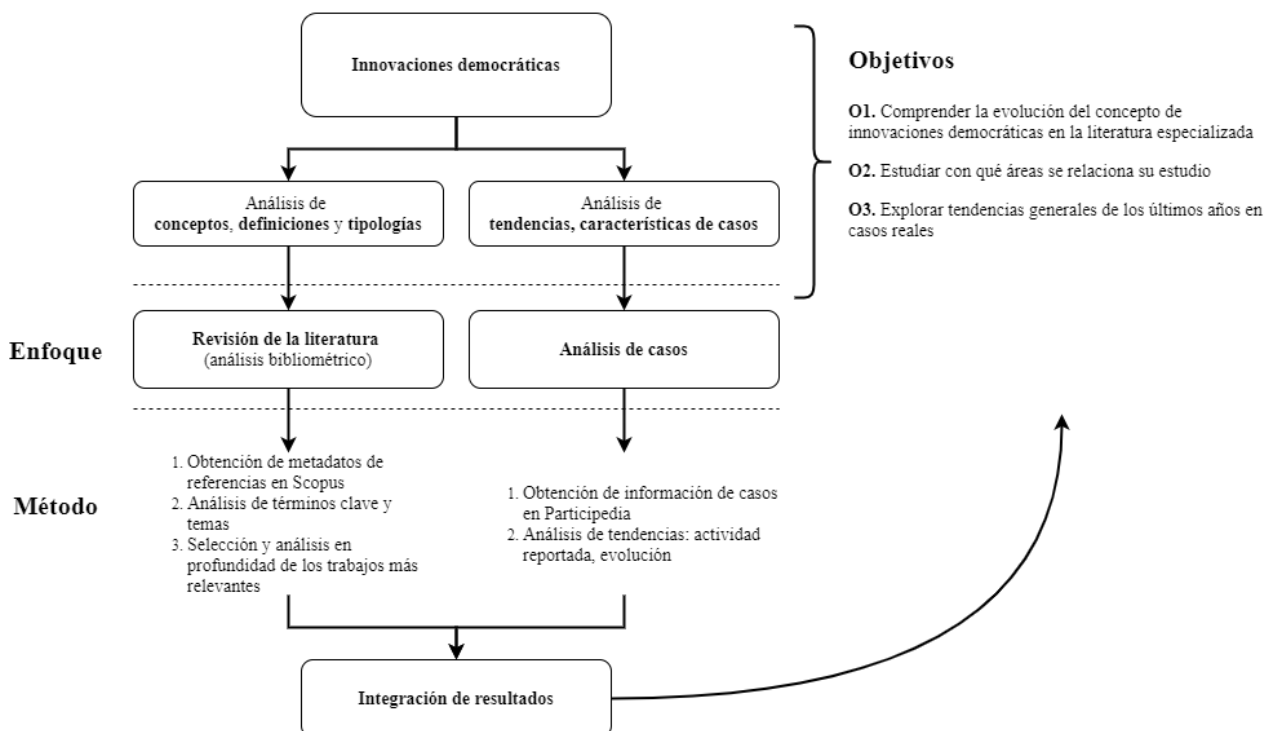


Figura 1: Contenido y enfoques del artículo. Elaboración propia.

En particular, para desarrollar el primer objetivo general se plantea un análisis de los últimos desarrollos teóricos sobre las innovaciones democráticas. Este análisis

pone de manifiesto los retos que emergen de la estructuración de las experiencias democráticas innovadoras, proporcionando una base para el desarrollo futuro de estudios empíricos y normativos.

Por su parte, para desarrollar la segunda parte del trabajo se contraponen los resultados de este análisis teórico con un estudio empírico de una de las bases de datos de experiencias innovadoras más amplia, Participedia. Los resultados de este estudio empírico delimitan una caracterización de las principales tendencias y características de las innovaciones democráticas en los últimos diez años.

Por último, estos resultados se integran para fundamentar una discusión sobre la necesidad de modelos (tanto taxonómicos como de evaluación) que ofrezcan mejores compromisos entre las particularidades y generalidades de los casos y experiencias de innovación. Con ello, el enfoque seguido permite analizar las tipologías presentes en la literatura, mostrar las principales características de los grupos de innovaciones democráticas y abre la posibilidad de discusión de los marcos de evaluación de estas para hacer frente a futuros retos.

## 2. Innovaciones democráticas: un concepto en desarrollo

El concepto «innovación democrática» ha ganado aceptación y popularidad desde el año 2009 como «término paraguas» para referirse al conjunto de prácticas participativas novedosas. La siguiente figura ilustra el aumento de uso de esta terminología, resumiendo los resultados de un análisis del número de referencias por año que tienen relación con este término según los datos y el motor de búsquedas de Scopus. Como comentarios metodológicos, cabe señalar dos aspectos relativos al término de búsqueda y a la base de datos seleccionada. En primer lugar, este análisis se basó en Scopus, ya que proporciona acceso a una base de datos de fuentes internacionales filtradas en base a criterios bibliométricos y de impacto algo más extensa que otras como Web of Science (lo que permite obtener un mayor número de referencias para realizar el análisis). En segundo lugar, para el filtrado de referencias analizadas se escogió el término en inglés «*democratic innovations*», ya que la mayor parte de las publicaciones internacionales utilizan este idioma.

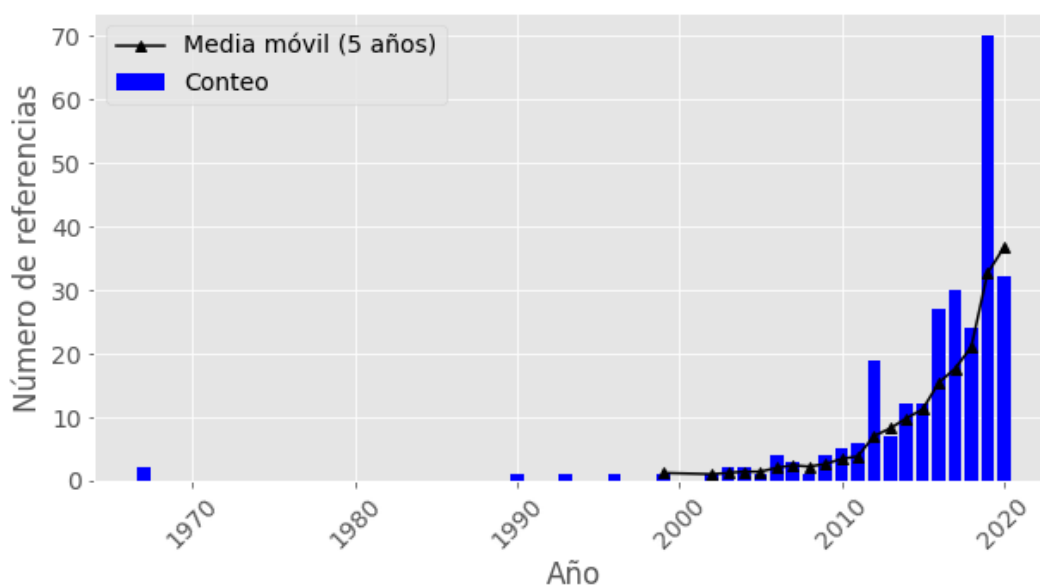


Figura 2. Número de referencias relacionadas con el término «*democratic innovations*» en Scopus por año. La línea negra muestra la tendencia suavizada usando la media móvil de 5 años. Elaboración propia



La referencia más citada y aceptada que propone una definición de este fenómeno procede del libro *Democratic innovations: Designing institutions for citizen participation* de Graham Smith (2009). Se trata de una de las interpretaciones más utilizadas que apunta al hecho de que el objetivo primordial de estos mecanismos es mejorar o incrementar el papel de la ciudadanía en la toma de decisiones. En palabras del autor, las innovaciones democráticas son «nuevas instituciones específicamente diseñadas para ampliar y profundizar la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones políticas» (Smith, 2009). La importancia de esta definición reside en situar a los ciudadanos como centro y parte de los procesos de toma de decisiones públicas.

Más adelante autores como Newton y Geissel (2012) propusieron entender las innovaciones democráticas como: «la implementación exitosa de una nueva idea que está pensada para cambiar las estructuras o los procesos del gobierno democrático y las políticas con intención de mejorarlos». Desde esta perspectiva, se pone el foco en la novedad de la iniciativa de participación a implementar y se incide en la importancia del diseño para producir un impacto tanto en el funcionamiento democrático como en el proceso de políticas.

Con todo, y una década después de haber nacido como concepto, y pese a la proliferación de estudios que hablan de las innovaciones democráticas, una gran mayoría de estos usan el concepto sin definirlo, complicando su análisis, alcance y definición (Elstub y Escobar 2019). Por tanto, la idea o el concepto de las innovaciones democráticas se estaría utilizando como término muy amplio o término paraguas para referirse así a un conjunto de prácticas participativas novedosas en un sistema democrático, ya sea por su diseño (tipo de interacción propuesta), grupo de ciudadanos a los que se destina la iniciativa, o a su originalidad o novedad en un nuevo contexto.

El propio Smith (2019) incide en esta misma cuestión revisando su teoría para volver a llamar la atención sobre aspectos relevantes en su definición. En particular, sus consideraciones en esta nueva obra se centraron en las limitaciones que pretendía incluir su descripción del concepto en, al menos, dos aspectos. En primer lugar, el componente de implicación de la ciudadanía en las decisiones: el concepto de «innovación democrática» podría no reducirse a la idea de instituciones o acciones participativas cuyo fin último es involucrar a los ciudadanos en las decisiones que les competen. Después de todo (como señala Smith) existen innovaciones democráticas cuyo diseño y fin se centra en la búsqueda de la mejora de las habilidades cívicas de los ciudadanos o en reforzar los valores de una comunidad (p.ej. las prácticas deliberativas). En segundo lugar: el término de «innovación» reflejado en su primera definición podría parecer reduccionista, ya que, sin embargo, se ha utilizado posteriormente de manera muy extensiva para referirse a toda práctica participativa que se desvíe de la arquitectura institucional y tradicional de las democracias contemporáneas (Smith, 2019).

Esta visión amplia acerca del concepto de innovaciones democráticas (no restringidas a la influencia directa ni a la «innovación» cerrada) ha sido la interpretación más habitual en la literatura, teniendo por objeto reforzar el compromiso normativo con modelos más abiertos de participación y deliberación en los sistemas políticos contemporáneos y no deja fuera del análisis a prácticas participativas «menos innovadoras» en relación con su contexto ni a los actores no institucionalizados que intervienen en el desarrollo de la innovación (Smith, 2019).

A consecuencia de esta comprensión más amplia del concepto y también debido al carácter de los procesos innovadores, se trata de un área que busca el

diálogo entre diferentes disciplinas y temáticas con mayor frecuencia. Como se puede observar en la Tabla 1, además de las ciencias sociales, otras áreas relacionadas con las TIC, la economía, la ingeniería, las ciencias ambientales e incluso la medicina se están involucrando en su estudio. El análisis de referencias en estas áreas muestra que su diversidad se relaciona con el uso de estas prácticas participativas en entornos médicos (foros deliberativos) o para la planificación urbana (consultas ciudadanas para la mejora de las ciudades).

Área	Número de trabajos
Social Sciences/ Ciencias Sociales	245
Computer Science/ Informática	30
Arts and Humanities/ Artes y Humanidades	20
Business, Management and Accounting/ Negocios, Gestión y Contabilidad	18
Environmental Science/ Ciencias Ambientales	10
Medicine/ Medicina	8
Economics, Econometrics and Finance/ Economía, Econometría y Finanzas	6
Decision Sciences/ Ciencias de la Decisión	4
Engineering/ Ingeniería	4
Chemical Engineering/ Ingeniería química	2

Tabla 1: Distribución de trabajos por área de conocimiento. Elaboración propia utilizando la base de datos de Scopus. (Se ha mantenido el término original en inglés ofreciendo una traducción).

Partiendo del análisis de los artículos localizados en esta búsqueda y para obtener una revisión de la literatura más completa y extraer la descripción de características generales de las innovaciones democráticas, se escogieron aquellos con mayor número de citas y con una mayor relación cualitativa con el objeto de estudio. Además, y pese a la existencia de trabajos previos a 2009, se entiende que la definición de Smith es la que marca el nacimiento del término tal y como se comprende en la actualidad. Los artículos previos a esta fecha que analizan la innovación democrática lo hacen desde una perspectiva distinta, no refiriéndose en exclusiva a la participación ciudadana, por lo que no serán tenidos en cuenta en la revisión de la literatura.

Adicionalmente y para explorar la variedad de temáticas y sus relaciones y mostrarlo visualmente, se elaboró un análisis de las palabras clave de aquellos artículos que las tuvieran. Para ello, se utilizó un *software* de apoyo desarrollado en *Python* para normalizar las palabras clave y definir un grafo de relaciones: en particular, se consideró que dos términos están relacionados si aparecen juntos en la lista de palabras clave de una misma referencia. Con esto, es posible analizar las relaciones que se establecen entre distintos términos (aunque aparezcan en distintas referencias) debido a la intersección temática y el contexto en el que son utilizados.

La Figura 3 ilustra las relaciones temáticas existentes entre los términos clave de los artículos, distinguiendo grupos de términos más intensamente relacionados entre sí mediante colores que muestran la conformación de diferentes comunidades. Como se puede observar en la figura, estas comunidades se vinculan a distintas perspectivas teóricas sobre la democracia. Por ejemplo, aparecen grupos alrededor de la deliberación y diferentes prácticas deliberativas (*mini publics*, *popular*

*assemblies, citizen juries...*); de la democracia participativa y prácticas como los presupuestos participativos; de la democracia representativa; y otras perspectivas como la e-democracia/ e-participación.

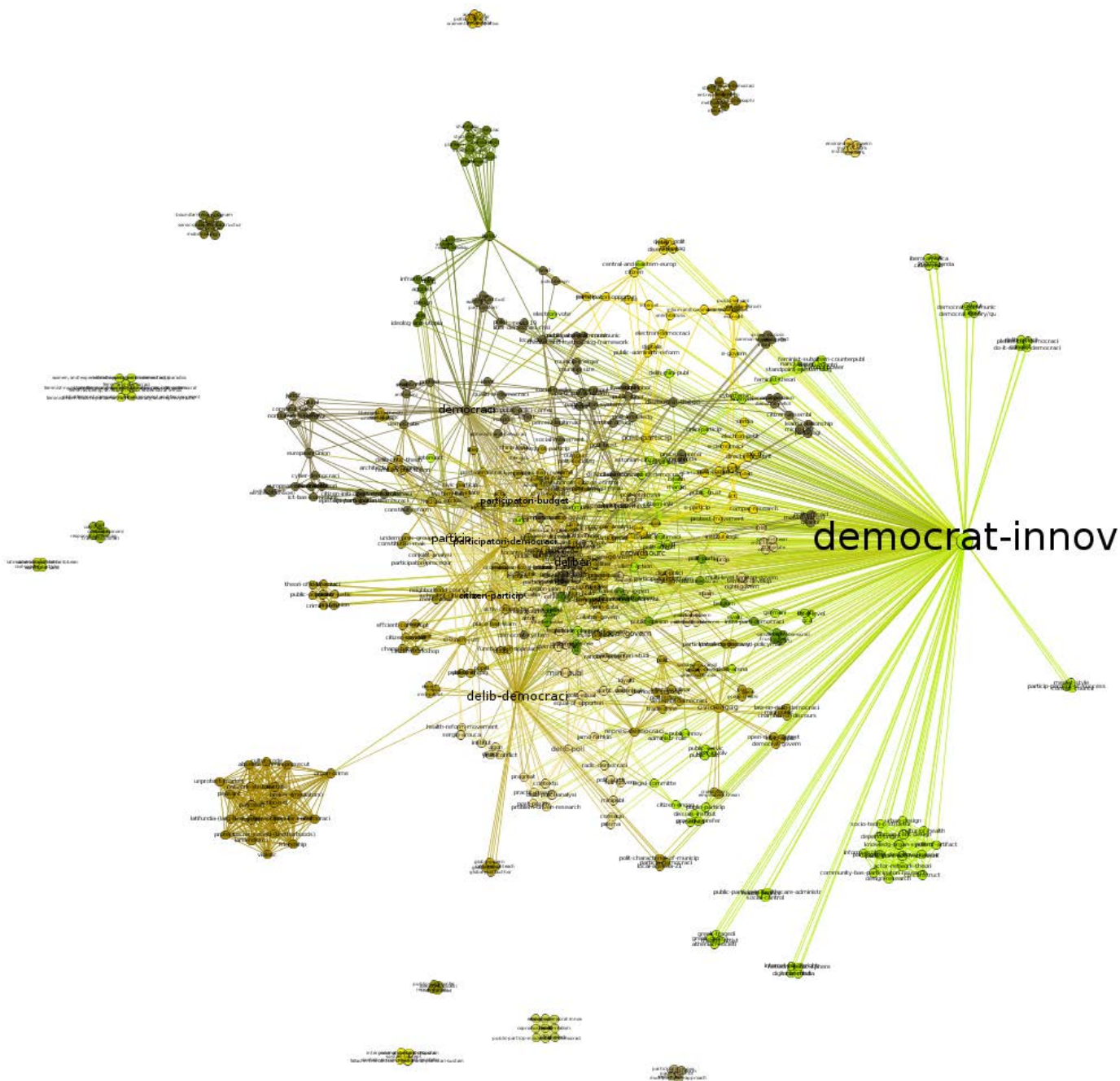


Figura 3: Grafo de términos relacionados. Elaboración propia a partir de la base de datos de Scopus.

A partir de los temas identificados a través de este grafo y considerando las referencias más influyentes de cada tema, se pueden extraer aspectos generales de la revisión sobre las innovaciones democráticas. Ello nos ofrece una panorámica

general del uso del término, así como de las temáticas que pueden resultar más relevantes en el área de estudio. A continuación, se resumen algunos de los aspectos teóricos más relevantes:

- Originalmente, las innovaciones democráticas son aquellas instituciones pensadas para incrementar el poder de decisión de los ciudadanos en los asuntos públicos (Smith, 2009; 2019).
- Es posible entenderlas como nuevos procesos formales conscientemente introducidos en un sistema político con el objetivo de superar el déficit democrático («*democratic malaise*») (Geissel, 2013). Las innovaciones democráticas pretenden cambiar o incidir en las estructuras y los procesos de los gobiernos democráticos y están específicamente diseñadas para mejorar la legitimidad de las decisiones públicas (Newton, 2012).
- Pueden ser vistas como medidas para incrementar la confianza de la opinión pública en los procesos de *policy-making* y en las instituciones públicas (Sétala, 2014; Grönlund et al., 2014; Aström et al., 2017) y buscar que ciudadanos no activos participen de la vida política (Smith, 2009, 2019).
- Priorizan la deliberación y la participación ciudadana frente a los modelos tradicionales de protesta y acción colectiva (Baiocchi y Ganuza 2016) y sirven de complemento para mejorar los sistemas democráticos representativos actuales (Smith, 2019).
- Su efectividad y sus resultados dependen de factores tales como el contexto, el formato, el diseño, o la técnica. En ellas se entrelazan e hibridan diferentes teorías de la democracia, complicando su estudio y clasificación (Davidson y Elstub, 2014; Elstub y Escobar, 2019; O'Flynn, 2019). En el grafo se pueden apreciar estas agrupaciones de conceptos en torno a los modelos de democracia, apareciendo con mayor frecuencia el modelo deliberativo y el participativo.
- Algunos artículos señalan también que existen varios problemas o riesgos con la puesta en práctica de las innovaciones democráticas: por un lado, la posibilidad de generar frustración en los ciudadanos al no ver reflejado su esfuerzo o postura en las decisiones adoptadas (Fernández-Martínez et al., 2020). Y, por otro lado, la tendencia existente en la literatura de no tener en cuenta aquellos casos que no resultaron exitosos (Spada y Ryan, 2017).
- Se trata de un área que cuenta con un número muy elevado de artículos que se centran en un solo tipo de innovación o muestran los resultados de un solo caso de estudio (p.ej: Christensen et al., 2015; Wright, 2016)
- Es más habitual encontrar casos o literatura que hablen de las innovaciones democráticas a nivel local (Michels, 2012; Michels y de Graaf, 2017). Sin embargo, también se han llevado a cabo estudios que analizan el impacto de las innovaciones democráticas en otros niveles (Geissel, 2012).
- En los últimos años, es habitual encontrar que la literatura sobre innovaciones democráticas se vincula también a las TIC (Wright, 2016; Kersting, 2013; Coleman et al., 2017; Touchton et al., 2019) y, aunque menos frecuentemente, también a temas relacionados con el Gobierno Abierto (De Blasio y Selva, 2016).

Por todo ello, y para ordenar el corpus de nuevas prácticas que se han llevado a cabo en la última década, el esfuerzo en la academia por elaborar una tipología que sirva de apoyo para el análisis de las innovaciones democráticas ha sido notable. De hecho, ya en 2005 Smith, en un trabajo previo a su definición del concepto, estimaba



que se podrían distinguir alrededor de 57 tipos diferentes de innovaciones democráticas, lo que ilustra la dificultad de su estudio y clasificación debido a sus diferencias internas en diseño, implementación y desarrollo en diferentes contextos (Smith, 2005; Fung y Warren, 2011). La lista de innovaciones democráticas puede resultar muy extensa: presupuestos participativos, jurados populares, *deliberative polls*, *e-petitions*, consultas ciudadanas, *crowdsourcing*, encuestas dirigidas, laboratorios ciudadanos, desarrollo normativo... entre otros muchos. (Adenskog 2018; Baiocchi y Ganuza, 2014; Smith, 2009). Por ello, para comprender el contenido y la evolución del concepto es necesario atender más en detalle a dos cuestiones. Por un lado, a las teorías y modelos previos de democracia de los que surgen diferentes perspectivas normativas para la participación. Por otro lado, las tipologías o taxonomías elaboradas para poder clasificar a todo el conjunto de nuevas prácticas.

### 3. Modelos de democracia y tipologías de innovaciones democráticas

El concepto de innovaciones democráticas incluye en sus presupuestos normativos la necesidad de involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones públicas, adoptando esquemas cercanos a diferentes modelos de democracia. No en vano, el énfasis en buscar un aumento o mejora en la participación ciudadana desde el punto de vista de los modelos teóricos de la democracia es uno de los temas más recurrentes en la teoría política (Held, 1995). Todos los modelos perfilan su ideal de participación centrándose en diferentes aspectos. Algunos ejemplos localizados en la revisión de la literatura y que aparecen además en la Figura 3 como grupos relacionados son: el modelo de la democracia participativa (Pateman, 2012), que propone aumentar el alcance de estas decisiones y desarrollar modelos que tengan en cuenta la opinión ciudadana sobre las decisiones en torno a problemas públicos; la democracia deliberativa (Habermas, 1996; Bohman, 1998), que defiende la necesidad de establecer procesos de diálogo y la toma de decisiones conjuntas a través de un proceso racional de deliberación para la mejora de la esfera pública; y la democracia directa (Saward, 1998) que propugna un modelo en el que el ciudadano pueda elegir directamente sobre cuestiones concretas de aplicación para su comunidad política, buscando concederle un sentido emancipatorio a la participación ciudadana (entre otros). Estos debates se encuentran muy presentes en el ámbito de estudio de las innovaciones democráticas, siendo el modelo de la deliberación uno de los más desarrollados o discutidos (Sintomer, 2018; O'Flynn, 2019).

Algunas de las voces más críticas en el ámbito de la participación ciudadana y la discusión de los modelos de democracia plantearon algunas cuestiones tales como si los ciudadanos quieren influir o formar parte realmente de las decisiones políticas (Hibbing y Theiss-Morse, 2002), si la participación activa es incompatible con una deliberación pública respetuosa (Mutz, 2006), o si podemos esperar (con realismo) que los mecanismos o actividades participativas puedan afectar de manera directa a las decisiones públicas (Papadopoulos y Warin, 2007). Estos debates acerca de los valores normativos de la participación ciudadana perviven en el área de la teoría política y, tras el denominado «giro deliberativo de la democracia», la participación se ha asociado más estrechamente con la escucha, el intercambio dialéctico, la configuración de una voluntad colectiva («*collective will-formation*») y la mejora de la esfera pública (Dryzek, 2012). Con ello, el ámbito de las innovaciones democráticas persigue sortear estas críticas a través de la práctica, buscando el aprendizaje y el estudio de la participación a través de diferentes metodologías y dinámicas, apoyándose en la experimentación y en la innovación para alcanzar experiencias exitosas.

Desde un punto de vista normativo, se puede decir que las innovaciones democráticas se basan, no tanto en un solo ideal democrático, sino en la hibridación



de las características de diferentes teorías de la democracia cercanas a la defensa de la participación como valor fundamental. Algunas de sus características, de hecho, pueden identificarse como propias de la democracia participativa, deliberativa o directa buscando con ello innovar, modificar o influir en el desarrollo del modelo representativo de democracia contemporánea (Fung, 2015; Parkinson y Mansbridge, 2012; Adenskog, 2018; Smith, 2019).

De la mano de algunos autores que analizan estas innovaciones podemos ver también que existe evidencia que muestra que las innovaciones democráticas pueden tener efectos positivos (*outputs*) al menos en las siguientes dimensiones: mejorando el empoderamiento de los ciudadanos (Baiocchi, 2001), las competencias y habilidades personales y cívicas (Grönlund et al., 2010) o llevando a cabo decisiones mejores, más informadas (Fishkin, 2009). Sin embargo, no existe todavía mucho análisis acerca de sus impactos en el proceso de elaboración y desarrollo de políticas, ni resulta sencillo el proceso de evaluación de dichas innovaciones (Pogrebinschi y Ryan, 2018).

Para desarrollar un modelo de evaluación coherente y facilitar la labor de análisis y comparación de las innovaciones democráticas, se han intentado establecer tipologías o familias de innovaciones con aspectos comunes. Esta vertiente de pensamiento dentro del área entiende que, si comparten determinadas características, sus *outputs* pueden ser similares y podrán ser experiencias o casos replicables en otros contextos (Geissel y Joas, 2013, Pogrebinschi y Ryan, 2018). Sin embargo, dado el amplio número de casos existentes generalmente heterogéneos, la tarea de desarrollo de una taxonomía que resulte ampliamente extensible ha sido una tarea compleja. De hecho, cómo categorizar las innovaciones democráticas en familias teóricas que permitan analizar y sistematizar su estudio es uno de los puntos de mayor desacuerdo existentes en este campo de estudio. En este sentido, resulta conveniente tener en mente que la idea misma de innovación (en participación o en democracia) asume un dinamismo que dificulta la investigación sistemática (Warren and Fung, 2011).

Algunas de las propuestas teóricas que han recibido mayor atención se mencionan a continuación en orden cronológico. Smith (2009), aunque identifica más de cincuenta tipos de innovaciones, propone cuatro grupos conceptuales de innovaciones similares: «*popular assemblies, mini publics, direct legislation and e-democracy*». Más adelante, Michels (2011) propuso una categorización de las innovaciones democráticas basada en los siguientes grupos: «*referendums, participatory policy-making, deliberative surveys y deliberative forums*». Geissel y Joas (2013) plantean una clasificación más cercana a las teorías de la democracia proponiendo su división en los siguientes grupos: «*cooperative governance, deliberative processes, direct democratic procedures and e-democracy*». En trabajos posteriores, estos autores propondrían tres amplias categorías que buscarían simplificar aún más su clasificación: «*collaborative governance, deliberative procedures, and direct democracy*».

Sin embargo, tal y como señalan Elstub y Escobar (2019), por el momento, ninguna de ellas ha sido todavía generalmente aceptada y ninguna propone instrumentos o características para llevar a cabo un análisis capaz de evaluar sus efectos. De hecho, en algunas ocasiones, más que la elaboración de una tipología con características comunes se trata de la enumeración de diferentes casos más o menos innovadores. Por ello, estos autores buscando encontrar un punto intermedio entre diferentes propuestas previas, identifican en base a una serie de características más detalladas, cinco familias o grupos de innovaciones democráticas centrando su análisis en las posibilidades de evaluación del proceso: «*mini- publics, participatory*

*budgeting, referenda and citizen initiatives, collaborative governance, digital participation*». Aunque en su clasificación inicial aparece la participación digital, en su trabajo detallan que no se constituye realmente como una familia, sino como un conjunto de prácticas de carácter transversal (utilizando el potencial de las TIC) con posibilidades de hibridación de las demás. Por resumir el planteamiento, el trabajo se articula sobre la siguiente o definición de las innovaciones democráticas: «Las innovaciones democráticas son procesos o instituciones novedosas para una cuestión política, de políticas o un nivel de gobernanza, y que se desarrollan para reimaginar y profundizar el papel de los ciudadanos en los procesos de gobernanza aumentando las oportunidades de participación, deliberación e influencia». (Elstub y Escobar, 2019, p. 14)

Para distinguir innovaciones democráticas de estas cinco familias el investigador debe centrarse en sus «características contingentes» (identificadas como inclusión, participación, toma de decisiones e influencia) y sus «características contextuales» (que dependen de área de políticas, etapa de políticas y nivel de gobierno). Las combinaciones entre estos factores formarían diferentes tipos o variaciones de innovaciones democráticas, pero mantendrían siempre un núcleo identificatorio de la familia correspondiente.

Esta clasificación además ilustra cómo se pueden producir hibridaciones al coincidir características propias de cada familia en un mismo caso. Esto ocasiona que, si bien este enfoque para la definición de tipologías puede ofrecer una herramienta para estructurar el estudio de las innovaciones, su aplicación a experiencias y casos particulares pueda adolecer de una alta complejidad limitando la utilidad de los modelos. Esto es, los factores contextuales analizados (área y etapa de políticas o nivel de gobierno) no permiten distinguir de manera evidente la separación de casos en familias, mientras que los factores contingentes (tipo de participación, modo de toma de decisiones) lo hacen solo cuando se cumple la condición del núcleo definido. Ello nos ofrece un panorama muy diverso de innovaciones y cuyas posibilidades de hibridación son extensas.

Las familias que muestran esta dificultad de manera más evidente son la participación digital y la gobernanza colaborativa. Lo que distingue el núcleo de estos grupos de innovaciones frente a las demás es el tipo de interacción entre los participantes (online vs. presencial) y la inclusión de los actores para co-producir o colaborar en diferentes entornos a través de la auto-selección. Para ilustrar esta limitación se puede pensar en cuáles son los casos que pueden ser más desafiantes en base a las distinciones entre familias: un ejemplo ilustrativo puede ser el ejercicio de clasificación de las plataformas digitales de participación ciudadana. Estas plataformas (como Decide Madrid, innovación democrática que ha tenido un gran impacto a nivel internacional, [Herranz *et al.*, 2019]), pueden disponer de características tan diversas como las siguientes: interacción online (facilitando recientemente la conformación de comunidades para el diálogo y la escucha); modo de decisión variado (siendo la votación uno de los más comunes); procesos de presupuestos participativos a través de la plataforma; orientación *top-down* para facilitar el desarrollo y *bottom-up* de propuestas y debates; área de políticas variada; y método de selección abierto a todo el público. Clasificaciones como las analizadas, centradas en delimitar fronteras claras entre familias muy separadas, no se podrían aplicar fácilmente a innovaciones democráticas amplias y de ámbito transversal como estas plataformas.

Sin embargo, estos instrumentos y clasificaciones en constante transformación pueden permitirnos entender las innovaciones en la participación de manera más amplia y en perspectiva comparada. Desarrollar marcos comunes

permite poder caracterizar y evaluar correctamente estas prácticas permitiendo un mayor conocimiento y monitorización de los procesos. Por todo ello, establecer tipologías que faciliten el estudio y sistematización de las innovaciones democráticas sigue siendo uno de los retos fundamentales para comprender su efectividad. Autores como Ryan y Smith (2012) ya apuntaban que, el estudio de las innovaciones democráticas debe sufrir un giro hacia la «comparación sistemática» y que se trata del único modo de comprender y evaluar su funcionamiento de manera más amplia. Así, en un intento por facilitar la puesta en práctica de comparaciones, algunos autores han buscado lanzar plataformas online en las que puedan reportarse prácticas novedosas y recabar cada vez mayor cantidad de casos y experiencias. Este es el caso de plataformas como LATINNO o Participedia, que se constituyen como ejemplos paradigmáticos de esta tendencia.

#### 4. Evolución de las innovaciones democráticas

En esta sección, se analizan los datos disponibles en la plataforma de Participedia<sup>1</sup> para ofrecer una visión panorámica acerca de las características y evolución de las innovaciones democráticas reportadas en la última década. Este análisis empírico tiene por objeto enmarcar las cuestiones planteadas en la sección anterior en el estudio de experiencias innovadoras reales.

Participedia es un proyecto que busca la conformación de una comunidad global que comparta a través de su plataforma, experiencias de participación ciudadana e innovaciones democráticas (Fung y Warren, 2011). Esta plataforma de *crowdsourcing* está pensada para configurar un catálogo de experiencias y procesos participativos alrededor del mundo, ofreciendo una base de datos colaborativa y abierta. En el momento de la descarga, la plataforma registraba más de novecientos casos, por lo que su análisis nos ofrecerá una idea aproximada de las tendencias actuales.

Además, el conjunto de datos que ofrecen se revisa constantemente para incorporar nuevos datos a su repositorio. Esto permite el análisis de cada vez más casos en perspectiva comparada, lo que, en un futuro, podrá facilitar el análisis sistemático de las innovaciones democráticas y su comparación. La Figura 4, muestra que el número de casos incorporados anualmente es estable a lo largo del tiempo y en 2017 se produjo un elevado número de actualizaciones de los casos ya reportados lo que muestra la actividad dentro del portal (nótese que las barras se muestran con transparencia para mostrar simultáneamente las altas y actualizaciones).

---

<sup>1</sup> Participedia Project: <https://participedia.net/> (fecha de la descarga de la base de datos: 04/ 2019).

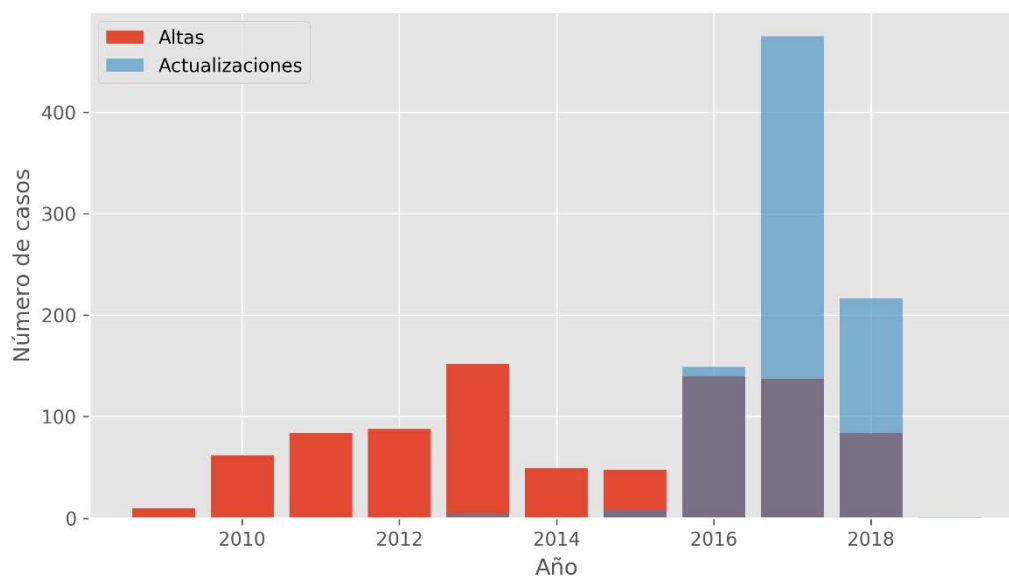


Figura 4. Actividad de los casos reportados en la base de datos de Participedia. Elaboración propia.

Para el análisis empírico, se han seleccionado algunas de las características que podrían delimitar los diferentes tipos de familias de innovaciones democráticas mencionadas en la sección anterior. Además, se incluye la perspectiva temporal de la evolución de las experiencias reportadas, analizando las posibles tendencias y patrones en los siguientes aspectos durante la última década: nivel territorial, tipo de interacción (presencial, online o ambas) y área temática en la que se enmarcan las propuestas reportadas.

Las Figuras 5 y 6 recogen la evolución anual del nivel territorial, tipo de interacción, respectivamente. Estas series muestran que el ámbito local se perfila como aquél en el que más desarrollos de propuestas de innovación democrática se producen (ver Figura 5(a)), probablemente por ser el ámbito más cercano a la ciudadanía (Font *et al.*, 2014). La distribución porcentual de casos se mantiene estable (Figura 5(b)), sin cambios significativos pese a la varianza de nuevos casos incluidos en la plataforma.

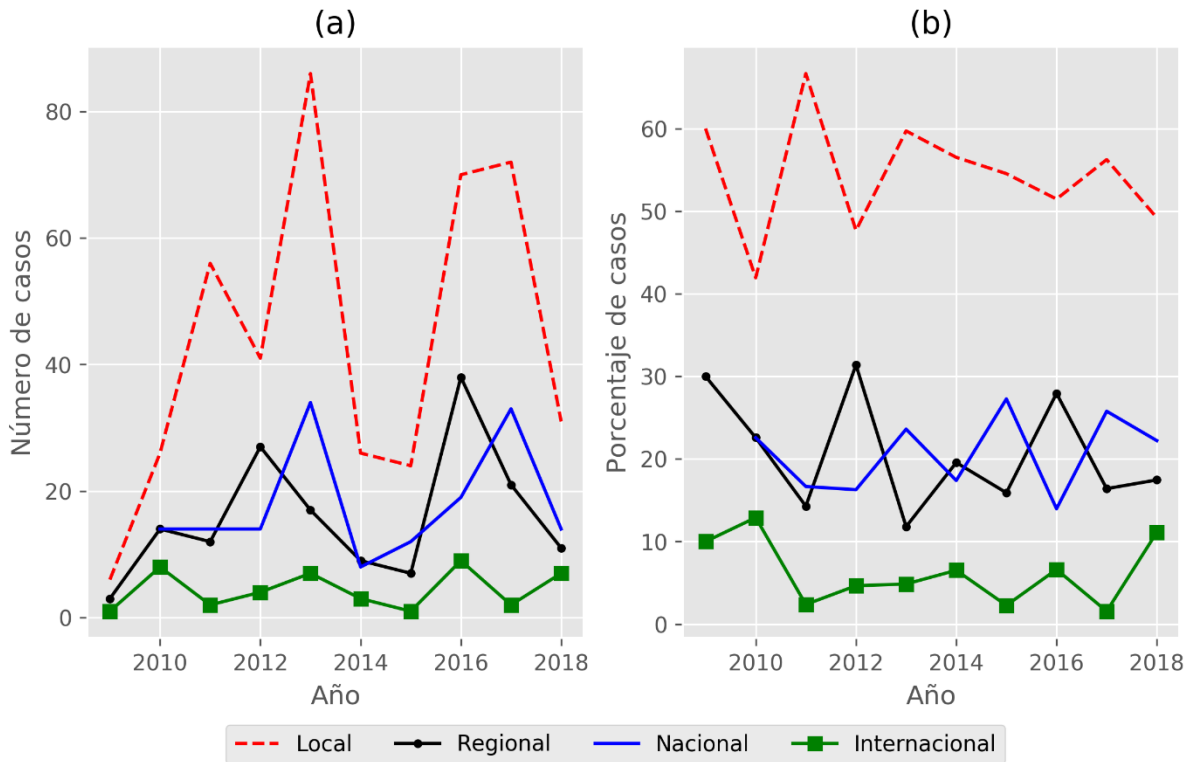


Figura 5. Ámbito geográfico de los casos reportados. Elaboración propia a partir de los datos de Participedia.

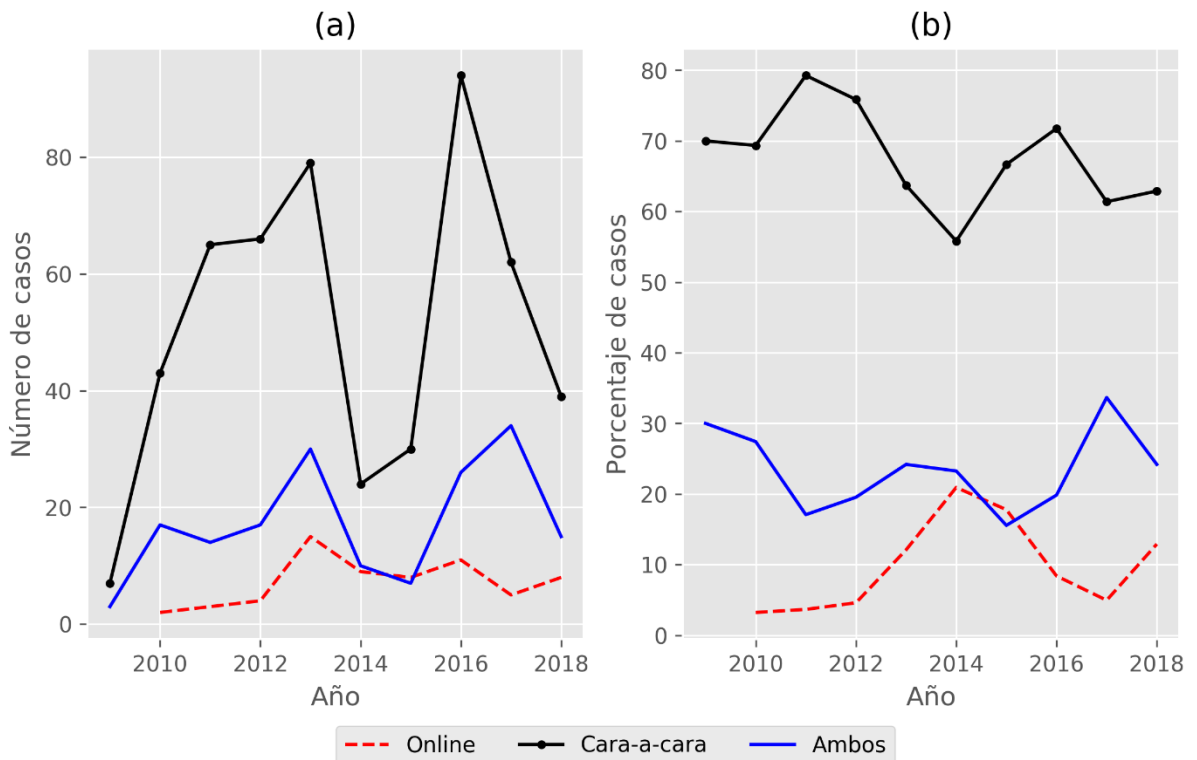


Figura 6. Tipo de interacción de los casos reportados. Elaboración propia a partir de los datos de Participedia.

En cuanto al tipo de interacción, el modo de participación online no presenta tanta popularidad como el presencial, que es el método más común. De hecho, en el



año con mayor actividad agregada entre incorporación y actualización de casos (2017), los correspondientes a aproximaciones combinadas otros llegan a estar por encima el 30% del total, superando en más de veinte puntos porcentuales a la participación online exclusivamente (ver Figura 6).

Con respecto al área de políticas, de la base de datos se puede extraer que aquellas en las que más incidencia o interés tienen las innovaciones democráticas son presupuestos participativos, desarrollo comunitario, instituciones políticas y planificación urbana. El resto de las áreas reciben entre un 1 y un 7% del total anual de propuestas de innovación registradas, lo que presenta un panorama de atención más o menos uniforme. Lo que es interesante de este análisis es que el «*budgeting*» o los presupuestos participativos atraen una gran atención, lo que sugiere que su desarrollo lo convierte en una de las familias de innovaciones más consolidadas y extendidas. También resulta llamativo que, más allá del número total anual de casos, aparece un paulatino aumento de la dispersión de las experiencias registradas entre las distintas áreas de políticas que identifica esta base de datos.

Estos resultados tienen unas implicaciones directas sobre las conclusiones teóricas derivadas de la sección anterior:

- Las tendencias a lo largo del tiempo sugieren un incremento paulatino de la diversidad e intensidad del desarrollo de innovaciones democráticas.
- La distribución de casos que presentan aspectos combinados de las familias previamente distinguidas apoya la idea de que categorías muy diferenciadas y alejadas entre sí pueden tener dificultades a la hora de capturar la diversidad de las experiencias democráticas innovadoras.
- El ámbito en el que se desarrollan innovaciones democráticas con mayor frecuencia es el local, resultados coincidentes además con la exploración de la literatura.
- Si bien la vía preferente de desarrollo de innovaciones democráticas no es el formato online, el número de casos reportados (ya sea online o mixto) puede aumentar en los próximos años y habrá que tener en cuenta el impacto de la COVID-19 en el desarrollo de este tipo de procesos.
- El área temática que mayor atención recoge de los casos reportados es el «*participatory budgeting*» junto con el desarrollo comunitario y la planificación urbana.
- Estas cuestiones motivan, por tanto, el desarrollo continuo de modelos teóricos para captar las «nuevas innovaciones» y el uso de enfoques que faciliten el tratamiento de las interacciones entre las características de los casos. Particularmente, será interesante atender al desarrollo y a la evolución de aquellos casos más vinculados con el ámbito de las TIC, para el que todavía no se han elaborado categorías o clasificaciones que permitan comprender la evolución de este fenómeno.

## 5. Discusión y conclusiones

Este trabajo se ha dirigido con un enfoque mixto de investigación para ofrecer una visión general y panorámica de las características de las innovaciones democráticas y sus taxonomías, relacionándolas con las tendencias de los casos registrados durante la última década en una de las bases de datos más relevantes a nivel internacional. Con ello, se pretende contribuir a la definición y discusión sobre

los retos a los que se tienen que enfrentar las innovaciones democráticas como área de estudio.

Para articular el análisis, en primer lugar, se llevó a cabo una exploración de la literatura, utilizando Scopus como fuente de información. Los resultados de este análisis permiten extraer algunas conclusiones acerca del uso del término de innovaciones democráticas (mostrando un carácter multidisciplinar y las relaciones entre términos clave vinculados a esta literatura), así como determinar los trabajos más relevantes para su estudio en profundidad. En esta sección, además, se muestra la relación existente entre el concepto de innovaciones democráticas y las diferentes teorías o modelos de democracia.

En la segunda parte de este trabajo, se contraponen los resultados de la revisión de la literatura con una exploración empírica de una de las bases de datos de experiencias innovadoras más amplia, Participedia. Los resultados de esta fase, centrados en las principales tendencias y características de las experiencias innovadoras registradas, sustentan las dificultades identificadas a nivel teórico. Por todo ello, además del problema teórico y de las dificultades para establecer una tipología que facilite y delimite el análisis de las innovaciones democráticas, surge la necesidad de adquirir un volumen de datos suficiente para identificar patrones comunes entre experiencias que nos ayuden a comprender mejor su impacto en los sistemas políticos, sus posibles tipologías y su evolución en el tiempo.

Esta necesidad de agrupar muchos casos se contrapone al enfoque mayoritario hasta el momento, basado en exploraciones en profundidad de un número muy reducido de casos. Con ello, y pese al valor indudable de la proliferación de casos de estudio singulares, se ha mostrado que no resulta factible la definición de una visión comprehensiva de estas innovaciones (Ryan y Smith, 2012). En este contexto, surge también un reto aún mayor si cabe para el estudio de las innovaciones democráticas. La dependencia del análisis de caso como práctica de estudio introduce el riesgo particular de generar una visión sesgada del objeto de estudio. Tal como indican Spada y Ryan (2017), la gran mayoría de casos reportados son casos de éxito, seleccionados para mostrar las virtudes de una u otra práctica.

Consecuentemente, resulta difícil distinguir en qué situaciones o contextos las innovaciones democráticas pueden no ofrecer resultados acordes a los objetivos perseguidos. Esto motiva aún más si cabe la agrupación de los casos concretos para tratar de mejorar las conclusiones derivadas del análisis de catálogos de experiencias con una posible sobrerrepresentación de casos exitosos y determinar en qué puntos se pueden estar generando *gaps* o vacíos en la literatura.

Disponer de bases de datos más amplias, de largo recorrido y que tengan en cuenta todas las características mencionadas en este trabajo podría facilitar la labor de evaluación y sistematización de estas experiencias para extraer conclusiones que puedan servir de base para el desarrollo de innovaciones. Elaborar modelos de evaluación que den soporte a perspectivas comparadas facilitaría igualmente desarrollar clasificaciones más finas y extraer lecciones aprendidas de experiencias similares.

Con todo, las contribuciones de este trabajo buscan ofrecer una base para refinar las tipologías presentes en la literatura, comprender las interacciones entre las características principales de los grupos de experiencias reportados y abrir nuevos ámbitos de discusión de los marcos de evaluación y estudio de las mismas para hacer frente a los retos que plantea la innovación democrática. Con ello, se ofrece una visión

general y descriptiva de las innovaciones democráticas, poco habitual aún en la literatura en español.

## Bibliografía

- Adenskog, M. (2018). *Democratic innovations in political systems: towards a systemic approach* (Doctoral dissertation, Örebro University).
- Anduiza, E., Jensen, M. J. y Jorba, L. (2012). *Digital Media and Political Engagement Worldwide. A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Aström, J., Jonsson, M. E., & Karlsson, M. (2017). Democratic innovations: Reinforcing or changing perceptions of trust? *International Journal of Public Administration*, 40(7), pp. 575-587.
- Baiocchi, G. (2001). Participation, activism, and politics: the Porto Alegre experiment and deliberative democratic theory. *Politics & Society*, 29(1), pp. 43-72.
- Baiocchi, G., y Ganuza, E. (2014). Participatory budgeting as if emancipation mattered. *Politics & Society*, 42(1), pp. 29-50.
- Baiocchi, G., y Ganuza, E. (2016). *Popular democracy: The paradox of participation*. Stanford University Press.
- Bohman, J. (1998). Survey article: The coming of age of deliberative democracy. *Journal of political philosophy*, 6(4), pp. 400-425.
- Castells, M. (2015). *Networks of outrage and hope: Social movements in the Internet age*. John Wiley & Sons.
- Christensen, H. S., Karjalainen, M., y Nurminen, L. (2015). Does crowdsourcing legislation increase political legitimacy? The case of Avoin Ministeriö in Finland. *Policy & Internet*, 7(1), 25-45.
- Coleman, S., y Cardoso Sampaio, R. (2017). Sustaining a democratic innovation: a study of three e-participatory budgets in Belo Horizonte. *Information, Communication & Society*, 20(5), pp. 754-769.
- Davidson, S., y Elstub, S. (2014). Deliberative and Participatory Democracy in the UK. *The British Journal of Politics and International Relations*, 16(3), pp. 367-385.
- De Blasio, E., y Selva, D. (2016). Why choose open government? Motivations for the adoption of open government policies in four European countries. *Policy & Internet*, 8(3), pp. 225-247.
- Dryzek, J. S. (2012). *Foundations and frontiers of deliberative governance*. Oxford University Press.
- Elstub, S., y Escobar, O. (2019). Defining and typologising democratic innovations. In *Handbook of Democratic Innovation and Governance*. Edward Elgar Publishing.
- Fernández-Martínez, J. L., García-Espín, P., y Jiménez-Sánchez, M. (2020). Participatory frustration: the unintended cultural effect of local democratic innovations. *Administration & Society*, 52(5), pp. 718-748.
- Fishkin, J. S. (2009). *When the people speak: deliberative democracy and public consultation*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Font, J., Porta, D., y Sintomer, Y. (2014). *Participatory democracy in southern Europe. Causes, characteristics and consequences*. Rowman and Littlefield.
- Fung, A. (2015). Putting the public back into governance: The challenges of citizen participation and its future. *Public Administration Review*, 75(4), pp. 513-522.
- Fung, A., y Warren, M. E. (2011). The participedia project: An introduction. *International Public Management Journal*, 14(3), pp. 341-362.
- Fung, A., y Wright, E. O. (2001). Deepening democracy: Innovations in empowered participatory governance. *Politics & Society*, 29(1), pp. 5-41.
- Geissel, B. (2012). Impacts of democratic innovations in Europe. *Evaluating democratic innovations: Curing the democratic malaise*, pp. 209-214.

- Geissel, B., y Joas, M. (Eds.). (2013). *Participatory Democratic Innovations in Europe: Improving the Quality of Democracy?* Opladen; Berlin; Toronto: Verlag Barbara Budrich.
- Grönlund, K., A. Bächtiger, y M. Setälä (eds.) (2014), *Deliberative mini-publics: Involving citizens in the democratic process*, Colchester, UK: ECPR Press.
- Grönlund, K., Setälä, M., & Herne, K. (2010). Deliberation and civic virtue: Lessons from a citizen deliberation experiment. *European Political Science Review: EPSR*, 2(1), pp. 95-117.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Mass: MIT Press.
- Held, D. (1995). *Democracy and the global order: From the modern state to cosmopolitan governance*. Stanford University Press.
- Herranz, C., Escudero, R. D., Muelas, D., y Saulière, S. (2019). Estrategias en Comunidades y Redes Sociales Digitales para Fomentar las Prácticas Participativas. *GIGAPP Estudios Working Papers*, 6(111-115), pp. 28-48.
- Hibbing, J. R., y Theiss-Morse, E. (2002). *Stealth democracy: Americans' beliefs about how government should work*. Cambridge University Press.
- Kersting, N. (2013). Online participation: from 'invited' to 'invented' spaces. *International Journal of Electronic Governance*, 6(4), pp. 270-280.
- Mergel, I., Edelmann, N., y Haug, N. (2019). Defining digital transformation: Results from expert interviews. *Government Information Quarterly*, 36(4), 101385.
- Michels, A. (2011). Innovations in democratic governance: how does citizen participation contribute to a better democracy? *International Review of Administrative Sciences*, 77(2), pp. 275-293.
- Michels, A. (2012). Citizen participation in local policy making: design and democracy. *International Journal of Public Administration*, 35(4), pp. 285-292.
- Michels, A., y De Graaf, L. (2017). Examining citizen participation: local participatory policymaking and democracy revisited. *Local Government Studies*, 43(6), pp. 875-881.
- Mutz, D. C. (2006). *Hearing the other side: Deliberative versus participatory democracy*. Cambridge University Press.
- Newton, K. (2012). Curing the democratic malaise with democratic innovations. *Evaluating democratic innovations: Curing the democratic malaise*, pp. 3-20.
- Newton, K., y Geissel, B. (Eds.). (2012). *Evaluating democratic innovations: Curing the democratic malaise?* Routledge.
- Noveck, B. S. (2015). *Smart citizens, smarter state: The technologies of expertise and the future of governing*. Harvard University Press.
- O'Flynn, I. (2019). *Democratic innovations and theories of democracy*. In Handbook of Democratic Innovation and Governance. Edward Elgar Publishing.
- Papadopoulos, Y., y Warin, P. (2007). Are innovative, participatory and deliberative procedures in policy making democratic and effective? *European journal of political research*, 46(4), pp. 445-472.
- Parkinson, J., y Mansbridge, J. (Eds.). (2012). *Deliberative systems: Deliberative democracy at the large scale*. Cambridge University Press.
- Participedia Project, (2017). Participedia Case Data. <https://doi.org/10.7910/DVN/JFNMQN>, Harvard Dataverse
- Pateman, C. (2012). *Participatory Democracy Revisited*. Perspectives on Politics, 10(01), pp. 7-19.
- Pogrebinschi, T., y Ryan, M. (2018). Moving beyond input legitimacy: When do democratic innovations affect policy making? *European Journal of Political Research*, 57(1), pp. 135-152.
- Ryan, M., y Smith, G. (2012). Towards a comparative analysis of democratic innovations: lessons from a small-N fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis. *Revista Internacional de Sociología*, 70 (Extra 2), pp. 89– 120
- Saward, M. (1998). *The terms of democracy*. Polity Press.

- Schlozman, K. L., Verba, S., y Brady, H. E. (2013). *The unheavenly chorus: Unequal political voice and the broken promise of American democracy*. Princeton University Press.
- Setälä, M. (2014). *Deliberative mini-publics: Involving citizens in the democratic process*. ECPR Press.
- Sintomer, Y. (2018). From deliberative to radical democracy? Sortition and politics in the twenty-first century. *Politics & Society*, 46(3), pp. 337-357.
- Smith, G. (2005). *Beyond the ballot: 57 democratic innovations from around the world*. Power Inquiry.
- Smith, G. (2009). *Democratic innovations: Designing institutions for citizen participation*. Cambridge University Press.
- Smith, G. (2019). Lessons from democratic innovations. En H. Tam (ed.), *Whose Government is It? The renewal of state-citizen cooperation*. (pp. 91-107). Bristol: Bristol University Press
- Sørensen, E. (2017). Political innovations: innovations in political institutions, processes and outputs. *Public Management Review*, 19(1), pp. 1-19
- Spada, P., y Ryan, M. (2017). The failure to examine failures in democratic innovation. *PS: Political Science & Politics*, 50(3), pp. 772-778.
- Touchton, M., Wampler, B., y Spada, P. (2019). The digital revolution and governance in Brazil: Evidence from participatory budgeting. *Journal of Information Technology & Politics*, 16(2), pp. 154-168.
- Vicente, M. R., y Novo, A. (2014). An empirical analysis of e-participation. The role of social networks and e-government over citizens' online engagement. *Government Information Quarterly*, 31(3), pp. 379-387.
- Wences, I., Conde, R. y Bonilla, A. (2014). *Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias*. San José, Costa Rica: FLACSO.
- Wright, S. (2016). 'Success' and online political participation: The case of Downing Street E-petitions. *Information, Communication & Society*, 19(6), pp. 843-857.



# Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión. Releyendo a Judith Shklar\*

## American Citizenship: The Quest for Inclusion. Revisiting Judith Shklar

Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID 0000-0003-2714-4533

Cita recomendada:

Nuez Sánchez-Cascado, P. de la (2021). Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión. Releyendo a Judith Shklar. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 349-356.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6353>

Recibido / received: 01/07/2021

Aceptado / accepted: 08/09/2021

En esta conferencia que –con ligeros cambios– se convertiría en el último libro de Judith Shklar se encuentran muchos de los temas que le interesaron y preocuparon durante toda su vida académica: las minorías, las víctimas y los excluidos; la crueldad, la injusticia y el mal; el carácter humano con sus vicios y sus virtudes y, por supuesto, la libertad. Todo ello, además, tratado con su característica sensibilidad y desde una perspectiva propia y única que era, precisamente, la que tenía en cuenta la voz de los que nunca o casi nunca son o han sido escuchados.

La autora americana tenía muy claro que la teoría política había sido ciega respecto a los excluidos de la comunidad; apenas se había ocupado de los marginados y discriminados por el sistema político y social, por lo que era necesario y urgente hacer una teoría política nueva. Y no solo porque así obtendríamos una visión más completa y fidedigna de la realidad, sino porque teniendo en cuenta las voces y «los rostros de la injusticia» –el título de uno de sus libros más conocidos–, podríamos reformar un orden social que, a pesar de todos los avances democráticos, puede seguir siendo injusto (Shklar, 1990).

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (ON TRUST-CM)" "H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo" y del proyecto "Teorías de la Justicia y Derecho global de los derechos humanos [JUSGLOBAL]" (PID2019-107172RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033), financiado por la Agencia Estatal de Investigación.



Por todo ello, este texto es también un buen ejemplo del modo en que Shklar estudiaba la historia de las ideas políticas<sup>1</sup>. Una historia de las ideas alejada de la abstracción y de un racionalismo excesivo que tenía muy en cuenta, no solo el contexto histórico y social sino, sobre todo, las percepciones, las emociones y los sentimientos de los individuos. Los seres humanos somos fundamentalmente seres que sienten, de ahí la necesidad –sobre la que ella insiste siempre– de ser considerado con los sentimientos de los demás. Por eso, para comprender mejor esa psicología humana tan variada y compleja, no duda en recurrir al arte y la literatura extrayendo ejemplos de la pintura, la novela o el teatro pues allí encuentra los matices y las sutilezas que faltan en la filosofía o la teoría política.

De todos esos sentimientos que experimentamos los seres humanos y a los que no debemos dejar de atender, Judith Shklar consideraba que el más útil a la hora de esclarecer el comportamiento de los individuos era el miedo<sup>2</sup>. Y, efectivamente, llama la atención la cantidad de ocasiones en que aparece el término «miedo» (*fear*) en este y en otros de sus textos. El miedo y la ansiedad están en todas partes: tanto en el esclavo como en el amo; entre los obreros blancos norteamericanos y entre los ricos y los aristócratas; en el pueblo y en los dirigentes políticos. Unos miedos recíprocos e intensos que se alimentan mutuamente y que –en clave de psicología moral y política– ayudan a explicar muchas cosas<sup>3</sup>.

En el caso del texto que nos ocupa, lo que se teme por encima de todo es el estigma de no ser nadie; de no ser reconocido como un ser humano completo con su intrínseca dignidad. No ser considerado un individuo con pleno derecho dentro de la comunidad –que es lo que significa ser ciudadano–. Es decir, no se teme tanto la pobreza, por ejemplo, como el desprecio y la humillación que son manifestaciones de la injusticia y de la crueldad; un vicio humano que ella define como una ofensa a la humanidad y que consiste en infligir deliberadamente un daño físico, pero también psicológico, a una persona o grupo más débil para obtener un fin. Normalmente, esa crueldad la inflige el más poderoso, el Estado, que la provoca como instrumento de dominación y represión, pero también es la consecuencia del poder y del abuso del fuerte sobre el débil, y precisamente la esclavitud y el racismo son algunas de sus más dolorosas manifestaciones<sup>4</sup>.

Partiendo de estas premisas, Shklar lleva a cabo una breve historia del concepto de ciudadanía en Estados Unidos que –como ella misma advierte– no pretende ser completa y exhaustiva, aunque sí que es original, provocativa y llena de ideas sugerentes. Entre otras cosas, su relato muestra que la ciudadanía es dinámica y que ha ido cambiando y enriqueciéndose gracias a las luchas de aquellos grupos que estaban excluidos de ella.

Se trata, pues, de una historia de la idea de ciudadanía muy diferente a la que se había llevado a cabo hasta entonces en su país de acogida. Ella misma lo dice: la historia de las ideas políticas en los Estados Unidos ha sido una historia complaciente

<sup>1</sup> Después de terminar sus estudios en Montreal, nuestra autora hizo su doctorado en Harvard donde se quedaría como profesora el resto de su vida. Su especialidad era la teoría política y la historia de las ideas políticas.

<sup>2</sup> Como es sabido, uno de sus escritos más célebres lleva el título de *Liberalismo del miedo* (Shklar, 2014). La mayoría de sus trabajos sobre esas y otras cuestiones están publicados en inglés, aunque muchos se están traduciendo también ahora a diferentes idiomas incluido al español. Véase la bibliografía final.

Para un análisis del papel del miedo en su pensamiento político, véase De la Nuez (2017, pp. 72-94).

<sup>3</sup> Por ejemplo: en el Sur de los Estados Unidos, el miedo –que es la emoción que sustenta el despotismo como ya señalara su admirado Montesquieu– era el principio activo de gobierno. (Shklar, 1998b, p. 101).

<sup>4</sup> Shklar toma esta idea seminal para su teoría política de Montaigne que, junto a Rousseau y Montesquieu, es uno de sus autores más queridos.

que identifica la historia del país con la historia de la lucha por la libertad –al estilo de la historia whig inglesa– cuando, en realidad, hasta hace pocas décadas, no había tenido en cuenta ni a los negros, ni a los nativos americanos ni a las mujeres. Por eso, lo que la autora quiere dejar muy claro es que, desde sus orígenes, la teoría política americana ha sido más diversa y compleja de lo que se ha supuesto normalmente y, sobre todo, que no se puede entender la historia de la libertad en Estados Unidos sin tener siempre presente la esclavitud; su enorme impronta en su pasado, pero también en su presente. De hecho, Shklar escribe que el estudio de la historia americana le hizo muy consciente de la opresión y la violencia que había marcado todo su pasado y su presente. Y que había incluso afilado su escepticismo sobre los mitos, las fantasías y las ideologías que se habían generado para esconderlo o justificarlo (Shklar, 1998b, pp. 92-107; y Shklar, 1989b, p.16).

El racismo –escribe– es universal, pero lo que es único de este país es la existencia de la esclavitud en un Estado constitucional moderno. La existencia de la esclavitud desde sus orígenes y durante la guerra de independencia, tuvo un impacto decisivo en la imaginación, el vocabulario político y los miedos de los americanos – incluso sobre los que no tenían que temer especialmente la amenaza de la esclavitud–, y ha marcado profundamente y para siempre la sociedad y la política norteamericanas.

En ese sentido, la historia de los Estados Unidos es completamente diferente de la de Europa porque en el viejo continente los ciudadanos no convivían diariamente con los esclavos, en cambio en los Estados Unidos, sí. Cuando los blancos americanos hablaban de esclavitud no se trataba de una metáfora. Allí sabían muy bien qué significaba no ser libre. Precisamente, saber perfectamente qué significa ser esclavo es lo que hacía que se temiera profundamente ser reducido a esa condición y que se valorase tanto la libertad, lo que ha marcado a los ciudadanos americanos, hombres y mujeres, hasta el día de hoy. Por eso, no se puede comprender la democracia americana actual sin tener en cuenta la impronta de la esclavitud en ella. Como tampoco se entiende sin ese terror del negro al blanco, pero también de los blancos hacia los negros, que aún existe en el país.

Y es que, como señalamos al principio, estar reducido a la situación de un esclavo, no significaba sólo estar excluido de la comunidad política, sino que significaba no ser nadie. No ser escuchado y no tener voz. Y es precisamente esa ausencia de la voz de las víctimas de la injusticia la que está en el centro del pensamiento político de Shklar. No puede ignorarse la manera en la que las víctimas perciben sus desdichas –y menos debe hacerlo una democracia–. Ellas tienen un conocimiento único y específico de la injusticia, y su sufrimiento es también un fenómeno político, no solo psicológico, e ignorar la injusticia como si se tratara de una desventura o una calamidad inevitable es «caer bajo los umbrales mínimos de la ciudadanía» (Shklar, 1990, p. 83).

Por eso, también los hombres y las mujeres blancos lucharon por el derecho al voto. Para ellos, el voto tenía mucho más valor de lo que podríamos suponer a primera vista. Se trataba de un derecho natural –por lo tanto, y aquí radicaba el problema, común a las mujeres, los nativos y los negros–. El voto era el emblema del estatus social de la persona, ya que los derechos lo son de los individuos (Shklar, 1998c, p. 179).

Lo de menos era que una vez obtenido el derecho, los ciudadanos fueran o no a votar; o que participaran o no en los asuntos públicos. Además, tampoco el voto garantiza la transformación social, la prosperidad o el gobierno de los virtuosos. Pero no se trataba de eso. Lo importante era el estatus, la posición social que les confería

tener la posibilidad de votar, porque negarle a alguien su derecho a tomar parte en la actividad política era un signo de degradación. En última instancia, se trata de «una lucha por el reconocimiento», por el auto-respeto y el respeto de los demás, sin el cual es sumamente difícil que uno se valore a sí mismo.

Y es que la ciudadanía es inseparable del tipo de sociedad en la que se ejerce. Desde sus orígenes puritanos, la ética del trabajo en Estados Unidos –aunque Shklar no comparte la famosa tesis de Max Weber sobre la ética protestante y el capitalismo –, ha sido y sigue siendo fundamental. Por eso, insiste en que en ese país significa mucho más que tener el derecho a votar o a presentarse a las elecciones. Supone ser un individuo independiente y para eso hay que trabajar. Hay que tener un trabajo con el que uno se gane la vida. El trabajo libre supone ser reconocido como un ser humano independiente, dueño de sí mismo. Implica no depender de nadie y ser tu propio amo. Es decir, todo lo contrario de ser un esclavo –por supuesto, este ideal es difícil en un sistema industrial en el que la mayoría de los individuos son trabajadores asalariados–.

Asimismo, este nuevo *ethos* estaba vinculado a la sociedad comercial que se desarrollaba en América por lo que –como explica la pensadora americana– las virtudes van a ser ahora las de este pueblo ordinario, las del comercio que, como ya explicara Montesquieu –que tuvo una gran influencia en el constitucionalismo americano–, crea un nuevo carácter y un nuevo tipo de honor: el del hombre hecho a sí mismo, consciente de su propia valía. El honor deja de ser una característica aristocrática para pasar a ser democrático; es decir, basado en el trabajo y en el mérito (Shklar, 1998d, p. 163).

De ahí que aparezca también en este escrito de Shklar otro de los asuntos de los que se ocupó durante su vida profesional: lo que ella llamaba «vicios ordinarios», entre los cuales señalaba la hipocresía y el esnobismo. Esto viene a cuento porque una de las razones por las que, durante la democracia jacksoniana –un nuevo estado político en el que afirma que se desarrollaron sentimientos democráticos intensos–, los hombres blancos lucharon por la plena ciudadanía, no fue sólo por no ser rebajado a la condición de los negros –*niggers* en el original–, sino también por el miedo al desprecio que los aristócratas –lo fueran por la sangre o por el dinero– sentían hacia el trabajo manual y mecánico al que la mayoría de los hombres blancos de esa época se dedicaba. No solo se temía –recuerda Shklar– a una posible conspiración de los ricos, de los poderosos –de las élites, diríamos hoy– contra el pueblo sino, sobre todo, su orgullo y su desprecio. Estamos otra vez el terreno de los sentimientos. El rico, el poderoso y el esnob hacen que la desigualdad “duela” (Shklar, 1990, p. 87)<sup>5</sup>.

Si el poder trabajar y ganarse la vida es tan importante para al auto-respeto y el respeto de los demás, lo peor que a uno le puede ocurrir es quedarse sin empleo. Ahora el miedo es miedo a ser despedido. El individuo que se encuentra en el paro sufre su situación como una verdadera tragedia; es como si dejara de ser alguien para sí mismo y para los demás. Por eso, Shklar considera indispensable que el Estado garantice una especie de «derecho a ganarse la vida» para evitar esta situación porque, en realidad, la libertad supone, tanto limitar el poder del Estado como tener opciones y alternativas que permitan tomar decisiones sin miedo sobre la propia vida (Shklar, 1998a, pp. 111-127).

En este sentido, y como se ha interpretado por más de un autor, el liberalismo de Shklar se acerca a la socialdemocracia, puesto que, a pesar de su desconfianza y

---

<sup>5</sup> Shklar advierte de que en las sociedades o comunidades –incluidas las Universidades– donde hay siempre un cierto nivel de desigualdad, el esnobismo es inevitable e inerradicable.

sus reticencias hacia la intervención y el poder del Estado, considera que una de sus funciones debe ser precisamente esta, porque en el mercado también puede haber mucho miedo. El poder económico también intimida y la extrema desigualdad social aleja a unos individuos de otros y facilita la crueldad, el desprecio y el abuso. De ahí, sus críticas al Neoliberalismo y especialmente a Hayek<sup>6</sup>.

Por todo esto, algunos hablan de un «liberalismo compasivo», aunque ella misma advierte de que hay que huir del paternalismo<sup>7</sup>. Además, recuerda que muchos de los ciudadanos estadounidenses que se quedan sin trabajo viven como una humillación el recibir ayudas del Estado, y dejan de sentirse individuos independientes. Pero es que, además, aún con la ayuda del Estado quedaría sin resolver el problema sumamente actual de las personas que viven y trabajan en el territorio nacional pero no son ciudadanos.

Sea como fuere, de lo que se trata es de eliminar o reducir todo lo posible el sufrimiento político causado por la crueldad y la injusticia activa o pasiva. Esa lucha es la que debería llevar a cabo «el liberalismo del miedo» y la propia democracia liberal que es el menos cruel de los sistemas políticos conocidos y el que más ha conseguido minimizar el miedo político gracias, en gran parte, al Estado de Derecho, la protección de los derechos humanos, la justicia independiente y la división de poderes<sup>8</sup>. Por eso, a pesar de que en este texto la autora americana no se muestra muy partidaria de una concepción fuerte o intensa de la democracia o de la ciudadanía –recelaba de todo lo que sonara a colectivismo, nacionalismo o comunitarismo, incluido el de su gran amigo M. Walzer–, sí que reclama en otros escritos una ciudadanía activa y comprometida que esté alerta a las injusticias y al sufrimiento político que existen también en nuestras democracias.

De hecho, pensaba que también deberíamos tener miedo a una sociedad de individuos temerosos porque con miedo es imposible la libertad. De ahí que a ella le interesara estudiar las cualidades, el carácter y la educación necesarios para ser un buen ciudadano porque, además, el carácter y el gobierno se moldean mutuamente. Por lo tanto, a pesar de que en este texto ella explica que la ciudadanía en los Estados Unidos consiste básicamente en el derecho al voto y el derecho a ganarse la vida, también entiende esa misma ciudadanía como exigencia de compromiso y responsabilidad, y recuerda que una característica de la ciudadanía liberal es la lucha por los derechos. Lucha que nunca se acaba y que es un proceso político sin fin porque la libertad no consiste en un disfrute pasivo. Incluso hasta en su vida privada, el ciudadano debe apoyar los hábitos democráticos y el orden constitucional.

En definitiva, de acuerdo con su visión de las cosas, para entender una democracia cualquiera cree Shklar que hay que analizar el carácter de sus inevitables conflictos, lo que en el caso de los Estados Unidos significa analizar la tensión entre un sistema político pretendidamente igualitario y una sociedad muy desigual desde el

---

<sup>6</sup> La crítica de Shklar a Hayek se encuentra tanto en su libro sobre el pensamiento utópico: *Después de la utopía. El declive de la fe política* (Shklar, 2020), como en *Legalism. Law, Morals and Political Trials* (Shklar, 1964) y en *Los rostros de la injusticia* (Shklar, 1990).

Para una comparación sobre el pensamiento de los dos autores, véase de la Nuez, (2019). La autora americana hizo de la justicia o, más bien de la injusticia, uno de los temas fundamentales de su obra y precisamente es la visión que Hayek tiene de la justicia lo que les separa por encima de todo.

<sup>7</sup> A su «liberalismo compasivo» se refiere P. Magnette en su libro *Judith Shklar. Le libéralisme des opprimés*. (Magnette, 2006)

<sup>8</sup> Evidentemente, Shklar sabía que todo sistema político y legislativo lleva implícito un mínimo nivel de miedo necesario para cumplir sus funciones –o incluso para evitar crueldades mayores–, pero señala que el miedo que hay que impedir es el que genera la arbitrariedad, los actos de crueldad y tortura de la policía o los militares –la crueldad institucionalizada– y todos los no autorizados y extrajurídicos. (Shklar, 2014, pp. 56-58).



punto de vista económico y social, a la que, además, se añade un racismo virulento y unas «pasiones xenófobas» que hicieron que los americanos fueran incapaces de imaginar una ciudadanía multi-racial que incluyera a los negros y a los nativos. Por esta incapacidad, la lucha por el voto dejó «residuos de amargura» que llegan hasta la actualidad, y «la amargura puede crear una mentalidad política» (Shklar, 1998c, pp. 178 y 180).

Las extremas contradicciones y las disposiciones anti-liberales que también han existido en la historia de los Estados Unidos no sólo han permeado sus instituciones e ideología, sino que siguen vigentes. Y es que Shklar estaba convencida de que los viejos hábitos, las creencias políticas y morales son vigorosas y permanecen en el tiempo, como parece que también lo hacen la ansiedad y los «miedos políticos». Para bien o para mal, nuestras creencias y la ideología determinan nuestro sentido de la justicia.

Sin embargo, el escepticismo de Shklar le impedía creer que alguna vez podríamos acabar completamente con el miedo y el sufrimiento político, pero sí se podía ir haciendo algo relativamente útil<sup>9</sup>. Hacer una teoría política con una orientación práctica, ya que se supone que la teoría política tiene que ayudar a que nos comprendamos a nosotros mismos; a que comprendamos nuestros conceptos y vocabulario político posibilitando, asimismo, que las experiencias dolorosas de los excluidos tengan cabida en la deliberación pública. Por esto mismo, tampoco su liberalismo es un liberalismo de la esperanza, sino que –como ella afirma en más de una ocasión– se trata de un «liberalismo de la memoria». De hecho, el presente escrito sobre la ciudadanía americana sirve también para recordar el esfuerzo y la lucha de esos hombres y mujeres, sobre todo cuando en nuestra vida democrática damos por supuestos derechos políticos que a menudo no ejercemos.

Precisamente, tiempo antes de su repentina muerte, Shklar estaba trabajando sobre cuestiones relativas a las minorías, los exiliados y los refugiados; temas de absoluta actualidad. Nuestra autora consideraba que, de alguna manera, los esclavos también habían sido exiliados dentro de su propio país, aunque en ese momento lo que más le interesaba eran los exiliados políticos: aquellas personas «expulsadas contra su voluntad por el gobierno de sus países por razones políticas, por sus opiniones, sus filiaciones partidistas, su raza, su clase o nacionalidad». Y recuerda – porque tenía experiencia personal de ello– que al perder su ciudadanía los exiliados modernos se encontraban en una situación terrible. «Sin pasaporte vives en un limbo perpetuo» (Shklar, 2019, pp. 205 y 207)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Como señala la profesora Alicia García Ruiz, traductora y buena conocedora de la obra de Shklar: «Inspirada por Montaigne, la pensadora practicó un coherente y sostenido escepticismo: en el sentido etimológico, una toma de distancia crítica que permite el examen y enjuiciamiento, a través de un uso constructivo de la duda. Su distanciamiento no debe ser considerado una falta de compromiso sino como una forma específicamente filosófica del mismo, el compromiso con la verdad». (García Ruíz, 2019, p. 9).

<sup>10</sup> La traducción es nuestra.

Judith Nisse Shklar nació en Riga en 1928, pero su familia –de origen judío– tuvo que abandonar Letonia debido a la amenaza del totalitarismo nazi y soviético. Huyeron desde Suecia atravesando, en muy duras condiciones, la Rusia soviética hasta llegar a Japón del que viajaron a Estados Unidos. Allí fueron reclusos en un centro de detención de emigrantes ilegales porque los papeles que traían consigo ya no servían, aunque consiguieron salir de allí gracias a la intervención de un rabino. Acabarían instalándose en Montreal donde ella vivió y estudió hasta que llegó a Harvard. Ella misma relata muchas de estas experiencias en *A Life of Learning*, (Shklar, 1989b) y que acaba de ser traducido al español (véase la bibliografía final).

En dicha universidad hará toda su carrera académica. En 1989 se convertiría, además, en la primera presidenta de la *American Political Science Association* (APSA). El 17 de septiembre de 1992 muere repentinamente de un infarto dejando su obra inacabada.

En un mundo en el que los emigrantes y los refugiados llegan cada día a nuestras fronteras, el escuchar su voz y tener en cuenta su perspectiva, puede ayudarnos a buscar soluciones realistas. Realistas, porque Shklar defendía un “realismo honesto” y desconfiaba de las utopías<sup>11</sup>. Lo que hay que hacer en política no es buscar el sumo bien –algo sobre lo que, además, en sociedades pluralistas no generaría fácilmente acuerdo alguno–, sino que de lo que se trata es de, en la medida de lo posible, eliminar o reducir la crueldad y el sufrimiento. Todos sabemos lo que es sufrir y tener miedo, y nadie quiere ser tratado con crueldad. Todos somos vulnerables. Por eso, se puede combatir las injusticias sin que tengamos que compartir una definición de lo que es la justicia. Además, somos capaces de reconocer las injusticias porque tenemos un sentido de la justicia previo a cualquier reflexión; un sentido moral común y universal. De ahí el cosmopolitismo moral de su liberalismo. «El liberalismo contempla los abusos del poder político en todos los regímenes con la misma aprehensión» (Shklar, 2014, p. 52)<sup>12</sup>.

Por todo esto, su liberalismo sirve como instrumento de crítica y renovación, pues sin ser un liberalismo revolucionario tampoco es conservador. Al contrario, su teoría liberal tiene un potencial progresista. De ahí, el creciente interés y reconocimiento que su obra y su pensamiento están suscitando en muchos países y, no solo porque ofrece la posibilidad de reformular y renovar un liberalismo amenazado y en crisis, sino también porque su obra parece responder a las necesidades e inseguridades emocionales de un mundo en el que sigue habiendo mucha injusticia y mucho miedo. Como ella sabía muy bien, las ideas políticas responden también a necesidades afectivas como la de «aliviar la carga del miedo» (Shklar, 2014, p. 62).

## Bibliografía

- De la Nuez, P. (2017). Miedo, injusticia y libertad en el pensamiento político de J. Shklar. *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, 7, pp. 72-94.
- De la Nuez, P. (2019). El liberalismo de F.A.Hayek y J.N.Shklar: una comparación. *Araucaria*, 21(41), pp. 37-60.
- García Ruiz, A. (2019). Judith Shklar, la pasión por la distancia. *Letras Libres*, pp. 7-9.
- Magnette, P. (2006). *Judith Shklar. Le libéralisme des opprimés*. París: Ediciones Michalon.
- Nussbaum, M. (2019). *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Barcelona: Paidós.
- Royer, C. (2020). Introduction: Shklar's (underappreciated) international thought. *Global Intellectual History*.
- Shklar, J. (1957). *After Utopia*. New Jersey: Princeton University Press. Edición castellana Shklar, J. (2020). *Después de la utopía. El declive de la fe política*. Madrid: La balsa de la Medusa. También: Shklar, J. (2021). *Sobre la utopía*. Madrid: Página Indómita.

<sup>11</sup> Precisamente, del declive del optimismo político y el pensamiento utópico se ocupa en *Después de la utopía. El declive de la fe política* (Shklar, 2020).

<sup>12</sup> Un tema a debatir sería si ese cosmopolitismo del liberalismo de Shklar podría implicar algo parecido a la defensa de una ciudadanía cosmopolita al estilo de la que defiende M. Nussbaum en *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal* (Nussbaum, 2019). De hecho, el pensamiento de J. Shklar está siendo también recuperado en el campo de las relaciones internacionales, principalmente por su libro *Legalism*, aunque no solo. Véase, Royer (2020).

- Shklar, J. (1964). *Legalism. Law, Morals and Political Trials*. Cambridge: Harvard University Press.
- Shklar, J. (1984). *Ordinary Vices*, Cambridge: Harvard University Press. Edición castellana Shklar, J. (2007). *Vicios cotidianos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Shklar, J. (1989a). The Liberalism of Fear. En N.L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the moral life* (pp. 21-38). Cambridge: Harvard University Press. Edición castellana Shklar, J. (2014). *El liberalismo del miedo*. Barcelona: Herder. También Shklar, J. (2021). *Gobierno de la ley y Liberalismo del miedo*. Madrid: Página Indómita.
- Shklar, J. (1989b). *A Life of Learning*. The Charles Homer Haskins Lectures of the American Council of Learned Societies. Edición castellana Shklar, J. (2021). El aprendizaje de una vida. *Letras Libres*, pp. 30-39.
- Shklar, J. (1990). *Los rostros de la injusticia*. Barcelona: Herder.
- Shklar, J. (1998a). Positive Liberty, Negative Liberty in the United States. En S. Hoffman y D.F. Thompson (ed.), *Redeeming American Political Thought* (pp. 111-127). Chicago: University of Chicago Press.
- Shklar, J. (1998b). Redeeming American Political Thought. En S. Hoffman y D.F. Thompson (ed.), *Redeeming American Political Thought* (pp. 91-111). Chicago: University of Chicago Press.
- Shklar, J. (1998c). Democracy and the past. En S. Hoffman y D.F. Thompson (ed.), *Redeeming American Political Thought* (pp. 171-187). Chicago: University of Chicago Press.
- Shklar, J. (1998d). A new Constitution for a new Nation. En S. Hoffman y D.F. Thompson (ed.), *Redeeming American Political Thought* (pp. 158-171). Chicago: University of Chicago Press.
- Shklar, J. (1998e). *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago: University of Chicago Press.
- Shklar, J. (2019). *On Political Obligation*. New Haven: Yale University Press.

#### Otras obras de Shklar

- Shklar, J. (1969). *Men and Citizens. A Study of Rousseau's social theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shklar, J. (1976). *Freedom and Independence: A Study of the Political Ideas of Hegel's "Phenomenology of Mind"*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shklar, J. (1987). *Montesquieu*. Oxford: Oxford University Press.

#### Principales obras sobre Shklar

- Ashenden, S. y Hess, A. S. (Ed) (2019). *Between Utopía and Realism, The Political Thought of Judith N. Shklar*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Gatta, G. (2018). *Rethinking Liberalism for the 21st. The Skeptical Radicalism of Judith Shklar*. Nueva York: Routledge.
- Hess, A. (2014). *The political theory of J. Shklar. Exile from exile*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Yack, B. (ed.) (1996). *Liberalism without Illusions, Essays on Liberal Theory and the Political Vision of Judith N. Shklar*. Chicago: University of Chicago Press.

# Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión\*

## American Citizenship: The quest for inclusion

Judith Shklar

Cita recomendada:

Shklar, J. (2021). Ciudadanía americana: la búsqueda de la inclusión. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 357-391.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6354>

Recibido / received: 01/07/2021  
Aceptado / accepted: 08/09/2021

Judith Shklar<sup>1</sup> es Doctora por la Universidad de Harvard, donde ocupa actualmente la cátedra John Cowles de Ciencias Políticas, y en la que enseña teoría política moderna europea y americana desde 1957. Ha sido profesora en la Cátedra Pitt de Historia e Instituciones estadounidenses en Cambridge; ha impartido las conferencias Carlyle en Oxford y las Conferencias Storrs en la Facultad de Derecho de Yale. Asimismo, ha sido MacArthur Fellow, profesora visitante en el All Soul's College de Oxford. Es autora de *After Utopia* (1957); *Legalism* (1964); *Men and Citizens*, sobre Rousseau (1972); *Freedom and Independence*, sobre Hegel (1979); *Ordinary Vices* (1985); *Montesquieu* (1987); y *The Faces of Injustice* (de próxima publicación).

\* Traducción de Paloma de la Nuez. Agradezco a Paula de la Nuez la revisión de esta traducción.

Este texto corresponde a las Conferencias Tanner sobre valores humanos, celebradas en la Universidad de Utah el 1 y 2 de mayo de 1989. Una versión corregida y ligeramente aumentada de esta conferencia fue publicada en Harvard University Press. Sin embargo, el texto que presentamos aquí es el de la conferencia original que J. Shklar pronunció en la Universidad de Utah, institución que, amablemente, nos ha permitido reproducirla y traducirla al español.

Este trabajo se ha realizado en el marco del "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (ON TRUST-CM)" "H2019/HUM-5699, financiado por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo" y del proyecto "Teorías de la Justicia y Derecho global de los derechos humanos [JUSGLOBAL]" (PID2019-107172RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033), financiado por la Agencia Estatal de Investigación..

<sup>1</sup> Nota de la traductora: Judith Shklar nació en Riga en 1928 y murió en Boston en 1992. Evidentemente, este texto de presentación fue el que se preparó con motivo de su conferencia en 1989. Por otro lado, como indicamos en la introducción al presente texto, algunas de las obras de Shklar citadas aquí están ya traducidas al español. Véase la bibliografía final.



## I. Votar

(Me gustaría agradecer a mis colegas Michael Sandel y Sidney Verba su ayuda con estas conferencias).

No existe una noción más fundamental en política que la noción de ciudadanía y ninguna más variable en la historia o más rebatida en la teoría. En América, en principio ha sido siempre democrática, pero solo en principio. Las primeras y más radicales exigencias de libertad e igualdad política se plantearon en contraposición a la esclavitud, la forma más extrema de servidumbre, cuyas consecuencias siguen acosándonos. La igualdad de derechos políticos, que es la primera marca de la ciudadanía americana, fue proclamada en la presencia aceptada de su absoluta negación. Su segunda característica, el abierto rechazo de los privilegios hereditarios, no fue más fácil de conseguir en la práctica y por la misma razón. La esclavitud es una condición heredada.

Desde la época colonial, la dignidad del trabajo y de los logros personales, así como el desprecio por la ociosidad aristocrática, se hallaban en el centro mismo de la autoidentificación cívica americana. La oportunidad de trabajar y de cobrar una merecida gratificación por la labor desempeñada era un derecho social porque era una fuente primordial de respeto público. No obstante, se consideraba así no solo porque suponía una desafiante desviación cultural y moral respecto del corrupto pasado europeo, sino también porque el trabajo remunerado separaba al hombre libre del esclavo.

En estas condiciones, la ciudadanía en América nunca ha sido solo una cuestión de acción y empoderamiento; también ha sido siempre una cuestión de posición social. Evito la palabra *estatus* porque ha adquirido un significado peyorativo, así que en su lugar hablaré de la *posición* de los ciudadanos<sup>2</sup>. Sin duda, *posición* es un concepto vago, que implica una sensación sobre el lugar que ocupa uno en una sociedad jerárquica; pero la mayoría de los americanos parece tener una idea lo suficientemente clara de lo que significa, y su relativa posición social, definida por los ingresos, la profesión y la educación, tiene para ellos cierta importancia. También saben que la preocupación por su posición social no es del todo compatible con su reconocido credo democrático. A menudo tienden a resolver el conflicto entre conducta e ideología convenciéndose a sí mismos de que en realidad hay menos exclusividad y consciencia del estatus de la que solía haber en el pasado (Coleman y Rainwater, 1978). No obstante, no es fácil de reconciliar la exigencia igualitaria de «respeto» con la posición en los estratos sociales más altos o más bajos. La afirmación de que los ciudadanos de una democracia tienen derecho al «respeto» salvo que lo pierdan debido a sus propios actos inaceptables, no es ninguna trivialidad. Por el contrario, se trata de una creencia muy preciada y para comprender lo importante que ha sido siempre, se debe escuchar a aquellos americanos que se han visto privados de ese respeto.

La importancia de los dos grandes emblemas de la posición pública, el voto y la oportunidad de ganarse el sustento, parece más clara para estos hombres y mujeres excluidos; ellos han considerado el voto y el ganarse el sustento no solo como la capacidad de promover sus intereses y hacer dinero; lo han entendido como los

<sup>2</sup> Nota de la traductora: Efectivamente –como señala la autora– «posición» es un concepto vago también en español, de modo que, en ocasiones y según el contexto, hemos optado por añadir el adjetivo «pública» o «política» para referirse al estado o la posición que una persona ocupa en la sociedad y/o en la comunidad política.



atributos de una ciudadanía americana. Y las personas a las que no se les conceden estos signos de dignidad cívica se sienten no solo impotentes y pobres, sino deshonradas. Sufren también el desprecio de sus conciudadanos. Así, la lucha por la ciudadanía en América ha sido, de forma abrumadora, una exigencia de inclusión en la política, un esfuerzo por derribar barreras excluyentes al reconocimiento, más que una aspiración a la participación cívica entendida como una actividad profundamente envolvente.

En estas conferencias, trataré de dar cuenta de la ciudadanía desde la perspectiva de hombres y mujeres dependientes y privados del derecho al voto y, al tener en cuenta sus aspiraciones, espero desarrollar una explicación históricamente más realista de la ciudadanía americana y su significado que las versiones idealizadas que se han ofrecido, sobre todo por parte de los teóricos de la democracia participativa. Sin embargo, al hacer hincapié en el carácter único de la ciudadanía americana, no tengo la intención de incidir en lo que a menudo se denomina «excepcionalísimo americano». Más bien, pretendo reflexionar sobre la peculiaridad de una democracia que no ha tenido que luchar simplemente con un pasado europeo distante y no igualitario, sino también con sus propias creencias e instituciones infinitamente más despóticas.

La moderna ciudadanía democrática era en sí misma, como mostraré en breve, un nuevo punto de partida del pensamiento político, pero la igualdad política tan íntimamente entrelazada con la esclavitud ha sido doblemente complicada. Quizá tampoco esta combinación haya sido enteramente conocida o reconocida. Sin duda, el más famoso de todos los relatos sobre la ciudadanía, el de Aristóteles, se creó para una sociedad esclavista, pero apenas era democrático ni en su naturaleza ni en su propósito. Tras desestimar el mero nacimiento y residencia por inadecuados, definió la ciudadanía como el hecho de gobernar y ser gobernado. Puede decirse que solo unos pocos ciudadanos están capacitados para tales actividades, o para la perfecta educación que es el fin verdadero de la política. Esta es una definición sumamente excluyente, puesto que idealmente solo los hombres que cuenten con los medios materiales y que hayan sido educados para dedicarse al ocio pueden alcanzar tal ciudadanía. Las mujeres y los esclavos existen exclusivamente para servirlos en el ámbito doméstico. Aún más, como la mayor parte de los trabajos son degradantes, nadie que trabaje puede ser apto para la libertad. Solo los libres y de buena cuna pueden ser auténticos ciudadanos, aunque en realidad todos los demás no estén esclavizados.

Esta es una ciudadanía para miembros de una clase de amos que sienten verdadera afinidad entre sí y que pueden dedicar su tiempo a discutir entre ellos sobre los grandes asuntos de la política, especialmente la guerra, la paz y las alianzas, así como sobre los gastos internos para estas y otras grandes empresas públicas. La ciudadanía aristotélica es una mezcla de formación del carácter y actividad pública entre caballeros bien educados con mucho tiempo libre (Aristóteles, libros 1 y 7). Es un ideal que ha cautivado a los admiradores de Atenas a través de los tiempos y, no en menor medida, a aquellos americanos que nos proponen una democracia participativa directa, olvidando precisamente lo excluyente que la ciudadanía educativa ha de ser según el modelo aristotélico, que premia la cohesión entre los ciudadanos plenamente activos (Arendt, 1958). Por mucho que haya estimulado la imaginación intelectual, el ciudadano aristotélico como gobernante no ha repercutido mucho en los americanos, puesto que hasta los dueños de esclavos profesaban unos valores mucho más individualistas e igualitarios.

El perdurable atractivo de la visión aristotélica de la democracia participativa reside en su relato de la práctica de la ciudadanía y la importancia de la actividad

política en la vida diaria de los ciudadanos. No se alega que la distribución de la ciudadanía fuera democrática, pues la inmensa mayoría de las personas así gobernada se hallaba excluida de toda actividad pública, o estaba esclavizada, sino que los privilegiados disfrutaban de una forma perfecta de actividad democrática. Los americanos privados del derecho al voto no han exigido esta clase de ciudadanía; han reclamado algo bastante diferente, que la ciudadanía se distribuya equitativamente de modo que su posición pueda ser también reconocida y sus intereses defendidos y promovidos. Por consiguiente, el llamamiento a una democracia participativa podría distar mucho de ser democrático, puesto que no se corresponde con las aspiraciones de la mayoría de los americanos en la actualidad, como tampoco nunca lo ha hecho en el pasado.

Bastante diferente y de mucha mayor relevancia para América es el ciudadano en cuanto soldado. Maquiavelo ha sido justamente reconocido como el más perfecto defensor moderno de este ideal. Su ciudadano ideal es un modelo de virtud patriótica, dotado de todas las cualidades militares de disposición para la lucha y para el sacrificio de sus intereses personales en aras de la gloria militar de su tierra natal. La avaricia y aquellos rasgos de personalidad más amables, ridiculizados como característicamente femeninos, son execrados por considerarse corruptos, precisamente porque interfieren con la verdadera vocación del ciudadano, la preparación militar y la devoción a la gloria. A tal fin, debe haber buenas leyes, así como buenas armas, y de los ciudadanos virtuosos puede esperarse que apoyen ambas, a diferencia de las clases privilegiadas, que tienden de forma natural a la corrupción en favor de sus intereses (Skinner, 1981).

En todas las guerras, los jóvenes americanos llegaron a albergar algunos de estos sentimientos, y preguntaban si hombres lo suficientemente buenos para servir a su país en la guerra no estaban igualmente capacitados para ser ciudadanos de pleno derecho. De hecho, ¿no estaban ellos en mejores condiciones para desempeñar los deberes de la ciudadanía que aquellos que no habían desplegado un valor militar comparable? Para muchos americanos, el soldado virtuoso era el hombre más adecuado para ser ciudadano de un orden genuinamente republicano. No obstante, esta no era una noción de virtud cívica universalmente compartida, y de hecho muchos americanos han rechazado siempre la premisa de que los ciudadanos debían probar su virtud para poder votar. Los derechos no dependen de eso.

Nada podría estar más alejado de estas formas de ciudadanía fundamentalmente activas que el ciudadano como súbdito leal. Jean Bodin y Thomas Hobbes no solo fueron apologistas del absolutismo monárquico sino diseñadores de un orden político que se proponía satisfacer las necesidades más inmediatas de la gente corriente: mínima seguridad frente a la conquista, la guerra civil, la anarquía, y la violencia privada. El súbdito renuncia a todas las pretensiones de autoridad legislativa y recibe a cambio seguridad e incluso prosperidad. Según Hobbes, este estado de cosas fue contractualmente establecido por hombres racionales y debe ser aquello que las personas desean siempre por encima de todo y pueden lograr si entienden las causas y las consecuencias de la ausencia de leyes. Los monarcas absolutos no son una amenaza para ellos, hasta un Nerón acabó solo con los cortesanos que lo rodeaban. La soberanía consiste en hacer leyes y ejecutarlas, y la ciudadanía alcanza su apogeo cuando los súbditos entienden por qué deberían obedecer, y así lo hacen invariablemente, salvo que sus vidas se vean amenazadas, momento en el cual dejan de ser súbditos. Hasta ese momento extremo, los súbditos-ciudadanos son en un sentido parecidos e iguales, todos son súbditos de un soberano (Hobbes, 1949, pp. 86, 114-115 y 119-120).

El consentimiento no necesita jugar un papel significativo en el ejercicio de la soberanía. Desde el punto de vista más convencional de Bodin, ser súbdito es algo natural y puede ser muy inclusivo. Les sucede a los hijos de los nativos nacidos en un Estado dado y puede adquirirse por «naturalización» e imitación de la naturaleza, presumiblemente, en cuyo caso el consentimiento sustituye al azar del nacimiento. El ciudadano de Bodin es «un súbdito libre que está sujeto a la soberanía de otro». No obstante, la ciudadanía no es solamente un atributo de residencia.

Lo que cuenta es estar «bajo el poder de mando de otro». En opinión de Bodin, la definición de Aristóteles era «pobre y defectuosa» porque gobernar es una función de príncipes, mientras que los ciudadanos se caracterizan por el disfrute de los derechos y privilegios legalmente otorgados. Se insinúa que un juicio justo es uno de esos derechos, pero la libertad para dejar el país no lo es. El ciudadano-súbdito natural debe obediencia al soberano; este, a su vez, le debe «instrucción, justicia y defensa». El ciudadano es un súbdito protegido. El hombre y el ciudadano son idénticos; ninguna cualidad especial distingue a este último. Es un contribuyente. No se requiere de ninguna cualidad moral, ya sea natural o aprendida. Eso hace de la exclusión y la inclusión un asunto legal.

Menos filosófico que Hobbes, Bodin puede presumir de ser el verdadero inventor del Estado moderno y de su limitada, pero en esencia equitativa e inclusiva noción de ciudadanía (Bodin, 1962, pp. 46-63). Sin duda, en el temprano Estado moderno los súbditos eran iguales solo ante el soberano y prevalecían enormes desigualdades de casta, posición política, poder y riqueza. Con el declive de la soberanía monárquica, no obstante, las implicaciones igualitarias de la doctrina de Hobbes y Bodin se hicieron evidentes y se desarrollaron especialmente en Francia.

Por mucho que los vituperara, Rousseau, el más coherente de los teóricos de la ciudadanía democrática, debía mucho a Hobbes y Bodin. Su ciudadano no es, desde luego, uno que gobierne. Los magistrados lo gobiernan a él, pero él sí legisla, y de ese modo es tanto soberano como súbdito. Al celebrar un contrato moralmente transformador, queda capacitado para hacer y mantener las normas que establecen las condiciones de ciudadanía y que lo liberan de la dependencia personal respecto de otras personas. No todo el mundo puede satisfacer estos requisitos tan estrictos para la ciudadanía. Por supuesto, las mujeres deben ser excluidas, porque psicológicamente son muy poderosas y demasiado dominantes para que se les permita compartir la autoridad política. Sin embargo, su retrato de un ciudadano perfecto es el de una mujer, una madre de Esparta que se apresura a dar las gracias por la victoria en una batalla en la que todos sus hijos han muerto. Llegar a forjar ese carácter claramente requiere de una educación y un refuerzo incesantes y eso es justamente lo que Rousseau contemplaba.

Cuando los hombres se convierten en ciudadanos, adquieren no solo una propiedad legalmente protegida, sino también una conciencia pública, una voluntad general que a menudo debe estar en desacuerdo con la voluntad parcial, personal. Y dado que la ciudadanía republicana es tan enteramente dependiente de los estados de ánimo, debe condicionar tanto las creencias de los ciudadanos como rechazar a los hombres que profesan opiniones religiosas incívicas. La xenofobia es útil, al tiempo que han de evitarse todas las manifestaciones de intelectualismo en una sociedad de campesinos-patriotas. Las diferencias excesivas en la riqueza invitan a la dependencia de los ricos respecto de los servicios de los pobres y a la dependencia de los pobres respecto de los favores de los ricos. Este ciudadano, a diferencia del súbdito de Hobbes y Bodin, espera algo más que la mera tranquilidad; exige una independencia legalmente asegurada e igualdad de derechos políticos. Como uno «que comparte el poder soberano», no puede estar representado sino que debe

actuar por sí mismo legislando. Y cuando no acata las leyes que se ha dado a sí mismo, solo se le «obliga a ser libre», incluso recibiendo la pena capital, puesto que no es más que un requisito legal que él mismo acordó imponer por igual a todos los ciudadanos. El ciudadano que infringe la ley es realmente un traidor.

En una república, el ciudadano puede participar en la elección de magistrados, pero Rousseau supo ver enseguida que este derecho se hallaba diluido, al igual que lo había estado en Roma, por la votación a viva voz en asambleas tribales. En una democracia perfecta, bastaría con el voto de todos. Estas previsiones son enteramente compatibles con exclusiones por motivos de deficiencia moral y falta de vigor cívico. En su plan para Córcega, solo los terratenientes, hombres maduros que hubieran tenido dos hijos, cumplían los requisitos para poder votar (Rousseau, 1969, p. 249; 1969a, libro 1: capítulos 6, 7 y 8; libro 2: capítulos 4, 5 y 11; libro 3: capítulos 9, 14 y 15; libro 4: capítulos 2 y 3; 1969b, p. 919). Esta es sin duda una ciudadanía para los virtuosos y en la retórica de los antifederalistas encontró un lugar en la política americana del siglo XVIII, en la que sigue teniendo sus admiradores entre los defensores de la democracia participativa<sup>3</sup>. Además, como legislador con derecho al voto, el ciudadano soberano de Rousseau ocupa claramente su lugar en cualquier teoría de la democracia, incluso si los americanos no han estado nunca preparados para emprender el plan radical de educación constante que se requiere para mantener al ciudadano tan virtuoso como Rousseau pensaba que debía ser, si la voluntad general y la igualdad cívica debían prevalecer.

Un punto de vista sobre la ciudadanía mucho menos estricto y más adaptado a la era moderna es la noción de «ciudadano-propietario», tal como lo denominó Turgot (cit. Baker, 1975, p. 208). Llegó a América en la versión anterior de Locke. De este ciudadano se espera en general que posea bienes externos, pero esto no es lógicamente necesario. Lo que debe ser capaz de reclamar es la propiedad sobre sí mismo; no debe ser un esclavo. Su vida y las posesiones que la sostienen no están seguras salvo que se encuentren legalmente protegidas, y para asegurarse de que este sea el caso, el ciudadano-propietario debe estar representado en los órganos legislativos. De lo contrario, puede verse arruinado por los impuestos u otras medidas confiscatorias.

El ciudadano es un elector y un contribuyente. El acceso a la ciudadanía podría estar abierto a tan solo unos pocos hombres, pero tales limitaciones no eran inherentes a la idea misma del ciudadano-propietario, aunque inicialmente sí imponía un acceso limitado a la ciudadanía. La mayoría de los americanos del siglo XVIII estaban de acuerdo con Blackstone en que el requisito de tener propiedades para poder votar era razonable para «excluir a aquellas personas de condición tan miserable que podría considerarse que no tienen voluntad propia» (cit. Williamson, 1960, p. 11). No obstante, la Declaración de Independencia habla solo de los derechos a «la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad» de todos los hombres, y del consentimiento de los gobernados, y había de ser el fundamento sobre el que se apoyarían todos los americanos contrarios a la exclusión de la ciudadanía. La estabilidad moral que se obtenía de la propiedad era la argumentación más sólida de sus adversarios. Ambas partes, sin embargo, aceptaban la importancia de la «independencia» para la ciudadanía.

Gobernar, el valor militar, el ser súbdito por nacimiento o consentimiento, el legislar directamente o a través de representantes, poseer propiedad: estos son simplemente los requisitos más celebrados para la ciudadanía, y no la suma de

---

<sup>3</sup> En la única mención directa de Rousseau en la literatura panfletaria de 1787, se cita con aprobación y de forma significativa su argumentación en contra de la representación (Storing, 1981, pp. 250-254).

aquellos que conocen los estudiantes de la teoría política. Los he mencionado en parte como trasfondo del pensamiento americano sobre la ciudadanía, pero sobre todo para resaltar lo distintiva que ha sido. Ninguna teoría históricamente significativa sobre la ciudadanía es, en principio, incompatible con la exclusión de grandes grupos de personas, pero la teoría de los derechos naturales hace muy difícil encontrar buenas razones para excluir a nadie de la plena pertenencia política en una república moderna. El racismo y el sexismo han tenido que hacer casi todo ese trabajo de rechazo y a medida que cedían el paso a la realidad, las barreras debían venirse abajo poco a poco.

La inherente lógica política de la democracia representativa americana, basada desde el principio en la igualdad política, ha hecho extremadamente intensa la lucha por el voto. Toda la retórica de la Revolución proclamaba que el único gobierno legítimo era el que se basaba en la elección por las mayorías numéricas de «Nosotros, el Pueblo» y en el rechazo de cualquier otra forma de representación. Los que exigían el voto no se enfrentaban a los principios aristocráticos o monárquicos de gobierno sino a una democracia representativa que falsamente les atribuía deficiencias personales, con el fin de tratarlos como a seres inferiores a «Nosotros, el Pueblo».

Eso no es todo. La fácil aceptación en época temprana del voto como expresión de intereses y preferencias personales hizo a la ciudadanía independiente de la virtud. Se trataba más de un acto de autopromoción que de autosacrificio, como Alexander Hamilton ciertamente reconoció en su famoso relato sobre cómo funcionaban las elecciones y cómo se esperaba que lo hicieran en una sociedad libre (1961, núm. 35). Gobernar, combatir y hacer leyes son todas ellas actividades cívicas, y así también lo es votar para proteger los intereses de uno, pero el voto solo puede ser ejercido por todos y cada uno porque todos los hombres tienen intereses, y no existe ninguna razón obvia para excluir a nadie de la ciudadanía, puesto que no se espera de nadie que demuestre ser virtuoso para poder cumplir con los requisitos electorales. En realidad, el súbdito-ciudadano no necesita ser tampoco particularmente patriótico, pero no hace absolutamente nada excepto obedecer. Encuentra su lugar en la sociedad civil, no en la esfera pública, aunque no es un esclavo, como Hobbes se apresuró a señalar (Hobbes, 1949, p. 110). Sin embargo, cuando se dice que toda persona tiene derechos que proteger e intereses que promover como ciudadano, entonces la exclusión de la vida pública es una negación de su personalidad cívica y de su dignidad social. De hecho, la Revolución americana se combatió en gran medida como protesta contra tales condiciones políticas.

A menudo se ha señalado que en los años previos a la Revolución se quejaban enseguida los americanos de ser poco menos que esclavos si el gobierno británico no satisfacía sus exigencias. En parte, esta retórica se tomaba prestada de fuentes inglesas, pero tal como señalaron muchos contemporáneos, el significado de la palabra *esclavo* en América no era una simple metáfora de una independencia política mermada. Significa algo mucho más concreto, la situación real de la mayoría de los negros americanos. Y que esto era una pesadilla, aunque no una probabilidad, para los blancos de América, se debía al menos en parte a la situación de los sirvientes contratados<sup>4</sup>, que, si bien en condiciones mucho mejores que las de los esclavos negros, se hallaban lo bastante cercanos a ellos para grabar en la mente de muchos el terror de la esclavitud (Bailyn, 1967 y Morgan, 1975). Bien podría colmar de desprecio el Dr. Johnson a la ideología liberal y las pretensiones de los dueños de

---

<sup>4</sup> Nota de la traductora: «*Indentured servants*», en el original. Se refiere a las personas que se comprometían a trabajar para otros durante un tiempo determinado a cambio del pago de los gastos del viaje, mantenimiento y alojamiento.



esclavos, pero como Edmund Burke observó, ambas se hallaban íntimamente relacionadas.

En su famoso discurso sobre el conflicto americano, Burke dirigió su atención hacia las peculiaridades de la cultura local: En «Virginia y las Carolinas –observó–, tienen una multitud de esclavos. En cualquier parte del mundo donde este es el caso, aquellos que son libres son, con mucho, los más orgullosos y celosos de su libertad. La libertad es para ellos no solo un disfrute, sino un tipo de rango o privilegio. En gente así, la altanería del dominio se combina con el espíritu de libertad, la fortalece y la vuelve invencible» (Burke, 1881, pp. 123-124). O como lo expresa Edmund Morgan, un historiador contemporáneo: «Los virginianos pueden haber sentido un especial aprecio por la libertad tan estimada por los republicanos porque veían a diario cómo era la vida sin ella» (Morgan, 1975, p. 376). Y así los americanos veían esclavitud por todas partes, en cualquier disminución de lo que consideraban sus derechos.

Sin duda, la mezcla sureña de extremos tiene un perfecto sentido psicológico. Pero desde un punto de vista moral y político, es incoherente y así lo vieron los panfletistas de Nueva Inglaterra, especialmente el más famoso de ellos, James Otis. Los colonos «serían hombres, ciudadanos y súbditos británicos al fin y al cabo. Ningún acto del Parlamento (...) puede hacer esclavos; ni a uno ni a dos millones de la comunidad política. [Los] colonos, blancos y negros nacidos aquí, son súbditos británicos nacidos libres, y con todos los derechos civiles de estos» (Otis, 1967, pp. 20-40). Aquí, la lógica de la libertad es entendida de una manera única. Quizá fuera su aislamiento intelectual la causa de que Otis terminara sus días en un manicomio. Ciertamente, adoptó la común retórica republicana de esclavitud o libertad, pero al invocar a los hombres negros y su destino, dejó claro que él, al menos, sabía exactamente lo que significaba la esclavitud.

Precisamente porque Otis no usaba la palabra *esclavitud* a la ligera sino en su exacto significado, la identificación que hace de su propia situación con aquella parece una exageración particularmente disparatada. Al fin y al cabo, él no corría ningún peligro de ser comprado o vendido. No obstante, puesto que se quejaba no solo de tener menos poder político e influencia que otros ingleses sino también de una pérdida de posición social, de ser degradado, su uso de la palabra *esclavo* producía un buen efecto retórico. Pues hay dos elementos bastante diferenciados en su ataque al Parlamento. Él quería que los angloamericanos estuvieran representados en el Parlamento en los mismos términos «virtuales» que los ingleses europeos, porque de lo contrario sus intereses no se hallarían adecuadamente protegidos y se les podría controlar y cobrar impuestos de un modo inaceptable. Esta es la representación, es decir, la plena ciudadanía en el Imperio británico, como un medio para conseguir un fin, para perseguir los propios intereses como una forma de actividad política continuada. El segundo elemento se refería a que tener voz en el Parlamento era una cuestión de prestigio, de reconocimiento público.

Otis no exigía una representación igualitaria o un sufragio más amplio; parecía estar satisfecho con el imperante sistema inglés de representación sumamente desigual. Pero sí se sintió humillado por ser excluido completamente, como americano, de un modo en que en Inglaterra hombres como él no lo eran. Tenían representantes por los que no podrían haber votado personalmente, pero que eran elegidos por miembros de su clase y de su localidad. Además, eventualmente podrían convertirse en electores. Como americano, él no tendría nunca voz y por tanto contaba menos que otros ingleses.

La generación de la Revolución pronto rechazaría la representación virtual en favor del sistema electoral local, mucho más popular, y al hacerlo, se hicieron oír las

mismas dos notas. Los colonos debían ser escuchados y atendidos. Si los colonos han de obedecer al Parlamento, entonces deben asegurarse de que tales leyes se hagan a favor de sus intereses y por hombres que entiendan y estén bien informados sobre ellos. «Con respecto al Parlamento, es posible que puedan haber sido malinformados y engañados». Con representación local, «ambos países [tendrían] un conocimiento exhaustivo de los intereses de cada uno» (Dulany, 1967, pp. 95-107). Y en este contexto, el conocimiento significaba peso político.

Si bien existían requisitos de propiedad para poder votar, en las colonias americanas la representación era real y no virtual. La mayoría de los hombres tenía derecho al voto y ser representado significaba tener a alguien que hablara por ellos, pero también se trataba de estar allí, de ser escuchado, de contar, de tener la sensación de «ser realmente alguien» como diría un votante negro muchos años después (Lawson, 1976, p. 286). Desde luego, la representación virtual por parte de los europeos no podía lograr esto para los americanos. Tanto cultural como políticamente, los ingleses se encontraban muy alejados de ellos como para poder hablar en su nombre. En cualquier caso, para entonces habían rechazado el viejo sistema en nombre de los derechos del hombre. No querían estar simplemente representados sino también ser electores.

En retrospectiva, parece claro que sus líderes habían prometido el sufragio universal para hombres blancos a todos los ciudadanos americanos desde el comienzo del conflicto con Gran Bretaña, pero llevó más de medio siglo cumplir esa promesa. En los debates sobre el sufragio universal ningún nombre se invocó tanto como el de Jefferson, lo que no tiene nada de sorprendente, puesto que la Declaración de la Independencia constituía el mejor argumento posible para la reforma democrática. De hecho, fue en el transcurso de esa segunda era de democratización de la política americana, la llamada Era Jackson, cuando Jefferson se convirtió en el «Santo de Monticello». Sin embargo, las ideas presentadas en las convenciones constitucionales estatales que se convocaron para abordar las exigencias de democratización política eran en realidad mucho más viejas que la misma república americana. Como tantas otras cosas en el pensamiento político americano, tenían sus orígenes en la Inglaterra puritana, y especialmente en los Debates de Putney de 1647, en los que Cromwell y su yerno, Henry Ireton, tuvieron que enfrentarse a los oficiales radicales de su ejército (Wootton, 1986, pp. 285-317)<sup>5</sup>.

«Juzgamos –dijo uno de los oficiales– que todos los habitantes que no hayan perdido su derecho de nacimiento debieran tener una voz igual en las elecciones». Además, ellos «[sí] pensaban que el hombre más pobre de Inglaterra no quedaba en absoluto sometido, en sentido estricto, a un gobierno sobre el que no había tenido voz alguna para decidir someterse o no». «Les encantaría saber por lo que hemos luchado», puesto que las leyes que esclavizaban al pueblo de Inglaterra seguían estando en vigor, y «sabían que debían someterse a leyes en las que no tenían voz alguna». Se sentían no solo excluidos, sino traicionados. «Me pregunto –exclamó un oficial– cómo estábamos tan engañados. Si no teníamos derecho al reino, no éramos más que simples soldados mercenarios». Realmente, habían creído en la promesa de un nuevo orden, «todos los que aquí estamos, grandes y pequeños, pensamos que luchamos por algo».

Frente a estas reclamaciones de un «derecho de nacimiento» del ciudadano, Ireton esgrimió un poderoso argumento a favor de la primacía de los derechos de propiedad y de un sufragio limitado a los hombres que tuvieran la plena propiedad.

---

<sup>5</sup> Nota de la traductora: También existen otras obras en español que contienen estos debates: Hurtado Mirón (2010) y Cueva Fernández (2011, pp. 91-108).

Solo ellos tenían «un interés establecido y permanente, en este reino». Además, si «admites a cualquier hombre que viva y respire (...) se acabará con la propiedad». De hecho, ¿cómo se podría tener ley alguna si esta pudiese impugnarse en el nombre del derecho de nacimiento de cualquiera? Especialmente, la propiedad de la tierra es fundamental. Los hombres que poseían la tierra poseían Inglaterra, y sin duda tenían en ella sus intereses. La causa de Ireton no era, desde luego, trivial, pero tampoco lo era la queja de los soldados, sobre todo ante el insulto de ser considerados simples mercenarios contratados en lugar de ciudadanos-soldados que habían luchado por una causa justa.

Aparte de por su intrínseco interés dramático, estos debates tienen una importancia permanente, especialmente para el pensamiento político americano. No solo afirmaban los soldados que votar era un derecho de nacimiento, sino que proclamaban que votar era el acto político más básico y característico del ciudadano-soldado. La ciudadanía y el voto se habían vuelto inseparables.

En el curso de estos intercambios, nació el futuro ciudadano americano. Y eso no es todo. Los que se oponían a estas opiniones iban a tener la misma importancia en los Estados Unidos. Todos sus argumentos volvían a repetirse una y otra vez cuando otro grupo de americanos exigía el derecho al voto. Es como si Ireton hubiese dotado de una estructura permanente a los argumentos de todos los que se oponían al sufragio universal, y a todos los que veían en él una amenaza a la propiedad y que temían a los hombres que no tenían una posición sólida en su país.

Después de la Guerra Civil, la raza y el género sustituyeron a la propiedad, lo que permitió únicamente a los hombres blancos, y solo a ellos, votar en las elecciones. Y el miedo es tan impermeable a las contradicciones empíricamente fundamentadas como lo es a la reprobación moral. Se alimenta a sí mismo. Hasta muy recientemente –cuando se eliminaron las últimas barreras al sufragio adulto y universal– no cayeron todos estos argumentos en desuso, para sumirse en el olvido.

Una de las razones por las que la ideología de los soldados rebeldes del ejército de Cromwell atrajo tan rápidamente a los americanos radicaba en que su situación no era en absoluto diferente. Solo Vermont tenía sufragio masculino en 1780, cuando muchos veteranos anunciaron en vano: «hemos luchado por el derecho al voto y ahora lo ejerceremos» (Williamson, 1960, p. 133). El radicalismo jacksoniano recibió un poderoso estímulo por parte de los veteranos de la Guerra de 1812. La campaña por la abolición de los requisitos de propiedad para poder votar y a favor de una representación igualitaria de acuerdo con la población dio comienzo poco después de que finalizara la guerra, aunque solo se completó unos veintitantos años más tarde, cuando las convenciones constitucionales estatales no pudieran demorarlo ante el abrumador clamor popular a favor de la reforma.

La popularidad de la reforma democrática, el hecho de que los nuevos Estados del oeste tuvieran todos sufragio universal masculino sin efectos adversos, unido al legado de Jefferson, todo ello constituía una gran diferencia entre la América Jacksoniana e Inglaterra, que avanzaba dando tumbos hacia la Ley de Reforma y la Europa postnapoleónica. Pero la mayor de todas las diferencias entre los dos continentes era la esclavitud americana. El mismo vocabulario de la política estaba moldeado por ella, y lo distinguía de los argumentos europeos. Durante siglos, los ingleses radicales se habían quejado en alguna que otra ocasión de estar «esclavizados», pero su verdadero problema era la clase, no la raza ni la esclavitud. Su clamor lo recogían las inmortales palabras del Coronel Rainborough: «El hombre más pobre de Inglaterra tiene, como el más grande, una vida que vivir» (Wootton, 1986, p. 286).

Mientras tanto, en cada Estado americano la esclavitud, no la simple pobreza, se cernía como una nube sobre cada debate, incluso en los Estados en los que no existía la «peculiar institución». Así, en Massachusetts, los oradores que hablaban a favor de la abolición de los requisitos de propiedad para poder votar empezaron por señalar que las consecuencias de tener el voto eran insignificantes, pero que este se «deseaba fervientemente» porque sin el voto «a los hombres sin propiedades se los deja en la misma situación que a los esclavos de Virginia; se les debería ahorrar esa humillación» (Peterson, 1966, p. 61). Sin duda, se trataba de un poderoso argumento.

Sin embargo, para apreciar plenamente hasta qué punto la esclavitud dominaba estos debates, debemos dirigir la atención hacia la Convención de Virginia de 1829-30. Al igual que sus antepasados ingleses, los reformadores hablaban de manera elocuente de los servicios militares que habían prestado a su país. «Si los ciudadanos sin tierras se han visto excluidos de las urnas de forma ignominiosa en tiempos de paz, al menos en tiempos de guerra se los ha convocado generosamente para ir al campo de batalla. No han desobedecido las órdenes ni vertido su sangre menos profusamente que otros en defensa de su país» (Peterson, 1966, p. 383). Sin embargo, hasta la súplica de este ciudadano-soldado se hallaba condicionada por la esclavitud. Como recordaba a sus conciudadanos virginianos otro reformador: «los Estados esclavistas se encaminan a paso veloz hacia una crisis (...) un tiempo en que todo hombre libre será necesario –un tiempo en el que cada hombre habrá de permanecer en su puesto. (...) No demos a nadie razón alguna para apartarse, o rehusar servir a la causa de su país» (Peterson, 1966, pp. 408-409). Se pidieron con urgencia buenas armas y buenas leyes en defensa de la esclavitud unos treinta años antes del estallido de la Guerra Civil.

Sin embargo, la queja más sincera y frecuente de los habitantes privados del derecho al voto del oeste de Virginia era que, sin el voto, ellos eran esclavos. La minoría de los habitantes del este, dueña de esclavos, se iría haciendo cada vez más pequeña y, a medida que se fuera haciendo más débil, más despótico se volvería su gobierno sobre la mayoría del oeste que poseía pocos esclavos. «Buscan nuestra perpetua esclavitud» se quejaban los del oeste. Con el tiempo, compradores de plantaciones de esclavos de fuera del Estado se encontrarían con el siguiente panorama: contemplarían «a cien desdichados expuestos a la venta, solos o en familia, ligados a la tierra de su amo» y si lo compraban todo, «se convertirían al instante en soberanos de esta tierra libre y el actual poseedor se convertiría en su esclavo. Tu doctrina me convierte a mí en esclavo. Mientras tengas dominio político sobre mí, yo soy un esclavo» (Peterson, 1966, pp. 335-336). Este hombre sabía exactamente lo que era la esclavitud. Para él no se trataba de una metáfora; suponía la mayor amenaza para su posición, y tenía miedo.

Para estos hombres el voto era importante porque significaba que eran ciudadanos, a diferencia de las mujeres y de los esclavos, como no dejaban de repetir una y otra vez. Su misma identidad como hombres libres se hallaba en juego. Sus adversarios se habían burlado de ellos al recordarles que, si el voto era un derecho natural, las mujeres y los negros debían votar. Las mujeres eran tan buenas, si no mejores, que los hombres, y los negros, aunque ciertamente inferiores, eran hombres por naturaleza. Además, juntos constituían una parte mayoritaria de la población. Sin duda, eran argumentos muy amenazadores y las respuestas fueron acordes con lo que cabría esperar: que la naturaleza había hecho a las mujeres tan débiles que necesitaban de la protección masculina y a los negros tan retrasados que la esclavitud era su verdadera condición. La posición civil que estas criaturas *no* podían tener definía su importancia para el hombre blanco, porque lo distinguía de la mayoría de sus envilecidos inferiores.

Teniendo esto en cuenta, ser votante se convirtió en la ambición de todos los virginianos privados del derecho al voto, y a algunos los volvió elocuentes. El derecho al sufragio, argumentaban, no debía entenderse en «su sentido técnico y limitado, el derecho al voto solo para funcionarios públicos (...). En un sentido más amplio, es el derecho mediante el cual un hombre indica su voluntad de convertirse en miembro del gobierno, del pacto social». En suma, es lo que le convierte en ciudadano. «El sufragio -proseguía este orador- es el sustrato, el derecho primordial» sobre el que descansan todos los demás derechos: a la vida, la libertad, la propiedad, y la búsqueda de la felicidad (Peterson, 1966, pp. 399-400).

Los que se oponían al sufragio universal masculino no hicieron nada por menoscabar su importancia social. Muy al contrario, lo consideraban demasiado valioso para compartirlo con hombres que no tenían ni propiedades ni posición consolidada en su país. Ninguno supo expresar mejor sus temores que el canciller Kent de Nueva York:

El sufragio universal tiende a poner en peligro los derechos de propiedad y los principios de libertad... los pobres tienden a codiciar y a compartir el botín de los ricos... los hombres ambiciosos y malvados tienden a inflamar estos materiales combustibles. La idea de que cualquier hombre que trabaje un día en la carretera o sirva una hora ociosa en la milicia está autorizado por derecho a una participación igual en todo el poder del gobierno (...) no tiene fundamento en la justicia. (...) La sociedad es una asociación para la protección de la propiedad así como de la vida y la persona que contribuye con solo un centavo al bien común no debería tener el mismo poder e influencia (...) que el que contribuye con mil (Peterson, 1966, pp. 194-196).

Son varios los argumentos implicados en la causa conservadora. Desde este punto de vista, el voto no era uno de los privilegios e inmunidades de la ciudadanía americana; era una concesión especial que debía otorgar una ley estatal como un asunto de política pública. Además, había de concederse únicamente a los dueños de propiedades, quienes de manera automática adquirirían prudencia y probidad a través de las posesiones. Por último, ellos no veían América como una asociación de ciudadanos sino como una sociedad por acciones en la que cada socio recibía beneficios en proporción a sus inversiones.

No resultó muy difícil refutar estos temores. En los Estados que ya contaban con sufragio universal masculino no se había producido ninguna amenaza a la propiedad. Además, la virtud no venía con la propiedad; al contrario, la riqueza corrompía a los hombres, según la ideología republicana tradicional. Si se quería formar ciudadanos honestos, se debía apoyar la educación pública, una verdadera instrucción para la ciudadanía, en vez de reducir a los pobres a un régimen de semiesclavitud. La república era una asociación de personas unidas por un contrato, no una sociedad mercantil, y los ciudadanos podían reclamar sus derechos por igual.

Estos argumentos prevalecieron dentro de unos límites, pues aunque los victoriosos demócratas rechazaban la riqueza como un signo de virtud, la sustituyeron de inmediato por el color. El ciudadano-soldado de Nueva York se quejaba de que los negros no servían en la milicia y, por lo tanto, no eran aptos para votar. Se les recordó que esto no era culpa de los negros sino de la milicia, pero este argumento resultó inútil. Los radicales que acababan de votar por el sufragio universal masculino privaron de inmediato de derecho al voto a los negros libres del Estado, que hasta entonces habían disfrutado de él. Su argumento era el del simple racismo, que imputaba una falta de virtud a todos los negros en cuanto tales, aunque se declarara capacitado para votar al peor canalla de raza blanca (como señalaron los conservadores que se oponían a esta medida). Corría el año 1821 cuando se



establecieron los rígidos usos políticos de racismo democrático, que hoy en día nos siguen acompañando.

Sin embargo, pese a que el demócrata jacksoniano era infiel a sus propios principios, sus argumentos les vinieron muy bien a los negros americanos tras la Guerra Civil, cuando América se transformó. Los libertos veían el voto como un signo de posición social, quizá incluso más que sus predecesores; al fin y al cabo, era *la* señal pública de que sus años de esclavitud habían terminado y de que por fin eran ciudadanos. De hecho, es extraordinario lo muy americanos que se habían vuelto estos exesclavos. Lo único que deseaban era ser ciudadanos como todo el mundo y eso significaba poder votar.

No hay más que escuchar a Frederick Douglass para captar la intensidad del sentimiento de los negros respecto a esta cuestión. «La esclavitud no estará abolida hasta que el hombre negro tenga el voto» (Douglass, 1955, p. 167). Además, ahora el hombre negro podía afirmar ser un auténtico ciudadano-soldado, tras los servicios prestados en la Guerra Civil. «Es peligroso negar el derecho al voto a cualquier clase de personas. Pero el hombre negro merece el derecho al voto por lo que ha hecho: ayudar a suprimir la rebelión, tanto combatiendo como ayudando al soldado de la Unión dondequiera que se encontrara. Merece el voto porque quizá vuelvan a necesitarse sus servicios», apuntó Douglass (1955, p. 27). «Si sabe lo suficiente para cargar al hombro un mosquete y luchar por la bandera, luchar por el gobierno, sabe lo suficiente para votar». Y, por último, «¿seremos ciudadanos en la guerra y extraños en la paz?» (Douglass, 1955, pp. 162-163). Nada podría estar más cerca del clamor «¿somos mercenarios?» proferido en los Debates de Putney. Aquí, como allí, el ciudadano-soldado se democratizó. Ya no era un héroe marcial virtuoso, sino un votante, titular de derechos, sin necesidad de poseer un carácter social extraordinario. Douglass tampoco estaba solo. «El lógico resultado del servicio militar –insistió un senador republicano– es que el hombre negro asumirá, de aquí en adelante, una nueva posición entre nosotros» (Foner, 1988, pp. 8-9).

Para los republicanos del norte parecía tratarse de una cuestión de simple equidad. Era su deber «ver que ningún hombre que hubiera votado por la bandera estuviera bajo los pies del que la hubiera insultado», en palabras de un senador. Sin duda, también había intereses partidistas en el apoyo republicano a la Decimoquinta Enmienda ya que esperaban hacerse con el voto negro en el norte (Gillette, 1965, p. 40).

A pesar de estas expectativas, el ciudadano-soldado negro no consiguió realmente una paridad de estatus y en la Segunda Guerra Mundial tuvieron que volver a recordarles a los americanos blancos que ellos habían respondido a la llamada de Douglas, «¡Hombres de color: a las armas!». Habían luchado por las cuatro libertades y contra el fascismo extranjero, y ahora estos veteranos volvían a reclamar lo mismo en casa (Logan, 1944 y Lawson, 1976, p. 65). Es un tributo a su fe en el ideal del ciudadano-soldado que tras tantos años de decepción hubieran vuelto a plantear esta reclamación. Se trataba de una reivindicación de la posición pública que les correspondía en una república y no solo una deuda que se les debía por sus servicios en una guerra terrible.

La posición pública no era todo lo que Douglass y los republicanos radicales esperaban del voto. Douglass rechazaba los requisitos educativos para poder votar tanto para los libertos como para cualquier otro ciudadano, porque el voto tendría en sí mismo un impacto moral sobre el votante al que se le acabara de conceder ese derecho; era un camino hacia su madurez. «La educación es muy importante, pero ser hombre lo es aún más. Una es el principio, otra el accidente. No se hizo al hombre

como atributo de la educación, sino la educación como atributo del hombre. (...) Quítale el voto al negro y le privarás de los medios y la motivación que conducen a una educación» (Douglass, 1955, p. 509). Y en su famoso ensayo *What the Black Man Wants*, resumió todos los argumentos a favor del sufragio negro y su importancia primordial para los libertos como un instrumento de progreso social. «Sin [la concesión del derecho al voto], su libertad es una burla; sin esto es como si prácticamente siguiera aplicándosele el viejo nombre de esclavitud a su situación; porque en realidad si no es esclavo de un amo particular, es esclavo de la sociedad y conserva su libertad como un privilegio, no como un derecho. Está a merced de la multitud y no tiene medios para protegerse a sí mismo» (Douglass, 1955, p. 158).

En este pasaje, Douglass está pensando en el voto como medio de autoprotección, como una forma de acción política que empoderaría al hombre negro y le permitiría promover sus intereses. En esta opinión común, «el voto era una herramienta; de su uso dependería su auténtico valor» (cit. Gillette, 1965, p. 162; McPherson, 1964, p. 240) Incluso el veterano abolicionista Wendell Phillips consideraba que «un hombre con una papeleta en la mano es dueño de la situación. (...) El voto es oportunidad, educación, juego limpio, derecho al cargo y margen de maniobra».

La población negra podría ahora ocuparse de sus propios intereses (Gillette, 1965, pp. 87-88). El votar, como acción política eficaz, demostró ser algo poco práctico. En verdad, era una suposición muy peligrosa. Abolicionistas como el senador Richard Yates creían sinceramente que «el voto acabará con el problema de los negros; lo resolverá todo. (...) el voto es el Moisés del liberto» (Foner, 1988, pp. 278-279). Lo que la victoria del derecho al voto le permitió a él y a muchos otros abolicionistas cansados de la guerra fue olvidarse del hombre negro, puesto que ahora estaba en condiciones de ocuparse de sí mismo por sí mismo, con la papeleta en la mano. Efectivamente, puede que la concesión del derecho al voto a los negros tocara cada fibra de la tela social sureña, pero no por mucho tiempo. El voto no podía proteger a los negros del sur contra los grotescos requisitos para registrarse: pruebas de alfabetización, impuestos al sufragio, las cláusulas de abuelo, primarias blancas y más artimañas de las que posiblemente ellos podrían sortear.

Cuando finalmente estos impedimentos al voto y la representación se eliminaron, uno a uno, a raíz de decisiones judiciales, no legislativas y, por pura necesidad, la discusión quedó limitada a los derechos constitucionales de los ciudadanos. El voto era «el requisito adecuado para preservar otros derechos civiles y políticos básicos», demasiado fundamental para verse limitado por circunstancias personales o anomalías históricas<sup>6</sup>. Sin embargo, en la práctica, la razón de que el derecho sea fundamental no es que garantice muchos beneficios u otros derechos. Prometer esto es asegurarse la decepción de los votantes que acaban de adquirir ese derecho y convertir la votación en un gesto fútil y frustrante para ellos. Sus circunstancias sociales y su vida diaria no se verán alteradas al votar. La votación en sí misma no basta, requiere formas adicionales de acción política y social para promover y proteger los intereses y derechos de los ciudadanos corrientes (Verba y Nie, 1972, pp. 106-114 y 341-342). El impulso más hondo para demandarlo surge del reconocimiento de que es rasgo característico e identificativo de la ciudadanía democrática en América. Basta con decir con W. E. B. Du Bois que «votar es necesario para la virilidad moderna» (Lawson, 1976, pp. 16-17). Prometer más abocará sin duda a la desilusión y a la sensación de que, a la postre, votar es inútil.

<sup>6</sup> *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 US 663, 1966, y *Reynolds v. Sims*, 377 US 533, 1964. La cita es de la opinión del Juez Douglas, que fue la de la mayoría, en el primer caso.

«Nosotros queremos (el voto)» –escribió Douglass– porque, ante todo, es nuestro *derecho*. No hay hombre de ninguna clase que pueda, sin insultar a su propia naturaleza, conformarse con ninguna privación de sus derechos. Lo queremos de nuevo, como medio de educar a nuestra raza. Los hombres están constituidos de tal manera que la confianza respecto a sus propias posibilidades la obtienen en gran medida de la opinión que los demás se forman sobre ellos. Si no se espera nada de ciertas personas, para esas personas será difícil contradecir tal expectativa. Al privarnos del sufragio, afirmas nuestra incapacidad para formar juicios inteligentes respecto de medidas públicas. En una monarquía no importa si yo, al igual que todos los demás, no tengo el voto, pero nuestro gobierno descansa en la idea del sufragio universal; descartarnos (...) es marcarnos con el estigma de la inferioridad» (Douglass, 1955, p. 159). No podría imaginarse una idea más clara y fecunda de ciudadanía como posición pública. Lo que no debe sorprendernos puesto que el temor a la esclavitud había estado siempre en el centro mismo de esta particular concepción de la ciudadanía. ¿Quién podría expresarlo mejor que un exesclavo americano?

Si la Enmienda Decimoquinta no hizo lo suficiente por el votante negro, nada hizo en absoluto por las mujeres. Y el resultado fue un amargo resentimiento. El movimiento sufragista femenino había surgido directamente del abolicionismo, pero cuando las mujeres privadas de voto vieron a los hombres negros conseguir un derecho del que ellas aún carecían, su profundo racismo se reafirmó con rapidez y empeoró en cuanto empezaron a buscar el apoyo de las mujeres del sur. Este capítulo deshonoroso y repulsivo en el movimiento sufragista femenino es particularmente relevante para mi historia, pues ilumina el lado más oscuro de la ciudadanía como posición.

No hay nada igualitario acerca de la posición social en general. No hay nada que esté más desigualmente distribuido que el respeto y el prestigio social. Solo la ciudadanía percibida como un derecho natural conlleva una promesa de posición política igualitaria en una democracia. No obstante, siempre es posible reclamar el voto apelando a una posición social superior, no igualitaria, como habían hecho en el pasado los defensores de la propiedad como requisito para votar. Las mujeres que exigían el sufragio vieron que su causa podría ser mejor atendida tratando el voto como un privilegio para las personas educadas y respetables, como la clase media a la que ellas pertenecían. No sirvió de nada que Douglass, su defensor, señalara las necesidades más acuciantes de los libertos en comparación con las muchas ventajas de las que estas mujeres disfrutaban. Ellas no veían la diferencia entre alguien que puede ejercer todos los privilegios de la ciudadanía legal excepto el voto, y alguien que carece de cualquier derecho que el hombre blanco se vea obligado a respetar, en los términos de la célebre frase de la decisión del caso *Dred Scott*.

Cuando Wendell Phillips dijo: «Cada asunto a su debido tiempo. Esta hora le pertenece al hombre negro», las sufragistas le abandonaron (cit. Du Bois, 1978, p. 59). Consideraban su posición por encima de la del hombre negro y actuaban en consecuencia. Fue un movimiento con poca visión de futuro. Ellas mismas habían hablado tantas veces del voto como un privilegio, cuando se comparaban con los libertos y los nuevos inmigrantes, que no debieron haberse sorprendido mucho cuando en 1875 los tribunales les dijeron que no se trataba de un derecho y que podrían pasarse sin él puesto que ya poseían todos los derechos civiles<sup>7</sup>.

Para el movimiento sufragista femenino, la posición pública era un asunto tan importante como lo fue para sus predecesores en la historia de la batalla por el voto; pero en la última de estas campañas para la concesión legal del derecho al voto había

<sup>7</sup> *Minor v. Happersett*, 21 Wall. 162, 1874.

muchos rasgos bastante novedosos. En primer lugar, tras la Declaración de Emancipación, la esclavitud se vio por fin reducida a una figura retórica. Sin embargo, la desigualdad política sí sobrevivió y resultaba particularmente mortificante para las mujeres de un país en el que ahora todos los hombres tenían el voto, y en el que carecer de él le situaba a uno por debajo de las leyes humanas. Si no esclavas exactamente, estaban degradadas desde un punto de vista político, como había ocurrido con los esclavos hacía tiempo. Tal como lo expresó Elizabeth Cady Stanton: «Negar la igualdad política es robarles a los excluidos el respeto por sí mismos; el crédito en el mercado; la recompensa en el mundo; la voz en [la elección] de los que hacen y administran la ley, en el jurado ante el que se les juzga y ante el juez que decide su castigo» (cit. Kraditor, 1971, pp. 40-41). No ser escuchado es no existir, no tener visibilidad ni espacio político alguno.

No obstante, había algunas alegaciones que realmente las mujeres no podían presentar. No eran ni querían ser ciudadanos-soldados como pueden serlo ahora. En su lugar, hicieron hincapié en la contribución que habían hecho al esfuerzo bélico en el norte (Cady Stanton, 1922, pp. 193-203). No era una sustitución totalmente satisfactoria. Respecto a la antigua reivindicación de que eran las madres de héroes republicanos, esto solo había servido para confinar a las mujeres al hogar, tanto en la teoría como en la práctica. No era una propuesta útil para las mujeres radicales y no se recuperó. De hecho, los argumentos sobre la virtud, asunto principal de los conservadores durante largo tiempo, resultaban especialmente problemáticos para las mujeres. Si ellas eran superiores sin el voto, ¿por qué concedérselo? No obstante, las mujeres sí utilizaron argumentos sobre una clase de virtud. Tanto Stanton como Susan Anthony sostenían que puesto que africanos, irlandeses y otros hombres extranjeros inferiores tenían derecho al voto, «¿por qué no mujeres de riqueza, educación, virtud y refinamiento?» (Du Bois, 1978, p. 178).

Las mujeres siguieron invocando los derechos naturales y la Declaración de la Independencia, pero en general la segunda mitad del siglo XIX no acogió bien estos vestigios de la Ilustración. El darwinismo social, las reformas en las áreas de salud e higiene y el evangelio social eran caminos notablemente antidemocráticos para el progreso y el movimiento de las mujeres se convirtió en parte de esta corriente intelectual dominante. El liberalismo también había cambiado, pasando de la libertad civil a una preocupación por el desarrollo personal y el cultivo de la personalidad individual. Para las mujeres interesadas en el sufragio, el voto se hallaba a tan solo un paso de la culminación de estos objetivos absolutamente personales. Si la reclamación «ningún impuesto sin representación» seguía teniendo mucha importancia para las feministas más radicales y económicamente astutas, había terminado por significar menos que la exigencia más personal de ser reconocidas como personas de pleno derecho. Sin duda, esta ideología también reflejaba la situación doméstica de estas mujeres y los mitos opresivos que la envolvían. La verdadera ironía se hallaba en que, como habían adoptado tan completamente las actitudes dominantes de su época y entorno, su victoria final no trajo consigo ningún cambio político reseñable. Cuando por fin las mujeres acudieron a las urnas, resultó ser la mayor decepción de nuestra historia electoral. Las mujeres querían su posición como ciudadanas, pero no eran ni un grupo social adscriptivo ni una clase política distinta. Eran exactamente como los hombres de sus familias, hasta hacía bien poco tiempo.

A diferencia de los negros, a las mujeres no se las volvió a privar del voto, pero esto no cambió su vida social de forma significativa. Aquellos miembros del movimiento sufragista que lo habían visto como un instrumento de transformación social pecaban de absoluta ingenuidad. El voto tampoco incrementó las oportunidades sociales de las mujeres; lo que consiguió fue eliminar un estigma que

pesaba excesivamente sobre ellas. Y lo hizo por la promesa de democracia y el conocimiento de que, al menos en un aspecto, habían compartido el degradante destino de los esclavos, cuyos descendientes semi emancipados no eran del todo invisibles ni fáciles de olvidar. El rechazo a las distinciones hereditarias, la esencia misma del credo político americano, fue fundamentalmente lo que hizo que la privación del derecho al voto por razones de color y sexo fuera intolerable. Desde el principio, se aceptó de forma unánime que América no tendría ningún título nobiliario ni privilegios políticos heredados. Sin embargo, la raza y la esclavitud son condiciones hereditarias, y se nace mujer. Estas son todas marcas de nacimiento y no podían limitar por siempre el derecho de nacimiento de los ciudadanos americanos. Y así se ganó el voto, pero no el otro emblema de la ciudadanía igualitaria: la oportunidad de ganarse el sustento. La Gran Sociedad fue un triunfo para el voto, pero su lucha contra la pobreza y el desempleo no fue un éxito. Todos los adultos americanos son ahora electores, votantes por igual en sus distritos, pero no son independientes por igual.

## 2. Ganarse el sustento

La ciudadanía moderna no se limita a actividades y preocupaciones políticas. A pesar de la importancia que tienen el gobierno, el voto, el servicio militar y el pago de impuestos, no son tan significativos como los esfuerzos que constituyen lo que Hegel denominó «sociedad civil» (1942, secs. 182-256). Es en el mercado, en la producción y en el comercio, en el mundo del trabajo en todas sus formas y en asociaciones voluntarias donde los ciudadanos americanos encuentran su lugar social, su posición, la aprobación de sus conciudadanos y posiblemente parte de su amor propio (Lane, 1982, pp. 5-31). Las esferas designadas como públicas y privadas son siempre cambiantes y la sociedad civil, que combina ambas, carece de contornos establecidos. En América se ha tratado, en general, como la esfera de las decisiones privadas, pero la estructura legal, el significado y el carácter de estas transacciones son públicos y afectan a toda la república. En última instancia, los intercambios económicos y los derechos están sujetos a la sanción pública, así como las actividades de las muchas organizaciones voluntarias que han sido siempre una característica de la vida pública americana. Ganar y gastar difícilmente pertenecen a la esfera privada, en el sentido en que la oración o el amor puedan serlo.

El ciudadano americano particular es, de hecho, miembro de dos órdenes públicos que se entrelazan, igualitario uno, enteramente desigual el otro. Para llegar a ser totalmente un ciudadano activo y reconocido, debe ser un miembro del sistema político en igualdad de condiciones, un votante; pero también ha de ser independiente, lo cual ha significado siempre que debe ser «un asalariado», un trabajador libre remunerado, uno al que se le recompense el trabajo realmente desempeñado, ni más ni menos. No puede ser un esclavo ni un aristócrata.

No quiero abordar hoy la discusión tan irritante sobre el alcance y las implicaciones de la ideología republicana que, como expresión del ideal de independencia, podría haber florecido o no antes de la Guerra Civil. Pero salvo que tanto la aristocracia como la esclavitud sean completamente reconocidas como partes constitutivas del lenguaje del republicanismo, la ideología que la conforma está fundamentalmente mal interpretada. En cualquier caso, el tema que me ocupa no es este sino la centralidad de la inclusión y la exclusión en la historia de la ciudadanía americana.

Ambos, aristócratas y esclavos, son anomalías en una república de ciudadanos iguales. Los primeros están proscritos en la Constitución, que prohíbe los títulos nobiliarios y todo lo que estos implican. Esto no quiere decir que en la realidad las aspiraciones y reivindicaciones aristocráticas desaparecieran de la sociedad civil.



La esclavitud era una maldición pública y privada que distorsionaba las políticas de una república moderna desde el principio y sus funestas consecuencias la siguen dañando, mucho tiempo después de que fuera repudiada legalmente. Fue en el contexto de estas dos incongruencias en el que se desarrolló el modelo del ciudadano independiente que se gana la vida y frente a estas incongruencias los que defendían este modelo tuvieron que hacer valer su posición.

La ética del trabajo americana, que hoy en día parece tan extraña, se vuelve perfectamente comprensible cuando se entiende no como un reflejo de los valores de clase de los artesanos de la era preindustrial, sino como la ideología de ciudadanos atrapados entre la esclavitud racista y las pretensiones aristocráticas. Ha perdurado porque las condiciones políticas a las que respondía desde el principio no han desaparecido. No ha sido menos perdurable el sueño del trabajo por cuenta propia, que es el epítome de la independencia social.

Los hombres que forjaron la ética del trabajo en la América jacksoniana no rehuyeron estos hechos; muy al contrario, eran profundamente conscientes de ellos y de la novedad de su situación. Eran hombres nuevos a conciencia, nacidos con una nueva e imperfecta república, y así lo decían. Argumentaré que la comprensión que tenían de su situación, entre las condiciones igualmente inaceptables de las élites ociosas y los esclavos no remunerados, era fiel a su situación real y que ha sobrevivido por la misma razón. Así pues, si como sugeriré al final tengo razón sobre la naturaleza de esta ideología, la ética del trabajo tiene algunas implicaciones directas sobre el derecho a trabajar en la América contemporánea.

Desde el principio, el nuevo ciudadano americano era un republicano moderno, no uno clásico. Tradicionalmente, se había considerado que las repúblicas necesitaban ciudadanos virtuosos, completamente volcados en lo público, con el fin de seguir siendo libres. Cuando el republicanismo moderno se extendió, se creó una república representativa en 1787, si bien no basada en la virtud sino en representantes independientes y en la libre interacción de sus intereses. En esto, en beneficio de todos, seguían el patrón del sectarismo religioso sin trabas. La defensa más celebrada de esta opinión sobre la ciudadanía fue la contribución de Madison a los *Federalist Papers*, pero pronto hubo muchos más y se convirtió en el punto de vista dominante, a medida que las preocupaciones de los antifederalistas se fueron calmando. Una democracia representativa, se convino, depende de la interacción fluida de múltiples intereses para funcionar libremente, intereses que eran por lo general sectoriales y económicos. Tener un interés y derechos protegidos para perseguirlo no puede llamarse virtud de ninguna de las maneras, pero sí implica que los que los poseen cuentan con una posición pública reconocida. Una ciudadanía de esta naturaleza requiere que sean personas independientes tanto en sus funciones políticas como civiles, que otorgan y retiran su voto a sus representantes y partidos políticos como mejor les parece y venden su trabajo pero no se venden a sí mismos. Ningún esclavo puede tener un interés, porque no tiene ninguna posición civil ni pública. Así tampoco un monopolista político, porque amenaza de forma activa el orden político en su totalidad.

Las personas y los grupos que persiguen intereses e ideologías diseñados para acabar con la república no pueden ser reconocidos, aunque por lo general no puedan ser proscritos. Desde el principio, los americanos temieron las camarillas conspiratorias monárquicas y aristocráticas, a las que pronto se añadió el miedo a los jacobinos y a otras ideologías revolucionarias europeas.

En el periodo jacksoniano, se reavivó con excepcional vigor el recelo hacia una nueva aristocracia de monopolistas y especialmente los hombres que dirigían el

Banco de los Estados Unidos. La campaña en contra del banco y la larga lucha por el sufragio universal para hombres blancos despertaron enormes resentimientos, pero también forjaron una ideología del trabajo que no ha perdido nunca su preeminencia.

En la estela de la reivindicación jacksoniana de las creencias democráticas, América quedó con unos valores no igualitarios sino republicanos que vieron constantemente amenazada la independencia de las mayorías trabajadoras y asalariadas por parte de unos pocos aristócratas ociosos, situados a un extremo del espectro, con la esclavitud en el otro. Ambas eran anomalías en una república basada en la premisa de que los ciudadanos independientes actuaban en una economía republicana en la que cada uno contaba con las mismas oportunidades de salir adelante por su propio esfuerzo y podía ganarse el sustento sin ningún miedo o trato de favor. Esta visión de la independencia económica, de unos ingresos para uno mismo, como fundamento ético de la ciudadanía democrática, vino a sustituir el concepto obsoleto de virtud pública, y ha mantenido su poderoso atractivo. Somos ciudadanos solo si «nos ganamos el sustento».

A la ideología más general del siglo XIX, que en su origen apoyó esta opinión pública sobre el ganarse la vida en América, se la ha denominado acertadamente «paralelismo» (Wiebe, 1985, pp. 264-290). El ciudadano particular puede albergar expectativas de mejorar su posición social trabajando duramente porque vive en una sociedad democrática y en progreso constante; y el progreso social ininterrumpido queda a su vez asegurado porque los americanos son trabajadores y demócratas de espíritu cívico. Crean la riqueza pública que todos y cada uno de ellos puede esperar compartir. Nadie ponía en duda la teoría del valor trabajo, que sostenía que este había creado toda la riqueza y cada ciudadano esperaba beneficiarse de los frutos de su trabajo. Para ganar, un ciudadano tenía que producir, y cuanto más, mejor, tanto para sí mismo y su familia como para la república en su conjunto.

De la adicción al trabajo que esto generó se daba cuenta todo el que visitaba los Estados Unidos en la primera mitad del siglo XIX, al igual que de la pasión por el dinero que, como los más sagaces advirtieron, significa no solo ganancia sino también independencia, la libertad para que uno haga con su vida lo que le plazca. Tener dinero es gastar y ahorrar y dar como uno quiera, sin pedir permiso a ningún superior.

El dinero había ocupado el lugar que tenía el honor en las sociedades aristocráticas (Chevalier, 1966, pp. 296-304)<sup>8</sup>. Ciertamente, la independencia había sustituido al honor como objeto de aspiración social. Se trataba de un cambio enormemente radical. Ahora los ciudadanos independientes de un orden democrático no solo debían ser respetados por trabajar, también tenían derecho a la superación personal, a la educación y a las oportunidades sin trabas para el progreso personal. Estos derechos cumplían en parte la promesa de igualdad que recogía la Declaración de Independencia y en parte eran el necesario corolario del deber de contribuir al progreso y la prosperidad de la república. Para el ciudadano particular esto también significaba que, socialmente, él era lo que hacía como trabajador en cualquier momento dado de su vida.

Apenas puede exagerarse la absoluta novedad de la noción de la dignidad del trabajo en general y como elemento esencial de la ciudadanía. Fue una de las muchas contribuciones de la Ilustración a la cultura pública americana, que aquí floreció

---

<sup>8</sup> Recurriré a este trabajo en lugar de al célebre libro de Tocqueville porque a este último se lo trata ahora con excesiva reverencia. En muchos sentidos, Chevalier era un observador más directo y nada moralizante.

mucho más de lo que lo hizo en Europa<sup>9</sup>. En el pasado, se había creído casi unánimemente que el trabajo físico nos deshonra, que los que trabajan son impuros; ciertamente, los filósofos de la Antigüedad consideraban el trabajo productivo y comercial tan profundamente degradante que incapacitaba al hombre para la ciudadanía. Tampoco desaparecieron estas actitudes con la esclavitud. Durante siglos, la sociedad europea estuvo separada en tres órdenes: los que rezan, los que luchan y los que trabajan. Estos últimos eran el campesinado despreciado, apenas distinguible de las bestias. La religiosidad bíblica tampoco resulta reconfortante. Debemos trabajar como castigo por el pecado y el mandato de San Pablo de trabajar duramente en la vocación de uno en nada contribuye a disminuir el sentimiento de dolor, confinamiento y opresión que implica la obligación de soportar el yugo del trabajo.

De entre todos estos estímulos para considerar el trabajo como una deshonra y una maldición, ninguno ha perdurado tanto como el desdén aristocrático e intelectual. El desprecio atávico por el trabajo físico nunca se ha extinguido. Durante todo el siglo XIX, estar «en el comercio» suponía un auténtico estigma social e incluso ahora en Inglaterra apenas se estima dicha actividad. Recordemos que el padre de Grace Kelly no pudo remar en Henley<sup>10</sup> porque de joven había trabajado con sus propias manos. Tampoco estas actitudes eran desconocidas en América, como no dejarían de advertir tantos visitantes asombrados. Sin duda, siempre ha habido suficiente orgullo cuasi aristocrático en América para consternación de los demócratas y hay cierto grado de tontería en el hecho de que los Hijos e Hijas de la Revolución Americana fueran tan absolutamente esnobs.

La admiración por los «nombres» de familia heredados, que hunde sus raíces en las creencias más primitivas sobre la transmisión de «sangre azul», no ha perdurado menos que el desprecio por el trabajo. Lo único que no sobrevivió al siglo XVIII fueron el derecho divino de los reyes y su autoridad política vicaria. En la filosofía política, sin embargo, la utilidad había sido durante un tiempo el verdadero fundamento de la legitimidad del gobierno. Las políticas sociales de los estados mercantilistas, ya fueran protestantes o católicos, alentaban con entusiasmo la laboriosidad y el trabajo, pero eso no afectaba necesariamente a sus valores políticos. En Inglaterra, sin duda, los economistas vituperaban no solo al pobre ocioso sino también al rico ocioso como una «lepra general», sobre todo cuando se comparaban con los industrioses holandeses (Garraty, 1978, pp. 38-42).

Y en los escritos de John Locke podemos advertir una novedad más funesta aún. En su plan para la educación de un joven caballero, un muchacho del que se esperaba que al crecer se convirtiera en miembro de una clase gobernante, el trabajo manual y la contabilidad desempeñan un importante papel. Son útiles, anotó Locke, y es racional y apropiado ser útil (1823, secs. 202-212). Además, mientras que el gobierno deriva sus justos poderes del consentimiento de los gobernados, en opinión de Locke el propósito del gobierno es ser de utilidad para ellos. Ese es el motivo por el que deciden formar un orden político en primer lugar. Las implicaciones de estas propuestas solo se aceptaron plenamente en América, y entonces solo de manera gradual. Que nada es más útil que el trabajo productivo y que por tanto nada puede ser mejor, ha sido una idea tan radical y tan en desacuerdo con actitudes heredadas

<sup>9</sup> Basta con contemplar las láminas sobre las artes y oficios manuales de la *Encyclopédie* y algunas de las pinturas de Goya para apreciar la intensidad del anhelo por la dignificación del trabajo de la Ilustración.

<sup>10</sup> Nota de la traductora: La Henley Royal Regatta es una de las más prestigiosas y elitistas de Inglaterra. El padre de G. Kelly era un gran remero y deportista, pero su origen social le cerró las puertas de esta competición.

que en realidad pocos la han llegado a aceptar plenamente, ni siquiera los que la proclaman con entusiasmo.

En la América prerrevolucionaria había muchos puritanos que predicaban el evangelio del trabajo duro, pero en realidad fue Benjamin Franklin quien separó por completo el valor del trabajo de su contexto religioso y le dio un nuevo significado cívico. Franklin ha sido muy malinterpretado debido a la lectura errónea que de él hizo Max Weber. Weber se hallaba tan obsesionado con el vínculo existente entre el protestantismo y la ética del trabajo que ignoró cualquier otro tipo de conexión, y entre estas estaban la democracia y la independencia personal. Al fin y al cabo, ¿por qué los chinos, irlandeses y judíos americanos trabajaban de forma tan frenética? No porque fueran protestantes. Weber solo era capaz de ver en Franklin a un puritano capitalista secularizado, que se hallaba «dominado por el afán de hacer dinero y de acumular, como el fin último de la vida» y «completamente falto de cualquier dosis de hedonismo» (Weber, 1948, pp. 50-57). En realidad, Franklin era un *bon vivant* y dejó de trabajar a la edad de cuarenta años para dedicarse a hacer otras cosas en la vida. Lo que era único respecto a su punto de vista sobre el trabajo era que solo este podía hacerle a uno independiente y que era una fuente de orgullo “haberse hecho a sí mismo”, esto es, ser el producto del trabajo de uno mismo.

Consideremos su última voluntad y testamento: «Yo, Benjamin Franklin de Filadelfia, impresor, exministro Plenipotenciario de los Estados Unidos en la Corte de Francia, actual presidente del Estado de Pennsylvania» (Wright, 1983, p. 358). Hay un enorme orgullo en esas palabras y no solo en sus éxitos, por extraordinarios que estos fueran, sino también por haberlos conseguido él mismo, y trabajando en el comercio, la base de toda su gloria posterior. Incluso en las trilladas máximas de *Pobre Richard* encontramos un espíritu audaz. Si quieres ser libre, «sírverte a ti mismo». «Tu acreedor tiene autoridad a su entera discreción para privarte de tu libertad, confinándote en la cárcel de por vida, o venderte como sirviente si no pudieras pagarle (...) El prestatario es esclavo del prestamista y el deudor del acreedor. Desprecia las cadenas, preserva tu libertad y mantén tu independencia. Sé industrioso y libre». Si quieres ser tu propio amo, no seas ocioso. «Sé industrioso y libre» (Franklin, 1970, p. 14)<sup>11</sup>.

Finalmente, había también en la idea del trabajo un aspecto cívico. Uno trabajaba simultáneamente para uno mismo y para la comunidad. Además, los aprendices y oficiales que Franklin organizaba en una red de clubes, llamados *juntos*, debían poner las experiencias del día a día al servicio de la ciudadanía. Estos clubes comenzaron discutiendo acontecimientos públicos y continuaron promocionando todo tipo de mejoras cívicas en Filadelfia: la primera biblioteca pública, calles más limpias y mejor iluminadas, brigadas de bomberos voluntarios, entre otros. El Rotarismo<sup>12</sup> es la más democrática de las actividades cívicas no oficiales y fue invención de Franklin. Pero es la interacción del trabajo productivo, la superación personal y el interés público, la integración de estas vidas en una esfera semiprivada y semipública, lo que hicieron de estos clubes unas instituciones tan perdurables y lo que constituye igualmente su importancia y carácter peculiar. Junto con el lugar de trabajo, conforman la sociedad civil americana.

Benjamin Franklin servía de ejemplo para todos los jóvenes jacksonianos, pero políticamente el autor de la Declaración de Independencia se convirtió en su patrón

<sup>11</sup> Nota de la traductora: aunque existe edición española, la traducción de las frases citadas en el texto es nuestra.

<sup>12</sup> Nota de la traductora: Los rotarios son miembros de una asociación o club filantrópico, originario de los Estados Unidos de América.

en su lucha contra la «aristocracia de papel»<sup>13</sup>. ¿Qué significaba la aristocracia para los periodistas y políticos jacksonianos radicales? (Blau, 1954)<sup>14</sup>. La aristocracia era algo más que la mera posesión de riqueza. La esencia de la definición democrática de aristocracia era, en palabras del presidente Jackson, *cualquier* grupo que por el uso que hace de su riqueza «ejercita más influencia en los asuntos políticos de la que le correspondería en su justa proporción». No era la riqueza per se lo reprobablemente aristocrático, sino la riqueza obtenida mediante el favor gubernamental o bien la utilizada para comprar influencia y poder político. Todos los monopolistas y poseedores de licencias y concesiones eran aristócratas porque debían su riqueza a una subvención del gobierno y no la habían obtenido por su propio esfuerzo. Disfrutaban de unas ventajas inmerecidas. Esto era ilegítimo, o una «desigualdad artificial de riqueza y poder» que un gobierno democrático está obligado a evitar. Sin embargo, «las instituciones humanas no pueden crear la igualdad de talentos o de riqueza», en palabras de Jackson. El gobierno democrático, igualitario, de una sociedad sumamente desigual no intenta alterar el orden económico natural, pero no puede tolerar privilegios legales, que en última instancia huelen a título nobiliario.

Desde el punto de vista jacksoniano, la aristocracia europea había comenzado como beneficiaria de concesiones reales de tierras y monopolios políticos. «El bastardo real», tal como llamó Tom Paine a Guillermo el Conquistador, había repartido la tierra entre su banda de rufianes. Tal vez no sea eso lo que Marc Bloch nos ha contado, pero sintetizaba todos los miedos de estos ciudadanos republicanos. ¿Cómo se evitaría cualquier repetición del modelo europeo? ¿Y cómo se eliminarían los vestigios de este bárbaro pasado feudal? Incluso a Emerson le preocupaba que «nuestro gobierno aún participe de ese elemento» de feudalismo, porque «la opinión pública carece de respeto por sí misma» y eso, como seguramente había enseñado a sus conciudadanos, solo puede venir con la confianza en uno mismo (Emerson, 1983, pp. 213-230).

Para un jacksoniano radical de pro, estaba claro que la mejor forma de evitar la propagación de tales imperfecciones feudales era sencillamente tener tan poco gobierno como fuera posible. Cuantos menos empleos públicos haya, menos impuestos se recauden y menos proyectos emprenda el gobierno, menos daño podrá hacer este. Sobre todo, menos gobierno significa menos desigualdad artificial porque al gobierno se le priva de los medios para establecer una aristocracia de ociosos zánganos. Sin embargo, el presidente sí tenía un nuevo e importante papel que desempeñar, pues él solo representa al pueblo en su conjunto. Los demás funcionarios electos hablan únicamente en nombre de una sección o de una parte de la nación. Solo el presidente puede actuar como el tribuno del pueblo y protegerlo de los asaltos depredadores del poder del dinero y la aristocracia, ante quienes las clases trabajadoras están siempre en peligro de perder su justa influencia en el gobierno. El espíritu independiente y los derechos de las clases industriales estaban siendo socavados por banqueros taimados e indolentes, y era función del presidente proteger los derechos de los ciudadanos democráticos de esta amenaza.

El aristócrata no es solo un monopolista político, es también una amenaza moral y cultural para la república. El aristócrata es ocioso y muestra desprecio por el trabajo. Los meramente ricos eran inobjetables, pero los «ricos ociosos» eran intolerables. La gran división entre hombres en la sociedad no distinguía entre pobres y ricos, sino entre los que «hacen algo» y los que «no hacen nada». El no trabajar no

<sup>13</sup> Nota de la traductora: «Paper aristocracy» en el original. Se refiere a la élite que gana dinero gracias a diferentes tipos de instrumentos financieros.

<sup>14</sup> Salvo que se indique lo contrario, todos los comentarios subsiguientes sobre las creencias de los demócratas jacksonianos proceden de esta antología.



era solo inmoral de por sí, expresaba también una ideología social, el desprecio por el trabajo. Los demócratas jacksonianos eran sumamente conscientes de las tradiciones que tachaban el trabajo de deshonoroso. Esa es la razón de que muchos insistieran en que por «nosotros, el pueblo, queremos decir expresamente la clase que trabaja con sus propias manos».

El partido demócrata de América, según William Legget, estaba compuesto por fabricantes, mientras que los aristócratas eran consumidores, ricos y orgullosos. Las clases trabajadoras conformaban la mayoría y su «única dependencia» era la igualdad de derechos, lo único que se interponía entre ellos y la aristocracia de «intereses creados» y riqueza ociosa.

De acuerdo con Stephen Simpson, otro periodista y político jacksoniano sin mucho éxito, la Declaración de Independencia significa que «el trabajo no descalifica ni estigmatiza al ciudadano de los Estados Unidos en su condición política».

En verdad, esa promesa no se había hecho realidad, porque mientras existiera prejuicio feudal y esclavitud en América, el trabajo sería objeto de desprecio, y la aristocracia podría traer consigo maneras ociosas y privilegios monopolísticos a un país que había sido inventado para acabar con ambos. Solo la educación, radicalmente reformada, podría eliminar el «prejuicio de las ocupaciones».

Aquí los vínculos entre trabajo, democracia y educación pública se forjaron en una ideología coherente, con su propia historia, política y sentido de futuro. También correspondía a las maneras y aspiraciones de un público amplio. Un europeo de visita en los Estados Unidos escribió: «La vida en América es muy grata a los ojos de aquel que prefiere el trabajo a cualquier otra cosa y para quien el trabajo lo es todo (...) los hábitos de vida son exclusivamente los de la gente trabajadora. Ay de todo lo que sea inactivo e improductivo. Trabaja y serás rico» (Chevalier, 1966, pp. 205-206 y 282-288). El objetivo de todo el mundo no era otro que medrar y ganar más dinero y parecían convencidos, en palabras del *Cleveland Leader*, de que «más vale estar muerto que ocioso» (Wiebe, 1985, p. 286). Ser útil era el principio rector en una nación de republicanos laboriosos, si bien muchos demócratas eran poco optimistas respecto a que sus ricos conciudadanos fueran leales a esos principios éticos.

Los demócratas jacksonianos se tomaron la dignidad del trabajo como una fe combativa, porque en todas partes había americanos que mostraban abiertamente su desdén por el trabajo honrado. Tampoco eran honestos «esos clientes de mangas abullonadas que, de mostrador en mostrador y nadando en la abundancia, hacían gala de una riqueza obtenida cerrando tratos (...) y [que llegaron a ser] magníficamente exclusivos» (Ashford, 1987, pp. 91 y ss.). Estos holgazanes no solo unían sus fuerzas para proteger sus monopolios sino también para alzar un muro que les aislara de la gente. «Viven sin trabajar», niegan que toda la riqueza proceda de los que producen y consideran ignominioso lo que aquellos crean. Además, los trabajadores americanos comenzaban a tener muy buenas y específicas razones para preocuparse por la europeización de América. Los primeros obreros de Nueva Inglaterra bien podrían temer que los aristócratas estuvieran convirtiendo Lowell en otro Manchester (Gutman, 1977, p. 51).

Para evitar la calamidad de la degradación europea y el espectro de la desigualdad artificial en general, no solo debe haber menos gobierno sino también mucha más educación *libre*. Esta era la única actividad pública que no preocupaba a los demócratas. La educación se contemplaba íntegramente como un aspecto de la ciudadanía y estaba diseñada para democratizar a los jóvenes y evitar inclinaciones aristocráticas.

Por importante que fuera la educación para el estatus democrático, no sustituía al esfuerzo personal en la carrera de la vida. Nada era más democrático que el ideal del hombre hecho a sí mismo. No necesariamente el hombre que amasa una fortuna trabajando duramente, sino más ampliamente el modelo de un carácter humano perfecto, de lo que se vino a denominar la «Joven América». Este hombre auténticamente nuevo, al que Emerson idolatraba, es un joven que carece de un puesto fijo en la sociedad, no tiene nada heredado, no se adhiere a un único rol en la vida, y rechaza todos los esfuerzos que pretenden limitarlo y atarlo a un lugar y una posición. Es autosuficiente porque es libre socialmente, se ha creado a sí mismo en muy gran medida y es dueño de muchas habilidades. «¿Quién puede decir cuántos Franklins habrá entre vosotros?», preguntaba el presidente de la *New York Mechanics Society* en la década de 1830. «Las oportunidades que os aguardan son inmensas y generosas. Este es un país de hombres hechos a sí mismos y no podría decirse nada mejor de ningún otro estado social» (Wiebe, 1985, p. 165). Pero, no era aún lo suficientemente abierto para un idealista jacksoniano de pro y un verdadero demócrata radical.

Entre otras cosas, los trabajadores necesitaban tener una historia propia, que empezaría reconociendo que únicamente gracias a «las artes mecánicas» la condición humana ha conseguido elevarse por encima de la de los animales. Han sido las «artes mecánicas», no la propiedad, lo que nos ha civilizado. La historia la hacen los productores, no los consumidores, al igual que el Oeste experimentaba un desarrollo muy visible gracias a las mayorías laboriosas. Sin duda había habido progreso, sobre todo en el mundo moderno, pero no debido a científicos famosos sino a mecánicos. La imprenta, que es «la preservación de todas las artes», fue invento de un mecánico, como también la brújula de los marineros, sin la cual no se habría descubierto América. Luego vino la máquina de vapor, de nuevo obra de un «artífice», que ha facilitado su vida enormemente. Los libros de historia también debieran hacer hincapié en el hecho de que muchos de los generales y hombres de estado más distinguidos de la época revolucionaria comenzaron su andadura vital como herreros, encuadernadores y desempeñando otros oficios manuales.

El propósito de tal historia era el de recordar a la juventud trabajadora de América el verdadero lugar que ocupaban en su país y en el mundo moderno, y que debían sacar el máximo provecho de ello. Se pensaba que lo único de lo que no carecían era de oportunidades, pero sí necesitaban una idea más clara acerca de su propia valía y, sin duda, una historia del pueblo les serviría de incentivo. Es importante señalar que la tecnología se consideraba la creación, el gran logro histórico y la mayor esperanza del trabajador en América. Le facilitaría la vida a él y a todos los demás y aumentaría igualmente el valor de su trabajo al mejorarlo. Sin nostalgia, la era tecnológica parecía estar llena de posibilidades.

Los demócratas jacksonianos eran por lo general contrarios a la esclavitud, pero distaban mucho de ser abolicionistas. Aun así, podían ver con perfecta claridad que la esclavitud contribuía, más que ninguna otra institución, al desprecio por el trabajo. La misma palabra esclavitud infundía miedo en el corazón del trabajador. «Como la esclavitud degrada, coarta y degenera al hombre, el trabajo participa de la misma desgracia porque es una parte del esclavo». Allí donde existe esclavitud, el trabajo duro se asocia con la degradación (S. Simpson, cit. Blau, 1954, pp. 142-146). Que los dueños de plantaciones sureños eran aristócratas incapacitados para el gobierno republicano era algo que se sabía desde hacía tiempo. Entre los antifederalistas, Richard Henry Lee había hablado de ellos en términos de aristocracia ociosa y disoluta, Jefferson había lamentado su temperamento despótico y todos los viajeros europeos coincidían en señalar sus aires feudales (Storing, 1981a, p. 236; y Peterson, 1975, pp. 214-215). En general, entre los abolicionistas se entendía que los

dueños de plantaciones eran fieros, imprevisores, inactivos, afeminados y de escasa educación, todo ello gracias a la ociosidad que ellos mismos se habían infligido a la fuerza. Ellos también eran víctimas del sistema esclavista<sup>15</sup>.

El espectro de la esclavitud nunca pudo disiparse del todo en el norte. Era una preocupación siempre presente. Cuando el sistema salarial se sometió a escrutinio por vez primera, la independencia del trabajador se equiparó de inmediato con la de un esclavo. Tampoco contribuyeron a calmar los ánimos los defensores de la esclavitud sureña. George Fitzhugh, en *Cannibals All*, describe al esclavo del sur como una inversión de capital que el dueño alimenta con sumo cuidado. Así, su destino es mucho más feliz que el del “esclavo blanco” del norte, expuesto a una pobreza indiferente como asalariado. No es de extrañar, sin embargo, que Fitzhugh no fuera particularmente popular en el norte. Los trabajadores podrían quejarse de ser víctimas de la «esclavitud salarial», pero la insinuación de que podrían estar en mejores condiciones como esclavos *de verdad*, como una especie de capital, no era de su agrado.

Incluso si la esclavitud se limitaba a la población negra, la institución como tal seguía siendo amenazadora. El racismo apenas bastaba para reafirmar al trabajador libre y esa es la razón de que en 1858 muchos consideraran que el problema de extender la esclavitud era realmente este: «¿Se degradará el trabajo?» (Rodgers, 1978, pp. 30-31). Hacer honorable el trabajo fue el único objetivo del Free Soil y los partidos republicanos a partir de 1850. Y el propósito de este trabajo era, sin duda, ganar dinero. Eso es lo que convirtió al americano en un ciudadano inteligente y despierto, y no en un soso proletario europeo o un esclavo. Vivir del trabajo no remunerado de otros y hacer del trabajador una bestia era la maldición de la cultura sureña. Lincoln no consideraba que una mujer negra fuera su igual en todos los sentidos, pero «en su derecho natural de comerse el pan que se ha ganado con sus propias manos sin pedirle permiso a nadie más, ella es mi igual y el igual de todos los demás» (Foner, 1970, pp. 11, 15-16, 40-72, 296 y ss.).

Como sabemos, entre los trabajadores urbanos del norte no había el menor entusiasmo por la Guerra Civil y sí mucho racismo. Temían la esclavitud, pero odiaban al esclavo. Sin embargo, la ética del trabajo estaba viva entre los esclavos. «Entendemos que la libertad significa industria y su disfrute», declaró un portavoz defensor de los libertos (Foner, 1988, pp. 102-110). De hecho, a ningún grupo de americanos le parecía más estrecha esta conexión entre ganarse el sustento y la ciudadanía. Cuando Frederick Douglass consiguió su primer trabajo remunerado en New Bedford tras escapar del sur, se alegró, aunque se tratara de un trabajo muy duro. «Yo era ahora mi propio amo –un hecho tremendamente importante. La idea de que ‘¡Puedo trabajar! Puedo trabajar para ganarme la vida; no le tengo miedo al trabajo; aquí no hay ningún amo Hugh que vaya a robarme el salario’– me dotó de una posición independiente» (Douglass, 1855, pp. 349 y 424).

De hecho, Douglass era un testigo de la tenacidad de la ideología jacksoniana. «Todo lo que un hombre tiene derecho a esperar, pedir, dar o recibir en este mundo, es un trato justo. Verdaderamente, muy poco le queda por hacer a la sociedad y al gobierno una vez que la sociedad le asegura esto a sus miembros y al ciudadano más humilde de la república se le garantiza la tranquila posesión de los frutos de su propio esfuerzo». «El espíritu de casta» era el mayor enemigo del hombre negro. «Nos oponemos a toda aristocracia, ya sea de riqueza, poder o conocimiento. (...) La igualdad ante la ley es para el hombre de color el punto culminante de la sabiduría

<sup>15</sup> Esta lista y otras aparecen en el mejor tratado que existe sobre el abolicionismo: Hildreth (1970, pp. 142-148).

política», escribió en 1871 (Douglass, 1955, pp. 271-272). Si la ausencia de “distinciones hereditarias” era la esencia de la herencia política americana, entonces el racismo había de desfigurar la república abriendo la puerta a la aristocracia (Foner, 1988, pp. 114-115). Y eso no era todo. Tal como plantearía el heredero de Douglass, W. E. B. Du Bois: «¿Puede la moderna organización de la industria -asumiendo como lo hace el libre gobierno democrático y el poder de las clases trabajadoras para obligar a respetar su bienestar- llevar a cabo este sistema en el sur cuando la mitad de su fuerza de trabajo carece de voz en las asambleas y se hallan desprovistos de poder para defenderse?» (Du Bois, 1982, p. 198). Si desde un principio la ciudadanía había exigido asalariados libres, ahora la industria exigía ciudadanos. En verdad, las dos habían sido siempre idénticas en las aspiraciones de los esclavos y los demócratas radicales.

No es de sorprender que las feministas de clase media que acabaron ofendiéndose al verse excluidas del ámbito del trabajo remunerado conocieran bien la estrecha relación existente entre ganarse el sustento y la ciudadanía. Y, sin duda, la imagen del esclavo se hallaba muy presente en el imaginario feminista. John Stuart Mill declaró que, tras leer *La cabaña del tío Tom*, consideraba que el sometimiento de las mujeres era incluso peor que el de un esclavo americano (Mill, 1929, p. 248). La rebelión contra estos dos males gemelos de amos que no trabajan y trabajos forzosos, tanto como otros aspectos del abolicionismo, llegó a repercutir en esas mujeres de clase media que sufrían de una ociosidad no deseada y de la dependencia de los hombres. Ellas también asumieron la ideología jacksoniana y se vieron apoyadas por esta.

Los historiadores del trabajo se han esforzado por mostrar lo distante que se encontraba el «operario» independiente, autónomo, de la realidad del trabajador industrial asalariado en la América posterior a la Guerra Civil con sus fábricas y desempleo. Y les ha desconcertado el hecho de que incluso cuando los trabajadores llegaron a asociar el trabajo únicamente con el dinero que podían ganar, su vieja ideología jacksoniana sobreviviera inalterada (Rodgers, 1978, pp. 30-93). Si, como he argumentado, el origen de la ideología sobre ganarse el sustento no se halla en las condiciones del empleo sino en las percepciones políticas, entonces no hay verdaderamente nada sorprendente en su persistencia. El resentimiento del monopolista y aristócrata ocioso y el temor a verse reducido a la condición de un esclavo negro, o de un ciudadano negro de segunda clase, no han desaparecido, porque se fundamentan en experiencias políticas duraderas. La Constitución aún prohíbe los títulos nobiliarios, y las élites ociosas y esnobs siguen estando resentidas; y el recuerdo de la esclavitud, tan poderoso siempre debido al racismo, todavía despierta previsiblemte temores entre los trabajadores blancos, y atormenta a los negros. Esta interpretación de la ética de ganarse el sustento no solo da sentido a su centralidad como valor social, también se corresponde con lo que sus partidarios han dicho en el pasado y continúan diciendo.

Así, el resentimiento de los improductivos aristócratas se hallaba tan vivo en los años posteriores a la Guerra Civil como lo había estado en la Era Jackson. En cada periódico de un centavo de la América *fin-de-siècle* podía verse una plutocracia prominente con todos sus lujos inútiles, su tremenda vulgaridad y sus pretensiones europeas de clase alta, por no mencionar las obras de Mark Twain. Fue en este contexto en el que el crítico social más mordaz de la época, Thorstein Veblen, mostró su efecto malsano sobre la organización productiva de la sociedad americana. En la medida en que prosiguió con el ataque de los jacksonianos contra los ricos ociosos era, a pesar de toda su iconoclasia, un auténtico radical tradicional, como lo eran las feministas de su tiempo.

Charlotte Perkins Gilman y Veblen eran contemporáneos, y el evangelio del trabajo que enseñaban muy similar. Ambos habían dejado atrás el credo democrático basado en derechos de generaciones anteriores. Sus suposiciones filosóficas se fundamentaban en ideas acerca de la evolución social, sobre todo la creencia de que las sociedades eran un todo orgánico que seguían leyes de desarrollo natural. El único objetivo de la política pública era actuar de acuerdo con las exigencias de este orden preestablecido. Puesto que era un movimiento que promovía la mejora, cualquier grupo o institución que supusiera un retroceso a una época anterior y una adaptación retardada a las necesidades de un orden social cambiante, era por definición un mal social. Los derechos naturales ya no eran intelectualmente atractivos en un tiempo en que la necesidad orgánica parecía una base científica para la ética, aunque podía suscribir políticas tanto liberales como autoritarias, con la misma facilidad.

La causa a favor de ganarse el sustento, en opinión de Gilman, no se basaba en que el trabajo libre tuviera una dignidad intrínseca. La injusticia se hallaba en que la posición económica de una mujer, ya fuera alta o baja, no tenía relación alguna con su trabajo, que se limitaba al hogar. Este no había sido el caso en las granjas, donde marido y mujer realmente eran compañeros de trabajo, pero se había convertido en la condición de las mujeres de clase media, que fundamentalmente eran esclavas ociosas. Su situación les resultaba degradante y también se trataba de un rechazo disfuncional a tener que aceptar las leyes de la división del trabajo. El trabajo doméstico debería estar a cargo de profesionales.

Además, en el mundo moderno, con sus complejos arreglos económicos, nuestra verdadera lealtad ha de ser a nuestro trabajo. El deber de trabajar es primordial. El trabajo era el principal acto social siempre que estuviera en consonancia con las verdaderas necesidades del orden económico. Las mujeres como trabajadoras domésticas ineficaces o como consumidoras absolutamente improproductivas eran una reliquia de un sistema familiar anticuado, vestigios de un pasado agrario y feudal y completamente desfasado respecto a una sociedad democrática orientada a una producción eficiente. En pocas palabras: Gilman no estaba reclamando principalmente los derechos individuales de las mujeres sino la oportunidad de que participaran como iguales en el proceso económico, puesto que ahí era donde descansaba ahora la ciudadanía y sus recompensas y deberes (Perkins Gilman, 1966, pp. 17, 22, 93-94, 117-118, 152, 211, 218, 245-247, 276-279 y 333). En la medida en que estaba protestando contra las condiciones que impedían que las mujeres alcanzaran su pleno potencial económico, apuntaba igualmente al coste personal de su esclavitud doméstica y del retraso en su desarrollo personal. A este respecto, a pesar de su historicismo evolutivo, también recurría a un individualismo más tradicional.

Evidentemente, Veblen aprobaba las aspiraciones de Gilman; pero su argumentación era más negativa, menos a favor del trabajo que en contra del atavismo de los ricos ociosos, los aristócratas tan vilipendiados por los demócratas de los primeros tiempos. Estaba menos preocupado por conseguir trabajo a los que lo necesitaban que por mostrar los primitivos hábitos sociales de las clases ociosas, cuyo delito era evitar las ocupaciones productivas en pro de «proezas» tales como el deporte u otras actividades inútiles y sumamente perjudiciales, como la observancia religiosa, el gobierno y la guerra. Frente a ellas se alza el «instinto del trabajo bien hecho», al que debemos todo lo mejor en una sociedad productiva y cooperativa. La dificultad estriba en que tal vez no pueda competir con los valores ociosos de los ricos y su aversión a cualquier tipo de empleo útil.

A diferencia de Gilman, Veblen no tenía el menor interés en el valor personal del trabajo para el individuo desempleado. Tampoco criticó a los ricos ociosos



tildándolos de explotadores y opresores; sencillamente, era muy ortodoxo en sus polémicas contra los ricos improductivos. Sin embargo, cada vez más, en un mundo en el que controlar todo un continente y crear riqueza para todos no eran fines públicos, la llamada al trabajo dejó de tener la relevancia de antaño. ¿Por qué tendrían que trabajar los ricos? ¿Quién se beneficiaría de ello? Ciertamente, existía un fuerte movimiento para persuadirlos de que estuviesen menos ocupados y se dedicasen a obras de caridad, a las artes y el refinamiento de los modales (Rodgers, 1978, pp. 94-124). Sin embargo, *Noblesse oblige* no ha sido nunca un ideal abrumadoramente popular en América y Veblen se apoyaba sobre fundamentos muy sólidos y autóctonos cuando recurría a la retórica de los jacksonianos.

Parecía evidente, al menos para Veblen, que la riqueza y el refinamiento heredados no debían seguir ejerciendo su glamour. Que lo siguieran haciendo se debía en buena medida a las clases eruditas, que imitaban y promovían los valores de las clases ociosas. No lo hacían por ninguna necesidad obvia de adular a sus patronos, sino porque eran propensos a la nostalgia aristocrática y a las fantasías románticas sobre el pasado. La obsesión por las artesanías, con toda su ineficiencia, no era sino un síntoma de su retraso cultural general. También veían mal la innovación y la eficiencia. En definitiva, las huellas de la Europa feudal seguían siendo visibles en América.

En opinión de Veblen, los bandoleros normandos de Tom Paine seguían teniendo herederos por toda América. Los instintos depredadores de los ricos habían decaído, de modo que además de degradar el trabajo, estos aristócratas de la era moderna eran también extremadamente competitivos. Cuando se incorporaron a la industria como «capitanes», retrasaron su progreso mediante arcaicos mecanismos de explotación y competencia, en un momento en el que la cooperación y el trabajo eran las verdaderas exigencias económicas de un orden industrial avanzado. «Arcaísmo» y «derroche» eran vestigios de la virtud aristocrática y América no se lo podía permitir (Veblen, 1953, pp. 21, 29, 64, 75-76, 87, 116-117, 138, 158 y 256).

No siempre es fácil entender por qué Veblen estaba tan enfadado. Si las clases ociosas no eran sino restos de una fase más temprana de la civilización, la historia estaba abocada a eliminarlos y a menudo parecía que él mismo sugería exactamente eso. Si retardasen el progreso serían, sin duda alguna, un claro obstáculo, pero un obstáculo que la legislación social podría y lograría eliminar. No parecía creer que ese resultado fuese probable, como así fue. Es más plausible que la suya fuera la voz de la simple indignación moral por que en una América republicana, trabajadora e industrial, hubiera aún tanto desdén aristocrático por el trabajo productivo.

Por exasperantes que fueran estos primitivos vestigios, ya no era posible sostener que la productividad universal como tal era un bien colectivo porque elevaría el nivel de vida de todo el mundo. Tampoco era evidente desde un punto de vista psicológico que el espíritu del trabajo fuera tan común o tan poderosos como Veblen pensaba que era, o que tendría todas esas consecuencias públicas benefactoras que él le atribuía. Trabajar sin más no equivale al trabajo bien hecho. Los reformadores progresistas que continuaron predicando la dignidad del trabajo lo hacían por razones mucho más plausibles. Sostenían que, para seguir siendo competitivos en un mercado mundial, América necesitaba trabajadores autosuficientes, educados y respetados. Y al igual que Locke antes de ellos, creían que enseñar en la escuela habilidades manuales y cocina a alumnos de clase media contribuiría a crear el ethos adecuado en una América cada vez más diferenciada por clases sociales. Ese no era, sin embargo, el argumento de Veblen. En todo caso, en la medida en que defendía argumento alguno, este era que los ociosos se habían quedado fuera de la historia. Quizá lo más interesante acerca de su famoso libro sea la acusada ansiedad que la

ociosidad despertaba en su autor. Ningún defensor contemporáneo del *Workfare* lo ha expresado con mayor intensidad<sup>16</sup>. Solo que las clases que inspiran estos temores y animadversión son diferentes.

La mayoría de los historiadores del trabajo han confirmado la verdad de lo que se decía acerca del trabajo industrial en cuanto este se hizo predominante en los Estados Unidos. A los obreros les desagradaba su trabajo y lo hacían únicamente por ganarse el sueldo. El descontento de la gente que tiene un trabajo remunerado con el único fin de consumir no es un fenómeno nuevo. Es la condición permanente del trabajo industrial. Sin embargo, a los estudiosos de la cultura americana no les debería sorprender que la ética del trabajo se mantenga absolutamente intacta entre estos impulsos contrarios. El miedo al desempleo simplemente ha servido para entender mejor que ganarse el sustento es lo único que ofrece a los ciudadanos una posición pública. Los miedos inspirados en un principio por la esclavitud, entrelazados por el racismo y el resentimiento por la ociosidad de los de arriba, solo se ven acrecentados por el miedo a ser despedido. Tal vez el resultado no sea una ideología coherente, pero, desde luego, resulta inteligible.

Así pues, la acumulación de acontecimientos históricos ha dado lugar a un conjunto de creencias de diversa naturaleza. La convicción de que ganarse el sustento es un deber, que uno puede avanzar por su propio esfuerzo y que siempre hay oportunidades para los que las buscan anida junto al conocimiento de que el desempleo no es achacable por lo general al trabajador sino a la economía en su conjunto. La satisfacción laboral es baja, pero a nadie le gusta estar desempleado, e incluso los pobres que reciben asistencia social afirman preferir el trabajo a la inactividad. Si hay ricos ociosos, desde luego no alardean de su vida de despilfarro y, cuando lo hacen, no son objeto de la admiración del resto de sus iguales. El deporte puede ser una actividad tan atávica como Veblen pensaba, pero sus placeres no son específicos de una determinada clase social.

Lo que se predica de forma mucho más universal es tanto la dignidad del trabajo como la obligación pública de trabajar. El setenta y cinco por ciento de la población americana piensa que hay algo malo en no querer trabajar. Un buen ciudadano es aquel que se gana el sueldo, porque la independencia es la cualidad indeleblemente necesaria de una auténtica ciudadanía democrática. Pero poca gente culpa al sistema o al pobre de la pobreza y el desempleo. Son simplemente hechos de la vida, como el tiempo meteorológico. ¿Revelan este batiburrillo de valores sociales y de realidades de la sociedad industrial que los americanos se encuentran tremendamente confusos en su actitud respecto al hecho de ganarse la vida? (McClosky y Zaller, 1984). Tal vez sea este el caso, pero puede ser más instructivo preguntarse si estos puntos de vista aparentemente incoherentes no son manifestación de experiencias sociales reales. Seguramente es posible que a quien no le gusta trabajar encuentre incluso peor el estar desempleado, y no solo por la reducción de ingresos. Las personas desempleadas pueden sentir que han caído en desgracia por algo de lo que no tienen especialmente la culpa y que se han convertido en algo menos que ciudadanos. Puedes pensar que tu jefe es un negrero, pero puede que te sientas más como un auténtico esclavo cuando estás desempleado. Y no hay nada ilusorio acerca de estas experiencias. Se te ha expulsado de la sociedad civil, se te ha reducido a una ciudadanía de segunda clase, una condición incluso más mortificante para los trabajadores blancos, ya que se asocia con el destino común de

---

<sup>16</sup> Nota de la traductora: Hemos optado por dejar el término en el original, puesto que así se hace en la literatura especializada. Se trata de un acrónimo formado por la unión de las palabras *Work* y *Welfare* que hace alusión a una serie de medidas sociales de ayuda al empleo que se iniciaron en Estados Unidos en los años 80 del siglo XX y que exige que la persona acepte un trabajo para poder recibir prestaciones sociales. Es un modelo fundamentalmente anglosajón.

la población negra. Para estos últimos, es duplicar unas cargas de por sí ya muy injustas.

El grupo para el que estos dos puntos de vista tienen pleno sentido es el de los desempleados, es decir, gente a la que se ha despedido, o de la que se ha prescindido, como se dice ahora con mayor delicadeza, y que está buscando trabajo. El desempleo es en sí mismo un concepto muy complejo, que implica tanto libertad como dependencia. Un esclavo no puede estar desempleado ni ser despedido, aunque se le pueda utilizar de forma ineficiente. El trabajador libre que vende su trabajo, pero no se vende a sí mismo, no obstante, depende de otros para trabajar.<sup>81</sup> Sin embargo, se supone que un ciudadano democrático es dueño absoluto de sí mismo. Esa es la razón de que desde un principio los republicanos del siglo pasado vieran con recelo y temor el ser un asalariado, con su dependencia de los empleadores. Y en el mejor estudio que se ha hecho sobre el desempleo masculino durante la Gran Depresión encontramos que la falta de independencia se sentía muy profundamente.

Fueron pocos los trabajadores desempleados de la Gran Depresión que afirmaron haber disfrutado de su trabajo. Echaban de menos la paga y la compañía de sus colegas, pero no a sus jefes ni capataces. No obstante, sabían que tener un trabajo decente, ser productor y buen proveedor era la sola razón de su posición social y no hay duda de que eran conscientes de lo que significaba perder eso. Odiaban estar desempleados. «¿Cómo es la vida sin trabajar? No eres nadie» (Garraty, 1978, pp. 5-6). Cuando comenzó la depresión, esto resultó particularmente humillante porque hasta aproximadamente 1933 la gente no entendió por fin que el desempleo no era culpa del trabajador sino una calamidad nacional. Aun así, el trabajador desempleado perdió el respeto de su familia y el de todos los que lo rodeaban. Aceptar ayuda, ya fuera pública o privada, resultaba doloroso y muchos trataban de racionalizarlo recordando que eran veteranos o que habían pagado impuestos y donado dinero para la beneficencia en épocas mejores.

La inmensa mayoría prefería la WPA<sup>17</sup> y la ayuda al trabajo a lo que se consideraban limosnas (Bakke, 1969, pp. 39, 84, 87-89 y 316-328; Komarovsky, 1940; y Schlozman y Verba, 1979, pp. 4-84).

Estas actitudes no han desaparecido ni mucho menos y sobreviven con especial vigor entre los hijos más afortunados de los obreros que tantos apuros pasaron en su día<sup>18</sup>. Bien podría ser que el simple miedo al desempleo, más que cualquier opinión que se tenga sobre el trabajo en sí mismo, haya venido a sostener la ética del trabajo y el ideal del ciudadano que gana un sueldo. Desde luego, no es el instinto del trabajo de Veblen ni la notable satisfacción por el trabajo en sí lo que lo ha mantenido vivo en una economía impersonal. La ideología jacksoniana en la América contemporánea se ha asociado no al trabajador que exige respeto y un salario digno por un día de trabajo honrado, sino al desempleado.

El epicentro del conflicto ideológico se ha desplazado de la lucha entre trabajadores y aristócratas a una disputa entre partidos gobernantes. Uno de los partidos acusa a sus adversarios de pertenecer a una élite paternalista que quiere acabar con la pobreza a toda costa; el otro acusa a sus contrarios de ser populistas severos y triunfadores que quieren que todo el mundo trabaje al precio que sea y sin

<sup>17</sup> Nota de la traductora: WPA, Works Progress Administration. Programa del New Deal para dar trabajo a millones de desempleados en proyectos de obras públicas.

<sup>18</sup> Cuando en la década de los 70 los hijos de familias obreras que eran ingenieros y científicos perdieron su trabajo en las industrias de alta tecnología de Boston, a menudo se sentían demasiado avergonzados para contárselo a sus amigos y vecinos (Goldman Leventman, 1981).

ninguna buena razón. Todos siguen estando atrapados en la red de ideas jacksoniana, más incluso de lo que cualquiera de ellos estaría dispuesto a admitir. El defensor de los pobres quiere protegerlos de un ejército de depredadores aristócratas que les niegan sus derechos. A los pobres se les está negando la igualdad racial, las oportunidades de obtener un trabajo y una educación dignos y el acceso a bienes públicos ordinarios. El segundo partido está entregado a la independencia, al trabajo como fuente de todo valor y dignidad y al ideal de una sociedad de ciudadanos democráticos económicamente independientes que, al igual que Frederick Douglass, esperan que el gobierno no haga otra cosa sino garantizar a todos un trato justo.

Estos vestigios del pasado jacksoniano influyen obviamente en las actitudes ante las prestaciones sociales de formas muy evidentes. Sus beneficiarios, a los que se les dice que deben trabajar en cualquier trabajo que haya disponible, ven aparecer de nuevo para atormentarlos al espectro de la esclavitud y de la servidumbre, de vuelta de un pasado no tan lejano. Y la persistencia del racismo hace plausible ese miedo. Para aquellos que quieren que el *Workfare* sea obligatorio, los pobres ociosos ya no son ciudadanos. Han perdido su derecho a la igualdad ciudadana y ya no les falta mucho para comportarse como esclavos desempleados, consumidores que no producen. Ninguno de ellos reivindica que el trabajo a desempeñar tenga utilidad social alguna o que resulte personalmente satisfactorio o que esté bien retribuido. El *Workfare* no tiene nada que ver con la economía; se trata de la ciudadanía y de si se pueden considerar ciudadanos de pleno derecho a adultos sanos que no ganan nada de forma activa. Si no lo son, ¿no sería de esperar que, como suele ser ahora el caso, se los trate con esa mezcla de paternalismo y desprecio que se ha reservado siempre para las clases dependientes? No son ciudadanos de la sociedad civil y no se les acepta como tales<sup>19</sup>. A diferencia de los desempleados, ellos no intentan restablecer su posición, pues para empezar y por lo general no tenían ninguna que perder<sup>20</sup>. Lo que se espera que consiga el *Workfare* es obligarlos a mantener unos niveles aceptables de conducta cívica.

En muchos sentidos, ganarse el sustento es como votar. Casi la mitad de la población en edad de votar no lo hace, aunque sin duda les ofendería que se les privara de tal derecho. A excepción de esos pocos afortunados que sienten vocación por lo que hacen, o al menos cierto orgullo por el trabajo bien hecho, los americanos trabajan para poder gastarse el sueldo. Obviamente, es ridículo hablar del trabajo como si se tratara de una actividad no diferenciada (Pence, 1978-1979, pp. 306-311). Sin embargo, independientemente de la naturaleza de su trabajo, cuando dejan de percibir ingresos, los americanos pierden la posición que tenían en sus comunidades. Esto es irracional e injusto, pero es un hecho fundamental de la vida conformado por creencias sociales duraderas y profundamente arraigadas. No son los mejores valores públicos posibles, ni es mi deseo sugerir que el hecho de compartirlos los mejore de alguna forma o les otorgue algún valor moral<sup>21</sup>.

Sobre todo, no quiero decir que deberíamos abstenernos de criticar estos hábitos mentales simplemente porque son tan antiguos y tan prevalentes. Pero si mi explicación acerca de los orígenes, la antigüedad y la continua prevalencia y

<sup>19</sup> Para la explicación más perfecta sobre estos puntos de vista, véase Mead (1986, pp. 12–13, 41-45, 211-212 y 238).

<sup>20</sup> Sus experiencias negativas en el lugar de trabajo pueden justificar su pasividad, al menos según Goodman (1972, pp. 112-118).

<sup>21</sup> Incido en este punto porque no quiero que este argumento se identifique de ninguna manera con la defensa que hace M. Walzer de los valores compartidos como justificación ética general de las prácticas sociales. En estas conferencias no hay nada que apoye las principales nociones de su *Spheres of Justice* (1983).

relevancia de la fe jacksoniana es correcta, como así lo creo, entonces crea una presunción del derecho a trabajar como elemento de la ciudadanía americana.

En un sistema político de individuos que reivindican sus intereses y sus derechos, únicamente aquellos que actúan en su propio nombre y cuya competencia es reconocida en la sociedad política y civil, pueden contar como ciudadanos de pleno derecho. Si carecen de las señales identificativas de la ciudadanía, deben caer en una categoría proscrita. Teniendo esto en cuenta, existen fundadas razones para reivindicar que en América exista el derecho al trabajo remunerado. La argumentación en contra de tal derecho no es trivial. No hay ningún derecho moral obvio ni ninguno exigible legalmente, se alega. Además, el respeto por uno mismo es un estado de ánimo demasiado vago y subjetivo para ser el fundamento de ninguna política pública (Elster, 1988, pp. 53-78). En lugar de pensar en derechos, uno debería pensar en términos de políticas generales diseñadas para acabar con el desempleo y elevar el nivel de vida de los pobres. Sin embargo, uno puede admitir la mayoría de estos puntos y seguir abogando por el derecho a trabajar en América. Sería un derecho derivado de los requisitos de la ciudadanía local, no un derecho humano fundamental. Así como en la práctica legal anglo-americana un juicio con jurado dimana del derecho fundamental a tener un juicio justo, ganarse el sustento está implícito en la ciudadanía americana igualitaria (Nickel, 1978-1979, pp. 149-170). Como tal, debe estar completamente separada de la asistencia –lo que ahora se denomina inapropiadamente *Welfare*–, que se basa en la necesidad, como quiera que esta se valore. Y la asistencia debiera reconocerse como un servicio básico debido tanto a los que son como a los que no son asalariados en un momento dado. Deberíamos aprender a pensar sobre ello en los mismos términos en que lo hacemos respecto del saneamiento y las carreteras públicas.

Desde este punto de vista, el derecho a ganarse el sustento no se basa en respuestas personales como la pérdida del respeto por uno mismo entre los desempleados, sino en la pérdida del respeto público, la degradación de su posición y el descenso a una ciudadanía de segunda clase a la que la ética pública los condena abiertamente y por tradición. Lo que está en juego aquí no es el derecho a respetarse a uno mismo, sino el derecho a que uno no se vea privado de su posición como ciudadano. Y la mínima obligación política exigible ha de ser la creación de empleos remunerados geográficamente cercanos a los desempleados, así como ofrecerles un salario mínimo legalmente establecido y la oportunidad de progresar (Wilson, 1988, pp. 159-163). Como cualquier otro derecho, el derecho a ganarse el sustento puede perderse, pero eso no le quita su valor. E incluso si no es factible aplicarlo plenamente, ser consciente de esa reclamación puede tener un efecto político.

Con esto llego al final de mi esbozo sobre la ciudadanía democrática americana como posición. No pretende ser un relato completo de todo lo que la ciudadanía es o podría ser, sino solo un intento de iluminar dos de sus componentes más elementales y esenciales: votar y ganarse el sustento, tal como han surgido de la tensión de las desigualdades heredadas en una sociedad comprometida con la igualdad política o, más exactamente, con el principio de inclusión.



## Bibliografía

- Arendt, H. (1958). *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press. Hay traducción en español: (2016). *La condición humana* (trad. Ramón Gil Novales). Barcelona: Paidós.
- Ashford, J. (1987). *Agrarians and Aristocrats*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bailyn, B. (1967). *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge: Harvard University Press. Hay traducción en español: (2012). *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana* (trad. Alberto Vanasco). Madrid: Tecnos.
- Baker, K. (1975). *Condorcet*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bakke, E.W. (1969). *The Unemployed Worker*. Hamden: Archon Books.
- Blau, J.L. (ed.). (1954). *Social Theories of Jacksonian Democracy*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Bodin, J. (1962). *The Six Bookes of the Commonwealth*. Ed. K. D. McRae. Cambridge: Harvard University Press. Hay traducción en español: (1988). *Los seis libros de la república* (trad. Primitivo Mariño). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Burke, E. (1881). Speech on Conciliation with America. En *Works*. Boston: Little-Brown. Hay traducción en español: (1996). *E. Burke, Textos políticos* (trad. Vicente Herrero). México: Fondo de Cultura Económica.
- Chevalier, M. (1966). *Society, Manners, and Politics in the United States*. New York: Augustus M. Kelley.
- Coleman, R.P. y Rainwater, L. (1978). *Social Standing in America*. New York: Basic Books.
- Cueva Fernández, R. (2011). *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Douglass, F. (1855). *My Bondage and My Freedom*. New York.
- Douglass, F. (1955). *The Life and Writings of Frederick Douglass* (ed. Philip S. Foner). New York: International Publishers. Hay dos traducciones en español: (2011). *Vida de un esclavo americano escrita por él mismo* (trads. Carlos García Simón e Íñigo Jáuregui Eguía). Madrid: Capitán Swing; y (2013). *Vida de Frederick Douglass un esclavo americano* (trad. Gara Cendal). Madrid: Grupo Editorial Alcalá.
- Du Bois, E.C. (1978). *Feminism and Suffrage*. Ithaca: Cornell University Press.
- Du Bois, W.E.B. (1982). *The Souls of Black Folk*. New York: New American Library. Hay traducción en español: (2020). *Las almas del pueblo negro*, de Héctor Arnau. Madrid: Capitan Swing.
- Dulany, D. (1967). *Considerations on the Propriety of Imposing Taxes in the British Colonies for the Purpose of Raising a Revenue, by Act of Parliament (1765)*. En: M. Jensen (ed.), *Tracts of the American Revolution (1763-1776)* (pp. 95-107). Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Elster, J. (1988). Is There (or Should There Be) a Right to Work. En: A. Gutmann (ed.), *Democracy and the Welfare State* (pp. 53-78). Princeton: Princeton University Press.
- Emerson, R.W. (1983). The Young American. En *Essays and Lectures*. New York: Library of America. Hay traducción en español: (2008). *Naturaleza y otros escritos de juventud* (trads. Antonio Lastra y Javier Alcoriza). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Foner, E. (1970). *Free Soil, Free Labor, Free Men*. New York: Oxford University Press.
- Foner, E. (1988). *Reconstruction*. New York: Harper and Row.
- Franklin, B. (1970). Father Abraham's Speech, en *The Complete Poor Richard's Almanacks*. Boston: Imprint Society. Hay traducción en español: (2020). *Almanaque del pobre Richard*, de P. Miras. Publicación independiente.

- Garraty, J. (1978). *Unemployment in History*. New York: Harper and Row.
- Gillette, W. (1965). *The Right to Vote: Politics and the Passage of the Fif - teenth Amendment*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Goldman Leventman, P. (1981). *Professionals Out of Work*. New York: Free Press.
- Goodman, L. (1972). *Do the Poor Want to Work?* Washington: Brookings Institution.
- Gutman, H.G. (1977). *Work, Culture, and Society in Industrializing America*. New York: Vintage Books.
- Hamilton, A. et al. (1961). *The Federalist Papers* (ed. C. Rossiter). Nueva York: New American Library. Hay traducción en español: (2001). *El federalista*, de Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G.W.F. (1942). *The Philosophy of Right* (ed. T.M. Knox). Oxford: Oxford University Press. Hay traducción en español: (2017). *Fundamentos de la filosofía del Derecho* (trad. Joaquín Abellán). Madrid: Tecnos.
- Hildreth, R. (1970 [1854]). *Despotism in America*. New York: Augustus M. Kelley.
- Hobbes, T. (1949). *De Cive*. Ed. Sterling P. Lamprecht. New York: Appleton-Century-Crofts. Hay traducción en español: (2015). *De Cive* (trad. Sebastián Martín). Madrid: Tecnos.
- Hurtado Mirón, M. (2010). *Los debates de Putney*. Madrid: Capitán Swing Libros.
- Komarovsky, M. (1940). *The Unemployed Worker and His Family*. New York: Dryden Press.
- Kraditor, A.S. (1971). *The Ideas of the Women's Suffrage Movement (1890-1920)*. New York: Anchor Books.
- Lane, R.E. (1982). Government and Self-Esteem. *Political Theory*, 10, pp. 5-31.
- Lawson, S.F. (1976). *Black Ballots: Voting Rights in the South (1944-1969)*. New York: Columbia University Press.
- Locke, J. (1823). *Some Thoughts Concerning Education*, vol. 9 of *Works*. London. Hay traducción en español: (2012). *Pensamientos sobre la educación* (trad. La lectura y Rafael Lasaleta). Madrid: Akal.
- Logan, R.W. (ed.). (1944). *What the Negro Wants*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- McClosky H. y Zaller, J. (1984). *The American Ethos*. Cambridge: Harvard University Press.
- McPherson, J.M. (1964). *The Struggle for Equality*. Princeton: Princeton University Press.
- Mead, L.M. (1986). *Beyond Entitlement*. New York: Free Press.
- Mill, J.S. (1929). *On the Subjection of Women*. London: Everyman's Library. Hay traducción en español: (2010). *El sometimiento de la mujer* (trad. Carlos Mellizo). Madrid: Alianza Editorial.
- Morgan, E.S. (1975). *American Slavery, American Freedom*. New York: Norton. Hay traducción en español: (2012). *Esclavitud y libertad en los Estados Unidos* (trad. Teresa Arijón), Buenos Aires: Siglo XXI Editora Iberoamericana.
- Nickel, J.W. (1978-1979). Is There a Human Right to Employment? *Philosophical Forum*, 10, 149-170.
- Otis, J. (1967). *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved (1764)*. En M. Jensen (ed.), *Tracts of the American Revolution (1763-1776)*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Pence, G.E. (1978-1979). Towards a Theory of Work. *Philosophical Forum*, 10, pp. 306-311.
- Perkins Gilman, Ch. (1966). *Women and Economics*. New York: Harper and Row. Hay traducción en español: (2008). *Mujeres y Economía* (trad. Empar Barranco). Valencia: Universitat de Valencia. Servei de Publicacions.
- Peterson, M.D. (ed.). (1966). *Democracy, Liberty, and Property: The State Constitutional Conventions of the 1820's*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Peterson, M.D. (ed.). (1975). *Notes on the State of Virginia*, en *The Portable Thomas Jefferson*. New York: Viking Press.

- Rodgers, D. (1978). *The Work Ethic in Industrial America (1850-1920)*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rousseau, J.J. (1969). *Emile*, en *Oeuvres complètes*. París: Pleiade.
- Rousseau, J.J. (1969a). *Contrat Social*, en *Oeuvres complètes*. París: Pleiade. Hay traducción en español: (1988), *El Contrato social, o principios de Derecho Político* (trad. María José Villaverde). Tecnos: Madrid.
- Rousseau, J.J. (1969b). *Constitution pour la Corse*, en *Oeuvres complètes*. París: Pleiade. Hay traducción en español: (1996). *Constitución para Córcega en Rousseau. Escritos Constitucionales* (trad. Antonio Hermosa Andújar). Tecnos: Madrid.
- Schlozman, K.L. y Verba, S. (1979). *Insult to Injury*. Cambridge: Harvard University Press.
- Skinner, Q. (1981). *Machiavelli*. Oxford: Oxford University Press. Hay traducción en español: (2020). *Maquiavelo* (trad. Manuel Benavides). Madrid: Alianza Editorial.
- Stanton, E.C. (1922). Women as Patriots. En: Theodore Stanton y Harriot Stanton Black (eds.), *Reminiscences*. New York: Harper. Hay traducción en español: (1998). *La Biblia de la mujer* (trads. J. Teresa Padilla Rodríguez y M<sup>a</sup> Victoria López Pérez). Madrid: Cátedra.
- Storing, H.J. (1981). Essay by a Newport Man. En: Herbert J. Storing (ed.), *The Complete Anti-Federalist*. Chicago: University of Chicago Press.
- Storing, H.J. (1981a). The Federal Farmer. En H. J. Storing (ed.), *The Complete Anti-Federalist*. Chicago: University of Chicago Press.
- Veblen, T. (1953). *The Theory of the Leisure Class*. New York: New American Library. Hay traducción en español: (2014) *Teoría de la clase ociosa* (trad. Carlos Mellizo). Madrid: Alianza Editorial.
- Verba S. y Nie N.N. (1972). *Participation in America*. New York: Harper and Row.
- Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice*. New York: Basic Books. Hay traducción en español: (2016). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, de Heriberto Rubio. México: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1948). *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, ed. Talcott Parsons. London: Allen and Unwin. Hay traducción en español: (2012). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (trad. Joaquín Abellán). Madrid: Alianza Editorial.
- Wiebe, R.E. (1985). *The Opening of American Society*. New York: Vintage Books.
- Williamson, C. (1960). *American Suffrage from Property to Democracy (1760-1860)*. Princeton: Princeton University Press.
- Wilson, W.J. (1988). *The Truly Disadvantaged*. Chicago: University of Chicago Press.
- Wootton, D. (1986). The Putney Debates. En: David Wootton (ed.), *Divine Right and Democracy*. Harmondsworth: Penguin.
- Wright, E. (1983). *Franklin of Philadelphia* Cambridge: Harvard University Press.

# Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)

## Hasél II or The criminal prosecution of animosity (about a text by Jacobo Dopico)

Víctor Javier Vázquez Alonso  
Universidad Sevilla  
ORCID ID 0000-0003-3494-3827  
[vvazquez@us.es](mailto:vvazquez@us.es)

Cita recomendada:

Vázquez Alonso, V. J. (2021). Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico). *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 392-398.

doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2021.6356>

Recibido / received: 15/09/2021

### Resumen

Este trabajo analiza brevemente las sombras del sistema de protección de la libertad de expresión en España al hilo del comentario a la sentencia del Tribunal Supremo nº 135/2020, de 7 de mayo, realizado por el profesor Jacobo Dopico en el anterior número de esta revista. Este caso resuelve el recurso interpuesto por el rapero Pablo Hásel. En el trabajo se analiza, en primer lugar, los factores que han llevado al viraje restrictivo en nuestra idea de la libertad de expresión para, en segundo lugar, ilustrar con el caso Hásel las consecuencias de esta deriva.

### Palabras clave

Libertad de expresión, Pablo Hásel, discurso de odio.

### Abstract

*This paper briefly examines the grey areas of the freedom of speech protection system in Spain in connection with the review of the Spanish Supreme Court ruling (number 135/2020) of 7 May 2020 carried out by Jacobo Dopico in the last issue of this journal. This case decides the appeal of the rap artist Pablo Hásel. First, this paper analyzes the factors that led to a restrictive turn in our idea of freedom of speech in order to, subsequently, show the consequences of this trend in the light of Hásel's case.*

### Keywords

Freedom of speech, Pablo Hásel, hate speech.



La dirección de la revista *Eunomia* me invita a la difícil tarea de dar respuesta a un trabajo del apreciado colega Jacobo Dopico (2021) sobre una de esas resoluciones judiciales que nacen condenadas a la atención mediática y al debate público. Estamos hablando de la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo<sup>1</sup> que resuelve el recurso interpuesto por el ya célebre rapero Pablo Hasél, frente a una previa condena por parte de la Audiencia Nacional, por la comisión de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la corona e injurias a la policía. Es determinante, sin duda, para la popularidad de este litigio el hecho de que la comisión del delito de enaltecimiento implicara a la postre la entrada en prisión del condenado, y también, el propio hecho de que el mismo Hasél ya hubiera sido condenado por delitos de expresión con anterioridad, en otro polémico fallo.

Pero, volviendo al comienzo, señalaba que la tarea de dar respuesta al profesor Dopico se antoja difícil y la razón de ello, fundamentalmente, es que suscribo de forma plena las conclusiones del análisis que él lleva a cabo en el número anterior de esta publicación, donde apunta, en un sentido muy crítico, a la ausencia de tipicidad de las expresiones que fueron consideradas constitutivas de los tres delitos señalados por parte del Tribunal. Me es imposible, en este sentido, responder *sensu stricto* a las tesis esbozadas por el profesor Dopico, como también, por pura deferencia hacia el lector, redundar en ideas que ya han sido formuladas por él de forma precisa y que comparto.

A este respecto, y valiéndonos del caso Hasél II y de la propia glosa llevada a cabo por nuestro colega penalista, intentaré aquí brevemente dar cuenta de algunos de los síntomas que ponen de manifiesto, en mi opinión, la zona de sombra por la que transita nuestro sistema de libertad de expresión. Síntomas, en cualquier caso, que, como insistiré, no dejan de verse bien representados en este litigio.

Desde hace años asistimos a un incremento de las condenas por delitos de expresión en España que es paralelo a una nueva comprensión, más restricta, del ámbito protegido por el artículo 20 de nuestra Constitución. Tomando en consideración la jurisprudencia en casación, y la propia doctrina constitucional, muy especialmente, por lo reciente y significativa, la STC 190/2020<sup>2</sup>, creo que podemos afirmar que se corre el riesgo de abdicar, ya sea parcialmente, en algunos de los presupuestos epistemológicos que sostenían, en nuestro ordenamiento, lo que podríamos denominar un concepto fuerte, en sentido democrático, de libertad de expresión. Desde mi punto de vista, a esta situación se llega por la confluencia de varios factores que dejan su impronta en la propia sentencia Hasél II.

El primero de ellos, por lo menos en el tiempo y creo que en relevancia, es el de la tipificación en el ordenamiento español del delito de enaltecimiento del terrorismo. Esta decisión de política criminal ha tenido, en mi opinión de forma inequívoca, implicaciones generales en la propia comprensión jurídica de la peligrosidad abstracta del discurso público, desvinculando el juicio sobre el carácter lesivo de ciertas manifestaciones de elementos empíricos y constatables desde una lógica causal. Con la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo<sup>3</sup>, y a pesar de la explícita acotación del tipo que, también a la luz del derecho europeo<sup>4</sup>, ha hecho

<sup>1</sup> STS nº 135/2020, de 7 de mayo.

<sup>2</sup> Para un análisis «en caliente» de la fragilidad argumental de esta sentencia, véase, el comentario de Valero Heredia, A. (17 de enero de 2021).

<sup>3</sup> Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>4</sup> En especial, la Directiva UE 2017/541 sobre lucha contra el terrorismo que, entre otras cosas, señala que «Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el



la jurisdicción constitucional, lo cierto es que se abrió<sup>5</sup> la puerta a un análisis conjetural sobre la incidencia abstracta que determinadas expresiones pueden tener en la creación o consolidación de un ambiente propicio para la comisión de ilícitos. A una cultura que, podríamos decir, estima de forma generosa la competencia del derecho penal frente al discurso socialmente nocivo. En este sentido, como se insistirá, el litigio que aquí se examina da buena cuenta de cómo dicha cultura prevalece, en ocasiones, sobre la propia restauración que el juez constitucional ha llevado a cabo del elemento incitador en la aplicación del tipo penal de enaltecimiento.

Al impacto que tuvo en la comprensión de la libertad de expresión la tipificación del enaltecimiento se suma aquella que produce la irrupción en nuestro acervo jurídico del concepto «discurso del odio»<sup>6</sup>. A este respecto, creo que bien puede decirse que, lejos de encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, nos hallamos más bien ante una suerte de «concepto jurídico de efectos indeterminados», y ello es así porque, más allá del hecho de que se haya incorporado a nuestro ordenamiento un tipo penal específico como el del artículo 510 CP, la idea de discurso odioso ha sido un argumento recurrente a la hora de excluir del ámbito protegido por la libertad de expresión ciertas manifestaciones, instaurándose, de este modo, una suerte de «test de la inquina», en cuya aplicación, muy a menudo, lejos de contrastarse la adecuación real de ciertas expresiones para poner en riesgo determinados bienes jurídicos, o siquiera para generar una atmósfera favorable a la discriminación de colectivos históricamente preteridos y con dificultades materiales para hacer valer sus derechos, se ha juzgado, en último término, lo que podríamos calificar como la mismidad del odio, es decir, la presencia de un sentimiento de desprecio en el emisor del discurso<sup>7</sup>. El binomio prohibición del discurso del odio y tutela de las minorías ha sido sustituido en muchas ocasiones por una argumentación donde la constatación de la inquina tras una determinada expresión es considerada presupuesto para situar extramuros de la libertad de expresión ciertas manifestaciones y, simultáneamente, y casi como consecuencia obligada, considerar su tipicidad.

Cabría valorar, junto a las razones expuestas, y también con relación al contexto en el que se produce la mutación en nuestra comprensión de los límites o, si se prefiere, del propio sistema de libertad de expresión, la circunstancia de que, tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la propia doctrina judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, convive una suerte de miscelánea de teoría de los derechos fundamentales (Caruso, 2017), alternando ambos tribunales patrones de argumentación basados en la ponderación y, por lo tanto, en una comprensión principialista del derecho a la libertad de expresión, con otros en los que los límites a esta libertad se dirimen desde una perspectiva interna, es decir, delimitando de forma más o menos estricta su ámbito de protección y situando, por lo que ahora nos atañe, ciertos discursos extremos fuera del ámbito protegido. Desde luego, no son estas páginas el lugar adecuado para terciar en la que es ya una de las polémicas patrias de más rico abolengo doctrinal, la que enfrenta, podríamos decir en broma, a

---

contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional»

<sup>5</sup> Así, la conocida STC 112/2016, integrando en la aplicación del tipo la constatación del riesgo provocado por las expresiones enaltecedoras y su idoneidad para la incitación.

<sup>6</sup> Una interesante lectura favorable a la introducción de este tipo, con especial atención a su trasfondo ético, puede verse en Pablo Serrano, (2017).

<sup>7</sup> Qué mejor ejemplo, en este sentido, que la STC 177/2015, de 22 de julio, donde, como es sabido, es el concepto de «discurso del odio», el que da estructura a la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional para avalar la condena por injurias a la Corona que la Audiencia Nacional impuso con motivo de la quema de fotos del Rey.

alicantinos y asturleonés<sup>8</sup> (Atienza, 2020), pero creo que sí puede constarse que esa impureza teórica es presupuesto para una cierta imprevisibilidad judicial<sup>9</sup> y, concretamente, como hemos visto, para que el uso de la idea de discurso odioso sirva, a la postre, no sólo como criterio de exclusión del ámbito protegido por el derecho a la libertad de expresión, sino también como argumento a favor de la tipicidad<sup>10</sup>.

De otro lado, cabría señalar que la funcionalización de la libertad de expresión, en tanto derecho comprendido al servicio de la formación de la opinión pública, es decir, desde su valor político o democrático, ha servido en ocasiones como presupuesto para su interpretación limitativa, al restringirse dicha dimensión democrática a aquellos discursos que respondan a un patrón de decoro, sentándose así la premisa, muy cuestionable, de que el exabrupto, el lenguaje extremo o desbarrado, quedan al margen de la tutela del derecho fundamental (Urias, 2021). Así, a falta de una teoría de la libertad de expresión que tome en cuenta la dimensión puramente subjetiva de ésta, es decir, su vinculación a la autorrealización del individuo<sup>11</sup>, la delimitación estricta de aquello que puede considerarse bajo el marchamo del discurso público condiciona progresivamente, en sentido restrictivo, el alcance de lo protegido por el derecho a la libertad de expresión.

A lo anterior hay que añadir que se ha producido igualmente, en este ámbito, una cierta banalización, en buena medida inédita, de la vinculación que nuestro ordenamiento prescribe a la doctrina judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, además de lecturas parciales o incoherentes con respecto a dicha jurisprudencia, tenemos ejemplos recientes y significativos de desacatos hacia la misma. En este sentido, la reformulación restrictiva de nuestra comprensión de los límites de la libertad de expresión implica hoy una relación de tensión, sobre todo en lo relativo a la tutela penal específica de instituciones y símbolos<sup>12</sup>, con la que es una doctrina consolidada en la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>13</sup>.

En cualquier caso, estos presupuestos jurídicos del viraje restrictivo en nuestra idea de la libertad de expresión no se sostendrían al margen de un cambio cultural de fondo. Cambio que, creo, tiene que ver, en primer lugar, con una nueva comprensión de los riesgos inherentes a ciertos discursos en un contexto tecnológico que hace posible, de forma hasta ahora inédita, la viralidad. Más allá del debate, siempre inconcluso, sobre la resistencia del marco conceptual de nuestro sistema de libertad de expresión e información a la disrupción tecnológica que supone la comunicación a través de la red (Boix, 2017), creo que cabe constatar que, por lo menos en el ordenamiento español, se ha producido un acto reflejo de caución judicial que ha afectado, entre otras cosas, a la comprensión de los límites al humor, a la sátira

<sup>8</sup> En concreto, una interesante crítica a la lógica ponderativa aplicada en el ámbito de la libertad de expresión, a propósito de la STC 35/2020, la podemos leer en García Amado, A. (2 de abril de 2020). Entre los autores que se caracterizan por abogar por una teoría interna de los límites a la libertad de expresión, puede verse, Urias (2019) o Presno Linera (2017).

<sup>9</sup> Si hay un trabajo que aborda esta cuestión, desde la perspectiva de la teoría de los derechos, y reivindicando, frente a los autores arriba citados, el necesario análisis de proporcionalidad y, por lo tanto, la no exclusión a priori de la cobertura constitucional de ciertos discursos, ese es el de Alcácer Guirao (2018).

<sup>10</sup> Alcácer Guirao lo ha resumido muy bien: «Si la primera consecuencia rechazable de la jurisprudencia constitucional es la omisión del juicio de proporcionalidad, la segunda es la justificación automática y acrítica de la sanción penal» Alcácer Guirao (2018). En extenso, puede verse su reciente trabajo, *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Alcácer Guirao (2020).

<sup>11</sup> Algo que propone, entiendo, Teruel Lozano (2018).

<sup>12</sup> Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011; Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018.

<sup>13</sup> Recomiendo la lectura del reciente estudio de Álvarez Rodríguez, I. (2020). Igualmente, puede verse, Presno Linera (2020).

religiosa o al derecho de protesta... De otro lado, entiendo que también incide en este retroceso la progresiva consolidación de una conciencia social en torno al pretendido «derecho» a no sentirse ofendido, es decir, la extensión de la creencia de que el ordenamiento nos ofrece instrumentos para poner fin a aquellos discursos que hieren nuestros sentimientos. Llama la atención también, y con razón, el profesor Jacobo Dopico, sobre la «hoolliganizacion» del debate público en torno a aquellos litigios relacionados con los límites de la libertad de expresión. Elemento este último que, del mismo modo, contribuye a que la «ecología» de la libertad de expresión sea más propicia para una lectura restrictiva de sus contornos.

El caso Hasél II, como señalábamos en un principio, se inscribe dentro de este contexto jurídico y cultural, siendo a su vez un ejemplo excepcional de las consecuencias prácticas del mismo. Ahora bien, al contrario de lo comúnmente asumido en la discusión informal que, sobre el litigio, se ha producido en los medios, no se trataba aquí del enjuiciamiento de un artista en tanto tal, es decir, a través de su obra, sin que, por lo tanto, sea preciso aproximarse a las expresiones litigiosas con el filtro de análisis necesario de la libertad artística, el cual, como he podido defender en alguna ocasión (Vázquez 2017), exige tomar en consideración la especificidad de este código y relativizar, en mi opinión, la lesividad de aquellas expresiones distorsionadoras o extremas que hayan podido usarse en una creación. La idea del juicio al rapero confunde así, en mi opinión, lo que en puridad se sometía a escrutinio, que no es sino la relevancia penal de una reiterada, extrema e incontinente crítica a través de la red, en concreto a través de tuits, llevada a cabo por un sujeto de relativa celebridad en determinados ámbitos contestatarios.

A este respecto, e intentando cumplir con la palabra dada de no ser reiterativo o redundante con el comentario a la sentencia del profesor Dopico, con el cual ya he señalado que coincido plenamente, creo que la argumentación esgrimida en casación para confirmar la condena impuesta a Pablo Hasél no consigue explicar con claridad tres puntos esenciales.

En primer lugar, y respecto al delito de injurias a la Corona, en la sentencia no se explica con suficiencia, por qué no es en este caso atendible la vinculante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos que, reiteradamente, y con España como excusa, ha advertido de la difícil compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de tipos penales que impidan en una sociedad democrática ejercer con amplitud el derecho de crítica a las instituciones estatales, especialmente a la jefatura del Estado, sea cual sea la forma política de este. No consigo ver, a este respecto, en el compendio de arrebatos antimonárquicos que son objeto de juicio, y de los cuales trasciende un juicio de valor radicalmente despreciativo hacia la monarquía<sup>14</sup>, un comportamiento que pueda calificarse de típico, considerando tanto el amparo que la libertad de expresión nos ofrece para hacer público nuestro juicio más extremo de una institución, como los propios límites con los que el derecho penal ha de proyectarse sobre esta libertad pública.

En segundo lugar, y con relación al enaltecimiento, la apreciación de la tipicidad de ciertas expresiones se lleva a cabo con el peaje de obviar o de no interpretar en su justa medida, el alcance de una jurisprudencia constitucional ya

---

<sup>14</sup> Así, entre otros asertos, se toman en consideración algunos como: «El mafioso del Borbón de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo», «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» o «El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa».

reiterada que vincula la aplicación del tipo penal del enaltecimiento a un análisis causal en el que se coteje de forma estricta, y no de manera conjetural<sup>15</sup>, la idoneidad de las expresiones para «propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades», quedando, por lo tanto, fuera del ámbito del reproche penal «la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE».

Finalmente, y con relación a la condena sobre la base del Art. 504.2 CP, es significativa, en mi opinión, y tomando en consideración el contenido de las expresiones litigiosas, la taxatividad con la que el Tribunal descarta que dichas expresiones no se encuentren bajo el paraguas de la libertad de expresión, en este caso manifestada como una virulenta crítica policial, que, por mucho que nos pueda resultar desmedida o injusta, no aparece en el caso concreto desconectada de sucesos o procesos penales de inequívoca relevancia pública, que en su momento suscitaron controversia, y en los que es la actividad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado el elemento objetivo de la discusión. A este respecto, tampoco está de más recordar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en el amparo expreso que ofrece el Convenio al discurso antipolicial<sup>16</sup> ya que, al fin y al cabo, nos encontramos ante una crítica al poder público, siendo, en este sentido, necesario comprender o delimitar de forma minimalista la “dignidad” institucional de estos cuerpos de seguridad que es, en último término, el valor que el tipo penal protege.

Como cierre a esta respuesta, que no es tal, al profesor Dopico, me gustaría destacar una conclusión que se desprende bien del comentario que él lleva a cabo de la sentencia, y es que la devaluación en la comprensión constitucional de la libertad de expresión, la quiebra de algunos de sus presupuestos epistemológicos ha provocado a su vez una redimensión del derecho penal en este ámbito. El caso Hasél II demuestra, en este sentido, que el cambio que se produce en nuestra cultura constitucional a la hora de entender qué es y qué no discurso protegido, es paralelo también a una relativización de ciertos principios basilares del derecho penal, dentro de este ámbito de los delitos de expresión, que, en último término, tiene como consecuencia que nuestros jueces operen con juicios subsuntivos demasiado favorables a la hora de considerar la tipicidad penal de ciertas expresiones. Todo ello con el peaje no menor de colmar de celebridad a sus autores.

## Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2018). Opiniones Constitucionales. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, pp. 1-39.
- Alcácer Guirao R. (2020). *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons.
- Álvarez Rodríguez, I. (2020). De la libertad de expresión en España: Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH. *Anales de Derecho, Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario*.
- Atienza Rodríguez M., García Amado A. (2020). *Um debate sobre a ponderação*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Boix Palop A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de estudios políticos*, 173, pp. 55-112.

<sup>15</sup> Véase, a este respecto, el muy reciente trabajo de Valero Heredia, A. (2021).

<sup>16</sup> *Savva Terentyev c. Rusia*. Sentencia de 28 de agosto de 2018.

- Caruso, C. (2017). El *hate speech* en Estrasburgo. El pluralismo militante de sistema convencional. En L. Alonso y V. J. Vázquez. (eds.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos* (pp. 103-121). Sevilla: Athenaica.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2021). El segundo “caso Pablo Hasél”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 393-414.
- García Amado, A. (2 de abril, 2020). O de la eterna cuestión de si el TC es un tribunal de supercasación. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/sobre-la-sentencia-del-tc-352020-en-el-conocido-como-caso-strawberry>
- Pablo Serrano, A. (2017). Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. En L. Alonso Sanz, V. J. Vázquez Alonso (Eds.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos* (pp. 145-160). Sevilla: Athenaica.
- Presno Linera, M. y Teruel Lozano, G. (2017). *La libertad de expresión en América y Europa*. Lisboa: Juruá Editora.
- Presno Linera, M. (2020). La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70, 276, pp. 461-492.
- Teruel Lozano G. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38, 114, pp. 13-45.
- Urías, J. (2019). *Libertad de expresión: Una inmersión rápida*. Barcelona: Tibidabo.
- Urías, J. (2021). Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, pp. 271-301.
- Valero Heredia, A. (2021). La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, pp. 367-388
- Valero Heredia, A. (17 de enero de 2021). A puta bandeira o la autodestrucción de un Tribunal. *AIRevésyAIDerecho*. Recuperado de <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5957>
- Vázquez Alonso, V. J. (2017). Artistas abyectos y discurso del odio. En L. Alonso y V. J. Vázquez. (eds.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos* (pp. 211-231). Sevilla: Athenaica.



# Injurias a la corona: el caso Hásel\*

## Insult to the crown: Hásel case

María del Mar Moya Fuentes  
Universidad de Alicante  
ORCID ID 0000-0002-9002-5214  
[mar.moya@ua.es](mailto:mar.moya@ua.es)

Cita recomendada:

Moya Fuentes, M. M. (2021). Injurias a la corona: el caso Hásel. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 399-406  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6363>

Recibido / received: 10/09/2021

### Resumen

La confirmación por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia Nacional a Pablo Hásel por injurias a la familia real y a la policía, así como por enaltecimiento del terrorismo ha puesto de nuevo el foco del debate jurídico en cuáles son los límites penales a la libertad de expresión y opinión. En el presente trabajo se procede a analizar la sanción de los delitos de injurias a la corona en estas resoluciones a la luz de los estándares protectores de esta libertad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya ha condenado a nuestro país en asuntos similares por vulnerar el art. 10 CEDH.

### Palabras clave

Libertad de expresión, injurias a la corona, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, art. 10 CEDH.

### Abstract

*The confirmation by the Supreme Court of the sentence handed down by the Audiencia Nacional to Pablo Hásel for insulting the royal family and the police, as well as for glorifying terrorism, has once again put the focus of the legal debate on the criminal limits to freedom of expression and opinion. This paper analyses the punishment of the offences of insulting the Crown in these rulings in the light of the protective standards of the European Court of Human Rights, which has already condemned Spain in similar cases for infringing art. 10 of the ECHR.*

### Keywords

*Freedom of expression, honor, insult to the crown, European Court of Human Rights, article 10 ECHR, Hásel.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Delito de injurias a la corona: ¿límite a libertad de expresión? 3. Valoración crítica.

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



## 1. Introducción

El encarcelamiento meses atrás del rapero Pablo Hásel, tras la confirmación por el Tribunal Supremo (sentencia 135/2020, 7-2) de la condena impuesta por la Audiencia Nacional (sentencia 3/2018, 2-3) por un delito de injurias a la corona, otro a la policía y otro de enaltecimiento del terrorismo, ha puesto de nuevo el foco del debate jurídico sobre el siempre perenne problema de los límites penales a la libertad de expresión.

En efecto, si bien otros polémicos asuntos ya habían cuestionado con anterioridad el posible exceso de celo punitivo en la tutela de la opinión (recuérdese, a modo de ejemplo, el encarcelamiento de dos titiriteros por mostrar en un espectáculo infantil un cartel que decía «Gora Alka-ETA»; el enjuiciamiento de comentarios satíricos sobre la muerte de Carrero Blanco –caso Cassandra– u otros políticos –caso Strawberry– o la condena del también rapero Valtònyc por sus críticas a la Corona y a otras instituciones estatales), es el citado asunto el que ha dado lugar a una mayor y contundente protesta social. Ésta se tradujo en manifestaciones e importantes disturbios callejeros y, en especial, en una encendida discusión por parte de los expertos acerca de la argumentación de las sentencias condenatorias –acompañadas ambas de votos particulares disidentes– y la necesidad de tutela penal de las figuras delictivas que en ellas se dirimen.

En lo que sigue se procede a realizar una breve reflexión crítica sobre la condena en estas resoluciones de las injurias a la corona a la luz de los estándares protectores de la libertad de expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que la defensa del cantante ya ha anunciado va a recurrir –tras agotar la vía judicial nacional–, y que en la última década ha sancionado en varias ocasiones a nuestro país por cercenar la libertad de expresión (art. 10 CEDH) de ciudadanos que han proferido precisamente comentarios críticos contra la monarquía española –Otegi Mondragón c. España (demanda 2034/07) y Stern Taulats y Roura Capellera c. España (demandas 51168/15 y 51186/15)–.

## 2. Delito de injurias a la Corona: ¿límite a la libertad de expresión?

Dentro del Capítulo XI del Título XXI del Libro II de nuestro texto penal se tipifican dos delitos de ofensas al rey, a su cónyuge, a sus ascendientes o a sus descendientes. Así, el art. 490.3 CP castiga las calumnias e injurias proferidas contra los anteriores sujetos en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas (prisión de seis meses a dos años si son graves, o multa de seis a doce meses si no lo son). De no guardar estas expresiones relación con el ejercicio del cargo serán sancionadas más levemente conforme al art. 491 CP (multa de cuatro a veinte meses).

En el caso de autos se analizan cerca de una veintena de tweets y la letra de un rap que se completa con un vídeo con imágenes de los reyes publicados por el cantante entre 2014 y 2016 en su perfil de Twitter (@PabloHasel, con 54.000 seguidores) en los que, en líneas generales, se acusa al emérito –figura sobre el que se focalizan la mayoría de los mensajes– de múltiples delitos, entre ellos homicidio y malversación, así como de llevar a cabo una conducta no acorde con la autoridad que representa (despilfarro económico, consumo de drogas y alcohol, relaciones extramatrimoniales, negocios privados, vínculos de amistad con la monarquía saudí a la que se acusa de financiar al terrorismo islámico). A los que se añaden otros comentarios dirigidos a descalificar a la monarquía española (catalogada de banda criminal, mafiosa o medieval) y al actual rey (al que se espera sea desahuciado junto con toda su familia de parásitos), así como a criticar la tibieza de los dirigentes de

izquierda con los reyes y a ensalzar las penurias que sufren miles de ancianos, mientras que los monarcas dan lecciones desde palacios.

Tras su valoración, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que estas afirmaciones colman el tipo del art. 491 CP sobre la idea central de que en ellas el acusado no expone una crítica hacia la institución ni una reivindicación política de otra forma de Estado –como pudiera ser la republicana–, sino que se dirigen a menoscabar la imagen de la monarquía y de sus integrantes desde la imputación meramente personal, a fin de que quien accede a los mensajes adopte también una posición contraria a los mismos (incluso violenta). Luego, estas expresiones exceden del derecho a la «libertad de expresión», al no atisbarse en ellas crítica o queja política del monarca o de la institución, sino que se adentran en el ataque personal gratuito a su reputación como persona, afectando así a los aspectos íntimos de su vida privada y, en definitiva, atacando a su honorabilidad personal.

No comparto esta fundamentación jurídica por las siguientes razones:

Primera. Como acertadamente señala Dopico Gómez-Aller (2021), las anteriores resoluciones –y en particular la del Alto Tribunal– no realizan un análisis individualizado de la tipicidad de los mensajes, sino una valoración global de los mismos plagada de juicios pocos concretos acerca de su contenido y potencialidad lesiva. Lo que ha dado lugar a que se hayan reputado sin mayor explicación como penalmente relevantes mensajes:

a) que no se dirigen propiamente contra el rey u otros miembros de la familia real, sino a otros agentes públicos, tal y como ocurre con las críticas a los políticos de izquierda o las acusaciones a la monarquía saudí –que no al rey emérito– de financiación terrorista;

b) que carecen de la menor transcendencia penal, incluso aun cuando fueren dirigidos a una persona no pública. Este es el caso, por ejemplo, de la alusión al padecimiento de ancianos sin techo que, más allá de perseguir la controvertida comparativa de sus condiciones de vida con la de los monarcas, no encierra –a mi entender– ninguna imputación falsa de delito ni atentado contra la dignidad de nadie. Lo primero no se produce ni tan siquiera cuando se alude a la muerte del hermano del rey emérito, dado que se habla de un accidente, pero en ningún caso de que este lo haya matado.

c) que critican a la institución pública como tal. En efecto, el músico profiere descalificaciones, insultos y exabruptos con términos muy severos con los que expresa su desprecio y rechazo a la monarquía ante los hechos que esta y sus integrantes acometen, y que son objeto de debate público en los medios de comunicación –nacionales y extranjero– en aquel momento –y también ahora–. Luego no son expresiones ofensivas dirigidas contra la propia persona del rey o sus familiares, las cuales sí podrían ser ilícitas en relación a particulares (como es el caso de los calificativos «ladrón» o «mafioso de mierda» referidos al rey emérito), pero no cuando se producen –como ocurre en este caso– en el marco de una crítica a un personaje público fundamentadas en retazos de la realidad informativa.

Una libertad de crítica que, como bien señala el TEDH, ampara no sólo la información o las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que «que ofenden, chocan o perturban», pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los que no existiría una sociedad democrática (SSTDH de 7.12.1976, Handyse c. Reino Unido, y de 22.10.2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia); de modo que las

restricciones a la libertad de expresión del discurso y el debate político apenas admite restricciones a la luz del art. 10.2 CEDH (STEDH 15.3.2011, Otegi Mondragón c. España; ideas que también suscribe nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 177/2015-22-7; 112/2016, 20-6 y 35/2020, 25-2). En este sentido, el tribunal arguye además que cuando se trata de expresiones o conductas expresivas referidas a un cargo público –como es el de jefe de Estado–, los límites de la crítica admisible son más amplios que respecto de un particular, dado que el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por la prensa como por la ciudadanía (SSTEDH de 8.7.1986, Lingens c. Austria; y de 27.5.2004, Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia).

Segunda. En relación precisamente con esto último el Alto Tribunal realiza una interesada interpretación –como bien resalta Dopico Gómez-Aller (2021)– de los hechos consistente en desvincular los mensajes de la crítica política a fin de no invocar la anterior jurisprudencia del TEDH y, en particular, su sentencia de 13.3.2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España –cuyo supuesto fáctico desglosa en su texto– para hacer hincapié en que en el presente asunto –a diferencia de aquel otro– se vierten injurias directas y personales contra el rey emérito, y no sobre lo que representa la monarquía. Así, señala que el condenado «no trata de expresar una reivindicación política de otra forma de Estado, como pudiera ser la republicana», sino insultar y menospreciar a la monarquía y sus integrantes.

Este razonamiento de entrada no es admisible, en mi opinión, por una cuestión fundamental que excede con creces los objetivos de este trabajo y que es la plena identificación que realiza nuestro texto constitucional de la jefatura del Estado con la corona y la personificación de esta última en la figura del rey y de sus ascendientes y descendientes. Lo que hace que sea difícil sustentar la pretendida distinción por el anterior tribunal entre institución, titular, persona concreta y, menos aún, entre las esferas públicas o privadas de esta última (ampliamente sobre esta cuestión, Martínez Guerra, 2016). Clara muestra de esto último es que la tutela penal se dirige fundamentalmente a proteger el honor de quien ya ni siquiera es jefe de estado, tal y como es el caso del rey emérito, contra quien se dirigen la gran parte de las descalificaciones que fundamentan la condena.

Asimismo, de conformidad con los parámetros del TEDH, este argumento también se ha de rechazar, porque la libertad de crítica engloba tanto la propuesta de alternativas como la mera oposición a una institución –la monarquía– como a las personas públicas –el rey–. En efecto, como bien dice el mencionado tribunal, la crítica puede afectar a la persona misma porque «la invectiva política a menudo incide en la esfera personal» y representa «azares de la política y del libre debate de ideas, que son las garantías de una sociedad democrática» (STEDH de 8.7.1986, Lingens c. Austria). Es más, en relación a la crítica a los jefes de Estado, el tribunal ya ha declarado en varias ocasiones que: otorgarle una mayor protección mediante figuras delictivas agravadas a estos dirigentes –tal y como es el caso del art. 490.3 de nuestro texto punitivo– para tutelar su honor no es conforme al espíritu del convenio (doctrina sentada en los asuntos Colombani y otros c. Francia, de 25.6.2002; Pakdemirli c. Turquía, 22.2.2005 o Artun y Gvener c. Turquía, 26.6.2007, y reproducida en los asuntos contra nuestro país: Otegi Mondragón c. España, 15.3.2011; Jiménez Losantos c. España, de 14.6.2016, y Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13.3.2018).

En efecto, si bien el tribunal considera que es totalmente legítimo que las instituciones estatales estén protegidas en su calidad de garantes del orden público institucional, entiende que la posición dominante que éstas ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso del Derecho penal; no solo por la

desproporción que puede suponer acudir a esta vía, sino fundamentalmente por el indeseable efecto desaliento (*chilling effect*) que ello puede generar en la ciudadanía (STEDH de 14.6.2016, Jiménez Losantos c. España; ideas que también suscribe nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 177/2015-22-7; 112/2016, 20-6 y 35/2020, 25-2). Luego, la protección penal cualificada que se pretende extender en este caso al monarca resulta contradictoria con la idea largamente sustentada por la jurisprudencia europea de que la protección de las personas públicas frente a ofensas contra el honor es menos intensa que la del resto de las personas, cuando estas se profieren en el contexto de la crítica política.

Tercera. El TEDH admite que la imposición de una pena privativa de libertad cometida en el ámbito del discurso político es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 CEDH en circunstancias excepcionales, tales como cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales con ocasión, por ejemplo, de un discurso de odio o incitación a la violencia (así, STEDH 15.3.2011, Otegi Mondragón c. España). En base a esta idea, nuestro Alto Tribunal sostiene que las expresiones proferidas por el cantante revelan un ánimo evidente de que quien acceda a sus mensajes adopte una posición contraria a la monarquía y sus integrantes, inclusive de forma violenta. Sin embargo, más allá de la legitimidad de arengar a adoptar una posición contraria a estos, no puede inferirse en ningún caso del relato de los hechos probados y del contenido de los mensajes –meros juicios de valor que alcanzaron una amplia difusión dado el elevado número de seguidores con los que aquél contaba en su perfil digital– que incitasen –ni siquiera de manera indirecta– a desarrollar una actividad violenta; lo que evidencia un exceso estilístico o, más bien un uso metafórico del término violento por parte del tribunal, carente de todo apoyo fáctico (así, Dopico Gómez-Aller, 2021). Asimismo, esta incitación a combatir la institución, tampoco puede deducirse como señala la resolución de la existencia en cerca de dos millares de tuits de los términos rey, Borbón o monarquía, dado que su mera identificación al margen del contenido de la misiva que lo incorpora resulta irrelevante. A lo que se añade que atribuir a estos conceptos por sí solos perfiles del discurso del odio, aun como aval a un pronóstico de riesgo, es una interpretación contra reo inadmisibles (vid., STS 135/2020, 7-5, voto particular Magistrados Colmenero Menéndez de Luarca y Ferrer García).

Así las cosas, es evidente que nuestros tribunales –a excepción de contados votos particulares que abogan por la atipicidad de la disidencia política (vid., sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 5 de diciembre de 2008 y de 21 de mayo de 2013) – siguen asumiendo una protección reforzada de la Corona y de su titular, al no asimilar los criterios interpretativos de la jurisprudencia del TEDH que reconducen al campo de la impunidad las críticas políticas contra aquellos. Hecho que permite aventurar una nueva condena a nuestro país por esta especial protección del honor de sus jefes de Estado, que resulta a todas luces contraria al espíritu del Convenio, tal y como ya ocurriera en los aludidos asuntos Otegi Mondragón y Stern Taulats y Roura Capellera.

### 3. Valoración final

A la vista de lo analizado es preocupante la tendencia que se observa en los últimos años en España a criminalizar las manifestaciones vertidas contra la monarquía, con lo que parece querer desalentarse todo comentario desfavorable contra la misma e imponer, en consecuencia, un pensamiento único bajo la amenaza de penas de multas y de prisión, y que han dado lugar ya a varias condenas por el Tribunal de Estrasburgo por violación del art. 10 CEDH.



Unas condenas que no parece vayan a resultar puntuales o excepcionales, de aplicarse argumentaciones como las alegadas por los tribunales patrios en el asunto que nos ocupa, que ensalzan la superioridad de la jefatura del Estado y su incolumidad ante cualquier crítica por parte de la ciudadanía. A esto se une, además, que dada la nueva configuración del trámite de admisión del recurso de amparo, que requiere al demandante probar ahora no solo la lesión subjetiva de un derecho fundamental, sino también que esta trascienda el ámbito de sus intereses privados y presente una «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1 LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), la litigiosidad ante el tribunal europeo por vulneración de derechos fundamentales como la libertad de expresión va a ser mayor. En efecto, esta exigencia está dando lugar a la inadmisión de la práctica totalidad de recursos para su revisión por el Tribunal Constitucional y está propiciando la interposición de demandas de los ciudadanos españoles ante el TEDH, a fin de obtener la declaración de la vulneración de su derecho y de su reparación, lo que consecuentemente redundará en un aumento de resoluciones que determinan que nuestro país ha vulnerado uno de los derechos del CEDH (Ripol Carulla, 2014).

Lamentable será –aventuro– el espectáculo que dé nuestra nación cuando sus cantantes, humoristas, artistas y, en definitiva, todo ciudadano disidente perseguidos por la sátira política deban ir hasta Estrasburgo para que se tomen en serio sus libertades fundamentales. Lo que me lleva a preguntarme con cierta perplejidad cuántos varapalos judiciales más deberá recibir España por parte de las instituciones europeas para acabar con esta protección irregular, obsoleta y excesiva a la monarquía, que no se ajusta a la realidad que vivimos.

A fin de evitar este desalentador escenario sería deseable, a mi juicio, que nuestros tribunales asimilasen con urgencia la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión, apostando por una mayor tolerancia a la crítica relativa a la actuación de las autoridades estatales, limitada solo en supuestos de extrema gravedad –p. ej., incitación al odio o a la violencia–. En este sentido, devendría esencial: a) abandonar la idea de superioridad de la monarquía frente a otras instituciones democráticas; b) dejar de personificar a la corona como jefatura del Estado en su concreto titular; c) distinguir entre los ámbitos público y privado del jefe del Estado y, en base a esto último, d) limitar la tutela penal de su honor, el de su consorte, ascendientes o descendientes a los tipos comunes o a la vía civil (en esta línea, Martínez Guerra, 2016). Aunque lo realmente esperable sería que nuestro legislador abogase por renunciar a la sanción penal en materia de injurias y calumnias a la corona con la que se desincentiva la contribución del ciudadano a la discusión de cuestiones que interesan a la vida de la colectividad [también así, Corral-Maraver (2020), Presno Linero (2018) y el Grupo de Estudios de Política Criminal (2019), quien propone que las calumnias e injurias contra las instituciones del Estado se persigan de oficio a través de sus figuras genéricas conforme al art. 215.1 CP].

Estas recomendaciones ya han sido efectuadas desde el Comité de Ministros del Consejo de Europa (vid., Resolución 1577, de 4 de octubre de 2007, sobre la despenalización de la difamación y de 12 de febrero de 2004, sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación), que considera fundamental para garantizar la libertad del debate político que los derechos nacionales eliminen cualquier tipo de sobreprotección de las autoridades y cargos políticos –incluso cuando sus funciones sean meramente simbólicas–, así como que despenalicen los delitos de difamación y de insulto contra estos, ya que la vía penal de estas conductas no responde a medidas necesarias en una sociedad democrática. De hecho, son diversas ya las ocasiones que desde la comisaría de derechos humanos de esta organización (la última en marzo de este mismo año) se nos ha solicitado la

introducción de cambios legales sobre las injurias a la corona en nuestro orden penal en el sentido indicado.

De momento, estas medidas únicamente se han materializado en nuestro país en un fallido intento legislativo de despenalización de las injurias y calumnias contra la corona propuesta por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 122/00039, núm. 51-1, de 3 de febrero 2 de 2012), que acabo decayendo y, más recientemente, en el anuncio por parte del Ministerio de Justicia –al albur precisamente de las protestas por la condena a Hásel y a pocos días de su entrada en prisión– de una revisión de los delitos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión dirigida a restringir la sanción penal de aquellas conductas que supongan un claro riesgo para el orden público o la provocación a la violencia, que si bien llevarán aparejadas penas disuasorias nunca serán privativas de libertad. Con ello pretende el Ejecutivo dejar extramuros del *ius puniendi* los excesos verbales que se cometan en el contexto de manifestaciones artísticas, culturales o intelectuales, ya que a su juicio el Derecho penal no es la herramienta más útil, necesaria ni proporcionada para responder a comportamientos que, pese a poder rozar la ilicitud, su sanción supondría un desaliento para la libertad de expresión, conforme a lo declarado por nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No obstante, pese a las expectativas generadas por este anuncio, a día de hoy, el Gobierno no ha alumbrado ningún texto en esta materia. No obstante, es necesario reseñar en este sentido que el pasado mes de junio, el Grupo Parlamentario Socialista sí respaldó la tramitación de la Proposición Ley Orgánica de reforma del Código Penal para la protección de la libertad de expresión (Boletín Oficial de las Cortes Generales 122/000124, núm. 149-1, de 19 de febrero de 2021), presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (justamente un día después de lo anunciado por el Ministerio de Justicia) y cuyo contenido es casi idéntico a la proposición de ley que registró años atrás (Boletín Oficial de las Cortes Generales 122/000211, núm. 239-1, de 23 de marzo de 2018), pero que finalmente no salió adelante.

Esta propuesta –en trámite de enmiendas en el momento en que se escriben estas líneas– contempla, entre otras medidas, precisamente la derogación expresa del ilícito aquí analizado, a la que se suma la de los delitos de injurias a las Instituciones del Estado (art. 504 CP); contra los sentimientos religiosos (art. 525 CP) y las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos (art. 543 CP), así como el enaltecimiento del terrorismo, al considerar que con la aplicación de estos tipos delictivos –que califica como obsoletos y procedentes de la dictadura– se criminalizan conductas tales como críticas al rey, pitadas al himno nacional, *performances* feministas, letras de canciones o mensajes en redes sociales; lo que choca frontalmente con la esencia de este derecho fundamental y es inadmisibles en un sistema plural y democrático como el español.

Será pues necesario esperar para saber si esta propuesta consigue fructificar, lo que sería una elogiada medida para lograr que la libertad de expresión de los ciudadanos no venga limitada por su miedo a entrar en prisión, ya que en una democracia –como es la nuestra– la única institución a proteger y preservar por encima de todas las otras es la del ejercicio de las libertades fundamentales y, entre ellas, la libertad de crítica y disidencia política.

## Bibliografía

- Corral-Maraver, N. (2020). Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la corona y el derecho a la libertad de expresión política en España. *Revista General de Derecho Penal*, 34, pp. 21.
- Grupo de Estudios de Política Criminal (2019). Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión.
- Martínez Guerra, A. (2016). Delitos contra la corona. F. J. Álvarez García (Dir.). *Tratado de derecho penal español. Pate especial. IV. Delitos contra la Constitución* (pp.126-130). Valencia, España: Tirant lo Blanch
- Presno Linera, M. M. (2018). Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. *España sobre la quema de fotos del rey. Teoría y realidad constitucional*, 42, pp. 539-549.
- Ripol Carulla, S. (2014). Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/1, enero-junio, pp. 28-30. Recuperado de [http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/1-Santiago-Ripol\\_digital.pdf](http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/1-Santiago-Ripol_digital.pdf)

## Privacidad en un mundo digital. Comentario a Carissa Véliz, *Privacy is power: why and how you should take back control of your data*\*

(2020) Bantam Press,  
London, 268 pp.

Isabel Turégano Mansilla  
Universidad de Castilla-La Mancha  
ORCID ID 0000-0003-1980-4351  
[isabel.turegano@uclm.es](mailto:isabel.turegano@uclm.es)

Cita recomendada:

Turégano Mansilla, I. (2021). Privacidad en un mundo digital. Comentario a Carissa Véliz, *Privacy is power: why and how you should take back control of your data*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 407-426.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6364>

Recibido / received: 13/08/2021

Mientras escribo este comentario leo en la prensa que el Director del *StratCom* (Centro de Comunicación Estratégica de la OTAN) afirma que el manejo de los datos será una amenaza a la seguridad nacional en el futuro. Janis Sarts alerta de que el uso malicioso de datos personales accesibles o que pueden ser comprados representa un arma que amenaza la seguridad de nuestras democracias (Domínguez Cebrián, 2021). Pocos días después se nos informa de que la Agencia Tributaria española emplea el *big data* para detectar el fraude fiscal. La Agencia puede controlar el patrimonio de personas deslocalizadas, usando mecanismos de análisis sofisticado para investigar y comprender complejos entramados financieros y societarios (González, 2021). Las cantidades ingentes de datos que cada día se generan y almacenan con las tecnologías digitales pueden verse tanto como un riesgo grave a nuestro modelo liberal y democrático de organización social, como una oportunidad para innovar económicamente y mejorar la prestación de servicios públicos. En ambos casos, sin embargo, se asume que la privacidad tiene una dimensión social

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del "Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad [CDREM]" (PID2019-106904RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033), financiado por la Agencia Estatal de Investigación.



sobre la que es esencial deliberar en nuestros días para decidir qué modelo económico y político queremos para nuestras sociedades.

El libro de Carissa Véliz, que aparece en castellano este otoño, es una lúcida reflexión desde la filosofía que nos alerta de los riesgos del modelo cultural y económico de datos que hemos permitido que se haya implantado. Aunque llama a la acción individual y social comprometida, su obra es también un alegato en favor de una intervención más garantista del Derecho. Hemos asumido acríticamente un modelo social y económico basado en la compilación y explotación de datos personales como necesario para el progreso social y tecnológico. Pero este modelo no ha valorado lo que supone en pérdida de nuestra privacidad. Y ello tiene un coste moral y político que no compensa los beneficios que genera. Solo si los datos personales son tratados con las debidas garantías y no como mera mercancía será posible un progreso auténtico hacia el bienestar sin la violación sistemática de los derechos individuales. La «privacidad», escribe la autora, «no debería ser el precio que tengamos que pagar para acceder a cualquiera de nuestros otros derechos, entre ellos la educación, la atención médica y la seguridad, primordial entre ellos» (Véliz, 2021, p. 208). Tenemos la responsabilidad de pensar en modelos que garanticen la seguridad y el bienestar sin vulnerar el derecho a la privacidad.

Pero la autora desconfía de dejar por completo tal tarea a la voluntad de los legisladores de reformar *motu proprio* el modelo de comercio de datos, la industria de la publicidad, el uso de datos sensibles, etc. En el trasfondo de su propuesta parece haber una concepción histórica y social de los derechos humanos, que solo son reconocidos, en palabras de Luigi Ferrajoli, tras luchas o revoluciones que han roto el velo de una precedente opresión o discriminación (Ferrajoli, 2011, p. 59). Pero solo llega a hacer explícita esta premisa al afirmar que «[l]a historia de los derechos es, en gran medida, la historia del reconocimiento progresivo de que los seres humanos no son recursos para explotar, sino individuos para respetar» (Véliz, 2021, p. 212). Esto es, los derechos no emergen sin más de su reconocimiento en documentos normativos, sino que son el resultado de demandas y presiones que empujan a la expansión de las fronteras del Derecho. Este evoluciona en la medida en que grupos e individuos, que no consideran suficientemente garantizada su dignidad en los derechos proclamados, contribuyen a generar una deliberación pública que aspira a desafiar, reinterpretar y transformar los derechos en un proceso social e institucional complejo. Como escribió Norberto Bobbio, los derechos «surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen» (Bobbio, 1991, p. 70). Esta concepción histórica y social de los derechos implica que son susceptibles de transformación y de ampliación. Lo que defiende Carissa Véliz es la necesidad de un compromiso individual y social con la transformación de la cultura imperante sobre la privacidad: escribir sobre ello, persuadir a otros de que protejan su privacidad, organizarse, desvelar el funcionamiento interno del sistema, demandar y apoyar alternativas privadas y públicas, concebir nuevas posibilidades y dejar de cooperar con un sistema injusto y opaco. Es necesario, en definitiva, disentir frente a lo inaceptable (Véliz, 2021, pp. 213, 240-242).

El ensayo se inserta en una cada vez más amplia literatura que pone ante nuestros ojos la improrrogabilidad de un análisis acerca de cómo es y cómo funciona el modelo digital-tecnológico que está determinando la estructura económica, cultural y política de nuestros días y cómo afecta a la privacidad. La autora se refiere particularmente a los trabajos de Bruce Schneier (2015, 2018), Cathy O'Neil (2016) y Yves-Alexandre de Montjoye (2013, 2015). Pero podrían sumarse otros muchos, como los ensayos de David Lyon (2007), Viktor Mayer-Schönberger y Kenneth Cukier (2013), Frank Pasquale (2015), o Marta Peirano (2019). Ahora conocemos más sobre



cómo se está explotando nuestra privacidad y existe mayor regulación acerca de la compilación y uso de nuestros datos. Por ello, según la autora, el momento actual es un momento histórico para sentar las bases de un modelo económico y social alternativo compatible con la privacidad.

## 1. El concepto de privacidad y los valores que lo respaldan

Pero ¿de qué hablamos cuando hablamos de privacidad? ¿y por qué debe importarnos? ¿qué la hace tan valiosa como para constituir una pretensión legítima de protección frente a otras pretensiones o intereses? Carissa Véliz no dedica un capítulo o epígrafe específico a contarnos a qué se refiere cuando habla de privacidad ni a qué la hace valiosa, a pesar de que estas han sido cuestiones disputadas habituales en las discusiones sobre privacidad sobre las que no ha habido nunca consenso (Thomson, 1975, p. 295). Sus presupuestos conceptuales y normativos se encuentran, sin embargo, más o menos implícitos a lo largo del texto.

Asumir el carácter histórico y dinámico del concepto de privacidad, al que me he referido, supone plantear qué sentido tiene en un contexto como el actual, que plantea retos y amenazas distintos de otros contextos sociales o culturales anteriores o diferentes. Los debates tradicionales sobre la privacidad, vinculados al pensamiento liberal, han girado en torno a la protección de intereses que solo conciernen al individuo frente a la interferencia de la sociedad y el poder público<sup>1</sup>. Esta dimensión individual de la privacidad ha abarcado muchas pretensiones normativas que podrían agruparse en torno a dos nociones: la de espacio y la de decisión. Por una parte, la idea de privacidad como espacio aislado y propio del individuo en el que el acceso es restringido se ha empleado para referirse a cuestiones relativamente separables como la soledad o reclusión, la inaccesibilidad, el anonimato, el secreto, la confidencialidad, la reserva, la confianza, la no vigilancia, el libre desarrollo de la personalidad o la diversidad de relaciones íntimas o privadas. Por otra parte, la privacidad se vincula a la idea de autonomía, de libertad para hacer elecciones sobre la vida propia y control sobre el modo de presentarnos ante los demás. Detrás de la idea de privacidad no hay una única pretensión que legítimamente se pretenda hacer valer bajo su amparo, sino un haz de exigencias normativas que giran en torno a la noción de libertad y capacidad del individuo de pensar, elegir y vivir.

En el libro *Privacy is Power* aparecen algunas de esas pretensiones que se entremezclan en la noción de privacidad. En algunas páginas aparece la idea de espacio libre de presiones externas, «una burbuja de protección de la sociedad» ajena a las miradas, juicios, preguntas e intrusiones de los demás. Este espacio permite «dejarse mutuamente ser» (*let one another be*) (Véliz, 2021, pp. 130, 249). Su relevancia exige que sea creada conscientemente para permitir que la creatividad y la libertad «pueden volar sin obstáculos» (Véliz, 2021, p. 218). En otras ocasiones, la privacidad se entiende en el libro como decisión, control, capacidad de mantener ciertos aspectos de nuestras vidas fuera del alcance de los demás: nuestros pensamientos, experiencias, conversaciones, planes; y libertad para decidir cómo vivir y con quien relacionarnos (Véliz, 2021, pp. 3, 84). «Privacidad y autonomía están relacionadas porque las pérdidas de privacidad facilitan que otros interfieran en tu vida» (Véliz, 2021, p. 84).

---

<sup>1</sup> El uso del propio término «privacidad» es novedoso en la literatura en castellano, tanto filosófica como política o jurídica, en la que ha sido habitual la traducción de *privacy* por intimidad. Esta es, quizá, la razón por la que ha sido más frecuente en esta literatura plantearse la «confusa relación entre intimidad y privacidad» (Toscano, 2017).

Hay una distinción importante para apreciar la complejidad de la idea de privacidad y que permite comprender en su radicalidad los atentados actuales contra ella, que no solo implican una vigilancia ubicua, sino que, además, se adentran en la configuración de nuestros deseos y preferencias. Esta irrupción afecta a lo que se considera el núcleo más profundo de la privacidad, constituido por lo que podemos denominar intimidad (Innes, 1992, p. 155). La distinción entre intimidad y privacidad, en el sentido de vida privada, aporta claridad conceptual y contribuye a analizar más precisamente los valores y riesgos que están detrás de las diversas dimensiones o ámbitos de la privacidad.

### 1.1. Lo íntimo y la vida privada

Lo íntimo, como expresó Ernesto Garzón Valdés en su artículo ya clásico, es «el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será, no solo porque no se desea expresarlo, sino porque es inexpresable» (Garzón Valdés, 2003, p. 16). La reserva, la soledad o el anonimato nos liberan del condicionamiento de ser percibidos por otros y permite el libre desenvolvimiento de nuestros sentimientos, fantasías y pensamientos (Wasserstrom, 1984, p. 324; Nagel, 1998, p. 4). En las palabras tantas veces citadas de John Stuart Mill cuando se refiere a la libertad en relación con el «dominio interno de la conciencia» como la libertad de pensar y sentir, «la más absoluta libertad de pensamiento y sentimientos sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas» (Mill, 1970, p. 68). Es en ese espacio íntimo, indecible e inaccesible, en el que el individuo se afirma en su singularidad, permitiendo que la particularidad no quede neutralizada bajo categorías que nos definen genéricamente. Así concebida, la intimidad desempeña algunas funciones esenciales, no solo para el libre desarrollo de la personalidad, sino también para la vida democrática: en primer lugar, el espacio íntimo libera de la tensión de estar sometidos a un orden colectivo y permite la reflexión individual crítica; en segundo lugar, hace posible la diversidad y pluralidad de pensamientos, ideas o creencias; y, en tercer lugar, la intimidad hace posible el ejercicio pleno de la autonomía desde la libertad de experimentar, fantasear o meditar sin rendir cuentas a los demás.

Las actuaciones íntimas «no pueden observarse y solo se las puede inferir a través de lo que el sujeto dice o hace, incluso con su inhibición o su silencio» (Castilla del Pino, 1989, p. 29). Por ello, lo que vulnera la intimidad es dar a conocer o atribuir intenciones o preferencias ocultas tras una actuación privada o pública de la que se pueden inferir. Es este uno de los modos en que las tecnologías digitales pueden llegar a afectar el núcleo más profundo de la privacidad, en cuanto que pueden identificar preferencias, orientaciones, dudas o creencias que el sujeto no ha dado a conocer conscientemente, reduciendo peligrosamente el reducto de lo íntimo. El riesgo de estas inferencias no es solo su carácter invasivo, sino también predictivo. En el primer caso, se vulnera el derecho de la persona a decidir cuándo y en qué contexto comunica o expresa los pensamientos, sentimientos y emociones, exteriorizando y exponiendo a abusos y manipulación aquello que el sujeto creía intrínsecamente inaccesible. La información personal se puede inferir sin que la haya proporcionado el propio sujeto (Véliz, 2021, pp. 36-37). Y esta es una de las bases del poder: la de, no solo actuar sobre los sujetos, sino construir sujetos. «El poder genera ciertas mentalidades, transforma sensibilidades, produce formas de ser en el mundo... Los deseos de las personas pueden ser en sí mismos el resultado del poder y, cuanto más invisibles son los medios de poder, más poderosos son» (Véliz, 2021, p. 61). Estas inferencias subrepticias desde marcadores involuntarios dejan completamente indefenso al sujeto ante resultados que pueden ser erróneos y conducir a decisiones injustas (Véliz, 2021, pp. 161-163).

En el segundo caso, se afecta gravemente la autonomía individual, al predecir una actuación futura antes de que la haya decidido el propio sujeto. Al aplicar los algoritmos predictivos a un perfil de sujeto se calcula la probabilidad de que ciertas personas compren ciertos productos, se comprometan políticamente con ciertos asuntos, incurran en ciertas acciones ilícitas, se relacionen con ciertas personas... y sobre esas predicciones se adoptan decisiones (Véliz, 2021, pp. 80, 244). Como afirma Ana Garriga, el perfil instauro ciertas formas de determinismo, al descubrir signos del que se prevé sea el comportamiento futuro (Garriga, 2015, pp. 69-70).

Resulta útil separar conceptualmente esta idea de intimidad, como lo que debería mantenerse en el interior de cada individuo, de la privacidad que se manifiesta y proyecta en decisiones y relaciones externas. Lo privado no es solo lo que permanece al interior del sujeto, sino lo que se hace y experimenta con «otros determinados». La vida privada es el espacio que compartimos con ciertas personas que queda confinado a terceros y en el que nos manifestamos del modo más parecido a lo que somos, donde expresamos y experimentamos nuestros deseos, miedos, aspiraciones, etc. La privacidad nos permite crear y mantener relaciones diversas y plurales, en contextos y con fines diversos. La capacidad de controlar cómo nos manifestamos y quién tiene acceso a nosotros nos permite mostrar diferentes facetas según las situaciones sociales y con quién estemos (Toscano, 2017, p. 545).

Lo que define la vida privada es el acceso restringido y el control sobre el modo en que nos manifestamos en las diversas relaciones. En este espacio de contacto con otros, pero separado de lo público, se realizan y llevan a cabo nuestros deseos y preferencias y se vive la vida propia conforme a lo que sentimos internamente. La interioridad se rebela de forma restringida y relativa en un contexto y para un fin concreto. Y cada contexto se rige por pautas propias que condicionan los roles, comportamientos, expectativas y tipo o cantidad de información que se comparte (Nissenbaum, 2010). La privacidad se aproxima a la intimidad tanto más cuanto estas relaciones están más orientadas y expresan especialmente sentimientos de afecto, amor o cuidado (Innes, 1992, p. 74). Pero la protección de las relaciones privadas no siempre se funda en que sean expresión de esa intimidad. También se protegen como privadas las relaciones en el ámbito de la salud, la educación, el empleo, la religión, o la economía y las finanzas, entre otras. Cada contexto tiene sus propios fines y valores, que determinan principios diversos de transmisión de información personal, tales como la confidencialidad, reciprocidad, consentimiento, merecimiento, obligación o necesidad.

Separar intimidad y vida privada es esencial para apreciar que el apego de la tradición liberal por atribuir una inmunidad no solo a la interioridad del individuo sino también a los espacios privados en que desarrolla su vida ha servido históricamente para ocultar desiguales condiciones individuales. La esfera privada siempre ha sido una esfera dominada por relaciones de poder. Su protección respecto de la intervención pública ha supuesto en muchos casos el silenciamiento del abuso y la opresión. No es solo la economía de datos, como asume Carissa Véliz, la que socava la igualdad individual (Véliz, 2021, pp. 100-101) ni la privacidad es la venda en los ojos del sistema que garantiza la imparcialidad (Véliz, 2021, p. 249). Una crítica a la economía digital conforme con las teorías críticas con la visión liberal del ámbito privado, construido sobre la ficción del sujeto abstracto soberano, no debe plantearse como forma de vigilancia y discriminación de una esfera que de otro modo sería autónoma e igualitaria. Del mismo modo que la economía de datos oculta la falta de soberanía de los usuarios del entorno digital, que están subordinados por su desigual capacidad de controlar acciones y decisiones respecto de quienes dominan el tratamiento de datos agregados, la esfera privada, en sus diversas dimensiones, oculta relaciones de dependencia que impiden también hablar de sujetos soberanos

y aislados (Weinberg, 2017). El ideal liberal de una vida privada, como desarrollo más adelante, no sirve para proteger a las personas de formas de dominación vinculadas a la privacidad. Como ha desarrollado la teoría feminista, cómo sea la esfera privada depende de condiciones impuestas en la esfera pública. La solución, por ello, solo puede ser política.

La tecnología ha transformado el modo en que lo privado en este segundo sentido se separa de lo público. La cultura digital descansa en gran medida en la publicidad de la vida privada, como modo de expresión y empoderamiento. Nuestra era digital ha aceptado la sobreexposición constante que ha sido calificada como «extimidad», no solo por el modo en que se acepta la proyección de nuestra interioridad, sino por cómo al hacerlo construimos nuestra propia forma de entendernos (Sibilia, 2009).

¿Significa esto el fin de la privacidad? Carissa Véliz se niega a aceptarlo y denuncia la asunción acrítica de que en la era digital la privacidad ha dejado de ser la norma social que rige la razonabilidad de los intercambios de información personal (Véliz, 2021, p. 50). Hemos asumido sin cuestionar un modelo cultural y económico que condiciona en gran medida la decisión de cada individuo acerca de lo que se reserva de su interioridad y lo que expone a los demás. «En la economía digital», escribe la autora, «todo el mundo se ve empujado a expresar más de lo necesario a los efectos de la amistad, la comunicación eficaz y el debate público, todo en un esfuerzo por crear más datos» (Véliz, 2021, p. 132). Y es tarea de todos, individual y colectivamente, restaurar una cultura de la privacidad, reaprender el valor de la privacidad para ser capaz de pensar libremente. Son nuestros valores los que deben orientar la innovación tecnológica. Nuestros datos no pueden servir solo para que las empresas ganen más dinero y nuestras instituciones acumulen poder sino para contribuir a la autonomía y el bienestar de las personas.

El denominado «capitalismo de la vigilancia» (Zuboff, 2019) se ha desarrollado sobre la materia prima de nuestras vidas, traducidas en datos. El verdadero negocio de las grandes empresas tecnológicas es la explotación económica de nuestros datos, a la que hemos contribuido con nuestra cooperación y asentimiento y que se ha consolidado con la colaboración de las instituciones públicas y privadas. Los gobiernos permitieron la recopilación indiscriminada de datos como fuente de poder que podrían utilizar para la garantía de la seguridad y los intereses del Estado. De esa colaboración ha surgido un modelo, no solo económico, sino social que ha transformado a los ciudadanos en usuarios y sujetos de datos (Véliz, 2021, pp. 3-5, 18, 32 y ss., 45, 241).

## 1.2. Protección de datos personales en el entorno digital

En el contexto de la «sociedad de la vigilancia» se producen cambios «cualitativos» en la concepción de la privacidad que no pueden obviarse. Carissa Véliz los tiene en cuenta, pero no marca suficientemente esta especificidad del problema de la privacidad en la era digital. Por una parte, la privacidad adquiere un sentido más objetivo que subjetivo, aludiendo a la «información» o «datos» personales que, en cuanto elementos materiales, están más expuestos a la difusión y la manipulación. En el subtítulo de su trabajo es donde la autora introduce este cambio en la idea de privacidad como control sobre los datos. Por otra parte, el entorno digital ha producido alteraciones tales en los procesos de recopilación, análisis y divulgación de datos que el interés legítimo en una expectativa razonable de privacidad se difumina peligrosamente.

La privacidad se traduce en datos cuando las experiencias humanas se recopilan, miden y analizan (Risse, 2019). La privacidad como protección de datos personales se refiere específicamente a la información personal que puede ser cuantificada y clasificada. Como se pregunta Véliz (2021, p. 32), ¿cómo acabaron nuestras experiencias de vida siendo datos? La respuesta nos remite al desarrollo y uso de tecnologías digitales que han traducido las cuestiones éticas implicadas en la idea de privacidad en un problema de control de datos.

Así concebida, la tutela de la privacidad se ha visto condicionada, especialmente en la cultura jurídica anglosajona, por una concepción iusprivatista para la que la libre circulación de los datos es un elemento esencial para la prestación de servicios y se debe dejar a la libre determinación de los sujetos. Se otorga preeminencia a las soluciones basadas en el mercado que, en la práctica, favorecen el uso libre de la información por el sector privado (Martínez, 2014a, pp. 3-4). Desde sus raíces liberales, el derecho a la privacidad se configura como un derecho sobre el que su titular puede disponer, análogo al derecho de propiedad. Véliz se une a quienes consideran improcedente esta analogía<sup>2</sup>, refiriéndose especialmente a la interdependencia que nos hace vulnerables y responsables de la privacidad de los demás. «Nuestra interdependencia en materia de privacidad implica que ningún individuo tiene la autoridad moral para vender sus datos. No poseemos datos personales como poseemos una propiedad porque nuestros datos personales contienen los datos personales de otros. Tus datos personales no son solo tuyos» (Véliz, 2021, p. 93).

Además, en su libro asume las deficiencias del consentimiento y de la anonimización en el contexto de la economía de datos. Se ha escrito mucho, en primer lugar, sobre la dificultad de asegurar un consentimiento libre y específico del titular de los datos<sup>3</sup>. Como afirma Lorenzo Cotino, se ha acabado configurando como un simbolismo que «conlleva, a la postre, al fracaso de la privacidad pretendida y a la inoperancia del sistema de protección» (Cotino, 2017, p. 145). Carissa Véliz alude a la escasa predisposición de las grandes tecnológicas a pedirnos permiso para usar nuestros datos de forma indiscriminada y las estrategias para eludir la resistencia esperando que nos vayamos acostumbrando gradualmente a aceptar las condiciones que nunca habríamos aceptado si se nos hubieran presentado en un principio (Véliz, 2021, p. 157). Es el propio sistema en que opera el manejo de los datos, al que me referiré más abajo, el que está organizado de modo que resulta difícil que las personas adopten elecciones informadas y racionales.

En segundo lugar, tampoco existe un modo suficientemente satisfactorio de proteger la privacidad en el libre intercambio mediante la anonimización. Desafortunadamente, con demasiada frecuencia, es fácil re-identificar los datos anonimizados (Véliz, 2021, pp. 22-23, 155). Es posible que persistan datos que permitan esa identificación, o que sea posible la re-identificación mediante inferencias o por vinculación con otros paquetes de datos personales (Martínez, 2014b). Pero, incluso si se pudieran ampliar las garantías técnicas para el anonimato, las aplicaciones comunes de *big data* socavan los valores que el anonimato tradicionalmente ha protegido. Aunque los individuos no sean «identificables» pueden ser aún «accesibles», aún pueden estar representados de manera comprensible en registros que detallan sus atributos y actividades, y pueden estar sujetos a inferencias y predicciones adoptadas sobre esa base (Barocas y Nissenbaum, 2014, p. 45).

<sup>2</sup> Puede verse Véliz (Véliz, 2020). Se puede mencionar como muestra de esa literatura que recela del trato de los datos personales en términos propietarios los trabajos de Allen (1999) o Cohen (2000).

<sup>3</sup> Vid., por ejemplo, Oliver y Muñoz Soro (2013) o Solove (2013).



En un artículo clásico, Whitman contraponía la concepción iusprivatista de la privacidad a la concepción propia de la Europa continental que prima la idea de dignidad y respeto. En la concepción europea el florecimiento humano requiere la realización individual en formas que el mercado no puede proporcionar, primando la autodefinición sin restricciones a la soberanía del consumidor. La privacidad apela no tanto a un interés material cuanto a bienes inmateriales englobados en la idea amplia de la personalidad (Whitman, 2004, pp. 1181-1184, 1192-1194). Desde esta concepción, la mercantilización de la información personal debe verse restringida en aras de la protección del respeto y el reconocimiento recíprocos.

Esa concepción inmaterial del valor de la privacidad cobra, además, un sentido específico en el contexto de la era digital, en el que el desequilibrio entre el interés de empresas y gobiernos en la adquisición de datos y la capacidad de usarlos y el interés y posibilidades de los particulares es tal que convierte el problema de la privacidad en algo más amplio y complejo. Tanto Estados como corporaciones o particulares han usado siempre la tecnología más avanzada para vigilar y controlar, pero los métodos son cada vez más sofisticados y la digitalización ha supuesto un salto revolucionario.

Los motivos para considerarlo tal son diversos y en su mayoría van apareciendo de un modo u otro en el libro de Carissa Véliz. En primer lugar, por su extensión, esto es, el desmesurado aumento de los aspectos de nuestras vidas que la tecnología convierte en susceptibles de ser observados, recopilados y tratados. En segundo lugar, por las posibilidades de combinar o conectar múltiples datos (públicos y privados) que ofrecen información adicional de la que constituye cada uno de modo aislado. En tercer lugar, por las crecientes posibilidades técnicas para el almacenamiento, agregación, análisis, divulgación y aplicación de los datos que plantean cuestiones éticas y políticas que van más allá de la mera divulgación de lo que debería quedar oculto. En cuarto lugar, por la ruptura de los límites temporales y espaciales que hace cada vez más difícil diferenciar los momentos y espacios en los que se está actuando en lo privado. En su dimensión temporal, lo digital convierte lo privado en potencialmente disponible de modo indefinido, lo que supone, como afirma Véliz, perder la virtud de olvidar (Véliz, 2021, p. 172). En su dimensión espacial, las tecnologías de la comunicación hacen que la información se mueva por un territorio desespacializado (Thompson, 2011, p. 33).

En quinto lugar, por la opacidad acerca del modo en que son recopilados y tratados los datos y los fines a los que servirán. En sexto lugar, por la orientación de la recolección de datos a la categorización de las personas para generar perfiles psicológicos, esquemas de comportamiento o posibilidades de influencia que condicionarán las decisiones que se adopten respecto de ellas. Esta categorización genera desigualdad, produce pérdida de oportunidades, implica pérdida de autonomía y reduce la diversidad a modelos colectivos, lo que convierte el problema de la privacidad en otro distinto: no ya la identificabilidad de la interioridad de individuos sino la des-individuación (Turégano, 2020a, pp. 268-269). Los datos no logran capturar la complejidad de lo que somos, nuestra identidad dinámica y compleja tal y como la experimentamos. Nuestros datos no nos representan. La persona y el ciudadano se transforman en usuarios y sujetos de datos en la sociedad de la vigilancia (Véliz, 2021, pp. 4, 246). Por último, porque el *big data* se ha convertido en una parte inevitable de la vida personal y social. El entorno digital cumple en nuestros días funciones esenciales como repositorio de información, espacio para la socialización y la asociación política, lugar para la comunicación y el entretenimiento, foro para el comercio y las finanzas. Como tal, desempeña un papel central para el libre desarrollo de la personalidad, la formación y la investigación, la libertad de expresión y de asociación, la libertad política e ideológica y la libertad económica.

En esta situación a la que hemos llegado, la pérdida de privacidad supone un riesgo para otros valores con los que queda imbricada. Desatender la privacidad se ha entendido tradicionalmente como producción de daños a los intereses de un individuo. Y, en consecuencia, la garantía de la privacidad se ha concebido orientada al resarcimiento del individuo que sufre el daño. En un trabajo clásico William Prosser identificaba cuatro tipos de daño que habían venido siendo protegidos por los tribunales del *common law* en el ámbito del *tort law*: intrusión en la soledad o reclusión de una persona, revelación pública de hechos privados incómodos sobre una persona, información que ofrece una imagen distorsionada de alguien ante el público y apropiación de la apariencia de uno en provecho de otro (Prosser, 1960). Pero en la actualidad, los riesgos son más amplios y elevados que en el mundo pre-internet (Véliz, 2021, p. 138). El sistema generado por las tecnologías digitales no solo agudiza el riesgo de estos daños individuales, sino que daña a la sociedad en su conjunto, afectando a cuestiones de seguridad, igualdad y justicia. En gran medida, la protección de datos personales es importante en nuestros días porque implica la protección de esos otros valores. La definición de la privacidad, «durante largo tiempo únicamente conexas al «derecho de ser dejado solo», se dilata y dirige hacia la idea de tutela global de las opciones de vida contra toda forma de control público y de estigmatización social» (Rodotà, 2003, p. 21).

Son diversos los valores que están en riesgo cuando la privacidad queda desatendida (Turégano, 2020b, pp. 30-37). Un argumento habitual en contra de una protección amplia de la privacidad es el riesgo que implica a la «seguridad». Sin embargo, en la literatura reciente es habitual la idea de que es la pérdida de la privacidad lo que implica inseguridad, derivada fundamentalmente del modo en que la información se obtiene y gestiona y la incapacidad de los sujetos de conocer y participar en los procesos de recolección y análisis de la información personal. En segundo lugar, el modelo vigente de tratamiento de datos no garantiza la imparcialidad de los criterios para la inclusión o exclusión de ciertas informaciones o servicios ni transparencia en los principios que determinan la generación de perfiles y la categorización, produciendo «discriminación». El flujo de información produce, en tercer lugar, «injusticia» cuando traspasa el contexto y fines para los que fue recabada. Se trata de un problema de relevancia: cualquier selección o aplicación de datos personales debería limitarse a un propósito o necesidad funcional legítimo. Es una cuestión, en quinto lugar, de «respeto» y «reconocimiento» que exige que los individuos no sean tratados como objetos de los que se extrae información sin ninguna opción real de reciprocidad ni de participación. Por último, ese «olvido del reconocimiento» (Honneth, 2007) es consecuencia de la «mercantilización» de los datos que, igual que fenómenos como la industria del sexo o la gestación subrogada, han naturalizado el trato al otro como objeto. La lógica económica sustituye a la lógica comunicativa, afectando a elementos esenciales de la integración social (Roessler, 2015, pp. 152-155).

La conclusión a la que llegamos desde estas premisas es una de las ideas centrales del libro: el sacrificio de la privacidad no es una renuncia ineludible en la era digital, sino una restricción injustificable de un «derecho» humano básico que tenemos el deber de evitar. Los datos personales son un producto tóxico, susceptible de abuso y difícil de mantener seguro. Como tal, no deberían ser compilados y tratados sin restricciones. La economía de datos ha supuesto un modelo de desarrollo basado en gran medida en una explotación de esos datos que afecta al libre desarrollo de la personalidad y genera desigualdad e injusticia. Debemos trabajar en común para pensar e instituir otro desarrollo posible.

## 2. La dimensión social de la privacidad

La privacidad es mucho más que un interés individual de reserva y aislamiento. Hay un valor en vivir en una sociedad que respeta la privacidad (Solove, 2015). No se trata solo de mejorar las vidas de los individuos, sino de construir sociedades más justas e igualitarias. El derecho a la privacidad puede compararse con otros derechos, como el derecho a la ciencia o la libertad de expresión, en los que el interés individual en la investigación o en comunicar las ideas puede también mostrarse como un interés social en una comunidad científica o en una oferta diversa y plural de ideas (Vayena y Tasioulas, 2016, p. 8; Regan, 1995, p. 214). Es un error suponer, escribe Véliz, que porque tratemos con datos personales, la privacidad sea un asunto personal (Véliz, 2019).

Desde los años setenta ha habido una interesante literatura que ha subrayado la dimensión social de la privacidad (Turégano, 2020b). Se ha resaltado el aspecto relacional del valor de la privacidad, que permite configurar socialmente espacios diversos para relaciones íntimas, familiares, laborales, sanitarias, educativas o financieras, entre otras muchas (Rachels, 1975; Nissenbaum, 2010). Esta perspectiva relacional se vincula a una concepción del individuo como sujeto situado y socialmente construido y de la personalidad como un complejo de dimensiones y facetas que se expresan y desarrollan en contextos diversos. Así concebida, la privacidad no apela solo a la seclusión o a la desvinculación de la vida social sino a la capacidad de expresarse y ser en una variedad de asociaciones (Schoeman, 1992). De modo que la revelación de la intimidad es el resultado de la elección del individuo de buscar y participar en la interacción social (Steeves, 2009, p. 199).

Esta dimensión social de la privacidad está muy presente en el libro de Carissa Véliz. Son principalmente tres las ideas que están detrás de su tesis de que la «privacidad es colectiva». En primer lugar, la privacidad de cada uno se entremezcla con la de los demás. Esta interconexión nos hace vulnerables unos a otros y nos convierte en responsables de la privacidad de los demás (Véliz, 2021, p. 93). De este carácter colectivo del valor de la privacidad deriva que no puede ser facilitado ni protegido de modo individual. La privacidad es un bien público porque no puede ser proporcionado, manejado ni protegido de forma privada en el complejo contexto institucional comunicativo existente (Regan, 2015, pp. 62-65). Proteger la privacidad es un problema de acción colectiva: de modo análogo al cambio climático, un acto individual no produce el desastre, pero sí la suma de ellos con el paso del tiempo y las consecuencias son sufridas por todos (Véliz, 2021, pp. 219, 88-89). En un entorno digital, la determinación de los estándares de privacidad y el control del flujo de información es demasiado complejo para que cada usuario lo administre por sí mismo. El diseño de la regulación de la privacidad debe hacerse desde propósitos y objetivos colectivos.

En segundo lugar, Véliz sostiene que las consecuencias de la erosión de la privacidad no solo son personales sino también colectivas. Los ciberataques y el robo de datos no solo ponen en riesgo a personas concretas, sino que permiten reclutar colaboradores, ensayar algoritmos, acceder a información de relevancia pública, identificar la localización de personal militar o instalaciones estratégicas o colapsar servicios básicos poniendo en riesgo la seguridad nacional (Véliz, 2021, pp. 115-119, 167-171). Un entorno digital inseguro es extremadamente peligroso para individuos, compañías y sociedades. Pero invertir en ciberseguridad no es rentable para las empresas tecnológicas. Solo mediante la intervención pública puede garantizarse la seguridad. El uso de datos es igual que la producción y uso de edificios, medicamentos, productos alimenticios, automóviles o aviones en la común necesidad de estándares públicos. A pesar de sus reticencias iniciales, empresas y sociedades

aceptan la regulación que les protege a ellas y a sus clientes de los desastres de seguridad. «Y llegan a darse cuenta de que la regulación es a veces la única forma en que una empresa puede invertir en algo valioso que no tiene un rendimiento inmediato sin incurrir en una desventaja competitiva, porque todos los demás también tienen que hacerlo» (Véliz, 2021, p. 168).

En tercer lugar, la privacidad no solo es valiosa para nuestra vida personal sino también para nuestra vida como ciudadanos. Una cultura de la privacidad favorece que seamos sinceros, audaces y originales, tengamos conversaciones íntimas y debates francos en un entorno seguro, estableciendo los vínculos en los que se basan las sociedades liberales. Una sociedad de la vigilancia solo alimenta conformidad y silencio y desincentiva la crítica y la controversia (Véliz, 2019; 2021, p. 94). Lo privado no solo es necesario para el desarrollo de la persona, sino también para producir una esfera pública abierta y plural. Para organizarnos social y políticamente, para formar y formular ideas y juicios propios y disentir de las dominantes necesitamos un espacio libre y común.

La esfera digital ha aspirado a convertirse en la extensión de la esfera pública, suministrando información, proporcionando el espacio para la socialización, lugar para la comunicación que incorpora voces y problemas diversos y proporcionando el espacio para el intercambio y la discusión. Sin embargo, como afirma Marta Peirano, hemos cometido dos errores: pensar que las redes sociales eran un espacio de debate público imparcial y pedirles que tomaran decisiones que las empresas no deberían tomar. Su objetivo no era convertirse en la nueva ágora sino un modelo de negocio vinculado a mantenernos conectados para recopilar masivamente nuestros datos y venderlos con fines publicitarios (Peirano, 2019). Esta economía de la atención, como la ha denominado James Williams (2021), nos distrae de las conversaciones importantes sobre justicia, economía, ecología o bienes públicos (Véliz, 2021, p. 132).

La realidad de la esfera pública digital es la de un público categorizado, fragmentado y mediatizado por corporaciones privadas con pocas posibilidades para el debate abierto y plural. En la esfera digital cada uno accede a contenidos e informaciones acordes con sus intereses y preferencias, en un fenómeno que se ha calificado como «cámaras eco» (Sunstein, 2003) o «filtros burbuja» (Pariser, 2017). Se priorizan ciertos asuntos sobre otros, radicalizando el debate al sobredimensionar ideas marginales y reforzar prejuicios (Marantz, 2021). Se da prioridad a la emotividad y la indignación sobre los debates constructivos (García Merino, 2020). Y el rechazo y hostilidad en las redes acaba produciendo autocensura (York y Zuckerman, 2019), reduciendo la pluralidad y dificultando el intercambio y la interacción constructiva. Las potencialidades de una esfera pública digital incluyente pueden llegar a ser reales si se dan ciertas precondiciones. La privacidad es una de esas precondiciones necesarias: es necesaria para divulgar información acorde con nuestras creencias y sin presión, protestar anónimamente sin temor a represalias, asociarse libremente, leer sobre lo que tenemos curiosidad (Véliz, 2021, p. 96).

La privacidad es un valor instrumental para el disfrute efectivo de derechos básicos para la democracia, tales como la libertad de asociación y reunión, la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de manifestación y la libertad de voto. Los Estados que quieran garantizar realmente las libertades políticas e ideológicas deben comprometerse con la protección de la privacidad (Nyst, 2013). La eliminación de la privacidad mediante el procesamiento ilimitado de datos personales podría terminar reemplazando la democracia por un gobierno algorítmico en el que los ciudadanos perderían poder de decisión. La vieja política ideologizada, subjetivista y arbitraria se considera superable por una acción de gobierno más racional y apolítica

que hará posible el conocimiento objetivo e irrefutable que proporciona el tratamiento tecnológico de los datos (Innerarity, 2021).

La realidad es que el análisis de datos genera nuevas relaciones de poder. El manejo de las grandes cantidades de datos requiere el empleo de algoritmos automatizados para detectar patrones y tomar decisiones. El acceso, control y uso de la tecnología necesaria está desigualmente distribuido, lo que intensifica las asimetrías de poder entre quienes tienen la capacidad de recopilar y analizar los datos y quienes simplemente los alimentan (Innerarity, 2021). Hace ya años autores como Vittorio Frosini (1982) o Antonio Enrique Pérez Luño (1992) escribieron sobre la libertad informática como libertad positiva de ejercer el control sobre los datos personales, pudiendo conocer, corregir, eliminar o añadir datos de archivos electrónicos, frente a los agentes privados y públicos que detentan el «poder» informático.

Pero, además, la recopilación, análisis y uso de los datos se produce en el marco de un sistema complejo en el que interactúan elementos técnicos, prácticas culturales y sociales, estructuras organizativas, actores sociales y significados. La tecnología se fusiona con el entorno formando el «mundo de la vida digital» que impregna nuestra experiencia y se integra en todas las estructuras y objetos (Susskind, 2018, p. 42). Véliz asume esta idea del mundo digital como sistema o estructura, al considerar el modelo de economía de datos como un modelo que depende de la vulneración «sistemática» de derechos (2021, p. 208) y hablar de un «ecosistema de datos» (2021, p. 210). El sistema opera bajo la creencia en el poder y validez de los patrones extraídos de conjuntos de datos masivos para hacer predicciones y adoptar decisiones sin necesidad de juicios o valoraciones políticas. Pero los resultados no son neutros ni objetivos, en la medida en que dependen del diseño e instrucciones que se inserten en el código. Si nuestra reflexión ética se dirige a esa infraestructura sociotécnica, de prácticas, actitudes, reglas y expectativas, no puede ser solo una reflexión sobre la conducta moral de los agentes implicados sino, además, una reflexión sobre la «infraestructura ética» o «infraética», en palabras de Luciano Floridi (2017); es decir, una reflexión sobre cómo esa infraestructura puede facilitar y promover buenas decisiones y acciones.

Quienes controlan esos sistemas ejercen poder en la medida en que tienen capacidad para condicionar las actuaciones de otros<sup>4</sup>. Se trata de un tipo particular de poder que consiste en la capacidad de acumular, procesar y aplicar datos personales no solo para condicionar la conducta de otros sino para influir en la construcción de su propia subjetividad. Como afirma Véliz, este poder es el tipo de poder por antonomasia de la era digital. Pero no se trata solo, como afirma la autora, de un poder derivado del conocimiento de detalles personales (2021, pp. 60-62), sino algo mucho más complejo, a lo que alude en diversos momentos de su trabajo. Es un poder que controla la infraestructura y el proceso que hace que nuestros datos sean recopilados y usados de un modo opaco e indeterminado. La metáfora que expresa esta situación no es tanto la que se emplea habitualmente del «Gran Hermano» orwelliano o el «Panóptico» foucaultiano, cuanto la imagen de «El Proceso» de Franz Kafka y su descripción del sentimiento de indefensión y vulnerabilidad que se experimenta cuando una organización o estructura controla nuestras vidas sin que sepamos qué ocurre o podamos defendernos frente a ella (Solove, 2001). El problema no es que se conozcan aspectos íntimos de las personas, sino que ese conocimiento

---

<sup>4</sup> Véliz (2021, p. 58) emplea una definición de poder de Rainer Forst muy similar a las de Max Weber (1964), que lo definía como probabilidad de imponer la propia voluntad en una relación social o la de Robert Dahl (1957), para quien alguien tiene poder sobre otro en la medida en que puede conseguir que haga algo que de otro modo no haría.



se construye y codifica en un entramado institucional difícilmente accesible y que no se orienta a que el individuo realice sus propias metas y deseos.

La mayor arbitrariedad de este poder es la imposibilidad de conocer las razones y valores que subyacen a las operaciones que realiza. El ecosistema sociotécnico ha progresado sin haberse producido el necesario debate social (Schwarz, 1999, p. 1612). Y lo que está en juego no es solo la protección de la individualidad, sino la cuestión de los desequilibrios de poder en nuestras sociedades. Pero no son solo los datos en sí los que empoderan, sino la estructura sistémica de recopilación y explotación de esos datos. Dejarla operar con una lógica propia al margen de las voluntades democráticas supone una dejación irresponsable y peligrosa.

La privacidad importa porque hace que el poder lo tengan los ciudadanos, que es a quienes corresponde en una democracia (Véliz, 2021, p. 96). Y, según la autora, hemos cedido gran parte de nuestro poder en un momento en que la democracia está débil (Véliz, 2021, pp. 97, 248). Anne Applebaum, la autora que nos habla en su reciente ensayo sobre el creciente auge y asedio que sufren las democracias occidentales por las ideas antiliberales y las élites autoritarias, denuncia cómo estas utilizan la polarización y la transición a la esfera digital para cambiar nuestra vida política (García Merino, 2020). No podemos renunciar a nuestra privacidad y facilitar mucha información sin conocer y participar en las diversas fases del tratamiento automatizado de nuestros datos. El ensayo de Véliz nos conduce a reflexionar acerca de cómo ha de ser ese proceso. Jamie Susskind señala tres posibles modos de hablar de legitimidad en este contexto: como consenso, si se puede suponer que los sujetos han consentido efectivamente a verse sometidos al poder de la estructura sociotécnica; como reciprocidad, en cuanto que quienes aceptan sus beneficios tienen el deber de aceptar sus cargas; o como expresión de valores comunes, si se entiende que el ejercicio del poder refleja o encarna los valores compartidos. Mientras el sistema sea poco transparente y opaco y los agentes públicos y privados que participan en el mismo mantengan sus algoritmos ocultos, sus políticas de datos oscuras y sus fines y valores indefinidos, no podrán reclamar ninguna de estas formas de legitimidad (Susskind, 2018, pp. 351-355).

### 3. *Here's how*<sup>5</sup>

*Privacy is Power* no solo nos muestra qué lejos estamos de un sistema digital aceptable en términos de privacidad, sino que la autora quiere movernos a la acción. El libro cierra con un capítulo titulado «Lo que puedes hacer» en el que nos ofrece consejos prácticos para recuperar el control sobre nuestros datos, como cambiar *Google* por motores de búsqueda amigables con la privacidad como *DuckDuckGo*, crear espacios de privacidad pidiendo a nuestros invitados no tomar fotos o videos o no publicarlos *on line*, pedir permiso a las personas antes de publicar información que les atañe o avisarles de los dispositivos que tenemos, usar extensiones y herramientas de privacidad o elegir dispositivos «tontos» en lugar de «inteligentes». En definitiva, anima a rechazar lo inaceptable, a disentir cuando sea necesario. «Depende de nosotros motivar a las empresas y los gobiernos para proteger nuestra privacidad. Podemos hacer que suceda. Y para que nuestra cultura comience a preocuparse por la privacidad nuevamente, no es necesario que alcance la perfección: hacer lo mejor que puedas es suficiente» (Véliz, 2021, p. 240).

Coherentemente con su concepción de la privacidad como un asunto colectivo y político, Véliz no solo incentiva a la acción particular sino a la acción política y la

<sup>5</sup> Con esta expresión termina la autora su Introducción al libro (2021, p. 6).

intervención jurídica. Es cierto, sin embargo, que en ocasiones la autora deja traslucir cierta desconfianza hacia el compromiso del legislador. No solo porque sus propuestas al mismo las deja en un capítulo anterior al capítulo de cierre en el que llama a la acción particular, sino también porque desconfía de que el legislador vaya a asumir algunas de las recomendaciones que le hace. Por ejemplo, al terminar su argumentación en favor de la prohibición de anuncios personalizados concluye que «[a]fortunadamente», no tienes que esperar a que los legisladores reformen la industria de la publicidad: puedes usar bloqueadores de anuncios» (Véliz, 2021, p. 152). Igualmente, tampoco tienes que esperar a que el legislador prohíba el comercio de datos personales para empezar a trabajar para ese objetivo (Véliz, 2021, p. 156).

Aunque la implicación de la ciudadanía y el empoderamiento de los individuos es esencial para cambiar el modelo existente, el carácter sistémico de la vulneración de la privacidad y el carácter social de los valores y las consecuencias implicadas obligan a una apuesta más contundente con un enfoque político-jurídico. La contribución del Derecho es esencial para asegurar las restricciones y garantías en el proceso de recopilación y uso de los datos personales, sobre la base de un principio básico de minimización de datos, recogido en el artículo 5 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, conforme al cual los datos empleados solo han de ser aquellos adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines a los que se orienta su tratamiento. Es necesario reflexionar acerca del modo en que se puedan formalizar y adaptar las exigencias del debido proceso al tratamiento de datos, de modo que los individuos y sus datos sean tratados de acuerdo con reglas predeterminadas y comprensibles. Los sistemas de adopción de decisiones automatizadas han de rendir cuentas y cumplir estándares básicos de justicia. Los individuos deben tener garantizado el modo de impugnar decisiones adversas basadas en categorizaciones incorrectas (Barocas y Selbst, 2016; Citron y Pasquale, 2014; Kroll et al., 2017; Balkin, 2017). En sentido similar, la implantación de un «*Habeas Data*» supone garantías procesales para hacer efectiva la facultad del individuo de conocer y controlar las informaciones que le conciernen procesadas en bancos de datos. La privacidad, desde esta perspectiva, no es solo capacidad de autodeterminación del individuo, sino también de co-determinación o participación activa en los procedimientos que le afecten (Pérez Luño, 1992). Carissa Véliz en este libro solo deja planteadas estas exigencias. Escribe que la recopilación y el análisis de datos no deben realizarse sin garantía jurídica y solo deben ocurrir si es necesario. También deben ser específicos (en contraposición a la vigilancia masiva) y proporcionales a las circunstancias (Véliz, 2021, pp. 181-182).

Quienes operan en el ecosistema de datos tienen una responsabilidad especial en el uso ético de los mismos debido al enorme poder que les confiere la ingente cantidad de datos que manejan, el control que ejercen sobre las herramientas tecnológicas que se emplean para recopilarlos y tratarlos, los enormes beneficios que ello les reporta y los deberes que tienen respecto de la sociedad en general por la función que desempeñan. Carissa Véliz expresa esta idea con el concepto de deberes fiduciarios de las entidades, públicas y privadas, que manejan datos personales. Estos deberes existen para proteger a individuos que están en una posición de debilidad o vulnerabilidad frente a profesionales que se supone que han de servirles pero que pueden tener intereses en conflicto y con los que existe una asimetría de poder y conocimiento (Véliz, 2021, p. 164). La responsabilidad de cada agente depende de la posición que ocupa en la estructura: su posición de poder o influencia, la situación de privilegio o beneficio respecto del proceso, el interés en la superación

de la injusticia y la capacidad de cambiar la estructura que produce injusticia (Turégano, 2020a, p. 277)<sup>6</sup>.

Nos enfrentamos, pues, a cuatro grandes desafíos: más educación y concienciación a la ciudadanía; más regulación que establezca restricciones y garantías; más transparencia en el proceso de quién y para qué se usan nuestros datos y evaluación de su impacto en la privacidad; y más inversión en innovación en privacidad: fomentar medidas preventivas de privacidad desde el diseño y por defecto.

Quiero terminar con el dilema que planteaba al comienzo. Nuestros datos pueden ser usados maliciosamente en contra de nuestros intereses o de los intereses generales. Pero la información que proporcionamos de modo más o menos voluntario también puede ser socialmente útil. Una regulación demasiado garantista de la privacidad podría ser un impedimento para asegurar bienes comunes como la salud, la seguridad, la planificación urbana, más eficientes sistemas de transporte o energía, la investigación, o el patrimonio de la Hacienda Pública, en el ejemplo con el que comenzaba. ¿Hasta qué punto no debemos ceder nuestros datos por el bien común? En un momento determinado, Carissa Véliz escribe que «[p]rohibir el comercio de datos personales no significa prohibir la recopilación o el uso adecuado de dichos datos» (Véliz, 2021, p. 155). Un poco antes afirma que lo que debe evitarse es que el poder que se acumula a través de los datos se transforme en poder económico o poder político. «Los datos personales deberían beneficiar a los ciudadanos» (Véliz, 2021, p. 154). Parece, pues, que la protección no debe ser tanto de los datos personales en sí sino del uso inadecuado o desviado de los mismos.

Sin embargo, la premisa de la que la autora parte al plantear la cuestión de la privacidad y el bien común es su concepción de los datos personales como producto sensible y vulnerable que, aún con una finalidad pública justificada, debe ser manejado con las máximas garantías y cautelas. En relación con los datos médicos, a los que dedica un apartado específico, niega la premisa mayor: que el avance de la medicina solo pueda lograrse mediante el uso de datos personales. Ello por tres razones: primero, por su escepticismo ante el poder de la tecnología digital, que ha hecho promesas excesivas y ha tenido un rendimiento inferior al esperado; segundo, por la existencia de modos de usar datos personales que minimicen el riesgo de los pacientes y les compensen; y, tercero, por la posibilidad de avances médicos importantes que podrían no requerir datos (Véliz, 2021, pp. 195-202). ¿Supone esta respuesta que deben evitarse en la medida de lo posible los avances en la promoción de bienes públicos que solo pueden lograrse con el uso de datos personales identificables? ¿el uso de datos personales con fines públicos supone siempre una violación de la privacidad?

El alegato de la autora en favor de estar alerta para que los periodos de crisis no se aprovechen para que el control que se ha cedido transitoriamente sobre derechos no se recupere cuando pase la tormenta, parece asumir que la privacidad es un valor absoluto que se garantiza o al que se renuncia (Véliz, 2021, pp. 202-209). Ella misma nos ha dicho que los datos personales tienen un valor colectivo, que constituyen un recurso común de utilidad general. Esto implica que la pretensión legítima del individuo de control sobre su vida privada no tiene carácter absoluto, sino que entra en juego con otros intereses comunes legítimos sobre los datos personales.

---

<sup>6</sup> Véliz se refiere a la responsabilidad en función de la contribución de cada individuo a la estructura institucional. «Las empresas y los gobiernos están formados por individuos y, aunque algunos individuos tienen más poder que otros para dirigir una institución en una dirección u otra, cada individuo es moralmente responsable de todo lo que contribuya a esa institución» (2021, p. 237).

En este sentido, la dicotomía entre privacidad y bienes comunes plantea un problema de coordinación de dos intereses «sociales» (Solove, 2015, p. 80).

Pero esa coordinación puede interpretarse de modos distintos. Se puede plantear el dilema entre privacidad y bienes comunes, como la salud, bien en términos de proporcionalidad entre derechos en conflicto, o bien en términos de la necesaria determinación o redefinición del contenido de la privacidad en contextos cambiantes. El esquema de la proporcionalidad analiza los criterios para determinar razonablemente en qué casos está justificada la restricción de la privacidad. Debe existir una amenaza cierta y de gran alcance a un interés social legítimo, la idoneidad y necesidad de una medida restrictiva de la privacidad para salvaguardarlo y la exigencia de la mínima intrusión posible. La determinación del tercer criterio –qué resulta menos intrusivo– depende de la consideración de tres dimensiones: el nivel de sensibilidad de la información, el volumen de información recopilada y el alcance de la digitalización, procesamiento y distribución de los datos (Etzioni, 2015, pp. 6-12).

Pero no es necesario presentar la relación entre privacidad y los bienes públicos a los que puede servir el *big data* como un conflicto sistémico resoluble solo de modo particularizado. El derecho a la privacidad tiene un carácter dinámico, cambiando su alcance en función de los cambios que se producen en el contexto en que rige. De modo que, aunque aceptemos que existe un interés legítimo en desarrollar nuestra personalidad y ejercer un control razonable sobre el modo en que nos presentamos a los demás, determinar qué deberes corresponden a ese derecho es una cuestión compleja, que debe ser especificada a la luz de otros intereses y de su factibilidad en circunstancias cambiantes. No se trata de ponderar en cada caso posible de conflicto, sino de determinar los deberes que implica cada derecho de modo que puedan ser satisfechos generalmente de modo conjunto. Ello supone un enfoque holístico en la determinación del contenido de la privacidad que tiene en cuenta cómo interactúa con un entorno cambiante y con otros derechos y fines legítimos (Vayena y Tasioulas, 2016).

Los cambios que suponen las circunstancias de las sociedades digitales pueden suponer un cambio en el contenido de la privacidad, ajustándolo a las posibilidades y exigencias de un contexto diferente. Lo que pensamos y sentimos acerca de la privacidad no es estático. No solo han cambiado los intereses protegidos por el Derecho, en cuanto que han cambiado los daños derivados de la pérdida de privacidad. También han cambiado los deberes correlativos, que pueden orientarse no tanto a la poco factible exigencia de que el titular tenga un control exclusivo sobre el flujo de datos, cuanto al establecimiento de condiciones bajo las que son permisibles ciertos usos de datos, orientados a fines legítimos. Por ejemplo, en relación con la investigación médica basada en datos, la privacidad puede requerir que los beneficios sean compartidos de modo justo entre la comunidad; que los usuarios de datos no los sometan a búsquedas que creen ciertos riesgos, y si tales riesgos surgen, que la información recopilada no sea divulgada a nadie que pueda usarla para dañar a la persona en cuestión; que los usuarios de datos se comprometan a una completa transparencia sobre el uso de datos y las acciones relacionadas; que los tratamientos discriminatorios sean castigados y compensados por ley; o que se ofrezcan opciones a los individuos una vez que hayan sido adecuadamente informados (Vayena y Tasioulas, 2016, pp. 11-12).

La digitalización ha alterado profundamente nuestro mundo y ha traído consigo desafíos nuevos o de distinta escala. Algunas de las más recientes propuestas políticas europeas en materia antiterrorista o de *copyright* marcan una cierta línea hacia la relajación en la protección de la privacidad. El reciente Reglamento (UE)

2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021, por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea está marcando el debate estos días. La norma obedece al peligroso aumento que el uso de las tecnologías ha favorecido del abuso sexual en línea. El Reglamento legaliza la colaboración voluntaria –que habría quedado prohibida por el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas de diciembre de 2020– que los proveedores de servicios de correo electrónico, chat y mensajería prestan en la detección del abuso, mediante tecnología *hashing* y datos de tráfico, y lo denuncien. En su intento por compatibilizar el control con la privacidad, el artículo 3 del Reglamento establece que las tecnologías utilizadas deben ser las menos intrusivas para la intimidad a la vista del estado de la técnica en el sector. El Reglamento delimita temporal y materialmente el alcance de la excepción y reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de los usuarios que consideren que sus derechos han sido vulnerados como consecuencia del tratamiento de datos. La propuesta normativa de la Unión Europea, en donde rigen altos estándares jurídicos de protección de la privacidad, ha levantado enormes suspicacias entre activistas, políticos y expertos en privacidad. El debate está abierto y no ha hecho más que comenzar. Es el momento de deliberar de modo abierto acerca de qué sociedad digital queremos. El procedimiento, las garantías y las responsabilidades correlativas a la privacidad deberían consensuarse en un nuevo «*Data Deal*»<sup>7</sup> que afiance el equilibrio entre quienes proporcionan información de sus vidas y quienes se benefician de ello.

## Bibliografía

- Allen, A. L. (1999). Coercing Privacy. *William & Mary Law Review*, volumen 40(3), pp. 723-757.
- Balkin, J. M. (2017). The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data. *Ohio State Law Journal*, 78, pp. 1217-1241.
- Barocas, S. y Nissenbaum, H. (2014). Big Data's End Run around Anonymity and Consent. En J. Lane, V. Stodden, S. Bender y H. Nissenbaum (eds.), *Privacy, Big Data, and the Public Good* (pp. 44-75). Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Barocas, S. y Selbst, A.D. (2016). Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, 104, pp. 671-732
- Bobbio, N. (1991). Presente y porvenir de los derechos humanos, en *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Sistema.
- Castilla del Pino, C. (1989). Público, privado, íntimo. En C. Castilla del Pino (ed.), *De la intimidad* (pp. 25-31). Barcelona, España: Crítica.
- Citron, D. y Pasquale, F. (2014). The Scored Society, Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, 89, pp. 1-33.
- Cohen, J. (2000). Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. *Stanford Law Review*, 52, pp. 1373-1437.
- Cotino, L. (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, 24, pp. 131-150.
- Dahl, R. (1957), The Concept of Power. *Behavioral Science*, 2(3), pp. 201-215
- De Montjoye, Y.-A., Hidalgo, C.A., Verleysen, M. y Blondel, V.D. (2013). Unique in the Crowd: The Privacy Bounds of Human Mobility. *Scientific Reports*, 3(3), p. 1376.

<sup>7</sup> Emplea esta expresión Susskind (2018, pp. 336-340).



- De Montjoye, Y.-A., Radaelli, L., Singh, V. K. y Pentland, A. S. (2015). Identity and privacy. Unique in the Shopping Mall: On the Reidentifiability of Credit Card Metadata. *Science*, 347(6221), pp. 536-539.
- Domínguez Cebrián, B. (7 de julio, 2021). El manejo de los datos será en el futuro una amenaza a la seguridad nacional. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-07-07/el-manejo-de-los-datos-sera-en-el-futuro-una-amenaza-a-la-seguridad-nacional.html#:~:text=Janis%20Sarts%3A%20%E2%80%9CEI%20manejo%20de,nacional%E2%80%9D%20%7C%20Internacional%20%7C%20EL%20PA%C3%8DS>
- Etzioni, A. (2015). *Privacy in a Cyber Age. Policy and Practice*. Nueva York, Estados Unidos: Palgrave Macmillan.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, volumen II, p. 59. Madrid, España: Trotta.
- Floridi, L. (2017). Infraethics. On the Conditions of Possibility of Morality. *Philosophy and Technology*, 30(4), pp. 391-394.
- Frosini, V. (1982). *Cibernética, Derecho y sociedad*. Madrid, España: Tecnos.
- García Merino, L. (23 de diciembre, 2020). Anne Applebaum: “Es necesario mantener un debate distinto sobre cómo funciona internet y las redes sociales y cuál es su relación con la política. *Foro Telos, Fundación Telefónica*. Recuperado de <https://telos.fundaciontelefonica.com/foro-telos-2020-anne-applebaum-es-necesario-mantener-un-debate-distinto-sobre-como-funciona-internet-y-las-redes-sociales-y-cual-es-su-relacion-con-la-politica/>
- Garriga, A. (2015). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, España: Dykinson.
- Garzón Valdés, E. (2003). Lo íntimo, lo privado y lo público. *Claves de Razón Práctica*, 137, pp. 14-24.
- González, R. (12 de julio, 2021). El Big Data sigue la pista a los ricos que dicen vivir falsamente en el extranjero. *Big Data Magazine*. Recuperado de <https://bigdatamagazine.es/el-big-data-sigue-la-pista-a-los-ricos-que-dicen-vivir-falsamente-en-el-extranjero>
- Honneth, A. (2007). *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires, Argentina: Katz.
- Innerarity, D. (18 de abril, 2021). Grandes datos, pequeña política. *El País*. <https://elpais.com/ideas/2021-04-17/grandes-datos-pequena-politica.html>
- Innes, J.C. (1992). *Privacy, Intimacy and Isolation*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Kroll, J. et al. (2017). Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, 165, pp. 633-705.
- Lyon, D. (2007). *Surveillance Studies. An Overview*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press.
- Marantz, A. (2021). *Antisocial. La extrema derecha y la libertad de expresión en Internet*. Madrid, España: Capitán Swing.
- Martínez, R. (2014a). Privacidad, EE.UU y España. Tan lejos tan cerca. *Telos. Cuadernos de Comunicación e innovación*, 97, pp. 1-9.
- Martínez, R. (2014b). Ética y privacidad de los datos. *Ponencia presentada en Big Data: de la investigación científica a la gestión empresarial, Fundación Ramón Areces*. Recuperado de [http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/conferencias/ppt/1776180509\\_1472014102438.docx](http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/conferencias/ppt/1776180509_1472014102438.docx) (última consulta el 23/07/21).
- Mayer-Schönberger, V. y Cukier, K. (2013). *Big Data. A Revolution that Will Transform How We Live, Work, and Think*. Nueva York, Estados Unidos: Houghton Mifflin Harcourt. Edición castellana Mayer-Schönberger, V. y Cukier, K. (2013). *Big data. La revolución de los datos masivos*. Madrid, España: Turner Publicaciones.
- Mill, J.S. (1970). *Sobre la libertad*. Madrid, España: Alianza.

- Nagel, T. (1998). Concealment and Exposure. *Philosophy & Public Affairs*, 27(1), pp. 3-30.
- Nissenbaum, H. (2010). *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*. Stanford, Estados Unidos: Stanford University Press.
- Nyst, C. (2013). El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión: dos caras de la misma moneda. *Cuestión de derechos*, 4, pp. 24-32.
- O'Neil, C. (2016). *Weapons of Math Destruction*. Nueva York, Estados Unidos: Crown. Edición castellana O'Neil, C. (2017). *Armas de destrucción matemática*. Madrid, España: Capitán Swing.
- Oliver A. D. y Muñoz Soro, J.F. (2013). El mito del consentimiento y el fracaso del modelo individualista de protección de datos. En J. Valero Torrijos, *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica* (pp.153-196). Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Pariser, E. (2017). *El filtro burbuja. Cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*. Madrid, España: Taurus.
- Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Peirano, M. (2019). *El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la economía de la atención*. Barcelona, España: Debate.
- Pérez Luño, A.E. (1992). Intimidad y protección de datos personales: del *Habeas Corpus* al *Habeas Data*. En L García San Miguel (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (pp. 36-45). Madrid, España: Tecnos.
- Prosser, W. (1960). Privacy. *California Law Review*, 48, pp. 383-423.
- Rachels, J. (1975). Why Privacy is Important?. *Philosophy & Public Affairs*, 4(4), pp. 323-333.
- Regan, P. (1995). *Legislating privacy: Technology, social values and public policy*. Chapel Hill, Estados Unidos: The University of North Carolina Press.
- Regan, P. (2015). Privacy and the Common Good: Revisited. En B. Roessler y D. Mokrosinska (eds.), *Social Dimensions of Privacy. Interdisciplinary Perspectives* (pp. 50-70). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Risse, V. (2019). Private Data and Property. En IE University, *Data, Privacy, and the Individual*. Madrid: Center for the Governance of Change. Recuperado de [www.ie.edu/cgc/research/data-privacy-individual](http://www.ie.edu/cgc/research/data-privacy-individual) (última consulta 23/07/21)
- Rodotà, S. (2003). Democracia y protección de datos. *Cuadernos de Derecho Público*, 19-20, pp. 15-26.
- Roessler, B. (2015). Should Personal Data Be a Tradable Good? On the Moral Limits of Markets in Privacy. En B. Roessler y D. Mokrosinska (eds.), *Social Dimensions of Privacy. Interdisciplinary Perspectives* (pp. 141-161). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Schneier, B. (2015). *Data and Goliath*. Londres, Reino Unido: W. W. Norton & Company.
- Schneier, B. (2018). *Click Here to Kill Everybody. Security and Survival in a Hyper-Connected World*. Nueva York, Estados Unidos: W. W. Norton & Company. Edición castellana Schneier, B. (2019). *Haz clic aquí para matarlos a todos. Un manual de supervivencia*. Barcelona, España: Temas de Hoy-Planeta.
- Schoeman, F. (1992). *Privacy and Social Freedom*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Schwartz, P.M. (1999). Privacy and Democracy in Cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, 52, pp. 1609-1701.
- Sibilia, P. (2009). *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Solove, D.J. (2001). Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy. *Stanford Law Review*, 53, pp. 1393-1462.
- Solove, D.J. (2013). La autogestión de la privacidad y el dilema del consentimiento. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2(2), pp. 11-47.

- Solove, D.J. (2015). The Meaning and Value of Privacy. En B. Roessler y D. Mokrosinska (eds.), *Social Dimensions of Privacy. Interdisciplinary Perspectives* (pp. 71-81). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Steeves, V. (2009). Reclaiming the Social Value of Privacy. En I. Kerr, V. Steeves y C. Lucock (eds.), *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy, and Identity in a Networked Society* (pp. 191-208). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Sunstein, C.R. (2003). *República.com. Internet, democracia y libertad*. Madrid, España: Paidós.
- Susskind, J. (2018). *Future Politics. Living together in a World Transformed by Tech*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Thomson, J.J. (1975). The Right to Privacy. *Philosophy & Public Affairs*, 4(4), pp. 295-314.
- Thompson, J. B. (2011). Los límites cambiantes de la vida pública y privada. *Nueva Época*, 15, enero-junio, pp. 11-42.
- Toscano, M. (2017). Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 57, pp. 533-552.
- Turégano Mansilla, I. (2020a). Los valores detrás de la privacidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, pp. 255-283.
- Turégano Mansilla, I. (2020b). La dimensión social de la privacidad en un entorno virtual. En O. Fuentes Soriano (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho* (pp. 27-54). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Vayena, E. y Tasioulas, J. (2016). The dynamics of big data and human rights: the case of scientific research. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, pp. 1-14.
- Véliz, C. (22 de octubre, 2019). Privacy is a Collective Concern. *NewStatesman*. <https://www.newstatesman.com/science-tech/privacy/2019/10/privacy-collective-concern>
- Véliz, C. (2020). Private Data and Property. En IE University, Center for the Governance of Change, *Data, Privacy and the Individual. Privacy Matters*, p. 9.
- Véliz, C. (2021). *Privacy is Power. Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. Londres, Reino Unido: Bantam Press.
- Wasserstrom, R.A. (1984). Privacy: Some arguments and assumptions. En F. Schoeman (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology* (pp. 317-332). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Weinberg, L. (2017). Rethinking Privacy: A Feminist Approach to Privacy Rights after Snowden. *Westminster Papers in Communication and Culture*, 12(3), pp. 5-20.
- Whitman, J.Q. (2004). The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *The Yale Law Journal*, 113(6), pp. 1151-1222.
- Williams, J. (2021). *Clics contra la humanidad. Libertad y resistencia en la era de la distracción tecnológica*. Barcelona, España: Gatopardo Ediciones.
- York, J.C. y Zuckerman, E. (2019). Moderating the Public Sphere. En Jørgensen, R.F. (ed.), *Human Rights in the Age of Platforms* (pp. 137-161). Cambridge y Londres, Reino Unido: The MIT Press.
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Londres, Reino Unido: Profile Books. Edición castellana Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Barcelona, España: Paidós.

## Lo indecible de la privacidad contemporánea. Comentario a Carissa Véliz, *Privacy is power: why and how you should take back control of your data*

(2020) Bantam Press  
London, 268 pp.

Carlos Fernández Barbudo  
Universidad Internacional de la Rioja, Universidad Rey Juan Carlos  
ORCID ID 0000-0003-0508-8032  
[carlos.fernandezbarbudo@unir.net](mailto:carlos.fernandezbarbudo@unir.net)

Cita recomendada:

Fernández Barbudo, C. (2019). Lo indecible de la privacidad contemporánea. Comentario a Carisa Véliz, *Privacy is power: why and how you should take back control of your data*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 427-430.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6365>

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

Carissa Véliz, al final de su justamente exitoso libro «*Privacy is Power*», nos confiesa una anécdota personal que encierra mucho más de lo que aparenta: «*Six years ago, when I told people I was researching privacy, the most common response I got was bleak and cynical. “Oh, so you’re doing history, not philosophy”. “Privacy is dead. Get used to it. Nothing to think about”*». En aquellos momentos yo comenzaba mi tesis doctoral en España sobre el mismo tema y las respuestas que recibía estaban más ligadas a una confusión terminológica –«¿privacidad? querrás decir intimidad, ¿no?»». Hoy, sin embargo, casi cualquier persona entiende intuitivamente la cuestión de la privacidad y la relaciona, justamente, con el subtítulo de la obra de Véliz, «*take back control of your data*». De ahí que cuando se publique la versión en español de esta obra no habrá dudas a la hora de cómo traducir este concepto, situación que hubiera sido distinta hace pocos años como ocurrió en 1995 cuando el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales tradujo la célebre obra de Warren y Brandeis «*The Right to Privacy*» como «El derecho a la intimidad»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En la introducción Benigno Pendás afirma rotundamente que el término privacidad es un anglicismo y que es preferible traducir *privacy* como vida privada o intimidad.



El hecho de que en España se haya popularizado el término privacidad cuando en otros ambientes intelectuales se la daba por muerta fue lo que me llevó a titular un artículo de opinión que se publicó en la revista *ctxt* del siguiente modo: «La necesaria muerte de la privacidad». La recepción de los debates anglosajones sobre los riesgos que la vida digital suponen a la intimidad personal hizo que se escindieran dos ámbitos semánticos antes reunidos. Si llegó como un anglicismo es lo de menos, lo relevante es que el concepto de privacidad recogió una experiencia colectiva que es la que narra Véliz en su obra y lo que me llevó a defender que hemos presenciado el surgimiento de un nuevo concepto político (véase, Barbudo, 2019). Sin su muerte, no hubiésemos asistido a su nacimiento.

Entonces, ¿en qué consiste este nuevo concepto de privacidad? Y quizá lo más importante, ¿por qué Véliz afirma que la privacidad es poder? Al lector quizá le sorprenda que la autora no proporcione una definición de privacidad, sin embargo, esto no quiere decir que no encontremos en la obra una concepción coherente de en qué consiste la misma. De hecho, esta situación es bastante habitual en las discusiones, tanto intelectuales como sociales, sobre este tema y esto es debido a que la privacidad es un concepto reactivo. Rara vez vamos a encontrar una definición positiva que delimite el alcance de la misma. Lo habitual es justamente lo contrario, es decir, emplear este concepto para dar cuenta de una nueva situación – habitualmente relacionada con la tecnología– que se concibe como una amenaza. Solo cuando aparece la amenaza, ese «algo» que debe ser objeto de protección se hace presente, ya que antes que pensarse como un bien social en términos positivos, la privacidad solo parece poder plantearse en términos negativos: por rechazo a lo que acontece.

El hecho de que la privacidad parezca que solo se puede pensar a través de los límites que se establecen frente a lo que se consideran injerencias, se aprecia con claridad en la obra de Véliz. La ausencia de una definición explícita de este concepto es suplida mediante esta estrategia reactiva. De este modo, la autora nos plantea a lo largo del libro un amplio abanico de tecnologías y fenómenos sociotécnicos, todos ellos derivados de la economía de la vigilancia, que suponen una amenaza directa o indirecta a la privacidad. Ahora bien, si esto fuera netamente así, cualquier cosa podría considerarse una amenaza para algo que no es nada concreto, de ahí que sí que exista un hilo conductor entre todas estas amenazas: la limitación de la autonomía personal.

De este modo, el trabajo de Véliz forma parte de la larga tradición liberal que identifica el ámbito íntimo con el espacio social en el que el individuo goza de máxima autonomía. Para esta tradición, el hogar es el máximo exponente de la autodeterminación individual y los muros de la casa conforman la principal barrera de defensa frente al mundo social. No en vano la metáfora por excelencia para explicar en qué consiste la intimidad recurre a las cuatro paredes de la casa, ya que todo lo que ocurre en su interior no incumbe a nadie y debe ser protegido del juicio social levantando unas paredes jurídicas que lo defiendan de las injerencias externas. Sin intimidad, no hay libertad.

El problema actual es que las paredes de la casa ya no bastan para proteger esa intimidad. Ahora somos *ciborgs* cuyas vidas están embebidas en redes de datos, lo cual supone que los aspectos más íntimos de nuestros yoos estén depositados mucho más allá de nuestro hogar. Esta situación, aunque nos parezca muy novedosa, ha sido siempre bien conocida. Las primeras legislaciones en materia de protección de datos personales surgen cuando la interconexión global de datos estaba aún en sus primeras fases, pero ya se advertía que las bases de datos suponían una amenaza a la intimidad, por lo que se decidió dar a los individuos cierta capacidad de



decisión sobre la información que se almacena remotamente sobre ellos. Esta dimensión informacional de la intimidad se tematizó en la literatura especializada como *informational privacy*, que es justamente la privacidad de la que nos habla Véliz en su trabajo.

Esta tradición, cuando se adapta a las nuevas circunstancias informacionales de la privacidad, rearticula los conceptos adyacentes a la privacidad y coloca la confidencialidad en una posición central. Desde el momento en que la información sobre uno ya no está bajo el control directo del individuo, lo que urge organizar para salvaguardar la intimidad en el ámbito digital son mecanismos que garanticen que solo las personas autorizadas puedan acceder a dicha información, o lo que es lo mismo: garantizar su confidencialidad. De este modo, las nuevas paredes de la casa son las tecnologías que impiden que personas no legitimadas tengan esa capacidad de acceso y se desarrolla desde el campo técnico –el de la seguridad de la información– el paradigma CIA que aún hoy es dominante: *Confidentiality, Integrity y Availability*<sup>2</sup>.

Ahora bien, bajo condiciones capitalistas de producción los datos –ya sean personales o no– se ven sometidos a las mismas dinámicas de acumulación que cualquier otra mercancía, de ahí que se desarrolle una economía de la vigilancia orientada a la extracción de información sobre los individuos. Esto hace que cambie la escala del problema, pues la amenaza ya no son bases de datos de alcance limitado, sino gigantescos centros de datos en los que se almacenan nuestros datos digitales. Y con ello se produce, desde hace pocos años, una eclosión intelectual que trata de revisitarse la cuestión inicial de la autonomía individual.

Muchos autores comienzan a darse cuenta de que el papel central que la confidencialidad tenía en la *informational privacy* ya no permite responder adecuadamente a este cambio de escala, pues lo determinante para las nuevas cuestiones que se abren no es quién accede a la información sino qué hace con ella. Ahí es donde se nos presenta claramente la cuestión del poder en relación con la acumulación de datos. La obra de Véliz propone encauzar este nuevo debate desde una concepción del poder muy restringida pero adecuada para los fines del trabajo. Entender el poder como capacidad de influir en los comportamientos le permite a la autora centrar el debate entre privacidad y economía de la vigilancia, y plantear con claridad lo específico de la actual acumulación de datos, a saber: que permite alcanzar un conocimiento tan detallado sobre los individuos que se habilitan nuevos mecanismos de manipulación de masas. De este modo, Véliz está hablando de «algo» que va más allá de la dimensión informacional, e incluso de la misma privacidad.

Ese más allá está siendo planteado actualmente a través de la idea de privacidad colectiva y ahí es donde se revela lo indecible de la privacidad contemporánea, ya que tanto la privacidad como la intimidad siempre se han comprendido como una cuestión relativa al individuo. Entonces, ¿cómo puede ser algo colectivo? Una cosa es afirmar que la privacidad es un bien social que se disfruta individualmente y que las instituciones que protegen este ámbito privado son colectivas, como recoge Véliz, y otra muy distinta defender que existe una dimensión contemporánea de la privacidad que es, en sí misma, colectiva, como algunos autores estamos tratando de explorar (véase, Barbudo, 2020). Lo indecible de la privacidad estaría, precisamente, en ese ámbito semántico que se resiste a morir y que no

---

<sup>2</sup> En este contexto, la confidencialidad es un conjunto de reglas que limita el acceso a la información, la integridad es la garantía de que la información es confiable y veraz, y la disponibilidad es una garantía de acceso confiable a la información por parte de personas autorizadas.

termina de nacer conceptualmente. Ahí está, a mi juicio, el límite de la obra de Véliz: sigue enmarcada en un paradigma individualista de la privacidad desde el que es muy difícil apreciar en qué sentido existe una privacidad que ya no tiene, porque tampoco lo tienen las tecnologías de vigilancia, al individuo en su centro. Solo desde una perspectiva posindividual es posible dar ese salto, aunque esto supone desligar completamente la privacidad de la intimidad, cosa que no es fácil debido al bagaje jurídico-político que arrastramos y que parece renovarse contemporáneamente como derecho a la privacidad (electrónica).

Solo desde un marco posindividual se podrá dar respuesta, tanto teórica como práctica, a los nuevos desafíos que la economía de la vigilancia ha traído consigo. Muchas de las cuestiones que plantea Véliz en su obra van justamente en esa dirección, pero quedan inarticuladas. El gran reto que tenemos por delante está, precisamente, en saber articular teóricamente lo que es ya una realidad sociotécnica. Estoy convencido de que los problemas relacionados con los sesgos en la Inteligencia Artificial, así como los nuevos campos de discriminación que se abren con esta tecnología, no pueden ser comprendidos completamente desde el paradigma individual que rige las teorías de la privacidad actual. El camino por recorrer apunta a repensar el campo de la autonomía política que está ligado a la privacidad desde un marco no individual, ya que desde esa hoja de ruta se podrá vislumbrar con mayor claridad cómo la vigilancia sistémica opera a la hora de influir en comportamiento colectivos y, por tanto, plantear las transformaciones sociotécnicas alumbradas por la economía de la vigilancia como una limitación de la soberanía digital de las comunidades políticas.

Si la privacidad es poder es porque la privacidad es política, y los cambios políticos no se producen desde la individualidad. Véliz finaliza su obra con un decidido optimismo orientado a empoderar a los ciudadanos: existen alternativas tecnológicas que respetan la privacidad, tenemos regulaciones que hacer valer y los consumidores pueden hacer presión para que la economía de la vigilancia deje de funcionar. Ahora bien, el problema de estas llamadas a la acción con las que finaliza el libro es que son todas ellas en clave individualista. Cuando precisamente lo que necesitamos es justamente lo contrario: socializar el malestar, hacerlo colectivo, y politizarlo.

## Bibliografía

- Fernández Barbudo, C. (2019). El nuevo concepto de privacidad: la transformación estructural de la visibilidad. *Revista de Estudios Políticos*, 185, pp. 139-167. doi: <http://doi.org/10.18042/cepc/rep.185.05>.
- Fernández Barbudo, C. (2020). Hacia una privacidad colectiva: repensar las bases teóricas de la distinción público/privado en la economía de la vigilancia. *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, 17(1), pp. 69-76. doi: <http://doi.org/10.5209/tekn.66844>.

## Más sobre privacidad. Respuesta a los comentarios sobre “Privacidad es poder”

Carissa Véliz  
University of Oxford  
ORCID ID 0000-0002-3189-3994  
[carissa.veliz@philosophy.ox.ac.uk](mailto:carissa.veliz@philosophy.ox.ac.uk)

Cita recomendada:

Véliz, C. (2021). Más sobre privacidad. Respuesta a los comentarios sobre “Privacidad es poder”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 431-434.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6366>

Recibido / received: 09/09/2021

Mi más sincero agradecimiento a la revista *Eunomía* por dedicar la sección Book Forum de este número a *Privacy is Power* (Bantram Press, 2020)<sup>1</sup>. Muchas gracias también a Isabel Turégano y a Carlos Fernández Barbudo por haber dedicado su tiempo a leer el libro con tanto detenimiento y por sus agudos comentarios.

Ambos autores mencionan la relación terminológica en español entre privacidad e intimidad, así que empezaré por ahí.

### Privacidad e intimidad

Carlos Fernández Barbudo recuerda que cuando comenzó su tesis doctoral en España sobre privacidad, recibía respuestas ligadas a una confusión terminológica: «¿privacidad? Querrás decir intimidad, ¿no?» El comentario me ha hecho reír porque me ha hecho recordar y ver con otros ojos respuestas similares que recibí en España hace unos años. Recuerdo haber tenido conversaciones enteras en las yo hablaba de privacidad y la otra persona de intimidad.

Según el diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española, intimidad es el ámbito íntimo, espiritual o físico de una persona o de un grupo. No es

---

<sup>1</sup> Existe traducción al castellano: “Privacidad es poder: datos, vigilancia y libertad en la era digital” (Debate, 2021).



sinónimo de privacidad (cualidad de privado o no público), según ese mismo diccionario.

Para Isabel Turégano,

«Resulta útil separar conceptualmente esta idea de intimidad, como lo que debería mantenerse en el interior de cada individuo, de la privacidad que se manifiesta y proyecta en decisiones y relaciones externas. Lo privado no es solo lo que permanece al interior del sujeto, sino lo que se hace y experimenta con «otros determinados».

Aunque coincido con Turégano en que la privacidad y la intimidad no son lo mismo, nuestras concepciones de ambos términos son distintas. Turégano acepta una definición de la intimidad basada en las ideas de Ernesto Garzón Valdés, según la cual la esfera de la intimidad es el ámbito de los pensamientos de cada individuo. Sin embargo, el diccionario de la Real Academia Española define intimidad como «amistad íntima» y «zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia». La definición de la RAE me parece más cercana a como se usa el término en ámbitos cotidianos alejados de la universidad.

Desde mi punto de vista, la intimidad es la esfera de confianza y confidencialidad que se crea entre las relaciones cercanas. Compartir un momento de intimidad con otra persona significa compartir un momento de cercanía con otro. Aunque es verdad que en ocasiones hablamos de «pensamientos íntimos» (pensamientos que, aunque pertenecen a un individuo, a menudo son sobre otras personas), es todavía más común hablar sobre compartir un momento íntimo con otra persona, o necesitar de intimidad para estar en familia. La privacidad, a mi entender, es algo así como una burbuja personal, un espacio (físico y metafórico) lejos de los demás que nos protege de las presiones de estar con otras personas y de los abusos de poder. Privacidad es poder disfrutar un rato de tranquilidad en tu oficina o tu dormitorio, lejos de las miradas ajenas. Privacidad es el derecho de mantener a salvo de miradas terceras ciertos tipos de información sobre ti.

¿Cuál es, entonces, la relación entre privacidad e intimidad? La privacidad juega un rol fundamental en la intimidad. Por una parte, para gozar de intimidad con otra persona, hay que renunciar a parte de nuestra privacidad. Las amistades cercanas suelen contarse cosas personales. Los amantes se desnudan delante del otro. Por otra parte, para que haya intimidad entre dos o en una familia, hace falta privacidad con respecto al resto del mundo. Nunca se tiene o no se tiene privacidad sin más. Se tiene privacidad (o no) con respecto a alguien. Para cuidar la intimidad entre dos amigas, por ejemplo, hace falta poder hablar en privado (lejos de los demás) y respetar la confidencialidad de la amistad (no contarle ciertas cosas a otros). En ese sentido, la privacidad es necesaria para tener intimidad.

¿Derechos o valores absolutos?

En respuesta a mi advertencia de que hay que tener cuidado con los datos médicos y con los datos personales en tiempos de crisis, Isabel Turégano sugiere que asumo que la privacidad es un valor absoluto. De ninguna manera. No hay ni valores ni derechos absolutos. Incluso algo tan importante como el valor de y el derecho a la vida tiene límites. Lo mismo con la privacidad. Para tener una buena relación de pareja, hay que renunciar a algo de privacidad. Para que los médicos puedan ayudarnos, hay que compartir nuestros síntomas. Pensar en la privacidad (o en cualquier otro valor) como absoluto me parece absurdo.

Turégano se pregunta si pienso que deben evitarse «los avances en la promoción de bienes públicos que solo pueden lograrse con el uso de datos identificables», y si «el uso de datos personales con fines públicos supone siempre una violación de la privacidad». Usar datos personales con el consentimiento de todos los involucrados, con óptimos cuidados en ciberseguridad, con un plan de borrar esos datos una vez hayan cumplido su cometido, usando esos datos sin compartirse y solo para los fines propuestos, y recompensando a los sujetos de esos datos, todo ello con fines públicos, me parece muy aceptable. Lo que está mal es decirle a la gente que sus datos son necesarios para superar una crisis o resolver un problema cuando eso no es verdad. Lo que está mal es robar datos personales. Lo que está mal es descuidar los datos, teniendo unas prácticas de ciberseguridad para llorar y guardando los datos para siempre. Lo que está mal es obtener datos personales con la excusa de promover el bien común para luego vender esos datos o compartirlos con empresas que no son de fiar. Y, en el contexto de la economía de los datos, todas esas prácticas inaceptables son muchísimo más comunes que el trato ético de los datos personales.

Por ejemplo, lo inaceptable del uso de los datos personales por *DeepMind* para desarrollar una *app* médica que salvara vidas fue que adquirió datos de más de un millón de pacientes sin su conocimiento ni mucho menos consentimiento, sin garantías de que no fuera a enlazar esos datos con datos de Google, que no se sabe muy bien qué fue de esos datos, y que además resultó que la *app* no salvó ninguna vida.

Uno de los mensajes principales del libro es que, mientras dejemos que los datos personales se compren y se vendan, estaremos invitando abusos. Una vez que hayamos prohibido el comercio con datos personales será mucho más fácil compartir datos personales con instituciones de fiar para fines que merezcan la pena, sin miedo a que esos datos terminen siendo utilizados en nuestra contra. Por eso hay que terminar con la economía de los datos personales.

### Privacidad: individual y colectiva

El último punto que quiero abordar es el de la dimensión colectiva de la privacidad. En el libro argumento que la privacidad es tanto individual como colectiva. Colectiva porque, por una parte, los datos de una persona suelen contener datos sobre otras personas (p.ej., los datos genéticos) y, por otra parte, porque los efectos de las pérdidas de privacidad a menudo se sufren de manera colectiva (p.ej., cuando la firma de *Cambridge Analytica* usó datos personales para manipular elecciones). Carlos Fernández Barbudo argumenta que mi obra «sigue enmarcada en un paradigma individualista» y que «solo desde una perspectiva posindividual» es posible entender la privacidad como colectiva. «Si la privacidad es poder es porque la privacidad es política, y los cambios políticos no se producen desde la individualidad», escribe Fernández Barbudo. Si la privacidad es poder es porque la privacidad es política. Hasta ahí estamos de acuerdo. ¿Y qué es la *polis* si no un conjunto de individuos?

Si nos olvidamos del individuo nos olvidamos, entre otras cosas, de la responsabilidad que cada uno tiene en el diseño de nuestra comunidad y sociedad<sup>2</sup>. Como ciudadanos, consumidores, profesores, periodistas, políticos, empresarios, ingenieros, cada persona contribuye a la *polis*. Las llamadas a la acción con las que finaliza el libro son individuales y colectivas. Van desde usar productos que respeten la privacidad (lo cual incentiva a las empresas a ver la privacidad como una ventaja

<sup>2</sup> Si perdemos de vista al individuo, también podemos olvidarnos de proteger a las personas frente al colectivo, por ejemplo.



competitiva) hasta prohibir el comercio de los datos, prohibir los anuncios y contenidos personalizados, implementar deberes fiduciarios a aquellos que recolectan y manejan datos personales, e implementar estándares mínimos de ciberseguridad, entre otras medidas.

Vamos a pensar en un caso específico: el de *Cambridge Analytica*. La firma recolectó los datos de unos 200 millones de estadounidenses. A esas personas se les analizó con una herramienta que se diseñó a partir de la información de 270.000 personas que dieron datos sobre su personalidad. Con esa herramienta se identificó a 3.5 millones de ciudadanos negros a quienes se intentó disuadir, a través de propaganda personalizada, de ir a votar. La privacidad es colectiva porque esas 270.000 personas no tenían autoridad moral para compartir datos psicométricos que incluían datos de otras personas y acceso a otras personas (a 87 millones de sus «amigos» en Facebook). Y la privacidad es colectiva porque todos los ciudadanos de Estados Unidos fueron perjudicados al verse perjudicada su democracia. La solución pasa por prohibir la propaganda personalizada y el comercio de datos. No sé muy bien qué añadiría una perspectiva «posindividual».

Lo perverso de la economía de la vigilancia es que explota al individuo y sus relaciones cercanas, explota la intimidad y la privacidad al recolectar y comercializar datos personales, y luego usa esos datos o bien con fines nefastos (como el caso de *Cambridge Analytica*), o bien con fines de lucro que terminan teniendo efectos secundarios nefastos para los individuos y para el bien común (como la erosión de la autonomía y la igualdad). Somos individuos que pertenecen a una sociedad, y para resolver los problemas hay que tener en mente ambas realidades, la individual y la colectiva.

Para proteger la privacidad necesitamos regulación como respuesta a un problema de acción colectiva. Y para llegar a una regulación satisfactoria, las acciones de los individuos que constituyen la *polis* importan. La economía de la vigilancia terminará el día que suficientes personas digan «basta».

# Jill Alpes, Emergency returns by IOM from Libya and Niger

(2020) Brot für die Welt /  
medico internacional e.V.  
Berlín, 24 pp.

Felipe González Morales\*  
Universidad Diego Portales  
ORCID ID 0000-0003-0446-8973  
[felipe.gonzalez@udp.cl](mailto:felipe.gonzalez@udp.cl)

Cita recomendada:

González Morales, F. (2021). Jill Alpes, Emergency returns by IOM from Libya and Niger. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 435-440

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6367>

Recibido / received: 04/05/2021

El empleo de los retornos de personas en situación de movilidad es una práctica que se ha vuelto masiva en diversas regiones del mundo en los últimos años, constituyendo en la actualidad una de las medidas más comunes de la política migratoria de muchos países de destino. El Informe publicado en 2020 por Brot für die Welt (Pan Para el Mundo) y Medico International (en adelante «el informe» o «Pan Para el Mundo») aborda el tema en Libia y Níger y su impacto en el contexto subregional africano. Se trata de dos Estados en que la práctica masiva de retornos presenta serios desafíos desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Un aspecto especialmente controvertido es el de la distinción entre retornos voluntarios e involuntarios. En este sentido, la Relatoría Especial sobre derechos humanos de los migrantes de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha señalado que:

[E]n general, las condiciones en las que los migrantes solicitan el retorno voluntario asistido no permiten calificar el retorno de voluntario, ya que no reúnen los requisitos de una decisión plenamente informada, sin coacciones y respaldadas por la disponibilidad de suficientes alternativas válidas (Relator Especial, 2018, párr. 30).

\* El autor agradece la colaboración de Julia García Martínez en la preparación de esta recensión.



El abordaje conjunto que realiza el informe de los retornos desde Libia y Níger no es casual: ambos Estados se encuentran estrechamente ligados en su evolución en materia de políticas migratorias. Mientras Libia fue un Estado fuerte, servía de barrera de contención a quienes migraban en África desde el Sur hacia el Norte y Níger constituía fundamentalmente un Estado de tránsito en esa ruta. Una vez que Libia se volvió un Estado fallido, Níger se transformó en un Estado de contención. Asimismo, debido al gravísimo incremento de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes en Libia, crecen exponencialmente los retornos, los cuales se llevan a cabo primordialmente vía Níger.

Tanto las medidas de contención migratoria como las de retornos masivos de migrantes se insertan, como señala el informe, en políticas de externalización del control de la migración. Se trata de políticas que han alcanzado una dimensión global, como lo demuestran los casos de Estados Unidos con México y Centroamérica y de Australia con Papúa-Nueva Guinea, entre diversos otros en las distintas regiones del mundo. En lo que se refiere a Libia y Níger, la externalización es llevada a cabo por la Unión Europea, a través de una serie de acuerdos, financiamiento y acciones de incidencia en la adopción de legislación y políticas internas de dichos países (Mlambo, 2020; Ferstman, 2020).

Libia era hasta hace algunos años tanto un país de destino como de tránsito para quienes trataban de emigrar a Europa utilizando la ruta del Mediterráneo Central. Sin embargo, la inestabilidad política de dicho país en la última década, sumada a la aplicación del acuerdo entre la Unión Europea y Turquía (que cerró en gran medida la ruta de los Balcanes occidentales), así como las patrullas fronterizas junto con los radares costeros que han dificultado la entrada a Europa desde Marruecos (ATTIR, 2018), han reforzado el perfil de Libia como país de tránsito. Como señala el informe, en este nuevo contexto Libia pasó a ser un foco de atención y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), con apoyo financiero de la Unión Europea, comenzó a emprender programas de retorno de migrantes a sus países de origen y a terceros países. Estos retornos aumentaron posteriormente en gran escala, especialmente a raíz de la difusión de imágenes de una subasta de esclavos de migrantes africanos en Libia por la CNN (Pan para el Mundo, 2020, p. 5; Kleist, 2017).

El informe apunta cómo tras dichas revelaciones los gobiernos africanos cambiaron su postura, dejando atrás la controversia que planteaba el apoyo europeo a los guardacostas libios en sus funciones de búsqueda y rescate a través de formación y recursos e infraestructura. En la V Cumbre de la Unión Africana-Unión Europea los gobiernos africanos aceptaron el retorno voluntario de sus ciudadanos en Libia en el contexto de la urgencia humanitaria (Pan para el Mundo, 2020, p. 6).

La inestabilidad política y el vacío de poder en Libia han dado lugar a situaciones que incrementan las vulnerabilidades de los migrantes, muchos de los cuales han sido objeto víctimas de detención arbitraria; tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; violencia sexual y otras formas de violencia de género (KIRBY, 2020); esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud; devolución; desapariciones forzadas; ejecuciones; y denegación de requisitos básicos para la vida, como alimentos, medicinas y alojamiento (Committee, 2019). En algunos casos, las personas han quedado a merced de funcionarios o bandas corruptas que han recurrido a la extorsión y a las amenazas de más violencia a cambio de promesas de seguridad (Pan para el Mundo, 2020, p. 13). Teniendo en cuenta la situación en Libia, el informe en análisis describe un contexto para que los migrantes acepten los retornos y cuestiona la dificultad de sostener que estos retornos sean voluntarios. Del mismo modo, en el trabajo de campo del citado informe, las personas entrevistadas

manifiestan que los retornos son percibidos como un control de su libertad de elección y su movilidad más que como opciones libremente aceptadas.

Con todo ello, el informe pone de relieve que estas prácticas de retornos ofrecen vías de escape a situaciones de grave desprotección de los derechos humanos, sin abordar suficientemente vulnerabilidades específicas que presentan las distintas personas ni actuar sobre las causas estructurales que son el motor de su migración, subrayando que la reintegración es posible únicamente si el retorno ha sido verdaderamente voluntario, informado, libre de coacción y con conocimiento suficiente de las alternativas (Relator Especial, 2018). Siendo así, el informe cuestiona la efectiva vigencia de los principios claves que la OIM establece para los retornos, a saber, que estos deben ser voluntarios, humanos y dignos, además de favorecer la reintegración para que tras el retorno las personas no se vean obligadas a migrar de nuevo (OIM, 2018).

Por otro lado, el informe hace referencia a las devoluciones que son efectuadas desde Libia hacia Nigeria, conocidas como Retorno Humanitario Voluntario (VHR, por sus siglas en inglés), analizando la actuación de la OIM con carácter previo a la ejecución de los retornos. Al respecto, el informe enfatiza que, pese a operar con protocolos y normas preestablecidas para la evaluación de las diversas situaciones que presentan los migrantes, unos y otras solo son aplicadas de modo superficial, sin atender a situaciones individualizadas tras una evaluación detallada y eficaz de los riesgos que puedan presentar.

De acuerdo con el informe, tras la llegada a Nigeria de los migrantes retornados, les es ofrecida asistencia que se circunscribe a sus necesidades más acuciantes, tales como la atención humanitaria primaria para los que presentan evidentes riesgos al momento de la llegada. No se ofrece un seguimiento en la posterior fase de reintegración ni se aplica una respuesta individualizada para determinar la pertenencia a colectivos con necesidades particulares, tales como niños y niñas, víctimas de trata, personas con discapacidad, migrantes adultos mayores y personas con necesidades médicas. El informe denuncia explícitamente la falta de recursos con los que la OIM-Nigeria cuenta para la ejecución de estos programas y las dificultades que se les plantean a los retornados para acceder a los proyectos de la OIM, debido a la falta de recursos básicos tales como medios de transporte o recursos telemáticos (Pan para el Mundo, 2020, p.16).

Por todo lo expuesto, añade el informe, los retornados siguen enfrentándose a necesidades de protección que no son suficientemente abordadas, haciendo mención especial a las deficiencias en el acceso sanitario y en las tasas de escolaridad, así como a la ausencia de seguridad social para quienes retornan. De igual modo, incide negativamente el que los planes de asistencia para la reintegración estén enfocados desde la perspectiva de prestar ayuda de modo puntual y de incentivar el emprendimiento individual, sin vínculos con planes nacionales y regionales de desarrollo o con estrategias de desarrollo económico de ámbito local, por lo que la movilidad social sigue dependiendo en gran medida de las posibilidades de movilidad geográfica.

En lo que concierne a Níger, la situación migratoria es especialmente compleja, ya que se cruza una política de retornos hacia y desde ese país con sus políticas de contención de la movilidad dirigida hacia el Norte de África y eventualmente a Europa. Dada la inestabilidad política en Libia —que solía servir de «muro» de contención—, la Unión Europea ha promovido y financiado dichas políticas en Níger (que era hasta hace unos años un país de tránsito), procurando impedir el paso de personas que no sean residentes hacia la mitad norte del país. La legislación

más relevante al respecto fue adoptada por Níger en 2015, e incluye numerosas medidas de criminalización de la migración y de limitación de la ayuda humanitaria por la sociedad civil a quienes migran, conduciendo a que la movilidad se lleve a cabo por rutas más peligrosas (Relator Especial, 2019).

Tal como se describe en el informe, el volumen de retornos hacia y desde Níger se ha incrementado exponencialmente en los últimos años. La situación de las personas retornadas vía Níger vuelve particularmente acuciante la cuestión del carácter voluntario o no de los retornos. Según se señala en el informe en análisis y se constata asimismo en el informe de la visita oficial del Relator Especial sobre migrantes a Níger (Relator Especial, 2019), muchas de esas personas firman aceptando ser enviadas desde Níger a sus respectivos países luego de haber vivido dramáticas experiencias en el Mediterráneo, en Libia o en otros países (por ejemplo, siendo abandonadas por Argelia en el desierto, debiendo caminar 12 kilómetros hasta Níger) y en ausencia de condiciones de apoyo social en Níger que les permitan optar por una alternativa. Tampoco existen mecanismos de acceso a la justicia para que las personas migrantes formulen reclamos. En rigor, se trata en muchos casos de personas que por ser nacionales del *Economic Community of West African States* (ECOWAS) pueden permanecer durante seis meses en Níger. Sin embargo, la mayoría no lo hace, debido a que Níger carece de medidas de apoyo y no les brinda la posibilidad de regularizar su situación migratoria. Aunque se trata de un Estado extremadamente pobre, que en varias oportunidades ha ocupado el último lugar en el índice de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), un volumen abrumador de los fondos que el país recibe desde el extranjero para la implementación de sus medidas migratorias va dirigido a la adopción de medidas de seguridad en desmedro de las de carácter social. Muchas de las personas entrevistadas manifiestan que una vez que sean retornadas a sus países pasarán un tiempo en ellos e intentarán nuevamente emprender el camino de la migración.

El informe da cuenta además de la situación de las personas deportadas desde Argelia a Níger que no son nacionales de Estados africanos, como, por ejemplo, ciudadanos de Pakistán, Siria, Yemen y otros países asiáticos. En estos casos, la OIM las transfiere al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que ha establecido Campos de Refugiados, en los cuales algunas personas y familias llevan años.

La situación en Níger, según se describe en el informe (Pan para el Mundo, 2020, pp. 14-15), da cuenta de la dualidad de papeles que desempeña allí la OIM y que ha sido fuente de críticas. Por una parte, en la frontera con Argelia, la OIM presta ayuda humanitaria sin condiciones a quienes han sido abandonados en el desierto, transportándolos hasta la ciudad más cercana y proporcionándoles agua y comida. Por otra, para continuar prestándoles ayuda, la OIM requiere que la persona acepte un «retorno voluntario» a su país de origen, que es practicado por esa misma institución. Quienes no aceptan firmar su retorno, por lo mismo, quedan entregados a su propia suerte, debido a la carencia de otras formas de apoyo institucional, ya sea por el Estado u organizaciones de la sociedad civil, estas últimas limitadas en sus funciones por las normas adoptadas en 2015.

Una vez de regreso en sus países de origen –describe el informe– las personas retornadas se ven enfrentadas a graves problemas de reintegración de orden económico y social. Como señala el informe, al respecto se debería «considerar no solamente las necesidades individuales de los retornados, sino la de los miembros de sus familias en los países de origen que pueden depender de la migración y las remesas para su propia protección social» (Pan para el Mundo, 2020, p. 16). Añade que una vez de regreso en su país, en el contexto de sistemas muy débiles de



seguridad social, la persona retornada puede hallarse en una situación de precariedad de apoyo social aún mayor que la que originalmente la condujo a emigrar.

Como señala el informe, los desafíos de la reintegración en los países del Norte y Oeste de África presentan particularidades, que escapan a la caracterización típica de la literatura sobre reintegración (Pan para el Mundo, 2020, p. 12). Ello debido a que en la región analizada en el informe se vive un contexto de emergencia, el cual impacta de manera muy significativa en la situación de quienes retornan a sus países de origen. Es así como las vuelve más vulnerables que a quienes retornan en otros contextos y tiene un efecto perjudicial que alcanza no solo a las personas retornadas sino también a sus familiares. Ello, ya sea porque se priva de manera imprevista a estos últimos de fuentes de ingresos vía remesas o debido a que los pone en la situación de tener que hacerse cargo económicamente de personas adicionales.

«El concepto de “reintegración” presupone –señala el informe– una integración previa en un sistema social, político y económico preexistente», añadiendo que esto es precisamente lo que se halla ausente en el caso de quienes son retornados desde Libia y Níger, ya que sus países de origen son estructuralmente débiles (Pan para el Mundo, 2020, p. 16). Esta es también una razón crucial para que muchas personas retornadas emprendan nuevamente, al cabo de poco tiempo, el intento de migrar.

Como bien observa el informe, el énfasis desproporcionado en políticas de retornos se lleva a cabo al precio de sacrificar o reducir significativamente otras opciones, tales como la existencia de rutas migratorias seguras y regulares o la contribución al Desarrollo Estructural de los Estados (Pan para el Mundo, 2020 p. 16). Esta última, en el mediano y largo plazo podría ser una fórmula mucho más efectiva de reducir la masividad de la movilidad humana.

Por último, es importante apuntar que las políticas de retornos se insertan en un cuadro más general, en el cual el componente de seguridad ocupa el lugar central de las políticas migratorias, con frecuencia con un serio impacto negativo en los derechos humanos de las personas en situación de movilidad. La práctica masiva de retornos de migrantes tiene evidentemente un objetivo disuasorio, en el sentido de enviar un mensaje al resto de la población de los países de origen de que encontrarán graves obstáculos para llegar a los Estados a los que pretenden migrar. No obstante, estas medidas difícilmente cumplen su propósito, fortaleciéndose, en cambio, rutas alternativas y más peligrosas para quienes buscan migrar. Por lo demás, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, las medidas disuasivas no pueden desarrollarse legítimamente al costo de violar tales derechos.

## Bibliografía

- Attir, M. O. (2018) North African Regular and Irregular Migration: The Case of Libya. *New England Journal of Public Policy*, 30(2), pp. 1-4. Recuperado de <https://scholarworks.umb.edu/nejpp/vol30/iss2/5/>
- Ferstman, C. (2020) Human Rights Due Diligence Policies Applied to Extraterritorial Cooperation to Prevent «Irregular» Migration: European Union and United Kingdom Support to Libya. *German Law Journal*, 21(3), pp. 459-486. Recuperado de <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/human-rights-due-diligence-policies-applied-to-extraterritorial-cooperation-to-prevent-irregular-migration-european-union-and-united-kingdom-support-to-libya/38D7DC3CE11420B2658CC8861FD14368>

- Kirby, P. (2020) Sexual violence in the border zone: the EU, the Women, Peace and Security agenda and carceral humanitarianism in Libya. *International Affairs*, 96(5), pp. 1209-1226. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/ia/iiaa097>
- Kleist, N. (2017) Disrupted migration projects: the moral economy of involuntary return to Ghana from Libya. *Africa: The Journal of the International African Institute*, 87(2), pp. 322-342. Recuperado de <https://muse.jhu.edu/article/656693>
- Mlambo, V. H. (2020) Externalization and Securitization as Policy Responses to African Migration to the European Union. *African Human Mobility Review*, 6(3), pp. 94-109. Recuperado de <https://sihma.org.za/journals/5.%20Externalization%20and%20Securitization%20as%20Policy%20Responses%20AHMR%203:2020.pdf>
- OIM (2018). *Un marco para el retorno voluntario asistido y la reintegración*. Recuperado de <https://publications.iom.int/es/books/un-marco-para-el-retorno-voluntario-asistido-y-la-reintegracion>
- ONU, Committee on the Protection of the Rights of all Migrants Workers and Members of their Families (2019). *Concluding observations on the initial report of Libya* (CMW/C/LBY/CO/1), 8 May. Recuperado de <https://digitallibrary.un.org/record/3863940?ln=es>
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2019). *Visita al Níger: Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes* (A/HRC/41/38/Add.1), 16 de mayo. Recuperado de <https://www.undocs.org/es/A/HRC/41/38/Add.1>
- ONU, Consejo de Derechos Humanos (2018). *Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes* (A/HRC/38/41), 4 de mayo. Recuperado de: <https://www.undocs.org/es/A/HRC/38/41>

# Sabrina Ragone, Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España

(2020) Bosh Editor  
Barcelona, 217 pp.

Francisco Balaguer Callejón  
*Universidad de Granada*  
ORCID ID 0000-0001-8084-7890  
[balaguer@ugr.es](mailto:balaguer@ugr.es)

Cita recomendada:

Balaguer Callejón, F. (2021). Sabrina Ragone, Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 441-446.  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6372>

Recibido / received: 23/06/2021

En el momento en que este espléndido libro fue publicado, febrero de 2020, casi podíamos pensar que se trataba de una investigación de historia constitucional, no porque no siguieran presentes los efectos de la crisis en muchos de los ámbitos afectados, que de manera tan precisa se describen en el libro, sino porque teníamos la impresión de que la crisis económica estaba ya superada. Con la recuperación de los indicadores económicos –particularmente positiva en el caso de España– vino también el reconocimiento de algunos de los errores cometidos y la puesta en marcha del Pilar Social Europeo (cfr. Balaguer Callejón, 2018). La experiencia traumática de la crisis y la aún más traumática de las políticas impuestas desde Europa parecían ya un asunto del pasado.

Sin embargo, ese mismo mes teníamos constancia de la llegada a Europa del Covid-19, y recordaré siempre que yo estaba como profesor visitante en Milán –uno de los epicentros de la crisis en ese momento– y tuve que volver a finales de febrero a España –ya que la Universidad de Milán se cerró y se suspendieron las actividades académicas– y comenzar a grabar videos para suplir las clases que quedaron pendientes en Milán y en Rouen mientras cancelaba todos los viajes que tenía



pendientes. Había llegado la crisis sanitaria, en la que estamos todavía inmersos, aunque con la esperanza de llegar a una cierta normalidad después del verano.

Pero la crisis sanitaria es como una matrioska que lleva otras muchas crisis en su interior. El alcance de algunas de ellas todavía está por conocer, pero lo que sí estuvo claro desde el primer momento es que íbamos a sufrir una crisis económica, de características diferentes a la crisis financiera de 2008, aunque con el temor de que se pudiera convertir de nuevo en una crisis de deuda debido al inevitable endeudamiento de los Estados para hacer frente a los sucesivos parones económicos que han acompañado a la crisis sanitaria en el último año.

El libro de Sabrina Ragone pasaba así de ser una valiosa herramienta para explicar el pasado a convertirse en una valiosa herramienta para prevenir el futuro. A día de hoy hay que decir que la puesta en marcha del Fondo de Recuperación por parte de la Unión Europea (UE) expresa una nueva mentalidad y una mayor comprensión de la naturaleza de los problemas para evitar los errores del pasado. A ello ha contribuido el hecho de que ahora no hay las «culpas» de esa nefasta moralina que algunos países impusieron en la anterior crisis y que tanto dificulta la solución de los problemas políticos porque, como bien dice Miguel Azpitarte (Azpitarte Sánchez, 2020), transforma problemas políticos que deben resolverse mediante transacciones en dilemas morales donde la política queda cortocircuitada.

Sin embargo, no podemos desconocer que existen todavía muchas incertidumbres y problemas que tienen que ver con la pervivencia de algunos de los daños que se generaron como motivo de la crisis financiera de 2008, con la persistencia de la narrativa moralista por parte de algunos países –a los que habría que recordarles, en justa correspondencia, la inmoralidad que supone la configuración de paraísos financieros que perjudican a los demás países europeos y al proyecto europeo en su conjunto (cfr. Balaguer Callejón, 2020)– y con la inquietud de que en el futuro se puede producir un *remake* de las políticas de austeridad de hace algunos años y de la condicionalidad económica impuesta por las instituciones europeas (Dani y Menéndez Menéndez, 2020).

Por todos esos motivos, el libro de Sabrina Ragone tiene una gran utilidad, que va mucho más allá de la temática que su título indica. A través de la posición de los parlamentos realiza un análisis muy completo de las afectaciones constitucionales internas de la crisis, partiendo igualmente de una descripción muy precisa de los problemas constitucionales que experimentó la Unión Europea. La imbricación profunda entre ambos sistemas, entre esas dos realidades constitucionales parciales que configuran la realidad constitucional de cada Estado miembro de la UE, en la construcción de Peter Häberle (2009), quedó en evidencia durante la crisis.

El libro parte de una metodología muy acertada que ella define como multi- e interdisciplinar, que se abre a distintas perspectivas y que incluye también entrevistas a funcionarios y expertos de las instituciones parlamentarias y gubernamentales analizadas. Es igualmente una investigación que se aborda desde el Derecho comparado, lo que ayuda a comprender mejor la naturaleza de los problemas y a aportar soluciones. La vertiente comparatista, en palabras de la autora, incorpora:

Dos dimensiones de comparación: la sincrónica –entre los dos Estados en los años de la crisis– y la diacrónica –acerca de la evolución de los sistemas a lo largo del tiempo, con énfasis en si la crisis ha representado una «critical juncture» en dicha evolución–.

Quien haya tenido oportunidad de leer previamente otros trabajos de Sabrina Ragone reconocerá en seguida la racionalidad seguida en el desarrollo de la investigación, el carácter meticuloso del trabajo expuesto en el libro, la claridad y concisión del análisis. El método se sigue de manera rigurosa a lo largo del texto en la descripción sucesiva de los distintos niveles de expansión de la crisis y los ajustes que fue provocando tanto en el ámbito europeo como en el español y en el italiano. En cierto sentido, el trabajo es muy visual: se puede ver, de una manera muy plástica, la evolución de la Unión Europea en esos años decisivos y también la de Italia y España en lo que se refiere a su sistema de gobierno y a la relación entre parlamento y gobierno, así como en la relación entre parlamento y Unión Europea.

La transformación del sistema de partidos que se produjo en Italia y en España como consecuencia de las políticas de austeridad se puede sintetizar, en las palabras de la autora, en tres sentidos:

- a) el castigo electoral a los partidos tradicionales, el surgimiento de nuevas fuerzas políticas y el cambio de equilibrio entre partidos preexistentes, como es el caso, en Italia, del Movimiento 5 Estrellas y de la Lega y en España de Podemos y Ciudadanos;
- b) la afirmación de movimientos de protesta enfocados en un cambio de cultura política y prioridades, especialmente centrados en la lucha a la corrupción y la defensa de los derechos sociales;
- c) la relevancia de las cuestiones europeas y económicas en las preferencias de los votantes.

El alcance de estos cambios está todavía por definir porque las dinámicas que han generado han situado a los nuevos protagonistas políticos –o a los previamente existentes y reforzados con la crisis, como fue el caso de la Lega– ante situaciones difíciles de gestionar. En el momento actual esos nuevos protagonistas han entrado, al menos en España, en una profunda crisis que puede amenazar incluso su continuidad dentro del sistema político. Resulta complicado, sin embargo, hacer previsiones de futuro ante esta realidad «liquida» en el sentido de Bauman, que estamos viviendo desde hace años, también en parte porque, como indica Sabrina Ragone, «a nivel europeo, la fragmentación y el surgimiento de fuerzas nuevas con formas de comunicación distintas están dificultando la construcción de mayorías estables de gobierno».

En todo caso, el elemento fundamental que caracteriza el impacto de la narrativa dominante sobre la crisis –más que de la propia crisis económica como tal– va a consistir, como muy bien indica la autora, en que «los procesos decisivos se han vuelto más concentrados, rápidos y tecnocráticos, con una reducción correspondiente de participación y pluralismo». Esta tendencia no terminó con el fin de la crisis, de ahí la importancia que tiene este libro, en cuanto advierte de una deficiencia del sistema democrático que sigue estando presente y que se ha incrementado todavía más con la crisis sanitaria.

Lo que ocurre es que, mientras el estado de emergencia sanitaria y el derecho de necesidad que ha generado tienen una clara justificación en la preservación de valores superiores como la vida o la salud de las personas, el «estado de emergencia económico» de los años de la crisis se podía haber evitado con políticas europeas diferentes a las que se impusieron e incluso con políticas nacionales que aprovecharan el margen que todavía tenían dentro del ordenamiento constitucional. No ha sido así, sin embargo, y de ahí la afirmación de Sabrina Ragone, que suscribo plenamente de que «los efectos de la crisis económica han afectado las bases constitucionales de la Unión Europea y de los Estados Miembros, especialmente de los menos prósperos, como Italia y España». Una afectación que, como indica la autora, se manifiesta en el ascenso de los ejecutivos a costa de los legislativos, en la



preferencia por las políticas neoliberales, que se traslada de la UE a los Estados miembros, en la limitación de los derechos sociales y en el deterioro del principio democrático.

En lo que a la ordenación interna de los poderes se refiere, serán los propios cambios en las relaciones de poder internas de la Unión Europea, con el papel predominante que va a adquirir el Consejo Europeo, los que favorezcan un proceso similar en los Estados miembros en favor de los ejecutivos nacionales. Hay que tener en cuenta además que, como indica Sergio Fabbrini (2015), en el propio Consejo Europeo se generará una jerarquización interna entre los países con mejor situación económica y los demás.

Los efectos negativos de esa jerarquización interna se incrementaron si tenemos en cuenta que, como señala Sabrina Ragone, tanto la utilización de mecanismos de Derecho internacional como de procedimientos informales van a privar, a los Estados que sufrirán las políticas europeas, de las garantías que ofrece el ordenamiento europeo:

al negociar fuera de los mecanismos de la UE, no disponen de todas aquellas garantías que el derecho comunitario ofrece a las minorías. El mismo efecto, en términos de pérdida de medios de protección de las minorías, lo tiene la revalorización de mecanismos informales que también ha caracterizado la respuesta a la crisis, pues se trata de dos fenómenos interdependientes: cuanto más informal es la sede decisoria, más hegemonía pueden ejercer los Estados más fuertes.

Desde esa perspectiva, la autora sugiere, con toda razón que «hacen falta mecanismos útiles para superar la fractura entre países deudores y acreedores, asegurando a los primeros que haya sedes institucionales europeas –y no internacionales– donde puedan gozar de todas las garantías para participar en procesos decisorios transparentes donde se oiga su voz».

Ciertamente, las expectativas despertadas por el Tratado de Lisboa en lo que se refiere a un reforzamiento del papel de los parlamentos nacionales en el plano europeo –que habría tenido también su reflejo en el ámbito interno– se han visto contrarrestadas por la percepción asentada durante los años de la crisis económica de la necesidad de adoptar decisiones rápidas, lo que ha afectado también al control de la aplicación del principio de subsidiariedad. Podríamos decir incluso que, a partir de la crisis económica, del principio de subsidiariedad como instrumento destinado a acercar cada vez más las decisiones políticas a la ciudadanía hemos pasado a una especie de «antisubsidiariedad» por la que las decisiones son adoptadas por instancias globales y supranacionales sin dejar apenas espacio para las políticas nacionales (a este respecto, cfr. Balaguer Callejón, 2019).

Un aspecto en el que quizás yo incorporaría algún matiz es en relación con la utilización de los decretos-leyes en España. Desde mi punto de vista, el decreto-ley es un mecanismo de producción normativa que está también vinculado al pluralismo y a la participación de las minorías. Es cierto que esa participación es mayor en el procedimiento legislativo, pero justamente eso es lo que explica las limitaciones constitucionales del decreto-ley. Limitaciones constitucionales que, además, ofrecen a las minorías unas mayores posibilidades de control jurisdiccional sin que, por otro lado, se pueda decir que no participen en el control parlamentario, ya que el decreto-ley no puede mantenerse en el ordenamiento jurídico si no es mediante la convalidación del Congreso.

En el plano de las fuentes del derecho no situaría yo al decreto-ley fuera del ámbito de la consideración genérica de la ley y los actos con valor de ley como

expresión de la democracia pluralista, siempre que se mueva dentro del marco constitucional. Es en ese plano donde se plantean los problemas y, en particular, en relación con su carácter provisional y con su presupuesto habilitante, en la medida en que sean objeto de una interpretación extensiva y den lugar, como ocurrió durante la crisis financiera y destaca la autora, a un porcentaje excesivo de decretos-leyes en relación con el conjunto de la producción normativa de rango legal. Lo mismo se puede decir respecto de las situaciones de bloqueo político que se han generado en los últimos años, superada ya la crisis económica.

Creo, por tanto, que habría que diferenciar entre el *status* constitucional de las fuentes con valor de ley y el uso que en la práctica se está haciendo de ellas. El primero puede ser equilibrado desde la perspectiva de la democracia pluralista, pero la práctica puede dar lugar a la ruptura de ese equilibrio si no se corresponde con las limitaciones constitucionales. Desde esa perspectiva, hay que coincidir con la autora en que el uso excesivo del decreto-ley en España y del decreto legislativo en Italia expresan un reforzamiento del papel del ejecutivo en relación con el parlamento que carece de justificación constitucional. Reforzamiento que se une a otros expedientes utilizados durante el período de crisis que convirtieron al proceso parlamentario en un mero mecanismo formal de convalidación de decisiones del gobierno y que desnaturalizaron el papel del parlamento –sobre la base de la presión temporal derivada de las necesidades de gestión de la crisis– incluso en una materia tan delicada como la reforma constitucional.

Es de destacar, como hace Sabrina Ragone, que las tendencias de cada país presentaban ya diferencias significativas en lo que se refiere a la actitud del parlamento nacional en relación con los asuntos europeos. Esto tiene que ver con determinados factores relacionados con la historia de la integración de Italia y España en Europa y también con aspectos institucionales y políticos: desde la configuración interna del parlamento hasta el sistema de partidos, pasando por la estabilidad gubernamental y la posición de los distintos partidos frente a la UE. Todo ello explica que el parlamento italiano haya sido tradicionalmente mucho más activo que el español en las materias europeas.

En todo caso, la reforma de la gobernanza económica europea, como indica la autora, ha contribuido a ampliar las funciones de ambos parlamentos en el ámbito interno y en su interacción directa con las instituciones europeas, entre otros mecanismos a través de las comparecencias de autoridades europeas en los parlamentos nacionales. Una ampliación de funciones que a veces, debido a su perfil técnico y a la necesidad de agilizar los procesos, se ha concentrado en los órganos internos de las cámaras.

Del mismo modo, de la investigación se deduce que los ejecutivos también experimentaron cambios internos en su relación con las instituciones europeas y en la gestión de la crisis, con una posición más fuerte de los ministerios económicos y una centralización mayor en torno a la presidencia del gobierno. Algo que ya estaba presente en el caso italiano, pero que se vería reforzado. En definitiva, en palabras de la autora «el proceso de centralización de poder en los ejecutivos ha sido en realidad asimétrico, favoreciendo a algunos actores solamente, como los Presidentes del Gobierno y los Ministerios económicos».

Se pregunta la autora finalmente si el panorama descrito en el libro, que pone en cuestión el principio democrático, con el reforzamiento de una economización de la política ideológicamente orientada en sentido neoliberal, junto con la reducción de los márgenes de maniobra del parlamento, se mantendrá en el futuro: «será fundamental averiguar si los ajustes de los encajes constitucionales de los próximos

años conseguirán contrarrestar estas tendencias, sobre todo en los parlamentarismos de los países endeudados de la Eurozona». Ciertamente, la situación se ha complicado todavía más con la crisis sanitaria y todas las crisis que conlleva, incluida la económica. Pero en estos días, en los que he estado releendo a Popper antes de preparar la recensión del libro de Sabrina Ragone, yo diría que la historia no está escrita y que habrá que seguir luchando por los principios civilizatorios que han inspirado el constitucionalismo. Para ello, libros como este nos dan algo más que ánimo y voluntad: nos proporcionan razones, desde la inteligencia y el rigor académico.

## Bibliografía

- Azpitarte Sánchez, M. (2020). Tres crisis europeas. En F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, y J. F. Sánchez Barrilao (Eds.), *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado* (pp. 43-64). Pamplona, España: Aranzadi.
- Balaguer Callejón, F. (2020). Presentación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 17 (33).
- Balaguer Callejón, F. (2019). The Relevance of Subsidiarity to European Integration. En J. Axel Kämmerer, M. Kotzur, y J. Ziller (Eds.), *Integration und Desintegration in Europa* (pp. 137-156). Baden-Baden, Alemania: Nomos.
- Balaguer Callejón, F. (2018). La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo. *Federalismi.it.*, 4/2018 (numero speciale), pp. 69-79.
- Dani, M., y Menéndez Menéndez, A. J. (2020). El gobierno europeo de la crisis del coronavirus. *Revista de derecho constitucional europeo*, 34.
- Fabbrini, S. (2015). Executive power in the European Union: The implications of the euro crisis. Paper submitted at the panel on “The Changing Politics of the EU Council”, EUSA 14th Biennial Conference, Boston, 5-8 March 2015: <https://eustudies.org/conference/papers/download/97>.
- Häberle, P. (2009). ¿Tienen España y Europa una Constitución? *ReDCE*, 6(12), pp. 353-393.

# Rodolfo Vázquez, No echar de menos a Dios. Itinerario de un agnóstico

(2021) Trotta  
Madrid, 182 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. (2021). Rodolfo Vázquez, No echar de menos a Dios. Itinerario de un agnóstico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 447-453.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6373>

Recibido / received: 27/08/2021

En un intercambio de correos a inicios de la temporada estival del corriente 2021, le comentaba a Rodolfo Vázquez que ya había echado en mi maleta su *Itinerario de un agnóstico* para solazarme durante las vacaciones veraniegas. A lo que Rodolfo me contestó: «Es algo sencillo escrito con honestidad». Rodolfo, como buen agnóstico que no teme pecar, por un lado me mintió y por otro fue sincero: de relato sencillo, nada; de honesto, todo.

Aunque los temas de filosofía moral han sido una constante que recorre por entero la obra de Rodolfo Vázquez, en esta ocasión las cuestiones morales y religiosas cobran protagonismo propio. La moralidad y los sentimientos religiosos son asuntos que han recibido rendida atención por Vázquez siempre en relación a sus estudios sobre la idea de imparcialidad del Estado liberal, el rechazo de los paternalismos y perfeccionismos injustificados, la noción de tolerancia, el concepto de laicidad, las cuestiones de bioética o los temas de pluralismo, minorías y multiculturalismo. Pero en su último libro, *No echar de menos a Dios. Itinerario de un agnóstico*, más que el iusfilósofo liberal-igualitarista, preocupado por la marcha del Estado y las teorías de la justicia, escribe el filósofo de las religiones, el historiador de las ideas morales y religiosas.



Vázquez firma esta vez con la pluma del ensayista más que con la del teórico del Derecho. De escritura franca y honesta, nos regala un conjunto de capítulos que conjugan a la perfección la perspectiva historiográfica de autores y obras con la vivencia personal en torno a ellos. Y es que Vázquez sale al reencuentro con los clásicos –en el más puro sentido de I. Calvino–, se dispone a escucharlos y a ver lo que de nuevo tienen que decirle. Visita a los autores y obras de su juventud y ahora vuelve a leerlos con los ojos del tiempo y la experiencia. Escucha a los viejos maestros y revisa aquellos textos que leyó siendo estudiante y que después marcarían su quehacer filosófico. Y con buen tino nos hace partícipes de la conversación que con ellos mantiene. No es un escrito de senectud ni nada por el estilo. A Rodolfo aún le queda mucho camino por recorrer y seguirá –confiesa– con «lecturas y más lecturas; vida y más vida» (p. 177). Pero sí destila la obra una imagen del profesor universitario que, en la cima de la carrera académica, echa la vista atrás y observa –con cierta melancolía– el camino recorrido, recuerda quiénes fueron sus compañeros de viaje y qué lecturas marcaron los hitos de la senda. Y es que –me parece– hay en todo este libro un deseo de Vázquez de poner orden, de aclararse, de «ajustar cuentas» con los autores que le marcaron. El ensayo es un intento –que se logra– de calmar un desasosiego, el de re-vivir su itinerario existencial, el explicarse uno a sí mismo (y explicarnos a los que nos gusta escucharle y leerle) por qué uno cree en lo que cree, o por qué dejó de creer en lo que un día creyó o por qué hoy prefiere no creer.

Rodolfo incursiona en un terreno tan «sagrado» como es el del sentido de lo religioso o de lo absoluto. Y consigue salir airoso. Su obra es un ejercicio intelectual que tiene mucho, a su decir, de testimonial (p. 153); más bien de autobiográfico, diría yo, de introspección y examen de conciencia. Y es que Vázquez nos va dibujando el cuadro de su vida en función de las diferentes etapas por las que habría transitado en materia de religión:

Permanecí totalmente indiferente con respecto al mundo religioso hasta los dieciséis años; inicié una segunda etapa, hasta los treinta, en la que viví intensa y apasionadamente un encuentro con lo sagrado, sin regateos, con la inocencia del agraciado y la intransigencia del converso; luego una secularización personal, con la rabia y la indignación suficientes para alimentar un ateísmo militante, hasta mis cuarenta y largos; y, finalmente, poco a poco, me he ido acercando a la serenidad del agnóstico (pp. 11-12).

Este itinerario vital es la razón de ser del presente libro. Vázquez lo estructura en tres capítulos. El primero y el tercero tienen forma de «vidas paralelas»: pues el protagonismo lo otorga Vázquez a dos autores y a sus respectivas obras. Dos autores marcados a veces por una época, o por una continuidad temática o porque él los leyó y comprendió conjuntamente. El segundo capítulo es unipersonal.

Los tres primeros pares de autores conforman el primer capítulo, titulado «El proceso de secularización». La primera pareja la conforman Spinoza y Bayle. De la mano de Spinoza, Vázquez nos interpela acerca de la posibilidad de distinguir entre religión y moralidad (p. 26), entre el vivir religiosamente y el vivir moralmente. Alineándose con planteamientos hobbesianos, el consenso necesario para entrar en el Estado requiere vivir de acuerdo con la moralidad. Mientras la moralidad solo puede surgir después del consenso en el estado civil, en cuestiones de religiosidad, en cambio, no se requiere contrato ni consenso alguno. La religión, en Spinoza, será propia del ser humano natural, mientras que la moralidad lo será del ser humano civil. Si así nos lo explica Spinoza en el libro IV de la *Ética*, a continuación Vázquez tomará el *Tratado teológico-político* para analizar la relación entre religión y Estado a partir de la definición de ley y la distinción entre ley humana y ley divina. Este primer acápite se cierra con Pierre Bayle, quien «sienta las bases para un proceso paulatino de secularización de la religión, que nos sitúa de lleno en los orígenes de la Modernidad»



(p. 33). Comprobaremos que el escepticismo de Bayle abrirá las puertas de la tolerancia y su rechazo a toda forma de dogmatismo nos sumergirá de lleno en la segunda dupla de autores: Voltaire y Hume.

Vázquez inicia este segundo acápite con una idea a la que ha dedicado bastantes reflexiones en sus obras, la de laicidad (por citar únicamente su último pronunciamiento sobre la materia: fue en esta misma revista *Eunomía*, en su número 20, con ocasión de los comentarios que Vázquez le hizo a Alfonso Ruiz Miguel en la presentación de su libro *Cuestiones de principios*). Ahora Rodolfo nos propone indagar en la relación entre secularización y laicidad, que en un primer momento tiene que ver con la separación Iglesia(s)-Estado. Ser laico, en esta acepción, no supondría necesariamente la negación de la religión o de un Dios. Lo que se exige –enfatisa Vázquez– es que el lugar propio de los enunciados religiosos sea el privado y no el público. Casualmente leí el apartado que lleva por nombre “Contra el fanatismo y en favor de la tolerancia” (p. 47) el lunes 16 de agosto: cuando el fanatismo talibán volvió a sembrar el terror y el odio en Kabul. Con Voltaire y su *Tratado de la tolerancia*, Vázquez nos invita a interpelarnos sobre si, para ser tolerante, tendríamos que asumir un relativismo moral y cultural. Nos arroja a las preguntas incómodas de si es compatible la tolerancia con la afirmación de una justicia universal o si se debe ser tolerante con el fanático. Para Voltaire, y también para Vázquez, «la tolerancia sí tiene límites con respecto a aquellas verdades morales que, en los extremos, nadie puede negar sino a condición de hacer inviable cualquier convivencia social» (p. 51). Aquí Vázquez echa mano en su argumentación de un texto ya clásico e imprescindible sobre la tolerancia de Garzón Valdés, *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*. Y continúa Rodolfo distinguiendo la tolerancia de otras actitudes menos exigentes como la paciencia, la indiferencia, la resignación y la neutralidad. Hacia el final del acápite, con Hume, Vázquez encuentra explicación al oficio del filósofo, que no es otro que «el de proporcionar un antídoto a la falsa religión» (p. 55). Así, a través de distintos ensayos –creo que el que mejor lo muestra es el *Del suicidio*–, Hume nos convenció de que el rechazo o la prohibición de determinadas conductas morales como criminales, no tiene ninguna justificación racional, más allá de los meros tabúes y temores supersticiosos.

Feuerbach y James intentaron dar algunas explicaciones del fenómeno religioso, desde la antropología y la psicología. En este tercer acápite del primer capítulo, Vázquez resalta un par de cuestiones de ambos autores que fortalecen la tesis del agnosticismo, más que una visión atea, con la que él los ha querido leer: por una parte, la crítica antropológica de la religión como un proceso de secularización de la misma; y, por otra, la comprensión de la religión como amor y comunidad. Esta última cuestión acercaría a William James al debate contemporáneo del comunitarismo en torno a si la identidad individual se estructura, desde el nacimiento, en base a identidades colectivas en las que la religión cumple un papel fundamental. Vázquez emparentaría más con James que con un comunitarista como Charles Taylor:

La experiencia religiosa puede mantenerse en un ámbito privado y personal sin negar las relaciones intersubjetivas, digamos, familiares o amistosas. Esas relaciones pueden ser, y son, sin duda, un punto de partida necesario e inevitable toda vez que venimos al mundo y crecemos en el seno de alguna comunidad con toda la carga de arbitrariedad que ello supone. Pero comprendernos como individuo *en y por* la comunidad, como sugiere el comunitarismo de Taylor, es desconocer ese margen de autonomía que reclamamos siempre al individuo, y por la cual no solo puede ejercer la crítica de su estatus colectivo, sino decidir ya no pertenecer a tal comunidad o disentir, si es el caso, permaneciendo en ella (p. 83).

El capítulo segundo, «un secular agnóstico», a diferencia del resto, es unipersonal y lo dedica Vázquez a Bertrand Russell. De él se seleccionan dos trabajos que ameritan especial atención para el tema: *Por qué no soy cristiano* y *Religión y ciencia*. En el primer ensayo Russell ofrece argumentos de peso para concluir sobre la imposibilidad de demostrar racionalmente la existencia de Dios y la inmortalidad del alma; argumentos que luego desarrollará en el famoso debate con Copleston. En *Religión y ciencia*, la mirada del científico, objetiva, libre y neutral, exige poner su subjetividad entre paréntesis y tomar distancia de cualquier tipo de valoración normativa. Unos ecos que llegan a la Filosofía del Derecho de la mano de Hans Kelsen con su *Teoría pura del Derecho*: la separación entre la moral y el derecho aseguraría la pureza de la ciencia jurídica. Son los años de tendencia de un positivismo que, desde el punto de vista epistemológico, impuso la separación entre los valores –éticos o religiosos– y la ciencia en sus diversas expresiones. Ambas obras se publican con apenas un año de diferencia: en 1934 la del jurista austriaco y al año siguiente la de Russell. Las relaciones entre religión y ciencia se han demostrado históricamente conflictivas, y se apuesta ahora por acotar los campos de actuación de una y otra, desmitificando dogmas, rechazando todo tipo de absolutismo moral y reconociendo que existe una pluralidad valorativa que invita a una convivencia tolerante (p. 98).

El tercer y último capítulo del libro lo titula Vázquez «Variedades del agnosticismo». Inicia con un primer acápite dedicado a José Gaos y Tierno Galván. Con ellos, Vázquez explora las nociones de voluntad, finitud y serenidad. De Gaos toma Vázquez los últimos trabajos de su vida, cuando el tema de Dios atrajo la atención del filósofo español exiliado en México. En sus *Confesiones profesionales* Vázquez halla a un Gaos ateo, que luego se verá atemperado en su libro póstumo, *Del hombre*, cuando ya, anclado en la finitud humana, queda abierto a lo inefable pero sin trascendencias. Un planteamiento que Vázquez encontrará también descrito magistralmente por Tierno Galván en un librito llamado *¿Qué es ser agnóstico?*

El agnosticismo del «viejo profesor» no asume una negación existencial de Dios. Por definición lógica, no es un ateo. Vive sereno en un mundo que es este, el que vivimos. Se descubre como un ser «perfectamente instalado en la finitud», sin necesidad de una realidad trascendente –al decir de Tierno Galván–, a la que no echa en falta ni le atormenta. Como asentado en un estado de serenidad, el agnóstico «acepta lo imperfecto -las limitaciones- como parte constitutiva de su instalación en lo finito» (p. 121). Pero esta serenidad no le impide disfrutar del goce estético o de la experiencia religiosa. No está restringido para apreciar lo inefable ni limitado para darle a su vida un sentido o significado propio. Un significado que no hallará en la trascendencia, pero que puede encontrarlo en otras experiencias seculares perfectamente compatibles con la actitud agnóstica. Por ello no es un nihilista, sino alguien que tiene creencias muy firmes albergadas en el único mundo humanamente existente y en la única vida realmente vivida.

La siguiente «variedad de agnosticismo» la enmarca Vázquez en las obras de Max Horkheimer y Albert Camus. Con el ilustrativo nombre de la obra de Horkheimer *Anhelos de justicia*, empieza a perfilar Vázquez una propuesta que incorpora en el agnosticismo las explicaciones sobre el dolor, la injusticia y el sufrimiento humano. Este “anhelo” no puede faltar en una concepción agnóstica del mundo, aunque las respuestas que se hallen no podrán depender de alguna teología o metafísica trascendente. En Horkheimer este «anhelo» es añoranza por la pérdida de poder que la tradición un día tuvo para cohesionar seres humanos (p. 133). Pero de ello no se sigue que la alternativa consista en un retorno conservador o romántico a la misma. El neotomismo sería una restauración anacrónica de una idea de lo absoluto trascendente ya superada, pero también el cientificismo al que nos arroja el

positivismo exacerbado y sus ansias de progreso puede acarrear resultados perversos e insospechados. Tanto en el neotomismo como en el cientificismo hay un olvido reprochable: ambas propuestas teóricas son culpables de invisibilizar el sufrimiento de las víctimas de la barbarie violenta e irracional del siglo XX. Y es ahí, en el intento por reivindicar un proyecto emancipador más universal y abarcativo de la otredad, de las víctimas y de aquellos que sufren, donde la religión puede cumplir una suerte de conciencia clara de la injusticia. Se trata de acceder a la justicia –reconstruye Vázquez, siguiendo ideas ya exploradas por él en anteriores trabajos– por vía negativa:

desde lo injusto a lo justo. Este acceso negativo tiene, además, la enorme ventaja de alcanzar mayores consensos entre diversas concepciones de lo justo. Resulta más fácil poner de acuerdo a las personas en la percepción de lo injusto, de las desigualdades, de los temores, de las carencias, de lo que resulta dañoso o doloroso, identificando a los sujetos afectados, que en conciliar de manera positiva las distintas proyecciones de lo bueno o de lo justo (p. 137).

Esta vía negativa Vázquez no la transita solo. Lo hace en la compañía del «rebelde» Camus. El hombre rebelde de Camus es el que dice no (p. 147). Algo que me recuerda también al imperativo de la disidencia muguerziano. La rebeldía es la actitud apropiada para aquel que se indigna por el sufrimiento del otro, del inocente. Es rebelde el que se espanta ante el bochornoso espectáculo del oprimido a manos de su verdugo. La rebeldía saca al individuo de su soledad y le hace tomar conciencia de la otredad, identificarse con el otro sufriente. Pero sin ningún sentido de trascendencia: el sufrimiento es compartido por todos porque es compartida la misma dignidad en todos. Si lo justo, según nos lo presenta Camus en *El hombre rebelde*, tiene que ver con el reconocimiento de la dignidad del individuo, la reivindicación de esta última –dice Vázquez– «tiene que hacer valer los mínimos inalterables que deben ser salvaguardados en cualquier ser humano. Es lo que da sentido al derecho -por vía negativa- a no recibir un trato cruel, inhumano o degradante: a no ser humillado, ni física ni psíquicamente» (p. 150). Si el liberalismo había puesto el acento en su versión positiva ligada a la idea de autonomía –y el rechazo a los paternalismos injustificados, los maximalismos perfeccionistas o los poderes invasivos de la intimidad individual–, había descuidado en cambio esta otra versión negativa que puede lograr mayores consensos en torno a la idea de lo que es injusto, lo humillante, lo ofensivo o lo intolerable. Aquí la referencia que hace Vázquez a Judith Shklar y su «liberalismo del miedo» es más que oportuna.

Las últimas páginas del libro exploran las posibilidades de una religión sin dios, como diría Ronald Dworkin, a quien dedica Vázquez el capítulo, junto al poeta Octavio Paz. De la mano de ellos, se adentra Vázquez en un agnosticismo que tiene que ver con la experiencia de lo sublime, del goce estético, del asombro ante lo bello y el disfrute del instante, lanzando estas huellas de nuestra existencia temporalmente finita a una eternidad que, sin trascendencia, intenta hacer de nuestro paso por la vida algo único, valioso y duradero.

Con Dworkin rechazamos el subjetivismo relativista y, en el extremo, el escepticismo, al que nos conduciría abrazar la tesis de un pluralismo de valores inconmensurable. Existirían, en cambio, valores objetivos, principios de justicia que no se ajustan a los vaivenes emotivos, ni a los significados culturales que se construyen desde los diferentes horizontes o marcos comunitarios. La igual consideración y respeto que nos merece el ser humano en su individualidad, única e irrepetible, rechaza cualquier tipo de trato cruel, inhumano o degradante. Esta universalidad valorativa subyace como condición necesaria para el ejercicio de la tolerancia y se traduce en la salvaguarda y defensa de los derechos humanos.

Antes de adentrarse propiamente en el debate religioso dworkiniano, Vázquez dedica unas páginas al tema de la laicidad y la deliberación pública. Desde claro cuño rawlsiano, también Vázquez se interroga –y nos interroga– sobre si es posible realmente articular una noción de lo racionalmente aceptable que todos los ciudadanos podamos compartir a pesar de mantener diferentes –incluso opuestas– visiones metafísicas o religiosas del mundo. La idea del consenso por superposición de Rawls nos es conocida, requiriéndose que los argumentos que se puedan esgrimir en la deliberación pública se apoyen en razones que puedan ser compartidas y accesibles por todos los ciudadanos con independencia de la doctrina comprensiva que cada uno abrace. Pero ahora Vázquez quiere saber si ello es factible: es decir, «¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática?» (p. 155).

En sociedades liberales y democráticas, mayoritariamente creyentes y con gobiernos que no escatiman en hacer públicas sus filiaciones religiosas, piensa Dworkin, que difícilmente se les podría pedir a los ciudadanos que separen sus creencias religiosas de sus pareceres políticos. Vázquez tantea una posible respuesta en la propuesta habermasiana de distinguir entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional, propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. De tal modo que solo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y ser coercitivas. Tras discutir algunas dificultades epistemológicas que tienen que ver con la capacidad del ciudadano secular para traducir el lenguaje religioso al público en general, Vázquez encontrará en Dworkin respuestas más promisorias:

No se niega el derecho de todo creyente a creer lo que le 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 sus creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que es moralmente correcto ejercitar la coerción solo con base en consideraciones públicamente aceptables (pp. 158-159).

Para ejercitar la coerción, esto es, para limitar las libertades de la ciudadanía, señala Vázquez, caben dos tipos de justificaciones: las personalmente estimativas y las impersonalmente estimativas. Las primeras apelan a juicios de valor sobre el tipo de vida que es bueno o malo para las personas de cuya vida se trata; mientras que las segundas apelan a algún objeto o hecho que es intrínsecamente valioso, independientemente del valor que posea para las personas. El primer tipo de razones no pueden servir para justificar la coerción estatal, pues invocan argumentos que solo son personalmente estimativos para algunas personas, aunque sean la mayoría. Solo el modelo laico tolerante estaría en condiciones de apelar a justificaciones impersonalmente estimativas, como podrían ser el estado del arte de las ciencias o los mismos derechos humanos. Los ejemplos del aborto o el matrimonio homosexual muestran la importancia de basar la deliberación pública en razones impersonalmente estimativas y no sólo estimativas o compartidas por algún grupo.

Las razones personalmente estimativas, en el modelo de liberales-igualitaristas como Dworkin y Vázquez, quedan desplazadas al ámbito privado de las personas. Ello no significa aislar a las personas, ni desconocer el carácter comunitario que tiene la práctica religiosa, ni impedirles la expresión pública de sus creencias. La moralidad tiene que ver con el vivir bien, nos dirá Dworkin en *Justicia para erizos*: autorrespetándonos y siendo auténticos, responsabilizándonos de labrar un relato vital coherente y honesto. Para muchas personas, vivir bien tiene que ver con una vida situada, con sentido, planificada. No predestinada o prefijada por un planificador eterno. Y esa idea de vivir bien en base a unas firmes creencias es igual para el

creyente que para el ateo. Lo religioso tiene que ver con la intimidad, con lo insondable, con lo indescifrable; se deposite esa intimidad en Dios o no. De ahí que entienda Vázquez que la experiencia religiosa va más allá de Dios, que es algo más profundo que una creencia teísta o politeísta. Algo más hondo e íntimo, que se puede descubrir en compromisos sublimes y bellos pero humanos, como en «el entusiasmo, el fervor y la emoción que acompañan a la inteligencia» (p. 164). La inevitabilidad de la belleza, la experiencia de lo sublime, del asombro, de lo numinoso, de lo bueno en sí, no necesitan a Dios para gozarse. Con el ejemplo de esta filosofía hecha poesía termina Vázquez su libro: mostrándonos el deleite que encierran los versos de un Octavio Paz que, como buen agnóstico, expresó el amor y la belleza sin esperar a ningún Dios.

La postura de Rodolfo Vázquez, tras recorrer sus escritos, creo que emparenta bien con la idea de sosiego de Tierno Galván, con el apercebimiento de ese estado de paz interior que nos granjea nuestra conciencia moral cuando actuamos correctamente. Algo que también está en Kant –en sus *Reflexiones sobre Filosofía moral* de la mal(llamada) ‘década del silencio’–: el hallarse contento con uno mismo es un primer paso que nos encamina a una realización personal que, una vez silenciados los seductores cánticos de sirena de la felicidad empírica, nos invita a vivir dignamente y sin sobresaltos. Me parece que es ahí donde Vázquez se encuentra más cómodo al explicar su agnosticismo. También me gusta el Vázquez cercano a Hume, en el que hay algo de un carácter típicamente agnóstico –y de buen humor– que tiene que ver con un estado de serenidad o de apacibilidad ante la vida. Un talante vital que, libre de absolutismos dogmáticos, intransigencias y trascendencias no cognoscibles, nos instala sosegadamente en el flujo cambiante de la vida, haciéndonos vivir con sensatez en búsqueda de la dicha mundana, mientras esperamos, sin rencores ni afanes, la llegada de las ineludibles fatalidades que nuestra finitud conlleva.

Pareciera que al no echar de menos a Dios, nada teme quien nada espera. Cerrada la puerta de la trascendencia, se abre la ventana de lo posible, del placer de una existencia terrenal mucho más humana. Más cercana y aprehensible. Sin resignación ni pesimismo. Pero sí asumiendo las posibilidades del hombre y de la razón, de las fronteras del ser y de lo presente. Con conciencia de nuestra propia finitud, de nuestras ansiedades, miserias y angustias. Sin temer a la inevitabilidad del final. En lucha siempre infatigable por las injusticias de aquí y ahora. Por vivir acorde a los ideales del humanismo, existiendo y pensando por uno mismo, sin los asideros de redentores, ni de mesías ni salvadores. Quizás así la felicidad esté más cerca del suelo que del cielo. Y en eso Rodolfo tiene más razón que un santo.



# Jorge Crego, La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of Law

(2020) Marcial Pons  
Madrid, 238 pp.

Mariano C. Melero de la Torre  
*Universidad Autónoma de Madrid*  
ORCID ID 0000-0002-7128-2119  
[mariano.melero@uam.es](mailto:mariano.melero@uam.es)

Cita recomendada:

Melero de la Torre, M. C. (2021). Jorge Crego, La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of Law. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 454-459.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6374>

Recibido / received: 01/06/2018

La problemática del valor moral del *rule of law* ocupa un lugar central en la tradición del pensamiento liberal. La cuestión gira en torno a si el orden jurídico, la mera forma del Derecho, es un simple instrumento al servicio del poder político o, por el contrario, guarda una conexión conceptual con la moralidad crítica como condición esencial de la libertad individual. La respuesta a esta cuestión dependerá, obvio es decirlo, de cuál sea la concepción que sostengamos del concepto de Derecho. Si asumimos, como hace una importante corriente del positivismo jurídico (desde Hobbes hasta Hart, pasando por Austin y Bentham), que el Derecho es un sistema de mando centralizado en torno a una única fuente de poder político, entonces parece evidente que el sistema jurídico no guarda relación conceptual alguna con la moral. Si, por el contrario, consideramos el Derecho como un tipo de orden social comprometido con una visión de las personas como agentes morales responsables, es decir, un modo de gobierno que trata de respetar la libertad y la dignidad de las personas como sujetos con una perspectiva y una voluntad propias, entonces parece incuestionable que el Derecho tiene valor moral en sí mismo, con independencia del contenido de sus normas concretas.



El libro de Jorge Crego que aquí reseñamos está dedicado precisamente a desentrañar la verdadera naturaleza de la conexión entre la forma del Derecho y la libertad. Con este objetivo, se centra en el pensamiento de dos autores sobresalientes en la tradición liberal, Lon Fuller y John Rawls. Ambos autores se complementan extraordinariamente bien en relación con el problema que aquí nos ocupa. Rawls apenas desarrolla su idea de la justicia formal, y se remite expresamente a la noción del *rule of law* de Fuller. Este autor, a su vez, no tiene una noción de libertad claramente expuesta en ninguna de sus obras, ni explica en ningún sitio pormenorizadamente la vinculación del *rule of law* con la libertad. La aportación de Crego radica, a mi modo de ver, en que analiza dicha vinculación a partir de la idea rawlsiana de libertad como facultad moral para formar, revisar y perseguir una concepción del bien.

El libro contiene un exigente análisis conceptual de la cuestión, y propone una tesis original que merece una discusión mucho más elaborada de la que aquí podemos desarrollar. La estructura del libro se compone de cuatro capítulos. En el primero se presentan los *desiderata* señalados por Fuller como característicos de la moralidad interna del Derecho, y se pone de relieve la presencia de esta moralidad formal en la concepción rawlsiana del *rule of law*. A continuación, el capítulo segundo está dedicado a analizar qué entiende Rawls por «libertad», así como a hacer ver la común estructura entre dicha concepción y la idea fullericiana de libertad. Una vez hecho esto, el capítulo tercero está dedicado a examinar el vínculo que según ambos autores relaciona el *rule of law* con la libertad. Por último, el capítulo cuarto contiene una evaluación en detalle de la validez de los argumentos de Rawls sobre la relación existente entre los efectos derivados del *rule of law* y la idea de libertad.

La tesis central de Crego es que «la relación entre *rule of law* y libertad es simplemente extrínseca. De la necesidad de un sistema jurídico no se puede extraer, por sí misma, la aparición de efectos morales positivos como, por ejemplo, la promoción de cierto sentido de libertad» (p. 112). Dicho un poco más pormenorizadamente, el *rule of law* entendido en términos formales se limita a hacer posible la racionalidad deliberativa del sujeto jurídico (su capacidad de planificación racional), pero por sí mismo es insuficiente para promover una capacidad de elección siquiera mínimamente libre y, por tanto, mínimamente valiosa (pp. 20-21).

La argumentación de Crego arranca, como ya se ha dicho, de la concepción fullericiana del *rule of law*. La dificultad que plantea este punto de partida es la ambigüedad que encierra dicha concepción. En este punto, el análisis de Crego de las distintas dimensiones de la concepción fullericiana (capítulo 3, sección 2) es especialmente digna de encomio. En breve, la ambigüedad de Fuller se debe al solapamiento de dos perspectivas no siempre claramente distinguidas. El Derecho como guía segura de la acción puede verse desde la perspectiva del legislador, como instrumento para alcanzar sus propósitos, o, por el contrario, desde la perspectiva del ciudadano (el destinatario del Derecho), el cual desea usar su conocimiento del Derecho para planear y conducir sus asuntos con seguridad y eficazmente. Desde esta segunda perspectiva, cabe apreciar una conexión necesaria entre la moralidad interna del Derecho y la justicia sustantiva, por cuanto que el *rule of law* trae consigo el respeto a las personas mediante la realización de los valores de reciprocidad y equidad.

Además, la descripción fullericiana del *rule of law* se centra en la idea de que los poderes públicos deben ejercer su autoridad dentro del marco restrictivo de las normas públicas, en lugar de sobre la base de sus preferencias. Desde este punto de vista, se priorizan los rasgos formales y estructurales que no pueden faltar en un orden jurídico: la certeza jurídica, la predictibilidad, la irretroactividad, la congruencia

entre las normas públicas y la acción efectiva del gobierno y la administración, la publicidad, etc. Sin embargo, este enfoque omite los elementos procesales que resultan básicos para la forma de operar del Derecho. Me refiero a los principios de imparcialidad y regularidad en la administración del Derecho, cualquiera que sea su contenido. Esta dimensión es básica para comprender la vinculación del Derecho con la argumentación racional. Ante los tribunales de justicia, los ciudadanos pueden argumentar desde su punto de vista la reclamación de un supuesto derecho vulnerado. A. V. Dicey, a diferencia de Fuller, subrayó la importancia de los tribunales independientes en su concepción del *rule of law*. Del mismo modo, Rawls incluye esta dimensión procesal en su idea del *rule of law* como manifestación jurídica de la «justicia formal».

Crego niega el valor intrínseco del *rule of law* por su falta de conexión necesaria con la libertad como facultad para una concepción del bien. «Hace falta algo más que poder deliberar acerca de las consecuencias jurídicas para poder ejercitar dicha facultad. Es necesaria una protección sustantiva de libertades, como la libertad ideológica, la libertad de reunión, etc.» (p. 186). Las condiciones de predictibilidad y de certeza que trae consigo la instauración de un sistema jurídico garantizan la posibilidad de planificar un proyecto racional de vida con plena «racionalidad deliberativa». Sin embargo, «una decisión tomada con racionalidad deliberativa en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la misma, no necesariamente tiene por qué ser libre» (pp. 184-185).

La tesis central de Crego se basa en dos premisas básicas: a) el carácter instrumental del *rule of law* entendido en su concepción formal; y b) la desconexión o «hiato liberal» entre la capacidad de deliberación racional (que implica tanto la racionalidad como la razonabilidad) y la libertad entendida como la facultad para «autoautenticar» una concepción del bien. Dedicaré el resto de esta reseña a hacer un breve análisis crítico de ambas premisas.

Respecto a la primera, creo que falta en el libro una mínima justificación de la relación que se asume en la argumentación entre el concepto del Derecho y el *rule of law*. Como señalé al inicio, la definición que se presuponga del concepto del Derecho será clave para entender cuáles son los efectos del *rule of law*. En este sentido, creo que hay buenas razones para afirmar que la forma del Derecho tiene un valor moral intrínseco en cuanto que representa la condición de posibilidad de una voluntad libre; una vez establecida dicha posibilidad, es el contenido sustantivo de cada sistema jurídico el que determina hasta qué punto el Derecho positivo cumple con su función primordial. Esta es la perspectiva más acorde, a mi juicio, con la doctrina liberal sobre el *rule of law*: el elemento formal del Derecho está conectado implícitamente con el elemento sustantivo de sus normas. En Rawls, la justicia formal es un elemento básico de la «justicia como equidad», y más concretamente, una exigencia de su valor sustantivo básico: la libertad. El principal argumento de Rawls en este sentido es lo que el autor denomina «la tesis de Hobbes». El esquema de la cooperación social, que tiene como propósito la promoción de la libertad frente a las condiciones del estado de naturaleza, requiere la satisfacción de los preceptos formales del *rule of law*. Esto se debe a que en todo esquema de cooperación se hace necesario un poder coactivo que elimine los incentivos para actuar por autointerés mientras los demás cooperan. El papel del *rule of law* radica precisamente en controlar ese poder coactivo de modo que haga posible la cooperación social sin poner en peligro la libertad de los individuos.

El valor moral intrínseco del Derecho positivo aparece claramente en *La Metafísica de las costumbres* de Kant (concretamente, en la Segunda Parte de la Doctrina del Derecho. El Derecho Público), en un sentido parecido a Hobbes. Sin

legalidad, los individuos están condenados a enfrentarse unos contra otros, aunque en el caso de Kant, a diferencia de Hobbes, esa tendencia se debe a que los seres humanos son seres con su propia concepción del bien y de la justicia. Para Kant, el Derecho tiene valor moral intrínseco en cuanto que impone coercitivamente una concepción pública de la justicia dentro de la cual los individuos pueden perseguir sus propias concepciones del bien. Más recientemente, los defensores del llamado «positivismo ético o normativo» (Tom Campbell, Jeremy Waldron y Scott Shapiro, entre otros) han puesto de relieve el valor moral de la legalidad formal. Según estos autores, el Derecho positivo es intrínsecamente valioso porque permite resolver de manera autoritativa cuestiones controvertidas de moralidad política, sin que los ciudadanos tengan que recurrir en cada caso de conflicto a sus propias concepciones del bien y de la justicia.

Si Crego rechaza esta vinculación del *rule of law* con la libertad es porque asume, sin justificarlo, una visión instrumental de la legalidad formal. Su argumentación se centra más bien en el concepto de libertad como facultad para una concepción del bien, y, concretamente, en la supuesta desconexión o «hiato liberal» entre la racionalidad deliberativa (promovida por el *rule of law*) y dicha libertad. Crego propone una comprensión de la libertad de Rawls como «elección autoautentificatoria». Según esta comprensión, la libertad sería un metavalor que otorgaría preeminencia a determinados deseos o intereses, con independencia del origen autónomo o heterónimo de tales deseos o intereses. Esta idea estaría ya presente en la posición original descrita en *A Theory of Justice*, cuando «se propone un modelo de individualidad para construir la posición original en la que el rasgo esencial es la existencia de un “interés de un yo” que se asume como legitimado *a priori* en su intención de ser llevado a cabo» (p. 57). Crego habla de legitimidad *a priori* de los intereses de las personas morales «porque, como afirma Rawls, los límites a las pretensiones solo están delimitados por los principios de justicia, y no por una idea de lo bueno previamente existente» (58). Esta idea de libertad como metavalor estaría claramente expresada en *El liberalismo político*, y es justamente la que permite hablar de libertad como «autonomía política» sin implicar necesariamente libertad como «autonomía comprensiva». Con el «giro político» de la teoría rawlsiana, sostiene Crego, lo que se transforma es «el modo de comprender el título que otorga valor moral» a los planes de vida o concepciones del bien, «que ya no deriva de una teoría metafísica, sino de la mera aprehensión por parte de la persona moral de una concepción del bien y un plan de vida, sin que exista una única fuente de legitimación de la aparición de las demandas, como podría ser el caso de la autonomía moral» (p. 91). En la concepción política de Rawls, las personas morales son libres porque son «fuentes autoautentificadoras de exigencias válidas», es decir, porque entienden que sus concepciones del bien «tienen peso por sí mismas» (pp. 85-86).

A este respecto, mi desacuerdo con Crego tiene su origen en la tesis rawlsiana de la primacía de lo justo sobre lo bueno. A mi juicio, Crego confunde los reclamos de la justicia con los reclamos de la estabilidad de un orden social justo. Según él, «la principal diferencia entre una concepción política y una concepción comprensiva de la idea de persona moral en el pensamiento de Rawls puede identificarse con la extensión de las demandas legítimas de los ciudadanos» (p. 93). Sin embargo, en el pensamiento de Rawls, la determinación de los reclamos de la justicia nunca ha dependido del origen (autónomo o heterónimo) de las concepciones del bien. Para Rawls, las concepciones del bien kantianas, o liberales en general, no producen demandas de justicia más legítimas que las concepciones basadas en la tradición y la obediencia. Para los principios de justicia, lo único que importa es la capacidad moral de las personas para formar, realizar y revisar sus concepciones del bien. El uso que hagan los ciudadanos de tal capacidad no tiene que ver con la justicia, sino

con la estabilidad de una sociedad justa. Es en este segundo plano donde se sitúa la novedad del «giro político» de Rawls.

Los reclamos de la justicia tienen prioridad sobre las concepciones del bien, lo cual conduce a afirmar la independencia del sujeto (de sus facultades morales más generales) respecto de los rasgos constitutivos de su personalidad moral concreta (su origen étnico, su sexo, su concepción del bien, etc.). Los reclamos de la estabilidad tienen que ver con el grado de congruencia exigible entre los principios de justicia y las concepciones del bien de los ciudadanos. Con el «giro político» de la teoría no se flexibilizan los reclamos de la justicia neutral, es decir, no se amplían las demandas legítimas de los ciudadanos; lo único que varían son los reclamos de la estabilidad en aras de un mayor consenso en torno a los principios de justicia. La congruencia de la justicia y las concepciones del bien ya no se garantiza, en el liberalismo político, presuponiendo en los individuos una concepción del bien que asume los principios de justicia como parámetros normativos de la vida buena. Ahora dicha congruencia se deja abierta a las posibles vías de fundamentación que los ciudadanos desarrollen desde las claves internas de sus doctrinas comprensivas.

La primacía de la justicia sobre lo bueno significa que toda concepción del bien puede ser fuente de demandas legítimas siempre que se ajusten a los principios de la justicia. Estos principios establecen los límites de lo razonable, el ámbito en el que es legítimo formar y perseguir racionalmente nuestras concepciones del bien. Por eso, la autoautenticación individual permite legitimar los deseos y concepciones del bien «siempre y cuando respeten el requisito de razonabilidad» (p. 93). Esta condición es crucial para entender el verdadero alcance del «giro político» de la teoría de la justicia. Cualquier doctrina comprensiva que produzca demandas no ajustadas a los reclamos de la justicia neutral será considerada «irrazonable» si no permite revisar y ajustar tales demandas. Aunque la justicia liberal no presupone una determinada concepción del bien, sus principios limitan, estructuran y condicionan cualquier concepción comprensiva, anulando en la práctica todos los valores que entren en conflicto con ellos. La posibilidad de incluir concepciones del bien no liberales en el consenso en torno a los principios de justicia no significa, para Rawls, una devaluación o menor exigencia de tales principios.

Para la justicia neutral y abstracta, lo relevante de los ciudadanos son sus poderes morales, con independencia de sus fines o bienes concretos. Esto es lo que significa que los individuos son en sí mismos fuentes autooriginantes de demandas legítimas. Crego ve en la sustitución de «autooriginantes» por «autoautentificatorios» una manifestación clara del «giro político» de la teoría de la justicia. Con ello, el autor parece identificar en la concepción rawlsiana de la persona una facultad moral independiente de los dos poderes morales asociados, respectivamente, a lo razonable (el sentido de la justicia) y a lo racional (la facultad para formar y perseguir una concepción del bien). Así, para Crego, la libertad rawlsiana radicaría precisamente en la capacidad de las personas para «autoautenticar» sus propias demandas, «dada la incapacidad de la racionalidad y la razonabilidad del sujeto para determinar una concepción del bien o un plan de vida» (p. 182). Si no lo entiendo mal, la idea de Crego es que tanto lo racional como lo razonable convergen en la «racionalidad deliberativa», y que, por encima de tales facultades, operaría la facultad decisoria última que es la «elección autoautentificatoria» de los propios fines. La identificación de esta tercera facultad estaría en el centro del liberalismo político, puesto que permitiría pasar del reconocimiento del valor moral de las concepciones del bien autónomas «al reconocimiento de valor político, sin evaluación moral posible, de las concepciones del bien efectivamente sostenidas por los ciudadanos libres e iguales, siempre y cuando respeten el requisito de razonabilidad» (p. 93).



En la argumentación completa de Crego, el *rule of law* en su sentido formal sólo hace posible la racionalidad deliberativa de las personas, cuyo uso no implica necesariamente la «elección autoautentificatoria» de los propios fines. Se asume, por tanto, una concepción instrumental tanto del *rule of law* como de la subjetividad racional-deliberante de las personas. En ambos casos, lo formal estaría asociado indefectiblemente a lo instrumental o no intrínsecamente valioso; únicamente la determinación de un cierto contenido del Derecho y la aprehensión efectiva de una concepción del bien serían moralmente valiosos. Sin embargo, ya vimos que en Rawls (y, con menor claridad, en Fuller), la legalidad formal no está vacía de valor moral, por cuanto que tiene como fin propio la posibilitación de una voluntad libre. El hacer posible la predictibilidad (publicidad, no irretroactividad, etc.) de las decisiones públicas, es el primer paso hacia la consideración de las personas como agentes libres y responsables. El contenido efectivo del Derecho será el que decida en última instancia si el Derecho cumple con su finalidad primordial. La legalidad formal no garantiza que las personas sean libres. La mera existencia de un sistema jurídico efectivo no implica necesariamente que las personas puedan elegir libremente sus concepciones del bien. Pero eso no implica que el *rule of law* entendido en su dimensión estrictamente formal sea un mero instrumento al servicio de cualquier finalidad política. No todo sistema centralizado de mando y control merece el nombre de Derecho en el sentido de sistema jurídico. Lo que puso de relieve Fuller con su «moralidad interna del Derecho» es que podemos ser más selectivos en nuestro uso del término Derecho sin necesidad de recurrir a criterios sustantivos de justicia.

# Susana Quicios Molina y Silvina Álvarez Medina (dirs.), *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*

(2019) Thomson Reuters Aranzadi  
Madrid, 298 pp.

Gemma Minero Alejandre  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-4165-5148  
[gemma.minero@uam.es](mailto:gemma.minero@uam.es)

Cita recomendada:

Minero Alejandre, G. (2021). Susana Quicios Molina y Silvina Álvarez Medina (dirs.), *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 460-464.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6375>

Recibido / received: 20/07/2021

En 2019 se publicaba con la editorial Thomson Reuters Aranzadi la obra colectiva *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, dirigida por las profesoras Susana Quicios y Silvina Álvarez. El libro es un compendio de aportaciones referidas a las dos principales manifestaciones de la violencia dentro de la familia: tanto la violencia de género, ejercida sobre las mujeres en sus relaciones de pareja, como la violencia sobre sus hijos menores de edad, a menudo víctimas directas o indirectas del primer tipo de violencia. Ambos tienen una caracterización propia, pero también conexiones importantes, por tratarse de manifestaciones de la violencia en la esfera privada, y compartir ámbito espacial y actores. Estas



coincidencias conducen, en ocasiones, a emplear los términos «violencia intrafamiliar» o «violencia doméstica» para tratar de subsumir ambas manifestaciones, sin tener en cuenta las peculiaridades de la violencia de género, por un lado, y la violencia sobre los hijos menores de edad, por otro. Esta obra trata –ya desde la introducción– de ofrecer una visión completa, transversal y multilateral de ambos tipos de violencia, con sus convergencias y divergencias. Por desgracia, la materia objeto de estudio sigue siendo un tema de actualidad, presente en los medios de comunicación y en la agenda política y legislativa de nuestro país. De ahí la pertinencia de esta obra.

El libro se estructura en tres partes y se compone de un total de once capítulos, cuya autoría corresponde a un conjunto de profesores provenientes de distintas universidades españolas, chilenas, argentinas y mexicanas, expertos todos ellos en las diversas ramas del Derecho implicadas en este análisis interdisciplinar, con el objetivo de procurar un verdadero estudio transversal de la cuestión. Entre otras, el Derecho penal, civil, constitucional, procesal, internacional público y privado y la Filosofía del Derecho. Se huye, por tanto, del habitual análisis meramente basado en el Derecho penal –rama en la que tradicionalmente se ubica la competencia para el estudio de la violencia–.

El objetivo de la primera parte de esta obra es analizar las causas determinantes de la violencia dentro de la familia en sus diversas vertientes y explicar las garantías de las víctimas y su forma de protección. En el primer capítulo, el profesor Liborio Hierro explora el desarrollo de las políticas legislativas sobre atención a las víctimas de violencia de género en España, Estados Unidos y el contexto europeo. Se dedica un especial detenimiento a la perspectiva ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en particular, a la sentencia que marcó un punto de inflexión: la resolución de 4 de junio de 2009 en el caso *Opuz contra Turquía*. El Tribunal abordó la cuestión atendiendo a los derechos vulnerados y a las obligaciones positivas de todo Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la vida de las mujeres, como colectivo especialmente vulnerable que merece una protección especial, junto con los menores víctimas de violencia doméstica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que las instituciones públicas de Turquía fueron tolerantes con la violencia de género y propiciadoras de un clima de impunidad de los agresores. A una conclusión similar se llegó en el asunto *Talpis contra Italia* (sentencia de 2 de marzo de 2017), también tratado en esta obra. El profesor Hierro destaca que en este segundo caso hubo dos votos discrepantes que cuestionaron que se hubiera producido discriminación y aceptaron únicamente que se hubiesen vulnerado los derechos a la vida y a la integridad física y moral, es decir, consideraron que el análisis únicamente debía realizarse en el ámbito de los derechos, y no en el de la discriminación. De estas páginas también se puede destacar el análisis comparativo de la posición y tutela de dos grupos de sujetos: las víctimas de la violencia de género y las víctimas del terrorismo.

El capítulo segundo, a cargo de María José Añón, trata cuestiones conceptuales sobre la violencia contra las mujeres y la especificidad de la discriminación perpetrada desde una perspectiva de los derechos humanos. En particular, teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre otras, en la citada sentencia dictada en el caso *Opuz contra Turquía*.

Verónica Undurraga valora, en el tercer capítulo, las políticas públicas y las concretas intervenciones de las instituciones públicas realizadas en América Latina para empoderar a las mujeres en la consecución de autonomía económica mediante programas de capacitación laboral. En esta sección se hace un llamamiento sobre la

necesidad de tener en cuenta la dimensión estructural de la subordinación y la violencia contra las mujeres a la hora de diseñar e implementar los diferentes planes de igualdad. Tal y como sostiene esta autora, la autonomía económica está íntimamente vinculada a la autonomía física y a la propia autonomía de la mujer en la toma de decisiones.

La segunda parte de esta obra reúne diversos análisis de las responsabilidades que las víctimas de violencia de género y sus hijos menores pueden exigir. El profesor Lascurain se ocupa del estudio desde la perspectiva del Derecho penal. En particular, se evalúan las normas penales españolas de violencia de género que incluyen diferenciaciones tomando en cuenta los sujetos activos y los sujetos pasivos. Se propone una interpretación restrictiva de los tipos penales, que tenga en cuenta que el artículo 14 de la Constitución española no establece *per se* la máxima de no diferenciar, sino de diferenciar solo cuando sea razonable, es decir, solo cuando se persiga un fin constitucionalmente loable, siguiendo un juicio global puro de proporcionalidad. Lascurain emplea como argumento clave de la interpretación restrictiva el principio de igualdad, que implica dejar fuera de la sanción agravada por violencia de género supuestos que no son de violencia de género, por no existir el elemento de la dominación, que es el desvalor añadido que legitima el aumento de pena. De resultados de lo anterior, se trata de evitar una diferenciación entre sujetos por razón de sexo.

La profesora Hopp analiza la jurisprudencia argentina sobre violencia intrafamiliar contra hijos menores referida, en particular, a los delitos de omisión, que depositan sobre la madre una responsabilidad que excede los límites de lo exigible en la práctica de manera razonable y que crea estereotipos en torno a las exigencias de la maternidad en relación a la imputación en el proceso penal de mujeres que sufren violencia, pobreza o discriminación estructural. Se busca, en definitiva, huir de una respuesta punitiva que concentra la culpa en la madre omisiva –la «mala madre»–, ya que ello supone una simplificación del problema y un desplazamiento de la responsabilidad del agresor activo y del propio Estado. El desarrollo de instituciones destinadas a combatir la violencia de género y familiar en Argentina ha contribuido a la mayor visibilidad del problema, pero, en palabras de la autora, también ha conllevado respuestas ineficaces, susceptibles de mejora.

Por su parte, la profesora Pérez González aborda los avances en la protección internacional de las mujeres frente a la violencia de género, es decir, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la imposición de obligaciones a los Estados en relación con la protección de las mujeres frente a formas de violencia –por hombres contra mujeres que son o han sido sus parejas y/o los hijos de estas– que, por haber sido consideradas tradicionalmente como privadas –en el sentido de perpetradas por particulares– parecían haber quedado al margen del derecho internacional. En particular, se identifican los principios de diligencia debida, no discriminación e igualdad sustantiva. En este sentido, los Estados deben actuar con la diligencia debida para, superando una concepción meramente formal del principio de igualdad y no discriminación, desplegar medidas adecuadas para prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar y para reparar a sus víctimas, así como medidas de concienciación, educación y capacitación. En nuestro ordenamiento, el principio de diligencia debida también garantiza la responsabilidad del Estado frente a los órganos de protección internacional de derechos humanos, pues exige que se consideren vinculantes los dictámenes de los órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos, tal y como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia 1236/2018. Resolución jurisprudencial que esta autora analiza en su capítulo, mostrándose muy partidaria de aplicar su resultado de manera generalizada a otros asuntos distintos del caso Ángela González Carreño contra España. Sin embargo,

esta afirmación no puede extenderse a otros países para los que los pronunciamientos de los comités de expertos de los tratados internacionales de derechos humanos no son en sí mismos vinculantes.

La profesora Álvarez Olalla analiza la responsabilidad civil derivada de la violencia contra la mujer y la violencia contra sus hijos menores. Aspecto que ha sido tratado por la doctrina en menor medida que los estudios de Derecho penal y Derecho internacional, pero que tiene una gran importancia práctica, por cumplir una función reparadora clave para la protección de ambos colectivos vulnerables. Se estudia la jurisprudencia –sobre todo del orden jurisdiccional penal– en la que se contienen pronunciamientos sobre los daños a indemnizar a las víctimas de violencia intrafamiliar. Del interesante estudio jurisprudencial realizado por la Prof. Álvarez Olalla se deducen tres tipos de daños indemnizables en nuestro país: la muerte, las lesiones y el daño moral, reconocidos en atención a la categoría de delito cometido. El tipo de daño más complejo es el daño moral puro, esto es, el dolor psíquico provocado por la agresión y sufrido por la mujer y/o los hijos menores, incluso aunque estos últimos no sean víctimas directas. Se llega a la conclusión de que las indemnizaciones concedidas a las víctimas de violencia de género y a sus hijos son, muchas veces, claramente insuficientes para reparar el daño, mucho menores que las concedidas en el ámbito de los daños causados por accidentes de circulación o por intromisiones en los derechos de la personalidad. Circunstancia esta última ciertamente criticable y necesitada de corrección.

La tercera parte del libro tiene por objetivo otorgar a los hijos menores de edad el mismo protagonismo que a sus madres víctimas de violencia de género. El capítulo escrito por la profesora Díez García versa sobre las medidas cautelares civiles de protección. Llama la atención sobre la condición del menor como víctima indirecta de la violencia ejercida sobre la madre. Se estudia el contenido civil de la orden de protección del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que abarca medidas relativas al ejercicio de potestades familiares sobre los menores y medidas sobre régimen de visitas. Cuando esta orden no puede dictarse procede adoptar las medidas cautelares contempladas –sin carácter de *numerus clausus*– en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se aprecie riesgo para el menor. Entre ellas, la suspensión de la patria potestad o de la custodia de los menores. La autora destaca la prudencia –ciertamente controvertida– con la que los tribunales penales acuerdan estas medidas cuando el menor no es víctima directa de la violencia. Sin embargo, ello puede justificarse en la función que el mantenimiento de las relaciones entre los menores y el progenitor despliegan en el desarrollo de la personalidad del menor, en beneficio del interés superior de éste.

Tres de los últimos capítulos versan sobre la sustracción internacional de menores. Habitualmente es la madre quien traslada a los hijos menores a otro país –generalmente como huida de la situación de violencia intrafamiliar que padece–, prescindiendo de la voluntad del padre o estando éste en contra. Se analizan las reglas contempladas en el Convenio de La Haya de 1980.

Tal y como apunta la profesora Rodríguez Pineau, la regla es que el progenitor que sustrae a su hijo debe restituirlo al país del que salió, pero se prevé una importante excepción, que, como tal, exige una interpretación restrictiva: cuando existe un riesgo grave en caso de permanecer en el país de origen. Esta excepción se contempla para evitar el retorno en la que se incluyen los supuestos de violencia de género. En este capítulo se llama la atención sobre las dudas que genera la aplicación de esta excepción cuando el menor no es la víctima directa de la violencia. Sí puede entenderse, en todo caso, que dicho menor es víctima de violencia psicológica. La autora reflexiona sobre la necesidad de poder aplicar mecanismos



para asegurar la restitución al país de origen a pesar de la constatación de la violencia familiar, y ello porque la sustracción, por su carácter traumático para el menor, no debería ser nunca la alternativa a la violencia familiar. Para ello se tiene que apreciar que el retorno del menor al estado de origen se puede realizar en condiciones de seguridad, es decir, cuando se hayan adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. De manera acertada, la profesora Rodríguez Pineau sostiene que el retorno seguro ha de incluir medidas de protección para el menor, garantizando la recuperación de su vida anterior sin violencia, así como medidas de protección de la madre.

El capítulo de la profesora González Martín también versa sobre sustracción internacional de menores. En particular, se incide en el abuso de la invocación de la excepción de grave riesgo para no restituir al menor secuestrado por su progenitor en supuestos en los que la violencia doméstica existe, pero no resulta probada. Se señala que ello provoca la indefensión de los menores que merecen permanecer con el progenitor que les trasladó a otro país para apartarlos de quien les maltrataba. El abuso en la alegación de esta excepción resta credibilidad a la propia excepción: para estos supuestos, la autora aconseja recurrir a la figura de la mediación internacional para llegar a acuerdos voluntarios que descarguen de trabajo a los tribunales. Con todo, la complejidad de la mediación en estos casos se debe, precisamente, al hecho de que suelen ser varios los tribunales competentes para conocer del asunto, incluidas las derivaciones penales del caso. De ahí que la figura de la mediación, como reconoce la profesora González Martín, no sea siempre la solución más adecuada o aconsejable, dada la imposibilidad de aplicar métodos privados de resolución de conflictos cuando existe trascendencia penal.

El último capítulo narra la experiencia argentina sobre la intervención de los menores víctimas directas o indirectas de violencia intrafamiliar en los procesos judiciales y su derecho a ser escuchados y tenidos en cuenta. Su autora, Romina Faerman, Secretaria del Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires, destaca la complejidad de la relación entre los procesos penales y el Derecho de la infancia. La autora hace un llamamiento a estudiar las circunstancias específicas de cada caso, las particularidades de cada niño y el contexto en el que se ubica, sin que su intervención deba limitarse al terreno probatorio del proceso penal, para no convertirlos en simples objetos de prueba. Por ello, Faerman concluye que la razón que justifica las limitaciones a las declaraciones en los procesos –evitar la revictimización de los menores– es absolutamente válida, pero no puede aplicarse en abstracto, de forma genérica, para apartar a los niños y adolescentes de los procesos judiciales. Compartimos la conclusión de que, dado que debe primar la voluntad del menor y no es posible obligar a un niño a declarar en contra de su voluntad, tampoco está justificado el rechazo abstracto de su participación, más aún cuando es el propio menor quien lo solicita. También en este segundo grupo de casos el tratamiento debe realizarse tomando en consideración la perspectiva de género.

Teniendo en cuenta la suma de los once capítulos en los que se estructura esta obra, podemos concluir que este libro consigue el objetivo de reflejar, de manera multidisciplinar, las diversas perspectivas jurídicas y de políticas públicas sobre el tratamiento de la violencia dentro de la familia contra las mujeres y los hijos menores de éstas. Se aúnan esfuerzos en la investigación de la protección que merecen estos dos colectivos identificando puntos en común, así como diferencias necesarias para procurar una tutela real y efectiva. Por ello, estamos ante una obra pertinente y necesaria, que, sin duda, enriquecerá la doctrina existente –hasta ahora, sobre todo, en el ámbito penal– sobre la materia, ampliando ramas de estudio y diferentes perspectivas y visiones y proponiendo soluciones desde el Derecho comparado.

# Jorge Luis Rodríguez, Teoría analítica del Derecho

(2021) Marcial Pons  
Madrid, 821 pp.

Miguel Fernández Núñez  
Universidad de Génova y Universidad de Girona  
ORCID ID: 0000-0001-7870-1817  
[miguel.fernandez.nunez@edu.unige.it](mailto:miguel.fernandez.nunez@edu.unige.it)

Cita recomendada:

Fernández Núñez, M. (2021). Jorge Luis Rodríguez, Teoría analítica del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, 21, pp. 465-471  
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6376>

Recibido / received: 03/09/2021

La publicación de una nueva obra de Jorge Luis Rodríguez, escrita en colaboración o en solitario, constituye un evento que todo investigador de filosofía del derecho debe saludar con entusiasmo<sup>1</sup>. En esta ocasión, se trata de un evento excepcional pues, como procuraré mostrar en estas páginas, la que ahora aparece es una obra mayor para la disciplina.

El título de la monografía es toda una declaración de intenciones. Una declaración, en cualquier caso, descriptivamente adecuada. Efectivamente, *Teoría analítica del derecho* consiste en el examen de un conjunto amplio y sumamente articulado de problemas fundamentales para la teoría general del derecho, encarados con un enfoque propio de la filosofía analítica. Varias tesis centrales de índole teórica

<sup>1</sup> Amén de más de cincuenta artículos y capítulos de libro publicados, pueden contarse las siguientes monografías del profesor de la Universidad de Mar del Plata: *Lógica de los sistemas jurídicos* (2002); *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, junto con Juan Carlos Bayón (2003); *Estudios sobre interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, en colaboración con Claudina Orunesu y Pablo Perot (2005); *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, en colaboración con Jordi Ferrer Beltrán (2011); *Deontic Logic and Legal Systems*, en colaboración con Pablo Navarro (2014); *Teoría del diritto e analisi logica* (2014); *Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos*, en colaboración con Giovanni Battista Ratti, de próxima aparición.



y metodológica vertebran el libro. En primer lugar, el profesor argentino aboga por el positivismo jurídico como la más apta caracterización del derecho –y, en concreto, por el positivismo excluyente como la comprensión más adecuada de los criterios de identificación del derecho– y presenta una defensa del escepticismo moral como mejor teoría metaética –identificando el escepticismo con el no cognoscitivism, es decir, con la tesis según la cual los juicios morales expresan actitudes proposicionales distintas de las creencias y, por tanto, carecen de valor de verdad. Las dos tesis, estrechamente vinculadas entre sí, avalarían la pretensión teórica del libro de delimitar el derecho respecto de otros dominios normativos. En segundo lugar, el trabajo se enfoca muy particularmente en las cuestiones del lenguaje del derecho (un peculiar lenguaje técnico) y del razonamiento jurídico; en efecto, el autor sugiere que «muchos de los problemas que siempre han ocupado a los estudiosos del derecho giran en torno al modo en que el lenguaje del derecho crea razones para actuar» (p. 17). Finalmente, también es destacable en el conjunto del libro el empleo de la lógica como instrumento con el que desentrañar problemas jurídicos.

Me detendré después en algunos propósitos prácticos y méritos del libro, pero antes conviene reconstruir con cierto grado de detalle su estructura y su contenido.

La obra se compone de dos secciones («De las normas a los sistemas jurídicos» y «Dinámica jurídica, interpretación y aplicación del derecho»), con un total de siete capítulos, cada uno de los cuales consta de cinco puntos. Como he sugerido antes, los capítulos conforman un conjunto significativamente acabado; no obstante, cada uno de ellos tiene relativa autonomía temática y de contenido. En cualquier caso, el aparato conceptual que despliegan es presentado, en gran medida, de forma progresiva y cumulativa, lo cual ofrece un aprendizaje gradual de los instrumentos propios del iusfilósofo analítico, y las remisiones de contenido entre capítulos son frecuentes, lo que permite, entre otras cosas, dar profundidad a las argumentaciones y evaluar su envergadura. Es importante señalar, finalmente, que Rodríguez diferencia en los cinco puntos que integran los capítulos un contenido más básico (en los tres primeros puntos) y uno más especializado (en los dos últimos).

Un panorama de la estructura argumental de la obra o, más bien, la cata de algunos de los principales puntos nodales puede dar cuenta, pequeña cuenta, del contenido del libro y de su importancia.

El primer capítulo está dedicado al concepto de norma y a algunas cuestiones fundamentales relativas a las normas en los planos lingüístico y lógico. Abre el libro – a mi entender, muy acertadamente– una clasificación de las funciones del lenguaje y una exposición de la teoría de los actos de habla. Seguidamente, el autor examina algunas taxonomías de normas, y, en concreto, muestra su preferencia por la que, a partir de Von Wright, discrimina entre prescripciones (normas dirigidas a influir en la conducta del sujeto normativo), reglas determinativas (reglas que definen una actividad humana) y normas técnicas (reglas que establecen los medios que deben usarse para obtener un cierto fin). También se introduce la distinción de formulaciones de normas (enunciados lingüísticos), normas (el significado de tales enunciados) y proposiciones normativas (proposiciones referidas a dichos enunciados), una distinción básica pero determinante para la resolución de varios problemas afrontados a lo largo de toda la obra. En los últimos tres puntos se estudia la relación entre las normas y la lógica. Se encara el dilema de Jørgensen, relativo a la posibilidad de una lógica de normas y, tras exponer los dos cuernos de la cuestión, Rodríguez se decanta por el segundo y, en concreto, por una concepción no cognoscitiva de las normas como la única postura compatible con el escepticismo en metaética. Finalmente, se abordan algunas cuestiones que surgen de distinguir una lógica de normas y una

lógica de proposiciones normativas; una lógica, esta última, que no está expuesta al conocido dilema.

El segundo capítulo está centrado en la caracterización del derecho y, más concretamente, en la relación entre el derecho y la moral a la luz del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. La plurisecular controversia es entendida como fruto de la tensión entre dos rasgos del derecho: su carácter social (i.e., la existencia del derecho depende, en parte, de ciertos hechos humanos y la finalidad del derecho es regular la conducta de un grupo social) y su carácter normativo (i.e., las normas jurídicas ofrecen razones para la acción). La propensión por uno u otro de estos rasgos determinaría la afiliación al positivismo jurídico (de enfatizarse el carácter social del derecho) o al iusnaturalismo (de remarcar el carácter normativo del derecho). Asimismo, se listan distintas perspectivas en que pueden emerger diferentes versiones de iusnaturalismo y de iuspositivismo y, por ende, resultados distintos en el enfrentamiento dialéctico entre ambas familias de teorías: en el plano metaético, en el concepto del derecho, y en el plano normativo. Es en la segunda variable, en el plano conceptual, donde hay que situar la genuina contraposición y aquí el positivismo contaría con argumentos más sólidos en su defensa. Dicho esto, aunque la disputa no se produzca en el plano metaético y aunque el positivismo metodológico no tenga por qué estar comprometido con ninguna posición metaética –contrariamente al iusnaturalismo, necesariamente comprometido con alguna forma de cognoscitividad–, ello no obsta para que se plantee un listado, solvente y comprensivo, de posturas metaéticas. Pero antes que eso se exponen las principales tesis del iusnaturalismo (la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, propia del iusnaturalismo clásico, y algunas tesis del iusnaturalismo contemporáneo) y del iuspositivismo (las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre derecho y moral, de los límites del derecho), tras lo cual se confrontan el positivismo excluyente y el positivismo incluyente. También es presentada junto con las principales tesis del positivismo una tesis apócrifa, que Rodríguez llama “tesis del legalismo” –según la cual las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias–, indebidamente atribuida al positivismo por algunos de sus críticos. Una conclusión general es que es posible describir el derecho desde un discurso de segundo nivel valorativamente neutral; es posible, como sostiene la denominada por Rodríguez «tesis de la neutralidad», identificar el derecho sin efectuar una evaluación moral de su contenido.

El capítulo tercero está enfocado en las normas jurídicas (más concretamente, en los proyectos reduccionistas de identificación de normas jurídicas) y en los conceptos jurídicos básicos. Tras un esbozo de las teorías imperativistas clásicas, se reconstruye la teoría kelseniana de las normas y se evalúan algunos problemas cruciales de esta vinculados con la noción de sanción, a la cual la teoría kelseniana pretende reducir toda noción jurídica fundamental. La correcta delimitación de prescripciones y reglas determinativas y la caracterización de las normas que confieren poderes como reglas del segundo tipo reviste importancia en el capítulo. Junto con la de Kelsen, se examinan otras reconstrucciones de conceptos jurídicos básicos, en ámbito anglófono (de Bentham y Hohfeld, así como sus ajustes por parte de Ross y Lindahl, entre otros), para alcanzar una reconstrucción alternativa, que parte de algunas observaciones hartianas y conjuga una base hohfeldiana y kelseniana. Esta propuesta tiene, entre otros, el rasgo distintivo relevante de emplear la obligación como noción de referencia.

El cuarto capítulo estudia el derecho en cuanto sistema normativo. Se afrontan, adoptando la teoría kelseniana como principal marco de referencia, las relaciones entre normas (las relaciones de derivación dinámica y estática), al igual que tres propiedades necesarias de todo sistema jurídico: la estructura jerárquica, la

unidad lógica y la completitud. Se examina la noción de «validez», la ambigüedad del término, y se señala la confusión entre varios de sus significados como fuente para la doctrina kelseniana de la norma fundante básica. Rodríguez extrae la conclusión de que la norma fundante básica no puede servir como respuesta a la pregunta acerca de la cadena de validez de las normas del sistema, pues, desde un punto de vista jurídico, tal norma carece de fuerza obligatoria (no hay otra norma que imponga el deber de obedecerla), y, desde un punto de vista moral, se trataría de una pregunta sobre el deber moral de obedecer al derecho. A la solución kelseniana le quedaría una dosis de razón y es que nada de lo dicho obsta para referirse a la validez de la primera constitución histórica en términos de pertenencia al sistema, aunque en ese caso la norma que identifica a la constitución como parte del sistema no habría de ser entendida como regla de conducta –como pretendería Kelsen– sino como regla determinativa.

Si el capítulo cuarto aborda algunos elementos de la nomoestática, la nomodinámica es afrontada en detalle en el capítulo quinto. Allí, la relación entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos (entendidos como aproximadamente equivalentes a lo que Raz denomina «sistemas momentáneos» y «no momentáneos», respectivamente) es examinada a través de dos modelos: el de la inclusión (en cuya virtud, los sistemas momentáneos son subconjuntos del sistema no momentáneo) y el de la pertenencia (para el que los sistemas momentáneos son elementos que pertenecen al sistema no momentáneo). Se privilegia esta última comprensión, de tal suerte que se concibe el sistema no momentáneo como una secuencia de sistemas momentáneos que se suceden en el tiempo. Con esta base, se trata de señalar los criterios de identidad de un orden jurídico y se distingue entre un orden jurídico depurado y un orden jurídico no depurado, resultantes de dos comprensiones de la operatoria de la *lex superior* como criterio de preferencia entre normas: si se entiende que el criterio de *lex superior* actúa *ex ante*, bloqueando el ingreso de normas incompatibles con otras de una fuente de derecho jerárquicamente superior, entonces no se producen inconsistencias entre normas jerárquicamente diferentes en ninguno de los sistemas que conforman el orden depurado; si, en cambio, se considera que el criterio de *lex superior* actúa *ex post* entonces todo acto de promulgación normativa formalmente válido podrá dar entrada a un nuevo sistema potencialmente inconsistente con la secuencia dinámica del orden no depurado. A la luz de semejantes ajustes, se examinan distintos rasgos del funcionamiento dinámico de sistemas normativos estructurados jerárquicamente.

El capítulo sexto estudia la interpretación y algunos problemas conexos. Se critican diferentes concepciones de la interpretación y se dirigen objeciones tanto a la tesis, de matriz dworkiniana, de la única respuesta correcta como a la tesis, defendida por ciertos realismos jurídicos, de la indeterminación radical del derecho. Frente a tales posiciones se defiende la tesis de la indeterminación parcial del derecho: pese a que la mayoría de las formulaciones lingüísticas sea ambigua y las normas resultantes sean imprecisas, podría haber algunos casos claros de aplicación de las normas jurídicas, en que el significado de las formulaciones normativas puede identificarse a partir de convenciones semánticas prevalecientes en cierta comunidad jurídica. Por tanto, Rodríguez propone lo que con léxico de Guastini podría llamarse una teoría ecléctica de la interpretación (ecléctica de las teorías cognoscitivas y escépticas), en virtud de la cual hay casos fáciles, en los que la interpretación es una operación puramente cognoscitiva y para los cuales el juzgador dispone de una respuesta correcta, y casos problemáticos, en los que la interpretación es una operación decisoria, y para los cuales los tribunales gozan de discrecionalidad.

El capítulo séptimo encara la cuestión del razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales. El capítulo aborda algunos temas



fundamentales para la disciplina, como el problema de la normatividad del derecho, pero también resulta sumamente interesante como reconstrucción y examen crítico de algunas cuestiones clásicas a través de claves de lectura contemporáneas. Así, se retoma la clásica distinción de Wróblewski entre justificación interna y externa de una decisión, para afirmar que de ella caben dos lecturas: según la primera interpretación, está internamente justificada la decisión que se sigue de las premisas seleccionadas y está externamente justificada la decisión si sus premisas son correctas; según la segunda interpretación, una decisión está internamente justificada si se deriva del derecho vigente y está externamente justificada si su contenido es moralmente admisible. En la primera interpretación, la distinción está estrechamente vinculada con la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y el diferente modo de justificar una decisión en uno u otro caso. Si semejante lectura es acertada entonces es incorrecto, como pretenderían algunos partidarios de la teoría de la argumentación jurídica, sostener que en los casos fáciles basta con que la decisión esté internamente justificada, mientras que en los difíciles esta tiene que estar también externamente justificada. Esta solución descansaría en una ambigüedad de «justificación», término empleado para referirse bien a la validez bien a la solidez de un razonamiento (es decir, sería sólido aquel razonamiento que, además de ser válido, se sigue de premisas verdaderas o correctas). Pues bien, resulta que si por «razonamiento justificado» entendemos «razonamiento válido» una decisión estará justificada tanto en casos fáciles como en casos difíciles e, igualmente, si por «razonamiento justificado» entendemos «razonamiento sólido» la justificación debería exigirse tanto de los casos difíciles como de los fáciles.

Aunque este breve recorrido puede dar una idea del contenido de *Teoría analítica del derecho* y de su significación, es oportuno pronunciarse explícitamente sobre algunos propósitos y los méritos de la obra.

Estamos ante un formidable tratado y un excelente manual. Tal vez podría afirmarse, de forma algo genérica, que, para el ámbito académico contemporáneo, muchas de las propiedades que solemos estimar buenas en un manual coinciden con aquellas que tendemos a apreciar en un tratado. También es cierto, no obstante, que a un manual solemos reclamarle algunos requisitos singulares, a razón de una cierta especialidad tanto en lo relativo al público al que va dirigido (fundamentalmente, estudiantes) como a los fines que con él pretenden lograrse (eminente didáctico). Examinaré primero distintas cualidades que son predicables del libro bajo cualquiera de los dos géneros editoriales referidos, para evaluar luego algunos méritos y unos pocos inconvenientes –a mi entender, perfectamente salvables– del libro en calidad de manual –un potencial empleo que, además, prevé el propio autor.

*Teoría analítica del derecho* combina esfuerzos reconstructivos y propuestas de gran originalidad. Por una parte, se trata de una suma del saber iusfilosófico de los últimos tres siglos, que concita admirablemente profundidad y síntesis. En el libro se encuentran expuestos y analizados críticamente muchos de los principales temas clásicos de teoría del derecho. Son tratados, por citar algunos ejemplos notables, la plurisecular controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, la teoría kelseniana de las normas, o el problema de la normatividad del derecho. Por otra parte, se trata de un libro original tanto en muchos de los enfoques que adopta como en muchas de las soluciones que propone. En lo que hace a los enfoques, es muy destacable la manera en que diferentes temas tradicionales son reexaminados a la luz de nuevas propuestas: piénsese en la aplicación del instrumental analítico de sistemas normativos propio de Alchourrón y Bulygin, con frecuencia refinado por Rodríguez, o en la aplicación de una literatura actualizada de filosofía del lenguaje para la resolución de múltiples problemas de teoría del derecho, algunos de ellos indudablemente clásicos. El capítulo séptimo, dedicado al razonamiento jurídico y a

la justificación de las decisiones judiciales, ejemplifica muy claramente este punto. En lo que se refiere a las soluciones, en *Teoría analítica del derecho* se vuelcan y desarrollan diferentes contribuciones elaboradas por el autor en las últimas dos décadas en campos como la lógica deóntica, la comprensión del derecho como sistema normativo y la teoría de los conceptos fundamentales. Aunque la interpolación de cuestiones y tratamientos clásicos con cuestiones y tratamientos originales o sumamente recientes constituye una constante en la obra, es cierto que hay algo así como un reparto de contenido entre los distintos puntos que conforman los capítulos. Así, entrando ya en la valoración del libro como manual, los tres primeros puntos de cada capítulo muestran una mayor propensión a ocuparse de cuestiones clásicas, más acostumbradas en los debates de juristas y teóricos del derecho y, por tanto, más imprescindibles para el aprendiz de iusfilósofo analítico, mientras que los últimos dos puntos tienden a tratar cuestiones más originales o recientes.

En este sentido, conviene recordar que los capítulos muestran una cierta diferenciación en cuanto al contenido tratado en los tres primeros y aquel abordado en los dos últimos puntos y que tal discriminación puede considerarse relevante de cara a la adopción del libro como manual. En palabras de Rodríguez, «los tres primeros están destinados a ofrecer una presentación del problema que se estudia en cada caso sin presuponer conocimientos previos, en tanto que los dos últimos se orientan a quienes deseen profundizar en ellos, de modo que la obra puede utilizarse tanto para cursos de grado como para estudiantes de posgrado y profesionales del derecho en general» (contraportada).

Asimismo, me parece que la diferencia entre los puntos o, mejor, la mayor especialización de los dos últimos puntos no se agota en que estos presentan un contenido más especializado, o, como he sugerido dos párrafos antes, más original o reciente, sino que hay también un cierto cambio en la formulación lingüística, en el tono, y en el modo en que el contenido es tratado. De este modo, puede apreciarse que en los tres primeros puntos el autor se muestra especialmente atento a mantener una linealidad en la presentación de la argumentación y de los elementos fundamentales del problema abordado, mientras que en los dos últimos puntos cobran singular importancia las matizaciones, las objeciones y, en general, el pormenorizado examen de los caminos por los que procede el argumento.

Creo, en suma, aunque esta no pase de ser una generalización, que los primeros tres puntos tienen un carácter más fundamental (más introductorio, si se quiere), más indispensable desde el punto de vista temático (por encarar cuestiones más clásicas y básicas) y reciben un tono y un tratamiento más lineal que los últimos dos puntos, lo cual hace recomendable restringirse exclusivamente a ellos si quiere emplearse el libro como manual para estudiantes de grado. A estas razones cualitativas para efectuar la restricción se puede añadir una de carácter cuantitativo, y es que en cada capítulo los primeros tres puntos ocupan cerca de medio centenar de páginas, lo que arroja un total de cuatrocientas páginas como potencial manual de grado; una cantidad bastante manejable con respecto al total de ochocientas veintiuna páginas que conforma el libro.

Dicho esto, creo que todavía puede haber quien piense que algunos elementos adicionales hacen difícil adoptar, sin otras precauciones, el libro reseñado –o, mejor, las cuatrocientas páginas a las que acabo de referirme– como manual. Aunque el aparato conceptual es introducido y desarrollado con gran pulcritud expositiva, resulta muy sofisticado y el léxico correspondiente, muy refinado. Los temas son tratados, a veces, con cierta complejidad y con un elevado grado de abstracción. Las dificultades de forma y de contenido, naturalmente, convergen: el

tejido argumental, magistralmente trabado por Rodríguez, está formulado de manera sumamente precisa, de modo que la imprecisión en su reconstrucción resultaría especialmente fatal para el éxito del argumento. No me parece, en todo caso, que las que acabo de señalar sean dificultades mayores y no veo cómo puede prescindirse de ellas sin sacrificar la profundidad y riqueza del trabajo.

El juicio de que se trata de un libro algo exigente con su lector e inusualmente incisivo puede extraerse de otros elementos. Un rasgo llamativo de la estructura de *Teoría analítica del derecho* es que cada capítulo se abre con un caso práctico de Derecho positivo, y no se plantea su resolución inmediatamente, sino que hay que esperar unas cuantas decenas de páginas para que, al hilo de los instrumentos teóricos desplegados en el capítulo, se brinden varias claves con las que comprender los problemas teóricos que se encuentran detrás. La presentación diferida de la resolución y el hecho de que esta descansa en un aparato filosófico, a veces, muy abstracto, puede sorprender al estudiante de derecho –aunque la sorpresa puede, en muchas ocasiones, ser un gran catalizador retórico–, pero plasma una forma muy sofisticada de entender la ayuda del filósofo a las tareas del jurista. Y, lo que quizás sea igual de relevante, responde bien al espíritu del libro de desentrañar presupuestos y analizar las consecuencias de asumir ciertas comprensiones y precomprensiones.

En esta óptica, me gustaría terminar señalando un elemento distintivo muy destacable de la obra, que consiste en su esfuerzo en exponer y evaluar réplicas y contrarréplicas, en aras de obtener el mejor argumento posible. Este resultado se obtiene, entre otras cosas, con el examen concienzudo y honesto de argumentaciones poco acordes con las sostenidas por Rodríguez o, todavía, de nombres no especialmente apreciados por los autores que defienden las posturas asumidas por Rodríguez. Ello resulta manifiesto si se constata la gran cantidad de argumentos de Dworkin que son reconstruidos y evaluados en el libro, sobre muy distintas cuestiones: contra el positivismo jurídico, contra lo que el profesor oxoniense denomina el “escepticismo moral externo”, contra el escepticismo interpretativo, en torno a la distinción entre principios y reglas, en torno a la distinción entre casos fáciles y difíciles.

*Teoría analítica del derecho* es, en suma, un examen de buena parte de las mejores argumentaciones de que disponen los teóricos del derecho, aunado a una incesante voluntad de perfeccionarlas y de encontrar otras todavía mejores.

# Carlo Tognato (ed.), *Cultural agents reloaded: the legacy of Antanas Mockus*

(2017) Harvard University Press  
Cambridge, 646 pp.

Santiago Silva Jaramillo  
Universidad EAFIT  
ORCID ID 0000-0002-0228-8322  
[ssilvaja@eafit.edu.co](mailto:ssilvaja@eafit.edu.co)

Cita recomendada:

Silva Jaramillo, S. (2021). Carlo Tognato, *Cultural agents reloaded: the legacy of Antanas Mockus*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 472-474.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6377>

Recibido / received: 05/09/2020

Carlo Tognato trabajó durante casi una década en la construcción de este libro. Reunir los capítulos, trabajar con los autores, adelantar las entrevistas e incluso resolver asuntos financieros y editoriales complejos que el mismo Tognato reconoce en el capítulo introductorio, supuso un esfuerzo sostenido por lograr el resultado final. *Cultural Agents Reloaded: The legacy of Antanas Mockus* es un compendio de reflexiones sobre la carrera académica y política de Antanas Mockus, un reconocimiento crítico a sus contribuciones a las agendas públicas de cambio social y a las reflexiones sociales sobre el abordaje cultural de los problemas públicos y dilemas colectivos en América Latina.

El libro también es un compendio de las ideas asociadas al enfoque de cultura ciudadana y sus críticas más significativas. La lista de autores de los capítulos reúne colaboradores de Mockus en sus gobiernos, investigaciones y rol de consultor, pero también, académicos que reseñan, sobre todo, las perspectivas epistemológicas, las limitaciones analíticas y las discusiones prácticas sobre el cambio cultural. El texto inicia con un capítulo introductorio de Tognato, mezcla entre historia sobre el libro, reseña de sus capítulos y recolección de argumentos sobre la relevancia de Mockus para las conversaciones sobre agencia cultural. Lo sigue un ensayo fotográfico que recuerda algunas de las acciones más significativas del enfoque de cultura ciudadana



durante las alcaldías de Mockus en Bogotá. La tercera sección recoge ensayos de diferentes autores como Doris Sommer, Henry Murraín, Gerry Mackie, Javier Sáenz Obregón, entre otros. Estos capítulos revisan algunas de las ideas que constituyen el corpus de la propuesta del enfoque de cultura ciudadana, contribuyendo con las perspectivas presentadas por la teoría de las normas sociales, los recientes avances en política pública comportamental, la relación entre vocería, acción política y el cambio cultural, e incluso la relación de la propuesta mockusiana con las preocupaciones de Adam Smith en la *Teoría de los sentimientos morales*.

A continuación, el libro recoge entrevistas adelantadas por Tognato a Paul Bromberg, Rocío Londoño y Efraín Sánchez, tres académicos que trabajaron con Mockus en el Instituto de Cultura y Turismo de Bogotá durante sus dos mandatos, y con el sociólogo Jon Elster, cuyos trabajos han influenciado profundamente el enfoque de cultura ciudadana. La quinta parte del libro recoge siete comentarios de otros académicos, como Marta Zambrano, Andrés Salcedo y Francisco Thoumi, entre otros, sobre el mismo libro, en particular, la introducción de Tognato. Finalmente, en la conclusión, el libro da voz al mismo Mockus, que realiza un repaso de su propia trayectoria, haciendo eco de buena parte de los capítulos del libro, respondiendo a muchas de las críticas que plantean los diferentes autores y señalando las trayectorias que le reconoce a su propuesta conceptual y práctica de cambio cultural.

*Cultural Agents Reloaded: The legacy of Antanas Mockus* permite reconocer el juicio y la rigurosidad que en ocasiones acompañó las intervenciones de cambio cultural adelantadas por Mockus durante sus administraciones, pero a la vez, la influencia constante en sus decisiones de la creatividad e incluso, algunas serendipias culpables de asuntos tan paradigmáticos en su reconocimiento público como los mimos que regulaban el tráfico en Bogotá y que nacieron de una sugerencia irónica del suegro de Paul Bromberg, director del Instituto de Cultura y Turismo de Bogotá.

Ese medio camino entre compendio de discusiones académicas y debates epistemológicos y anecdotario de la trayectoria de Mockus en lógica de agente cultural, establece un equilibrio fundamental en el libro, culpable de su pertinencia, pero también, de su agradable lectura. Ofrece una ventana a la experiencia de gobierno de Mockus con una insistencia que en ocasiones se acerca a lo repetitivo. Pero también plantea los límites del enfoque con justicia y sobre la aproximación sensata, argumento principal del mismo Tognato, del poco desarrollo epistemológico de la «cultura ciudadana» como armonización de Ley, Moral y Cultura (Mockus, 2019).

La propuesta general de Mockus aborda el reto de entender las razones de lo que él mismo denomina como el «divorcio» entre los tres sistemas reguladores del comportamiento. Mirando los problemas que la sociedad colombiana enfrentaba a finales de los años ochenta, Mockus señala las dificultades para resolver dilemas colectivos en que las personas no reconocieran en sus entramados morales y culturales lo dispuesto por la Ley y que fenómenos como la violencia interpersonal, la evasión de impuestos, el incumplimiento de normas viales, la discriminación por género o etnia, entre otros muchos problemas públicos, encontraran respuesta en el enfoque de cultura ciudadana.

El enfoque se relaciona en la naturaleza de los «agentes culturales», una propuesta de la también coautora Doris Sommer, en tanto reconoce la utilización sistemática e intensificada –desde la acción pública como acción comunicativa de Habermas– del arte y la comunicación para abordar la tarea de armonización asumida por la cultura ciudadana. Lo hace también sobre la idea de «anfibios culturales» de Mockus (2019) y el papel que les reconoce como traductores de diferentes sistemas culturales y valoraciones en proyectos de vida. El agente cultural, así como el anfibio



cultural, despeña un papel fundamental en la agenda de armonización de Ley, Moral y Cultura.

De esta manera, el libro no es tímido en sus críticas y en plantear preguntas que, aunque incómodas si la pretensión fuera el homenaje, son pertinentes en tanto el texto es, sobre todo, un esfuerzo de comprensión de un agente cultural. Es recurrente la duda sobre la aparente poca popularidad de desarrollo conceptual e incluso aplicabilidad práctica del enfoque en América Latina. Tognato señala que las dificultades para institucionalizar el enfoque pueden tener explicaciones en la asociación política que se puede hacer sobre la carrera del mismo Mockus y en el poco desarrollo que han tenido las apuestas por lograr mayor «legitimidad epistemológica» de la aproximación de cultura ciudadana.

También se abordan las limitaciones del enfoque respecto a su aplicación discontinua y las dudas sobre los resultados de algunas intervenciones. Los ensayos de Lucas Ospina y Paolo Vignolo, así como las entrevistas a Paul Bromberg y Rocío Londoño desarrollan bastante estas ideas. Las culpas se asignan sobre las mismas implicaciones políticas de los mandatos de Mockus y la manera como han concentrado la atención sobre las experiencias prácticas del enfoque. La influencia de los intereses en la política electoral de Mockus, desde sus dos alcaldías hasta sus fallidas dos campañas presidenciales, son un tema recurrente para los autores, que intentan desentrañar las contradicciones para su propuesta conceptual de su labor como político.

Pero por encima de estas cuestiones problematizadoras, el libro es una celebración de un momento particular y una forma específica de abordar las dificultades políticas colombianas de mediados de los años noventa y principios del siglo XXI. La agencia cultural de Mockus y su cultura ciudadana no pueden separarse fácilmente de los momentos en los que irrumpió en el debate nacional e influyó profundamente la manera como se entendía el papel de los políticos colombianos y las responsabilidades, particularmente educadoras y cívicas, del gobierno. Los autores ofrecen respuestas en ocasiones bastante dispares sobre el «legado mockusiano», pero nunca subestiman la importancia que su aproximación tiene para la forma como actualmente se hace política y la manera como se abordan los problemas públicos en Colombia.

Finalmente, *Cultural Agents Reloaded: The legacy of Antanas Mockus* sugiere tareas pendientes y perspectivas del enfoque de cultura ciudadana. Probablemente el más importante e interesante se centre sobre la posibilidad de desprenderlo un poco de la trayectoria, sobre todo política, de su principal referente. Esto es, reconocer la importancia que la cultura ciudadana puede tener como enfoque de política pública y cambio social, desprendiéndolo poco a poco, en tanto se desarrolla su propuesta epistemológica y se amplía su repertorio práctico, del protagonista del libro.

## Bibliografía

Mockus, A. (2019). Convivencia como armonización entre Ley, Moral y Cultura. En: Eslava, A. (Ed.) *Lo mejor de las personas. Teoría, intervención y agenda de la cultura ciudadana* (21-42). Medellín: Alcaldía de Medellín – Universidad EAFIT.

# Angelo Anzalone, Lo humano de los derechos humanos

(2021) Dykinson  
Madrid, 220 pp.

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo  
Universidad de Córdoba  
ORCID ID 0000-0002-4155-5630  
[ji2sahia@uco.es](mailto:ji2sahia@uco.es)

Cita recomendada:

Sánchez Hidalgo, A. J. (2021). Angelo Anzalone, Lo humano de los derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 475-478.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6378>

Recibido / received: 07/05/2021

El hombre vive y convive, existe y coexiste; sabe manifestarse en lo ético, es capaz de agregarse en lo político y suele encontrar vías de conciliación en lo jurídico. Las relaciones que se establecen entre las expresiones éticas, políticas y jurídicas se caracterizan por ser unas relaciones de tensión, donde, según textos y contextos, se buscan ciertos límites para que unos elementos se presenten como productos y –a la vez– medios de control de los otros. La búsqueda de equilibrio entre estas tensiones representa el problema principal que inquieta a estudiosos y operadores sociales –en todos los niveles–, pues suele estar en juego la consideración del ser humano como valor en sí mismo, como fin en sí mismo; es decir la consideración de la dignidad humana como fundamento básico del fenómeno jurídico, algo que comporta –o debería comportar– una concepción en virtud de la cual toda instancia poderosa –política y/o estatal– debe prestarle servicio con responsabilidad, rigor y prudencia. Todo ello, obviamente, a través de un adecuado y fundamentado manejo de las herramientas jurídicas. En cualquier caso, el ser humano, individuo en constante relación e interacción con su tejido comunitario, debe ser capaz de actuar –en común– con alto sentido de responsabilidad, implicándose –y no esquivándola– en la búsqueda de un itinerario de responsabilidad para la humanidad.

Con total seguridad, podemos sostener que el núcleo de las consideraciones anteriores se corresponde con el centro de gravedad permanente de la obra del profesor Angelo Anzalone, quien muestra una gran preocupación por rescatar lo que de humano reside en las principales manifestaciones jurídicas. El Profesor Anzalone



se licenció en su tierra natal, para ser exactos en las Universidades de Palermo y Enna, en la isla de Sicilia; obtuvo el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba, donde actualmente desempeña sus principales actividades docentes e investigadoras. Se ocupa principalmente de la impartición de Teoría del Derecho, Teoría de los Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, así como de diversas asignaturas del máster interuniversitario en Cultura de Paz, Conflictos, Educación y Derechos Humanos. Ha realizado estancias de investigación en diversas universidades europeas y en su trayectoria de investigación destacan las contribuciones sobre el neoidealismo y el iusnaturalismo hispanoitaliano, teoría comunicacional del derecho, cambios tecnológicos y derecho o, como en el caso de la obra que estamos analizando, teoría de los derechos humanos. Como puede apreciarse del título de su libro, el principal objeto de análisis está constituido por la expresión ética, política y jurídica que a lo largo de la historia más reciente ha sido registrada con el nombre de «derechos humanos». Precisamente por considerarlos como la derivación más directa de lo que de humano reside en el hombre, el análisis que el autor dedica a los derechos humanos es de tipo pluridimensional, ya que, no limitándose a un mero estudio lingüístico, lógico, técnico y formal, nos propone una lectura filosófico-cultural de estas controvertidas herramientas jurídico-políticas. Una perspectiva que, a su vez, se erige a vía de rescate y salvación para el funcionamiento práctico de una abstracta declaración de intenciones; una declaración ciertamente noble, pero necesitada de comprensión y actuación.

En general, el gran número de fuentes bibliográficas presente en esta monografía está equilibradamente repartido en todos sus capítulos, puesto que siempre encontramos un número significativo de citas que completan y enriquecen el texto principal, incrementando de este modo la recompensa que el lector podrá obtener con su lectura. De hecho, el conjunto de notas, menciones y argumentos de autoridad recogidos oportunamente a lo largo de la obra, ofrece, en cada apartado temático, nuevas sendas especulativas que el lector puede aprovechar para dirigirse, con cierta facilidad, a otras fuentes documentales que complementan la información sistematizada y elaborada en este libro. En particular, cabe destacar como el profesor Angelo Anzalone admite que determinadas contribuciones, firmadas por autores de reconocido prestigio, han sido de gran valor en la elaboración de su estudio. En el ámbito internacional, se refiere, entre otros, a Norberto Bobbio, Sergio Cotta, Benedetto Croce, Luigi Ferrajoli, Francesco D'Agostino, Francesco Viola, Claudio Sartea, Benedicto XVI, San Juan Pablo II, Hans Jonas, Robert Spaemann. En el panorama filosófico español, a Javier Hervada, Jesús Ballesteros, Francisco Carpintero, Gregorio Robles, Andrés Ollero, Antonio Enrique Pérez Luño, José Justo Megías, Ángela Aparisi, Encarnación Fernández, Fernando Llano y Diego Medina. Con ellos, junto a otros muchos interesantes pensadores, se analizan temáticas muy controvertidas y a través de ellos el lector podrá adquirir una visión crítica del panorama literario existente, así como alcanzar una mejor comprensión del pensamiento teórico y filosófico sobre los derechos humanos, encontrando un rumbo de lectura que se auto-declara responsable con la función humanizadora de lo jurídico.

En el primer capítulo se nos presenta el «sugestivo y persistente debate» (Anzalone, 2021, p. 25) en materia de pretendida universalidad y necesaria historicidad de los derechos humanos; en el segundo capítulo se reflexiona sobre la «fértil relación» (p. 49) que transcurre entre el hombre, los productos de su actividad intersubjetiva y, entre ellos, el derecho; el tercer capítulo está dedicado en su totalidad a la idea de dignidad humana, con el objetivo de advertir sobre las potencialidades positivas y negativas de su «doble rostro» (p. 71); el problema del fundamento de los derechos humanos, erigido a «problema metafísico» (p. 101) por antonomasia y ubicado en una «necesaria complementariedad entre fenómeno ético y expresión

jurídica» (p. 91), ocupa el cuarto capítulo de este estudio monográfico; la interesante discusión acerca de los deberes humanos, entendida como una vía para recuperar la «responsabilidad perdida» (p. 153), y la reivindicación de sistemas educativos cónsonos a las exigencias que encarnan dichas expresiones jurídicas, constituyen el objeto de análisis crítico que encontramos perfilado, respectivamente, en los capítulos quinto y sexto. El profesor Anzalone, en cada uno de estos capítulos, pretende transmitir una concepción en virtud de la cual es posible predicar una universalidad de los derechos humanos, ya que estos derechos pueden ser de todos, y en todas partes, pero solo a condición de que a su mínimo objetivo se acompañe una equilibrada diversificación de condiciones histórico-sociales. Unas condiciones concretas que representan, en suma, el motor dinámico de toda expresión jurídica. Para que los derechos humanos alcancen la categoría de eficaces instrumentos para la defensa de las íntimas instancias de la dignidad humana, en toda circunstancia de potencial peligro, presentándose, pues, como límites positivos y negativos a las diferentes instancias de poder, públicas o privadas; el autor considera imprescindible la promoción de una sana cultura en derechos humanos. El lector podrá fácilmente comprender que el objetivo, de acuerdo con el hilo conductor del trabajo, consiste en encontrar lo que de humano reside en estos derechos, buscando de este modo unas vías para recuperar el sentido de deber y responsabilidad al que tanto se apela en los capítulos finales del libro.

Apostando por una vía intermedia, equilibrada y dinámica, se nos recuerda la trascendencia práctica que puede tener una concepción «integrada e integrante de la esencia ontológica y de la visión moral de la dignidad» (p. 196). El profesor Anzalone prefiere no catalogar la dignidad humana como una dote, ni como una prestación, es decir apuesta por una no justificación de la idea de dignidad humana y, por el contrario, opta por reunir las dos principales aproximaciones especulativa a la noble noción: por una parte, destaca el valor de las que conectan la dignidad a determinadas características ontológicas; por otra, intenta demostrar –probablemente con éxito– el buen sentido de aquellas tendencias teóricas que relacionan la dignidad con el conjunto de circunstancias específicas que impulsan el devenir histórico de la humanidad. La intersubjetividad humana jugará un papel esencial, pues al considerar el hombre como lo que realmente es, por tanto, un ser social y personal, sujeto de derechos, pero también de deberes «para y con los demás» (p. 203), el Profesor de la Universidad de Córdoba resalta la grandeza del hombre-persona, representando su dignidad el presupuesto decisivo, el valor fundamental y el fin último que permiten la inteligibilidad del mundo en que vivimos. Dejándose guiar por las enseñanzas del ilustre italiano Sergio Cotta y por las del reconocido pensador portugués Antonio Castanheira Neves, el autor apela a la «coexistencia» (pp. 124-125 y 152-153) y a la indispensable, sana y genuina mediación comunitaria de la persona humana, un ente que no podrá realizarse plenamente, ni ser respetada adecuadamente, si opta por la vía de la enajenación, de la perdición o de la degradación «en su solitaria personalidad» (p. 203).

La investigación de la justificación última, es decir de la esencia fundamentadora de los derechos humanos, representa una parte esencial del trabajo monográfico en examen. Con ella se pretende acceder a una mejor comprensión de los motivos intrínsecos al reconocimiento y a la proclamación de estos derechos, algo que, a juicio del profesor Anzalone, «contribuye al reforzamiento de su protección y eficacia práctica» (p. 198). Temiendo las desviaciones del «peligroso instrumento legislativo» (*ibid.*), se nos advierte que la búsqueda del fundamento de los derechos humanos no es una labor ilusoria, tratándose, por el contrario, de una imprescindible reflexión filosófico-jurídica sobre el estatuto ontológico del hombre y el tejido relacional que le rodea. Por ello, según el autor, no resultaría conveniente aparcar la cuestión del fundamento, en cuanto equivaldría a fomentar escepticismos y relativismos útiles

al «estado-providencia» (p. 183). Nada más concreto y objetivo, por tanto, que la búsqueda de un adecuado fundamento de los derechos humanos; nada más abstracto y peligrosamente instrumentalizable, por el contrario, que el supuesto consenso político y jurídico positivizado, argumento frecuentemente utilizado para eludir la problemática filosófica. Este discurso –que se va desarrollando a partir del conjunto de las anteriores reflexiones sobre la persona, su dignidad y el fundamento de sus más básicas exigencias– lleva el autor a interrogarse «sobre la supervivencia de un sentido de responsabilidad que, últimamente, anda perdido» (p. 200). El profesor Anzalone invoca una prudencia responsable para no renunciar definitivamente a la ardua tarea de atender unos deberes que todos deberíamos cumplir sin más, es decir sin que necesariamente se intente jerarquizar entre ellos – algo que considera poco útil y también inoportuno–: se refiere al deber de luchar contra la pobreza extrema, al de educar y compartir el conocimiento, al de ser respetuosos en el ejercicio de sus propios derechos, al de saber enfrentarse a situaciones de desigualdades extremas, al de preservar la vida humana, respetando el medio ambiente y amando la familia; al de cultivar proyectos comunes en dinámicas de solidaridad, sin dejarse vencer por la tentación del abandono o del egoísmo.

Apoyándose parcialmente en las conocidas aportaciones de Max Weber y de Hans Jonas, el autor sigue reivindicando la necesidad de una reflexión metafísica y la conveniencia de una fundamentación ontológica, considerando, por ejemplo, que la creencia en un orden ético sustancial y presente en nuestras vidas, que debe ser escrupulosamente custodiado, es motivo de esperanza. Ese orden requeriría equilibrio, prudencia y respeto de la vida humana, en una óptica de responsabilidad «para y con la especie humana de cara al futuro» (p. 160). Para ello, el profesor Anzalone utiliza los argumentos de Francisco Carpintero Benítez para insistir sobre la importancia que tiene el conocimiento y el respeto de «ciertas realidades que pueden ser descifradas solamente desde un plan metafísico», unas realidades de las que, además de su percepción sensorial, es posible predicar su existencia. La aproximación a los derechos humanos, en este discurso, representaría también una base para poner en marcha una equilibrada «acción educativa dotada de un bloque axiológico-valorativo imperecedero» (pp. 161 y 201). Hegel, Marx, Vico y Croce le sirven al autor de este interesante estudio como trampolín para reivindicar un adecuado conocimiento y una acertada valoración del devenir histórico, un paso esencial para descubrir el auténtico sentido que el conjunto de acciones humanas va adquiriendo en el tiempo; por otro lado, estas reflexiones le sirven también para reclamar la promoción de sistemas educativos a la altura de la cultura y del saber, adecuados para prestar un noble servicio a la humanidad, y, lo que es más importante, absteniéndose de jugar «con verdades artificiales o dogmas indescifrables» (p. 171). Este libro, en definitiva, es una llamada de atención para promover modelos educativos culturales y multinivel, algo de extraordinaria importancia para descubrir lo que de genuinamente humano reside en los derechos humanos. Este libro, en ultimísima instancia, es un requerimiento dirigido a la humanidad para que –tal y como concluye su autor, apoyándose en Jonas– «los efectos de nuestras actuaciones puedan resultar compatibles con la permanencia en la tierra de lo que de auténticamente humano reside en el hombre» (p. 189).



# Jesús Ignacio Delgado Rojas, Ciudadanía liberal y moralismo legal

(2021) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 564 pp.

Óscar Buenaga Ceballos  
Abogado. Doctor en Derecho  
ORCID ID 0000-0001-8541-7398  
[buenaga@gmail.com](mailto:buenaga@gmail.com)

Cita recomendada:

Buenaga Ceballos, Ó. (2021). Jesús Ignacio Delgado Rojas, Ciudadanía liberal y moralismo legal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 479-482.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6380>

Recibido / received: 08/09/2021

La editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales acaba de publicar dentro de su prestigiosa colección *El Derecho y la Justicia*, dirigida por Elías Díaz y Francisco J. Laporta, el libro *Ciudadanía liberal y moralismo legal*, del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid Jesús Ignacio Delgado Rojas. El libro tiene su origen en la tesis defendida por el autor en dicha Universidad en el año 2019, dirigida por Eusebio Fernández García –que también prologa el libro–, habiendo obtenido la máxima calificación de Sobresaliente Cum Laude, además de las Menciones de doctorado internacional y la especial del Premio Luis Díez del Corral, concedido por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales a las mejores tesis en Historia de las Ideas y de las Formas Políticas, Teoría Política Normativa y Filosofía Política.

Desde mi doble condición de abogado profesional y de doctor en Filosofía del Derecho me resulta imposible valorar cualquier libro proveniente del ámbito teórico del Derecho sin, al mismo tiempo, considerar si puede tener algún tipo de repercusión sobre la vertiente práctica, y he de adelantar desde ya que este la tiene, como



expondré. Se trata de un libro de Filosofía política que analiza el que, probablemente, sea uno de los problemas más debatidos en las siempre procelosas relaciones entre el Derecho y la Moral, cual es el de la imposición de esta mediante el Derecho y los efectos que, consecuentemente, tiene este empleo de las normas jurídicas sobre la autonomía individual.

Es evidente que todo Derecho constituye un instrumento limitador de las diferentes libertades individuales y que una convivencia social pacífica y ordenada sólo se consigue coordinando aquellas mediante el uso de la coacción, que constituye el recurso típico necesario para lograr la eficacia normativa. La cuestión surge cuando atendemos al contenido de las normas jurídicas, que, o bien está conectado con la Moral, o bien es organizativo (neutro moralmente), pero con una coactividad sustentada en razones morales. Es en este punto, cuando, en mi opinión, cualquier análisis filosófico-jurídico se encuentra con el problema básico a resolver en el examen de las relaciones Derecho-Moral: determinar con la suficiente precisión dentro de la Moral general el ámbito que ocupa la virtud de la justicia. No todo lo moralmente bueno es moralmente justo (pero sí todo lo justo es moralmente bueno), pues existen multitud de conductas morales irrelevantes desde la óptica de la justicia. Hay acciones malvadas que no son moralmente injustas, por mucho reproche moral que puedan recibir. Precisamente, a partir de este planteamiento se vislumbra quizá con mayor nitidez el fenómeno del moralismo legal en torno al cual gira el libro de Delgado Rojas. En este sentido, cuando el Derecho se utiliza como instrumento para imponer no sólo la parte de la Moral atinente a la justicia, sino otros contenidos que hacen referencia a lo que el Poder gobernante (incluso aunque cuente con legitimación democrática) entienda como modelo moral de vida buena, virtuosa o perfecta, tiene lugar una inevitable restricción de la libertad individual que no se encuentra justificada en términos morales de justicia, constituyendo, por lo tanto, una extralimitación del Derecho de sus fines justos. Más aún, la imposición de una determinada moral sin anclaje en la justicia puede suponer una vulneración de esta última, ya que la autonomía del individuo se ve constreñida de modo que los valores de la dignidad y libertad resultan afectados, produciéndose un claro conflicto moral.

Delgado Rojas explica este fenómeno muy bien. En sus Reflexiones finales aclara que «son cosas distintas: por un lado, la justificación moral del Derecho y la posibilidad de hacer juicios morales sobre él y, por otro, que el Derecho pueda utilizarse para imponer ese juicio moral» (p. 531). A su entender –que respaldo plenamente–, el Derecho debe ceñirse respecto de sus contenidos morales, a «una ética jurídica que no se confunda con el moralismo legal», que «sólo puede ser una *ética de mínimos* de vocación objetiva y universalizable. Los derechos humanos fundamentales, junto con los deberes inherentes exigibles a todo individuo, serían el mejor contenido –y único posible– para integrar ese consenso mínimo pero exigible» (Reflexiones finales, p. 530). El autor se decanta por la defensa de un modelo de ciudadanía liberal –como reza el título de la obra– en la línea de un liberalismo igualitario, que fundamenta sólidamente sobre la idea kantiana de dignidad humana y la rawlsiana de autorrespeto.

Por otro lado, de la estructura de la obra, particularmente destacaría su original modo de presentación del debate entre las posiciones liberales y conservadoras (defensoras estas del moralismo legal en sus diversas variantes), por cuanto la primera parte nos ofrece una descripción general de las posturas en conflicto con el suficiente detalle para permitirnos entrar debidamente informados en los dos debates concretos y modélicos que examina en la segunda parte. El primero de estos es el producido entre John Stuart Mill y el juez James Fitzjames Stephen (figura bastante desconocida en nuestro país, cuya introducción es mérito del libro ahora examinado) en el siglo XIX, en tanto que el segundo ya tuvo lugar en el siglo XX entre H.L.A. Hart

y el juez Patrick Devlin. Ambos debates, que el autor expone con todo lujo de datos, incluso biográficos, nos desvelan la riqueza de la polémica entre posiciones liberales y conservadoras en dos épocas diferentes, aportando una visión que es muy de agradecer para los prácticos del Derecho. Considero que, en general, este es el enfoque más adecuado para los libros de Filosofía jurídica, relacionando los debates teóricos o ideológicos con problemas acontecidos en la realidad, con el Derecho 'de carne y hueso'. Finalmente, la tercera parte del libro ofrece una magnífica panorámica de las cuatro grandes corrientes que sustentan posiciones enmarcables dentro del moralismo legal, como son el populismo moral, el perfeccionismo, el paternalismo y el comunitarismo.

También he de destacar que la obra me ha parecido rigurosa en su exposición, pero, además, muy sugerente. Personalmente, me ha reafirmado en la postura –y creo que el autor del libro la compartirá– de que el valor moral de la justicia es el que debe dirigir y limitar la creación y aplicación del Derecho, incluso contra 'excesos' morales, impidiendo que las normas jurídicas regulen y asuman cualquier otro objetivo relacionado con el resto de la Moral. Es decir, *prima facie*, me parece injustificado que el Derecho nos imponga –o promueva– cualquier tipo de ideología política, creencia moral o religiosa acerca de cómo debemos vivir y hemos de llevar a cabo nuestro proyecto personal de vida buena y lograr la felicidad o la perfección moral. Siempre que respetemos la moralidad mínima que impone la justicia (respetar la dignidad y libertad, propia o ajena, y todo lo que conlleva), el cumplimiento del resto de la moralidad es cosa nuestra, sin que necesitemos un Derecho vigilante de tales cuestiones. El principio de autonomía o de libertad general que ostentamos por el mero hecho de ser personas (la idea de dignidad que tan magistralmente configuró Kant) deslegitima a cualquier Derecho que pretenda limitar nuestra libertad más allá de su cometido, dirigido, pero también limitado, por la justicia. El Derecho no es un mecanismo diseñado para homogeneizar la sociedad –tendería entonces, por definición, a eliminar todo atisbo de pluralismo–, sino para evitar que esta se destruya, prohibiendo un conjunto de conductas dañosas graves (que son inmorales en cuanto malvadas, sin duda). En suma, entiendo que ha de haber un moralismo legal necesario cuando identificamos esta moralidad con el contenido de la justicia, pero tiene que haber igualmente un moralismo legal vedado respecto del contenido de la Moral que exceda de lo justo. La moralización que pretende un Derecho justo no consiste en que los ciudadanos seamos ejemplares, excelentes o educados, sino que no crucemos la línea donde comienzan las acciones malvadas graves, que son aquellas que dañan la dignidad y la libertad de nuestros congéneres e incluso las nuestras. En este punto, posturas liberales y defensoras del moralismo legal estarían de acuerdo en recoger esta moral necesaria, pero a partir de aquí, estas últimas quieren dar un paso más e 'intervenir' en la vida moral de los ciudadanos, donde multitud de alternativas justas son posibles. En mi opinión, el Derecho no está para incluir como parte de sus contenidos los dictados morales que provengan de ninguna revelación religiosa o tradición, ni tampoco de un ideal modélico de sujeto con arreglo a un código moral imperante en una sociedad determinada. Y el libro de Delgado Rojas aporta muchas y buenas razones que apuntan en esta dirección desmoralizante del Derecho, para ceñirlo a sus fines justos.

En resumen, se trata de un libro de Filosofía jurídico-política que nos expone el debate entre las dos posturas paradigmáticas del liberalismo y el conservadurismo en torno a los diferentes modos de entender la función del Derecho respecto de la Moral, pero descendiendo a polémicas reales (tan actuales como la de la homosexualidad), lo que le convierte en una obra útil no sólo, obviamente, para los especialistas académicos, sino también para los prácticos del Derecho, que en la cotidiana tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas y de argumentar en el foro nos vemos obligados a realizar continuos razonamientos morales sobre ellas (sobre

lo justo, pero también sobre lo bueno en general), y útil también para cualquier profesional de la Política que quiera profundizar en sus argumentos a la hora de abordar un problema social con el suficiente rigor y adoptar una decisión pública acertada. Un libro, pues, altamente formativo, tanto a nivel teórico como práctico, dado que, a buen seguro, enriquecerá de un modo notable nuestra capacidad de argumentación jurídica.

# AA.VV., Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial\*

(2021) Seminario web  
Instituto de Derecho Penal  
Europeo e Internacional (UCLM)

Maite Carretero Sanjuan  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID ID 0000-0001-6826-2072  
[mtcarret@der-pu.uc3m.es](mailto:mtcarret@der-pu.uc3m.es)

Cita recomendada:

Carretero Sanjuan, M. (2021). AA.VV., Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 483-490.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6381>

Recibido / received: 05/05/2021

## Resumen

En el complejo y concreto escenario de comportamientos corporativos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los derechos humanos o al medio ambiente, este trabajo pretende sentar las bases de un modelo de justicia restaurativa empresarial que se presente como una suerte de directrices u orientaciones en dinámicas restaurativas de gran complejidad. Sus resultados se corresponden con los análisis, debates y reflexiones de los diversos ponentes que participaron en el seminario «Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial», organizado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha en el marco del Proyecto REPMULT- Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente.

## Palabras clave

Justicia restaurativa, Conflicto, Delincuencia económica, Restauración, Mediación.

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación REPMULT, Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente. MINECO/AEI/FEDER DER2017-85144-C2.





**Abstract**

*In the complex and specific scenario of unlawful corporate behaviours that cause or may cause serious harm to human rights or to the environment, this work aims to lay the foundations of a model of corporate restorative justice that presents itself as a set of guidelines or orientations in highly complex restorative dynamics. Its results correspond to the analysis, debates, and reflections of the various speakers who took part in the seminar "Towards a model of corporate restorative justice" organised by the Institute of European and International Criminal Law of the University of Castilla-La Mancha within the framework of the REPMULT Project - Criminal liability of multinational companies for violations of human rights and the environment.*

**Keywords**

*Restorative justice, Conflict, Economic crime, Restoration, Mediation.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Problemas y retos de la justicia restaurativa empresarial. 3. Operativización de la justicia restaurativa empresarial. 4. Los fondos fiduciarios como mecanismos de reparación. 5. Conclusiones.

**Nota preliminar**

En este trabajo se pretenden sintetizar los análisis, debates y conclusiones alcanzadas en el seminario web «*Hacia un modelo de justicia restaurativa empresarial*»<sup>1</sup>, organizado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha en el marco del Proyecto REPMULT – Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente.

Este Seminario acogió a ponentes de diversas nacionalidades que, durante dos jornadas, reflexionaron y debatieron, desde una perspectiva teórica y práctica, sobre la temática que aquí abordamos, con la pretensión de sentar las bases de un modelo operativo de justicia restaurativa empresarial que cristalice una alternativa real, eficiente y eficaz al modelo de justicia tradicional en el concreto ámbito de comportamientos corporativos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los derechos humanos o al medio ambiente.

**1. Introducción**

En el contexto actual, en el que los conflictos se presentan como cambiantes e inciertos, el Derecho tiene ciertas limitaciones para dar respuestas eficientes y eficaces a determinados conflictos, lo que deriva en la necesidad de contar con otras vías de gestión e intervención. En el ámbito concreto que nos ocupa, escenarios de conflictividad derivada de comportamientos corporativos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los derechos humanos o al medio ambiente, se afirma que el proceso penal tiene serias limitaciones, a saber, no atiende suficientemente a la reparación del daño, no está ideado para escuchar a las víctimas, se aleja de ciertas tipologías de víctimas y olvida la orientación preventivo-especial positiva en el delincuente económico.

Ante esta realidad, la justicia restaurativa se presenta como alternativa con un tremendo potencial en escenarios de conflictividad derivada de comportamientos

---

<sup>1</sup> La totalidad de las reflexiones y propuestas de este trabajo nacen en las intervenciones de los ponentes en el Seminario, siendo todo mérito atribuible a sus investigaciones. Por orden de intervención: Adán Nieto Martín, Roberta Guastí, Daniela Arantes, Beatriz López Lorca, Juan Ramón de Páramo, Raúl Calvo Soler, Eduardo Saad, Adriano Martufi y María José Guardiola.

corporativos ilícitos con afección a derechos humanos o al medio ambiente. Siguiendo la definición dada por Naciones Unidas en su «Manual sobre programas de justicia restaurativa», se identifican varias características que conceptualizan este término:

- Supone un nuevo enfoque para la solución de problemas.
- Involucra a víctima, ofensor, instituciones sociales y comunidad.
- Se basa en el reconocimiento del daño a víctimas y comunidad.
- Comprende un esfuerzo por proporcionar ayuda y apoyo a víctima y victimario.
- Requiere de la responsabilización del victimario.
- Enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones.
- Su foco está, más allá del pasado y del presente, en el futuro.
- Comprende un proceso de diálogo.

Una conceptualización clara del término lleva a diferenciarlo de otros que han podido mezclarse o confundirse con este. En este orden de ideas es preciso distinguir lo extrajudicial de lo restaurativo, entendiendo que ni todo lo restaurativo es extrajudicial ni todo lo extrajudicial es restaurativo. Tampoco la justicia restaurativa agota lo restaurativo, entendido como una forma de pensar y entender las relaciones humanas, ni la justicia restaurativa se agota en el discurso del Derecho penal restaurativo, aunque, por su propia idiosincrasia, sea este el ámbito en el que más impacto ha tenido el discurso restaurativo.

## 2. Problemas y retos de la justicia restaurativa empresarial

En las sesiones del Seminario se identificó un reto general de la justicia restaurativa empresarial que descansa en la necesidad de superar determinadas objeciones que, tradicionalmente, se han presentado sobre esta. Algunas de estas objeciones se resumen en que la justicia restaurativa no ha sido pensada para este tipo de conflictos y en que es una suerte de «justicia blanda». Así, se defiende que, aunque, efectivamente, la justicia restaurativa no se ha pensado en un contexto de comportamientos organizacionales ilícitos, ello no se presenta como un argumento que deba impedir que se puedan ir elaborando nuevas construcciones teóricas que respondan a las potenciales problemáticas por el camino. La idea de que se trata de un tipo de «justicia blanda», a pesar de haber sido recurrente, es debatida defendiendo que es muy cuestionable, pues para el delincuente económico, se afirma, puede resultar más sencillo y atractivo el proceso penal de lo que lo es reconocer al otro, reconocer el daño ocasionado y enfrentarse a sus resultados.

En un nivel más operativo, se identificaron otra serie de problemas potenciales o retos a la hora de avanzar en el terreno de la justicia restaurativa empresarial. El primero, de índole organizativo o burocrático, se traduce en cómo se puede organizar un sistema capaz de hacer frente a daños de magnitudes tan relevantes como los derivados del escenario planteado, en los que identificación y participación de las partes presentan dificultades añadidas y las finalidades perseguidas son igual de necesarias que de ambiciosas. Un segundo bloque radicaría en la necesidad de concretar qué rasgos debe tener un procedimiento para poder afirmar que es restaurativo. Y un último bloque se referiría a cómo se debe estructurar la relación entre el proceso restaurativo y el eventual proceso penal. A todas ellas nos referiremos en esta exposición.

## 3. Operativización de la justicia restaurativa empresarial

Ante una meta tan ambiciosa, como ante cualquier problema complejo, se requiere identificar sus diferentes aristas en orden a ir componiendo, desde lo específico, lo

general. En este proceso, se afirma, lo primero sería un cambio de las máximas de la justicia tradicional o clásica a las de la justicia realmente restaurativa. Así, se propone pasar del *caso* al *conflicto*. El caso no sería sino una reducción del conflicto que incorpora ciertas propiedades de este que pueden no ser las relevantes para su comprensión. Resolver el caso no implica resolver el conflicto y, en los supuestos que nos ocupan, se defiende que la reducción al caso tiende a ser muy ineficiente.

El segundo cambio propuesto sería del concepto de *culpa* al de *daño y afectación de las relaciones entre las personas y las instituciones*. La construcción del daño aquí iría mucho más allá de su entendimiento como afectación a un bien jurídico protegido.

El tercero lleva a exaltar el «diálogo» frente al «modelo de monólogos» que tradicionalmente ha impregnado la justicia penal. El proceso restaurativo se basa en las máximas de cooperar, colaborar y componer. La solución de la conflictividad se presenta como resultado de la interacción dialogada entre las partes, dentro de la cual aparecen los conceptos de reconocimiento y responsabilización a los efectos de que el victimario pueda hacerse responsable de sus acciones, de lo acontecido.

El cuarto cambio de enfoque que se propone supone pasar del concepto de «parte» al de «participante en un conflicto». Las personas involucradas serían protagonistas en la definición del conflicto, en la identificación del relato, en la concreción del daño y en la propuesta de solución y serían tratadas, más que como portadoras de intereses jurídicos, como seres humanos dotados de un patrimonio afectivo y emocional.

Por último, se afirma la necesidad de centrar el proceso en la «restauración» frente a la «reparación o indemnización del daño». Restaurar se presenta como ir un paso más allá, como atender a daños tangibles e intangibles y poner el foco en el discurso del daño y de la relación. Se defiende que un proceso que agota la relación en el abono del daño no es restaurativo y que se debe dar cuenta de la recomposición de los vínculos que se vieron afectados por el comportamiento ilícito. En definitiva, se afirma, la reparación restaura económicamente sin resolver el conflicto entre víctima y victimario y sin prevenir nuevas vulneraciones, manifestándose, así, como necesaria la restauración.

Tras este cambio de enfoque, se propone realizar una serie de consideraciones respecto a víctima, victimario y comunidad en el contexto concreto de ilícitos corporativos de grandes magnitudes. En estos, la víctima suele ser colectiva y, dentro de esa colectividad, hay distintas tipologías de victimización, a cuyas particularidades habrá que atender en el diseño de la estrategia restaurativa. Se afirma que es habitual que el daño, aquí, trascienda de las víctimas individuales, afectando, de algún modo, a la comunidad y sin olvidar que, a veces, ante víctimas difusas, la comunidad es la víctima y la víctima es la comunidad.

Se señala, como esencial en la consideración de la víctima en un proceso restaurativo, que ésta se encuentra con una posible situación de asimetría respecto al victimario. En los casos en los que el Seminario se centra, el victimario suele ser una gran multinacional frente a una población vulnerable y con escasos medios para clamar. El objetivo del proceso restaurativo, en este punto, sería combatir la asimetría de poder, consiguiendo que el acuerdo sea un reflejo real de la voluntad de las partes en un contexto de simetría e igualdad.

Los intervinientes en el Seminario identificaron, asimismo, que esta relación de asimetría se puede ver elevada a una situación de absoluta dependencia en la que

las víctimas sufren una doble victimización, primero, por el comportamiento organizacional y, después, por la sanción a la empresa derivada de ese mismo comportamiento. Se refieren, así, a casos en los que la supervivencia económica y social de una comunidad depende del victimario, que asume un doble rol de ofensor y salvador. En estos, se afirma, la justicia restaurativa es aún más importante, en aras a conseguir la reconstrucción efectiva de la vida de las personas que se han visto afectadas por el ilícito.

Respecto del victimario, quizás, la cuestión más relevante sea la necesidad de motivarles, a través de estímulos o incentivos, para que voluntariamente opten por participar en un proceso restaurativo. El incentivo clave que se identifica, en este sentido, es la mejora de su imagen pública. El principal riesgo identificado deviene del entendimiento de la responsabilización en el proceso restaurativo como una admisión de la culpa en la lógica judicial. Es clave, se dice, ante este riesgo, entender que el proceso de construcción de reconocimiento y responsabilización no se agota ni equivale al proceso de reconocimiento de la culpa en la lógica de la estrategia judicial.

En esta delimitación de víctimas y victimarios el Seminario precisa que no todo el que quiera participar en el proceso restaurativo estará autorizado para hacerlo. En una primera aproximación, el criterio que se propone, a modo de filtro, es requerir una clara orientación restaurativa. Se precisa un enfoque específico que evite que, en el proceso restaurativo, haya víctimas o victimarios vindicativos.

La relación entre el proceso restaurativo y el proceso penal se revela en los debates como uno de los grandes retos a los que se enfrenta esta meta de operativizar la justicia restaurativa empresarial. Como modelos-tipo se identifican distintos escenarios en esta relación. Es posible entender que se trata de procesos diferentes que, por atender a finalidades distintas, deben caminar en paralelo. Se propone, de otro lado, pensar en ambos procesos como alternativos o verlos desde una óptica de interrelación. La autenticidad, credibilidad y eficacia de los resultados de un programa restaurativo tienden a variar según el modelo por el que se opte.

Desde la lógica de una relación alternativa, en un determinado momento, el proceso judicial derivaría el caso al proceso restaurativo, entendiendo que este puede resolver mejor el conflicto y asumiendo, de algún modo, los resultados que se alcancen en las dinámicas restaurativas.

En un escenario de interrelación, en el que ambos procesos fuesen a la par y estuviesen, en cierto modo, conectados, se propone pensar en esa conexión a través de la atenuante de reparación o de una sentencia de conformidad que incorporase los resultados alcanzados en fase restaurativa, entendiendo que la restauración puede afectar a la necesidad de la pena. Aquí, se afirma, deben evitarse efectos automáticos que pueden instrumentalizar la justicia restaurativa o que afecten a la necesaria voluntariedad de estos procesos.

En una versión máxima, más atrevida, se llegó a plantear un cuarto escenario en el que la justicia restaurativa ocuparía la totalidad del espacio penal en cualquier dinámica. Se trataría de construir, desde cero, una justicia penal exclusivamente restaurativa, abandonando cualquier conceptualización de la pena y del proceso en una lógica retributiva o reparadora. Se afirma que, quizás, no nos paremos a reflexionar sobre esta posibilidad porque partimos de un Derecho penal que es cómo es y sobre el que pretendemos acciones de mejora. En cualquier caso, el Seminario añade que el problema aquí, quizás, sea que no estamos preparados para un cambio así. Se defiende que la voluntariedad necesaria en un proceso restaurativo obliga a llevar por la vía judicial tradicional aquellos casos en los que en víctima y/o victimario

no concurra y que hay casos que, por su propia idiosincrasia, pueden no ser adecuados para procesos restaurativos, y pueden requerir de la lógica del proceso formal.

En este punto, resulta conveniente hacer una breve mención a dos cuestiones transversales tratadas en el Seminario. De un lado, a la mediación como instrumento de la justicia restaurativa. De otro, a los fondos fiduciarios como mecanismos de reparación, cuestión esta que, por su alcance, será tratada en un apartado diferenciado.

Se afirma que una primera aproximación a la mediación requiere, precisamente, identificarla como un útil de la justicia restaurativa, pues, a pesar de que en más de una ocasión ambos términos se han considerado como sinónimos, la justicia restaurativa no se reduce ni puede reducirse a la mediación. Dicho esto, como instrumento, la mediación tiene una técnica bastante elaborada que puede resultar muy útil en procesos restaurativos.

Tradicionalmente, se ha hecho referencia a tres grandes modelos de mediación, con sus variantes y actualizaciones, diferentes entre sí, pero también complementarios en una visión tridimensional de los problemas: el Modelo de Harvard, en una línea estratégica-analítica; el Modelo Transformativo, desde una línea más orientada a la psicología social transformativa; y el Modelo Narrativo o Circular Narrativo, en una línea más narrativa. Respecto a la pregunta qué modelo sería óptimo para los conflictos que nos ocupan, los intervinientes concluyeron que no existe una respuesta aplicable a todo conflicto, sino que habrá que atender a las concretas particularidades de cada conflicto, a la fase concreta del proceso restaurativo en que se encuentre o a la finalidad específica que se pretenda, dentro de la multiplicidad de finalidades perseguidas por la justicia restaurativa, para determinar la idoneidad de la aplicación de un modelo o de la aplicación simultánea o sucesiva de varios modelos. Se afirma la necesidad de prever, además, la posibilidad de que la mediación no deba formar parte del diseño del proceso restaurativo en determinados casos. Así, podría no ser la opción recomendable ante conflictos con multitud de participantes o en los que no fuese posible garantizar una relación simétrica entre éstos. Se concluye, así, que lo adecuado sería realizar un concreto diagnóstico de la conflictividad que dé la información suficiente como para desarrollar, del mejor modo posible, una estrategia restaurativa.

#### 4. Los fondos fiduciarios como mecanismos de reparación

Es evidente que la intersección entre la actividad empresarial y los derechos humanos se tiene que materializar en una fase de responsabilidad. Lo que no es tan evidente es la modalidad de responsabilidad que se le puede exigir a la empresa, cómo puede concretarse y ante qué comportamientos.

En este contexto, los fondos fiduciarios, como una suerte de mecanismos financieros orientados a la reparación, han pasado relativamente desapercibidos. Se afirma que no han sido todo lo visibles que debieran en el marco de la justicia restaurativa y ello a pesar de ser un instrumento convenientemente orientado a la reparación del daño y con potencial para ser un gran elemento restaurativo.

Es habitual asociar los fondos fiduciarios a consecuencias de procesos civiles o penales, pero también pueden derivar de una labor de arbitraje o mediación, presentando mayor versatilidad.



La flexibilidad de los fondos fiduciarios permite la corresponsabilidad entre Estado y empresas. En este escenario, se identifican dos grandes modelos de fondos fiduciarios, a saber, fondos en los que la participación mayoritaria es del Estado con organizaciones internacionales y fondos en los que únicamente intervienen empresas. El modelo que se defiende como más interesante en un contexto como el que nos ocupa, no obstante, sería un modelo mixto en el que participaran por igual empresas y Estado, mediante donaciones fijas o a través de contribuciones. Ello, se afirma, permitiría lograr la necesaria corresponsabilidad a la que se hacía mención.

Se defiende que la gran versatilidad de estos mecanismos financieros permite su orientación a la reparación en un doble sentido reactivo y proactivo. En la dimensión de carácter preventivo, los fondos fiduciarios permiten introducir acciones de reacción temprana (como cambios activos en la propia empresa) y entender el daño desde una perspectiva multidimensional.

Aún sin haber cobrado el protagonismo que debieran, estos mecanismos han sido utilizados en casos de gran trascendencia como la ruptura del pozo Macondo de British Petroleum en el Golfo de México o el derrumbe del Rana Plaza en Bangladesh. Se afirma que la experiencia, en estos casos, muestra que los fondos fiduciarios pueden tener una gran versatilidad en la práctica y una gran efectividad en la reparación del daño. No obstante, también se señala que éstos se enfrentan, a pesar de ser un mecanismo financiero en sentido estricto, a algunos de los desafíos mencionados para la justicia restaurativa, tales como la determinación del daño, las características que debe reunir para ser eficaz o la necesidad de identificar a las víctimas.

## 5. Conclusiones

En estas sesiones, pues, se concluye que la justicia restaurativa puede y debe resultar aplicable a escenarios de conflictividad derivada de comportamientos corporativos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los derechos humanos o al medio ambiente. Es un terreno muy incipiente, con un extraordinario potencial, en el que aún queda mucha reflexión y debate.

Se defiende asimismo que el proceso de operativización de la justicia restaurativa empresarial se inicia con un cambio de enfoque: pasar del caso al conflicto, de la culpa al daño de la relación, del monólogo al diálogo, de la determinación clásica del daño por el juez a un discurso de composición, de participantes a protagonistas, de reparar e indemnizar a restaurar, centrando la atención en el reconocimiento y la responsabilización del victimario tanto como en la idea de la legitimación de la víctima.

En esta intencionalidad de operativizar la justicia restaurativa empresarial se evidencia la dificultad derivada de las posibles interacciones entre proceso penal y proceso restaurativo cuando ambos coexisten. Más allá de la concreción del modelo de interacción adecuado en cada contexto y en cada conflicto, se defiende la necesidad, en líneas generales, de un Derecho más flexible y responsable, que se adapte a la realidad actual de los conflictos sociales entendidos como complejos, cambiantes e inciertos.

En casos de interrelación entre proceso restaurativo y proceso formal, configurados como una suerte de suspensión del proceso o de la ejecución de la pena, se plantea la problemática de qué ocurre si el proceso restaurativo falla y, sin duda, el proceso restaurativo puede fallar, como también, se afirma, falla el proceso penal cuando no cumple sus finalidades retributivas, preventivo generales o

preventivo especiales. Se defiende que cuando el proceso penal falla, no hacemos sino volver al mismo sistema para buscar, de nuevo, una solución para el caso. Entonces, ¿por qué en el proceso restaurativo ese fallo debe determinar el abandono de las pretensiones restaurativas y el retorno al proceso penal?

Asimismo, se puso de manifiesto que, en ocasiones, se pide al discurso restaurativo que responda a preguntas que el discurso no restaurativo tampoco ha logrado resolver y que ésta no parece una buena estrategia. Qué se pide y qué se espera del discurso restaurativo debe concretarse desde la coherencia, en términos más humildes y alcanzables. Se concluye que la justicia restaurativa no siempre tiene que triunfar como tampoco tiene que hacerlo el Derecho penal.

Mucho se ha discutido sobre la idoneidad o no de las diferentes técnicas y modelos en la gestión y resolución de conflictos y, al final, lo que se concluye es que esa adecuación o idoneidad depende del tipo de conflicto. Lo relevante, entonces, sería diagnosticar de forma adecuada las características sobre las que se va a trabajar para pronosticar de la mejor manera posible cuál es la mejor herramienta dadas esas características.

Finalmente, se concluyó que el fondo fiduciario, revelado como un mecanismo con un extraordinario potencial, debe estar previsto como medio de reparación, ya sea de carácter estatal o empresarial. Se defiende que no debe ser concebido nunca desde la perspectiva de una sanción, pues perdería todo su potencial restaurativo. Si bien no se han producido hasta la fecha encuentros restaurativos en las dinámicas de los fondos fiduciarios, se afirma que no parece haber inconveniente, precisamente por la gran versatilidad de estos, para combinarlos con procesos restaurativos en sentido amplio. Así, los fondos fiduciarios se presentan como una gran alternativa en este contexto si se aprovechan en toda la extensión de una filosofía restaurativa.

Enlace a las sesiones del seminario sobre *Justicia Restaurativa Empresarial*:

Cumplimiento Normativo UCLM. (2021, 9 febrero). *SEMINARIO WEB: Experiencias restaurativas* [Archivo de vídeo]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=quyyNgJLmCA&ab\\_channel=CumplimientoNormativoUCLM](https://www.youtube.com/watch?v=quyyNgJLmCA&ab_channel=CumplimientoNormativoUCLM)

Cumplimiento Normativo UCLM. (2021b, 9 febrero). *SEMINARIO WEB: Hacia un modelo de justicia restaurativa* [Archivo de vídeo]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=MqZ2O8Sh-oA&ab\\_channel=CumplimientoNormativoUCLM](https://www.youtube.com/watch?v=MqZ2O8Sh-oA&ab_channel=CumplimientoNormativoUCLM)